

UNIVERSIDAD DE GRANADA

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

TESIS DOCTORAL:

**TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA. CONFIGURACIÓN Y
NATURALEZA CONSTITUCIONAL**

Doctoranda: Eloísa María Pérez Conchillo

Directores:

Prof. Dr. D. José Antonio Montilla Martos

Catedrático de la Universidad de Granada

Prof. Dr. D. Augusto Aguilar Calahorro

Contratado Doctor de la Universidad de Granada

GRANADA, 2022

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Eloísa María Pérez Conchillo
ISBN: 978-84-1117-538-8
URI: <https://hdl.handle.net/10481/77528>

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	7
ABREVIATURAS	10
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN.....	15
1. Justificación y objeto de estudio	15
2. Metodología	21
3. Estructura	24
INTRODUCTION.....	25
1. Rationale and Research Question	25
2. Methodology	30
3. Structure.....	33

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ..	34
1. Una aproximación constitucional a la transparencia. Una cuestión de tiempo y perspectiva	34
2. Concepto y características de la transparencia.....	36
3. Finalidad y fundamento constitucional de la transparencia	43
4. Elementos que configuran la transparencia en el Estado social y democrático de Derecho	45
4.1. Transparencia y publicidad.....	47
4.2. Simplicidad y claridad como elementos necesariamente vinculados a la transparencia para la efectiva realización del Estado social y democrático de Derecho	56
4.3. La participación efectiva y la seguridad jurídica como consecuencias democráticas derivadas de la transparencia	59
5. La transparencia en el paradigma actual del Gobierno Abierto	65
6. Riesgos y desventajas de la transparencia.....	68
7. A modo de recapitulación	75

CAPÍTULO II. ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA TRANSPARENCIA EN EL ACTUAL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO..... 77

1. Encaje constitucional de la transparencia.....	77
2. Naturaleza jurídica de la transparencia	85
2.1. La transparencia como un nuevo derecho.....	85
2.2. La transparencia como un valor del ordenamiento	87
2.3. La transparencia como un principio constitucional	89
3. La transparencia como presupuesto del Estado social y democrático de Derecho.....	92
3.1. Factores endógenos	97
3.2. Factores Exógenos.....	113
4. Transparencia y Estado Autonómico.....	128

CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA 133

1. Introducción	133
2. Antecedentes internacionales en materia de transparencia.....	134
2.1. Recorrido cronológico normativo y comparado	134
2.2. Referencia comparada a la normativa constitucional del derecho de acceso a la información pública en los países europeos.....	141
3. De la dimensión constitucional a la regulación legal del principio de transparencia	153
4. Referencia a los antecedentes normativos de la LTAIBG.....	156
5. La aprobación de la LTAIBG.....	161
5.1. Tramitación de la LTAIBG: ¿ley ordinaria o ley orgánica?.....	164
5.2. Referencia al reparto competencial.....	169
6. Estudio de la LTAIBG con especial referencia a la publicidad activa y al derecho de acceso a la información pública	177
6.1. Ámbito subjetivo de aplicación de la ley.....	178
6.2. La información pública como objeto del derecho.....	191
6.3. Publicidad activa.....	201
6.4. Límites del derecho de acceso a la información pública.....	211
6.5. Algunas consideraciones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública	227
6.6. Régimen de impugnaciones y Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	241
6.7. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública	249
6.8. Valoración global de la LTAIBG.....	266

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL..... 274

1. Contexto multinivel y diálogo entre tribunales..... 274
2. Función del art. 10.2 CE en el contexto multinivel..... 291
3. Protección multinivel del derecho de acceso a la información pública: en torno a la cuestión de su naturaleza jurídica..... 300
 - 3.1. En el ámbito de la ONU 302
 - 3.2. Referencia al espacio regional latinoamericano 308
 - 3.3. En el ámbito del Consejo de Europa 313
 - 3.4. En el ámbito de la UE 369
4. La relación interpretativa entre el TEDH y el TJUE a propósito del derecho de acceso a la información pública 389

CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL..... 392

1. Concepto de información pública 392
2. Libertad de información y derecho de acceso a la información pública. Dos derechos llamados a encontrarse..... 398
 - 2.1. Libertad de información del art. 20.1.d) CE 399
 - 2.2. Significado constitucional del derecho de acceso a la información pública. Dimensión individual y colectiva 431
 - 2.3. Relación instrumental con otros derechos fundamentales 439
3. El debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública 448
 - 3.1. Configuración constitucional del derecho de acceso a la información pública 448
 - 3.2. Posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública..... 460
4. El debate jurisprudencial en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública 492
 - 4.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: el tímido avance hacia el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho vinculado al art. 20 CE... 492
 - 4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la ausencia de pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública y su posición ambivalente en la interpretación del art. 10.2 CE 496

5. Una aproximación a la doctrina del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal (CTBG) y de los Consejos de transparencia autonómicos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en base a los estándares del TEDH.....	507
5.1. La doctrina del CTBG sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en base a los estándares del TEDH	508
5.2. La doctrina de los Consejos de transparencia autonómicos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en base a los estándares del TEDH	510
5.3. Especial aplicación por parte de los Consejos de transparencia autonómicos del test de iusfundamentalidad del TEDH.....	512
6. Articulación de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental vinculado al art. 20.1.d) CE.....	526
CONCLUSIONES	552
CONCLUSIONS.....	576
BIBLIOGRAFÍA	599

AGRADECIMIENTOS

Después del trabajo de estos años no puedo contenerme en las líneas más especiales y emocionantes para mí. Tengo que dar las gracias a todas aquellas personas que, de una forma u otra, me han acompañado durante esta etapa. El doctorado no puede denominarse mejor, “etapa formativa”. Estos años han sido para mí un constante aprendizaje no sólo en lo académico, por las obras leídas y trabajadas, sino en lo personal por el reto que ha supuesto. Gracias a todas las personas que han estado a mi lado.

Entre esas personas, los principales motores y en gran parte responsables de que haya llegado hasta aquí son mis padres, Isabel y Esteban. Gracias por vuestros consejos, por vuestro cariño y por todo lo que me habéis enseñado. Siempre habéis dado un valor especial al esfuerzo, a la fábula de la tortuga y la liebre con la que mi hermano y yo hemos crecido. Con ello, nos habéis enseñado la importancia de la perseverancia para conseguir lo que nos propusiéramos. No es una frase hecha, sois los mejores padres que podría tener. Habéis sido y sois mi mayor fortaleza. Sólo tengo palabras de agradecimiento para vosotros. Sin vuestra generosidad, nada de esto hubiera sido posible. Gracias por vuestro ejemplo, por confiar en mí, por apoyarme siempre... por tanto.

Gracias también a mi hermano Esteban por ser la mitad de mi vida y por acompañarme siempre. Junto a él, mis abuelas Juani y Eloísa y mi abuelo Antonio habéis sido luz en días difíciles, en los que jugaba a pensar cómo sería compartir con vosotros este momento. Ha sido una estrategia que siempre me ha dado fuerza. Muy especialmente quiero dar las gracias a mi guía, mi cómplice y ángel, mi tía Elo. Contigo todo es más fácil y bonito. Gracias a ti, Quin, mi compañero de aventuras, por construir siempre a mi lado pese a las dificultades. Gracias por confiar en mí y por verme siempre capaz de todo. Por poner siempre un punto de locura que rompa con la rutina.

En esta etapa (y en todas las de mi vida) tengo que dar las gracias a mis amigas Ana y Jenny. Sois un regalo. Gracias por ser mucho más de lo que se puede pedir. A mi prima Cristina y mi gallega, Mari. Gracias a las dos porque, aún en la distancia, me habéis ayudado a crecer y a conocerme mejor. Gracias por escucharme y mimarme siempre.

Por su puesto, en este camino nada habría sido posible sin mis directores de tesis, los profesores José Antonio Montilla Martos y Augusto Aguilar Calahorro. Sólo tengo palabras de agradecimiento para vosotros. José Antonio, gracias por tu buena disposición y por acceder a dirigir mi tesis. Todo empezó gracias a ti. Gracias por orientarme durante

estos años con tus consejos. He aprendido mucho de tu rigurosidad y de tu estilo siempre comprometido con la calidad en forma y contenido. Hacer la tesis contigo, sobre todo en la etapa final, ha sido un master de aprendizaje. Gracias por tu calidad humana y por todo. Además, tengo la suerte de haber tenido como codirector de tesis, al profesor Augusto Aguilar. A ti, Augusto, siempre te estaré agradecida. Fuiste para mi referente como docente en mi segundo año de Grado, y hoy eres ejemplo también de generosidad y compañerismo. Gracias por acceder a codirigir mi tesis. Me has ayudado mucho con tus ideas y tus matices, pero también con el cariño y la confianza que siempre has depositado en mí. Siempre has sido un impulso y un agarre fundamental. Gracias por tu paciencia y tu empatía. Los dos sois para mi referentes a los que aspiro parecerme algún día y, sobre todo, ejemplo de lo que es hacer Universidad.

Soy afortunada por los directores que he tenido, pero soy plenamente consciente de que también lo soy por el lujo de Departamento del que formo parte. El Departamento de Constitucional de la Universidad de Granada es una gran Escuela y no sólo me siento afortunada por formarme en ella, sino por sentirme parte de ella. Eso es gracias a que no sólo ha sido Departamento, ha sido y es para mí un segundo hogar. Eso es algo difícil de conseguir, pero lo cierto es que tengo la suerte de aprender de grandes profesores y personas. Gracias a los profesores Francisco Balaguer y Gregorio Cámara, dos pilares fundamentales del Departamento, por hacer que eso sea posible y por la acogida.

Gracias al Director del Departamento Enrique Guillén, no sólo guías el departamento sino también el hogar. Junto al profesor Guillén, los profesores Juan Barrilao, Baldomero Oliver y Adoración Galera habéis sido un soplo de aire fresco y un apoyo constante en mí día a día. Gracias por la complicidad y por tantas mañanas amenizadas entre cafés. El profesor Ricardo Martín también ha tenido un papel esencial en mi trayectoria. Primero le debo que, junto al prof. Aguilar, me hiciera disfrutar tanto del Derecho, desde el 1º año de carrera. Después, que silencioso, siempre haya estado ahí, prestándome su ayuda. Gracias por aconsejarme que hiciera la tesis y que vieras como una posibilidad real lo que para mí en aquel entonces era un sueño. También quiero agradecer al profesor Miguel Azpitarte su buena disposición por y para todo. Gracias especialmente por compartir tu tiempo y tus ideas en los seminarios con los más jóvenes del Departamento.

Me faltan mis compañeros de equipo, de revista, de batallas y de todo lo que vendrá en el futuro. Gracias a mis queridos compañeros y amigos Antonio Pérez Miras, Miguel Arjona, Dana, Luisfe, Giacomo y Rosa, por tantos momentos compartidos. Gracias por

estar ahí y por estar dispuestos siempre a echar una mano. Habéis sido un apoyo fundamental para mí y cómplices de muchas sonrisas. En estos últimos meses os agradezco, especialmente, vuestra comprensión, la ayuda y el cariño que me habéis prestado. Nos esperan muchas cosas juntos.

Gracias a todas las personas que, sabiéndolo o no, me habéis acompañado y habéis sido parte de esta etapa. Espero que este sea el comienzo de una carrera a la que quiero seguir dedicándome.

ABREVIATURAS

Agencia Española de Protección de Datos: AEPD.

Banco Central Europeo: BCE.

Banco Europeo de Inversiones: BEI.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: CDFUE.

Centro de Investigaciones Sociológicas: CIS.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: CADHP.

Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña: GAIP.

Comisión de Transparencia de Galicia: CTG.

Comisionado de Transparencia de Castilla y León: CTCYL.

Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias: CTC.

Comité de Derechos Humanos: CDH.

Comunidad Autónoma: CA.

Comunidades Autónomas: CCAA.

Consejo de Transparencia de Aragón: CTAR.

Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana: CTCV.

Consejo de Transparencia de la Región de Murcia: CTRM

Consejo de Transparencia de Navarra: CTN.

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: CTBG.

Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía: CTPDA.

Constitución Española: CE.

Convención Americana de Derechos Humanos: CADH.

Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: CIDH.

Declaración Universal de Derechos Humanos: DUDH.

Disposición Adicional 1ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: DA1ª.

Estatutos de Autonomía: EEAA.

Índice de Percepción de Corrupción: IPC.

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

Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público: LRISP.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: LPAC.

Ley de Transparencia Pública de Andalucía: LTPA.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal: LOPD.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: LOPDGDD.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: LOPJ.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: LRJAPPAC

Objetivos de Desarrollo Sostenible: ODS.

Organización de Estados Americanos: OEA.

Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación UNESCO.

Organización de las Naciones Unidas: ONU.

Organización no Gubernamental: ONG.

Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa: OSCE.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: PIDCP.

Real Academia de la Lengua Española: RAE.

Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales: ROF.

Sentencia de la Audiencia Nacional: SAN.

Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo: SJCCA.

Sentencia del Tribunal Constitucional: STC.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europeo: STJUE.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia: STSJ.

Sentencia del Tribunal Supremo: STS.

Tecnologías de la Información y la Comunicación: TIC.

Transparencia Internacional: TI.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: TFUE.

Tratado de la Comunidad Europea: TCE.

Tratado de la Unión Europea: TUE.

Tribunal Constitucional: TC.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea: TJUE.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: TJCE.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH.

Tribunal Supremo: TS.

Unión Europea: UE.

ABSTRACT

This doctoral thesis focuses on the constitutional analysis of the principle of transparency and the right of access to public information. As this is a current constitutional topic, the research aims to examine the scope and configuration of transparency and access to public information in the context of the digital society.

In this sense, transparency and the right of access to public information have not often been identified as objects of inquiry within the constitutional order. In addition, the inertia of the opacity of power has hindered their identification as transversal elements of the constitutional system of principles, values and rights.

Furthermore, the academic works on freedom of information have given prominence to media professionals, thus confining the citizenry to a passive position in the reception of news within the framework of art. 20.1.d) of the Spanish Constitution (SC). Nevertheless, technological advances and the rise of the information society are shaping contemporary societies. A shift in the communication process is taking place, in which the active subject that informs is no longer only the media. Instead, citizens themselves participate actively in the communicative paradigm. Consequently, the role of a *social watchdog* – traditionally attributed to the media– is fragmented also to include an informing citizenry. In this context, transparency and the right to access public information have become particularly relevant for a pluralist democracy, as they enable greater control of political power by reinforcing the active position of the citizenry in the communication process.

In this context, the research considers the role of transparency in the democratic welfare State and whether the right of access to public information should be considered a fundamental right. To provide an adequate answer to both questions, firstly, the doctoral thesis examines the state of the art in this field based on the existing body of legal scholarship and jurisprudence. The findings reveal that neither the legislator nor the case law of the Supreme Court (SC) or the Constitutional Court (CC) has explored in depth the legal nature of transparency and the right of access to public information. Indeed, according to the Spanish Law 19/2013, of 9 December, 2013, on Transparency, Access to Public Information and Corporate Governance (LTAIBG), access to public information does not constitute a fundamental right as it has been regulated in an ordinary law as a right of legal configuration ex art. 105 SC, thereby limiting the applicable constitutional guarantees.

Nonetheless, a dynamic and evolving interpretation of rights in multilevel constitutionalism requires a different interpretation. Hence, the second part of the thesis focuses on the multilevel study of the right of access to public information. Based on this analysis, and in the light of the academic references on the subject, it argues that it is no longer possible to interpret the freedom of information in art. 20.1.d) SC without considering access to public information as a facet of the latter right. In order to justify the fundamental nature of the right of access to information as a facet of freedom of information, emphasis will be placed on the evolving interpretation of this constitutional right, especially by the European Court of Human Rights (ECtHR), and its impact on our legal system fundamentally through art. 10.2 SC.

“A people who mean to be their own governors must arm themselves with the power that knowledge gives”.

[Un pueblo que pretende ser su propio gobernante debe armarse con el poder que da el conocimiento]

(Letter from James Madison to W. T. Barry, August 4, 1822)

INTRODUCCIÓN

1. Justificación y objeto de estudio

En una primera aproximación constitucional a la transparencia y al derecho de acceso a la información pública surgen las siguientes preguntas: ¿qué lugar ocupa la transparencia en el Estado social y democrático de Derecho? Por otro lado, ¿el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado un derecho fundamental? Las respuestas a tales cuestiones deben abordarse desde dos perspectivas

En primer lugar, a partir del estado de la cuestión en la materia que lleva a dar una respuesta cautelosa e, incluso, negativa a las preguntas señaladas. Como se verá ni el legislador, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ni del Tribunal Constitucional (TC) han profundizado en la naturaleza jurídica de la transparencia. Y, cuando se han ocupado de ello ha sido a propósito de la regulación legal del derecho de acceso a la información pública. En ese caso, la respuesta a la cuestión de si el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental ha sido negativa. El derecho de acceso a la información pública no es un derecho fundamental al haberse regulado en una ley ordinaria como un derecho de configuración legal, limitando así el régimen de garantías constitucionales que le resulta aplicable.

No obstante, también cabe abordar la materia desde una segunda perspectiva basada en el carácter dinámico y evolutivo de los derechos. Esta segunda dimensión permite enfocar las preguntas apuntadas de manera distinta. Nótese que la interpretación de los derechos conforme al contexto social en que han de aplicarse resulta esencial para garantizar su efectividad y su contenido esencial. Desde esta perspectiva, las preguntas apuntadas permiten respuestas más abiertas hasta plantear que el derecho de acceso a la información

pública debe ser considerado un derecho fundamental. ¿Cuál es la razón que lleva a tal afirmación?

Las sociedades contemporáneas están viéndose determinadas por los avances tecnológicos y el desarrollo de la sociedad de la información. A esto se suma, además, el hecho de que en el contexto global la información fluye a través de Internet de forma distinta al contexto analógico en el que clásicamente se ha desarrollado la doctrina constitucional sobre las libertades informativas. La información en Internet tiene un carácter ubicuo, anónimo, rápido en la difusión, inmediato en la recepción, masivo, plural y disperso. Tales notas han favorecido nuevas pautas de comportamiento social, sobre todo a través de la popularidad de las redes sociales como un nuevo medio de comunicación. Se asiste así a una alteración en el proceso de comunicación que encuentra reflejo tanto a través de los sujetos como del medio en el que se desarrollan dichas libertades.

Por un lado, el sujeto activo que informa ya no son sólo los medios de comunicación. Ahora, el paradigma comunicativo se comparte con la ciudadanía. Se fragmenta así el típico rol de *social watchdog* atribuido tradicionalmente a favor de los medios para contemplar también a una ciudadanía informante. Consecuentemente, el sujeto pasivo que venía identificándose con la ciudadanía, como mero receptor pasivo, también ha cambiado. La ciudadanía ya no espera pasivamente a recibir la información producida por terceros, sino que, además de poder difundirla, adopta un rol activo en la búsqueda de la información.

Por otro lado, el medio para el ejercicio de las libertades comunicativas ha dado un salto cualitativo. En este sentido, se advierte un tránsito de los medios tradicionales de comunicación social como la radio, televisión y prensa, a favor de las plataformas digitales donde la ciudadanía ejerce sus derechos fundamentales. Este cambio está ocasionando un problema para el constitucionalismo democrático. Como es sabido, el constitucionalismo tiene como pilar esencial el control del poder. Tradicionalmente, este poder se ha entendido como el poder legítimo que ostenta el Estado, sin embargo, en la actualidad las plataformas digitales ejercen gran parte de ese poder. Acontece así un proceso de fragmentación del espacio público, ya que éste no puede abordarse en el contexto digital como tradicionalmente se ha hecho. El papel del Estado en el contexto analógico era más claro y, con ello, también su capacidad para garantizar los derechos fundamentales. Sin embargo, la separación entre lo público y lo privado se ha difuminado.

Como puede observarse del ejemplo de las redes sociales, se trata de un espacio eminentemente privado y no sujeto a reglas democráticas que, sin embargo, se ha convertido en un nuevo espacio para el debate público y el ejercicio de los derechos. Ahora bien, el poder que rige en este espacio no sólo resulta preocupante por ser un poder privado y no sujeto a reglas democráticas, sino que lo es por ser invisible y actuar oculto tras el medio digital.

Ello debe conectarse, en efecto, con la invisibilidad del poder que favorece el contexto tecnológico global. Como señalaba BOBBIO, la democracia es “el gobierno del poder público en público”¹, esto es, el “régimen del poder visible”². La democracia aporta un rol esencial a la visibilidad del poder, en definitiva, a la transparencia como un atributo de la democracia. Subyace aquí una relación clara entre la visibilidad, como presupuesto del poder legítimo, y el necesario control que debe ejercer la ciudadanía. De ahí que hoy se apunte como un nuevo desafío para el constitucionalismo la capacidad de advertir dónde acaba lo público y empieza lo privado.

Esta cuestión se menciona para subrayar que, a diferencia del debilitamiento que sufre la ciudadanía como sujeto de derechos frente a poderes privados desregulados, es posible otra lectura en lo que respecta a su relación con el poder público. Éste es un presupuesto esencial que canaliza la investigación con el objeto de reforzar el papel de la ciudadanía en los procesos democráticos de toma de decisiones. Desde esta perspectiva, la tesis aborda el estudio de la transparencia y el acceso a la información desde el poder público con el objetivo de reforzar la posición de la ciudadanía en su relación con el Estado. Ambas se entienden como mecanismos constitucionales al servicio del Estado social y democrático de Derecho que se ponen a disposición del Estado y, a su vez, deben hacerse valer frente a él. Y ello sin perjuicio de que en el marco del constitucionalismo actual surja el debate del control del poder que subyace en el medio digital³.

En este sentido, el progresivo desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ha permitido acortar la verticalidad que tradicionalmente ha distanciado al ciudadano del poder público. Así, que el Estado ejerza un poder regulado

¹ BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p.65.

² BOBBIO, N. *El futuro...*, cit., p. 66.

³ Como ha señalado BALAGUER CALLEJÓN, F. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 30, 2018, uno de los objetivos del constitucionalismo actual es que pueda “controlar el poder allí donde está actualmente”, y que hoy discurre “en gran medida fuera del Estado y de los circuitos internos de formación de la voluntad estatal”.

y acotado por una constitución normativa ha permitido evolucionar democráticamente, otorgando un lugar sustancial a la transparencia allí donde antes no existía.

De este modo, a partir de la concepción de la transparencia como un requisito democrático y propio de democracias avanzadas, empieza a reforzarse la necesidad de profundizar sobre cuestiones como el escrutinio, la rendición de cuentas, la apertura en la gestión de los asuntos públicos, la lucha contra la corrupción y la participación efectiva de la ciudadanía. En este contexto, la transparencia es un principio básico conectado con el principio democrático y que puede enmarcarse en el Gobierno Abierto. Este último es la expresión de una forma de gobernanza que procura instaurar nuevas dinámicas de relación entre la administración y la ciudadanía. Se conecta, pues, con la apuesta por la implantación de un concepto de Buen Gobierno basado en criterios de ética pública y calidad democrática de las instituciones⁴ como meta perseguida por los Estados democráticos.

Así, la transparencia del poder público es imprescindible para renovar la “arquitectura del contrato social”, teniendo en cuenta que es “un verdadero termómetro del grado de realización”⁵ del Estado social y democrático de Derecho. Como se apuntaba anteriormente, el espacio que ha ganado la ciudadanía da valor a su posición como sujeto político relevante en la gestión de los asuntos públicos. Y, en este sentido, la transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el contexto de las TIC han sido claves para pasar de un escenario en el que la ciudadanía era considerada como espectadora pasiva o receptora de los asuntos públicos⁶, a otro donde tiene protagonismo como sujeto activo y participativo. Muestra de ello es el reconocimiento de un derecho de acceso a la información pública, en el que la ciudadanía actúa *motu proprio* para solicitar información a los poderes públicos. De este modo, el fenómeno de la transparencia ha

⁴ Esta idea queda reflejada expresivamente entre otros autores por VILLORIA MENDIETA, M. “La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas aplicadas*, nº 27, 2018, p.2, al señalar que “Lo que hemos aprendido a través de la historia es que el buen gobierno es un gobierno democrático que sabe auto-limitar su poder. Ello nos lleva a recuperar la idea de la democracia de calidad; la democracia puede ser un sistema de gobierno que se limita a permitir el cambio de gobierno a través del voto cada cierto tiempo o algo mucho más exigente. Una democracia de calidad asume selección y reemplazo de gobernantes por sufragio, pero también el respeto y promoción de los derechos humanos y la igualdad política. Para que estos tres fundamentos de la democracia se sostengan es preciso gobiernos que desarrollen instituciones que promuevan la imparcialidad y la transparencia”.

⁵ Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R., y VALLE ESCOLANO, R. “Implantando la transparencia en el ámbito local: hablan los protagonistas”, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018, p. 311.

⁶ Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 231.

surgido en un proceso adaptativo del Derecho Constitucional a las transformaciones de la sociedad tecnológica⁷.

Centrado el objeto de estudio, deben destacarse una serie de presupuestos que han dificultado la identificación de la transparencia y el acceso a la información pública como elementos transversales del sistema constitucional de principios, valores y derechos. Entre éstos deben tenerse en cuenta: A) Que la transparencia y el derecho de acceso a la información pública no han sido elementos habitualmente reconocidos y regulados en los ordenamientos constitucionales; B) Que durante mucho tiempo ha imperado una concepción procedimentalista de la “transparencia administrativa”⁸, relegando a un segundo plano su encaje constitucional; C) Que la Constitución española (CE) no las menciona expresamente. En este sentido, existe una única referencia indirecta e insuficiente en el art. 105.b) CE que impone al legislador la regulación del acceso a los “archivos y registros administrativos”; D) Que la experiencia a lo largo del tiempo ha mostrado una tendencia hacia la naturalización del poder público como una estructura cerrada que no rinde cuentas de su gestión y monopoliza la información en términos de propiedad; E) Que el desarrollo del constitucionalismo multinivel y de la sociedad tecnológica imponen la superación de esta concepción hermética del poder público; F) Que a partir de la crisis económica de 2008 y la subsiguiente crisis de representación que llevó aparejada se denunciaron con más ahínco una serie de circunstancias como la corrupción, la falta de participación en los asuntos públicos, la falta de rendición de cuentas, la fragmentación del principio de legitimidad democrática en el ejercicio del poder, etc., que reflejaron la necesidad de abordar la transparencia y el acceso a la información pública como una necesidad democrática; G) Que la situación en España ha

⁷ Vid. ORDUÑA MORENO, F. J (Dir.) SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R (Coords.) *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 24.

⁸ Para una aproximación general sobre la transparencia en el marco de la Constitución, pueden verse entre otros, PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII-Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 2006, págs. 527 a 546. Se refieren a la “transparencia administrativa”, entre muchos otros, ARENA, G. “Transparencia administrativa y democracia, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 37, 1993. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa”, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. 188, nº 756, 2012. SAINZ MORENO, F. “Secreto y transparencia”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

Destaca el análisis predominantemente administrativista en la materia, MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional”, *Euromía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8, 2015, p. 94

mejorado con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG) pero aún es necesario desarrollar una cultura constitucional de la transparencia.

En la actualidad, es posible asumir con facilidad que el poder público debe ser transparente. Sin embargo, hemos tardado mucho en asumir la transparencia y el acceso a la información como necesidades democráticas que debían traducirse en el plano jurídico constitucional. De hecho, España fue uno de los últimos países europeos en adoptar una ley general, de carácter transversal, que regulara la transparencia y el acceso a la información pública con la aprobación de la LTAIBG.

Ha surgido la necesidad de una cultura de la transparencia en la sociedad, pero aún es preciso profundizar en ella para convertirla en hábito general de actuación del poder público. Como señala SOMMERMMAN, el proceso de apertura al que están llamadas las instituciones conlleva una cierta pérdida de poder, fundada en el conocimiento que se les atribuía previamente en monopolio a las administraciones burocráticas, y que ahora ha de compartirse. En este proceso transformador, la aparición de nuevas formas de entender las relaciones institucionales es una consecuencia inevitable⁹ que encaja con la evolución del Estado liberal al social y democrático de Derecho. Asimismo, en el marco de la democracia representativa surge la necesidad de avanzar hacia la consolidación de una democracia más participativa.

Por otro lado, la transparencia y el acceso a la información pública no sólo adquieren importancia conforme al contexto social actual, sino que se han visto reforzadas en el marco del constitucionalismo multinivel. La realidad pluriordinamental a través de la confluencia de distintos espacios constitucionales apela a la interpretación evolutiva de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico fundamentalmente a través del art. 10.2 CE. Esta realidad multinivel de los derechos justifica también el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información, al haber sido objeto de una rica interpretación evolutiva en el ámbito internacional.

Desde esta perspectiva será objeto esencial de la investigación trasladar los avances interpretativos propios del ámbito internacional, para inferir las consecuencias jurídicas

⁹ Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 18.

que deberían adoptarse en el ámbito interno. En este sentido, resulta fundamental el estudio de los parámetros de iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información que ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su jurisprudencia, en el marco del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En definitiva, esta investigación pretende contribuir a la comprensión del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública como pilares del Estado social y democrático de Derecho. En particular, con el objetivo de construir su enmarque democrático a partir de su configuración y naturaleza jurídico constitucional.

2. Metodología

La metodología desde la que se aborda la investigación requiere tener en cuenta cuáles han sido los procesos seguidos para alcanzar los objetivos planteados.

En todo caso debe tenerse en cuenta que la metodología de trabajo se ha visto claramente determinada y encauzada por la propia realidad del constitucionalismo actual, al ser una tesis elaborada en el área de Derecho Constitucional. En este sentido, la metodología multinivel inherente al estudio de los derechos en los distintos planos constitucionales ha sido determinante en la forma de abordar el estudio. De la misma manera, no han pasado desapercibidos los desafíos tecnológicos y de la información que afectan al constitucionalismo contemporáneo. Este aspecto también se ha tenido en cuenta para valorar en qué medida la realidad tecnológica tiene influencia en el objeto de estudio, esto es, en el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

Para abordar el objeto de estudio sobre estos dos pilares se prestará especial atención a la teoría general de los derechos fundamentales, así como a la interpretación evolutiva de los derechos conforme al art. 10.2 CE y la propia dogmática constitucional respecto a éste último. Asimismo, se aplicará una perspectiva comparada en el entorno europeo y un análisis jurisprudencial internacional y nacional.

Las dos hipótesis principales de trabajo son:

- 1) que la transparencia constituye un elemento esencial del principio democrático aunque ese nexos no tiene un adecuado reconocimiento constitucional en nuestro

ordenamiento jurídico, ni ha sido objeto de especial tratamiento en lo que concierne a su configuración y naturaleza constitucional.

- 2) que aunque no se reconozca ni legal, ni jurisprudencialmente en España, el derecho a recibir información no puede contemplarse hoy sin incluir el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de aquel. Este derecho fundamental debe interpretarse conforme al contexto internacional, donde sí se ha desarrollado la vertiente objetiva democrática del derecho de acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información.

Los objetivos planteados para demostrar las hipótesis señaladas han sido las siguientes:

- a) Definir y delimitar cuál es el contenido jurídico constitucional de la transparencia teniendo en cuenta sus características, elementos que la configuran, así como su finalidad y fundamento constitucional.
- b) En segundo lugar, justificar que el principio de transparencia tiene base constitucional en el principio democrático, teniendo en cuenta el desarrollo que este último ha tenido a lo largo de la historia constitucional.
- c) En tercer lugar, justificar que el acceso a la información pública constituye una importante manifestación de la libertad de información del art. 20.1.d) CE conforme a la interpretación evolutiva de los derechos.

Para el logro del primer objetivo se realiza una aproximación general a la transparencia. Se trata de una investigación jurídica constitucional, analítica y categórica de la transparencia, que toma como base los presupuestos inherentes al Estado social y democrático de Derecho. De esta forma, pretende identificarse su contenido constitucional, las características que definen la transparencia en el orden constitucional, así como sus elementos configuradores.

Una vez realizada esta aproximación, se debate la categorización de la transparencia como un valor, un principio o un derecho en el ordenamiento constitucional actual, basado en la dogmática constitucional sobre tales elementos. En línea con ello, y para justificar la vinculación entre el principio de transparencia y el principio democrático, se realiza un análisis sustantivo que recorre la evolución del principio democrático a lo largo de la historia constitucional, así como de los factores formales y contextuales que reiteran dicho nexo.

Este primer estudio dogmático-constitucional lleva a plantear si existe adecuación entre el encaje que debería corresponderle, atendiendo también para ello a los antecedentes normativos internacionales en la materia y el estado de la cuestión en España. Para ello se efectúa un estudio analítico del encaje constitucional y un análisis normativo sobre la regulación existente en España.

Posteriormente, se dará un paso más en el estudio del derecho de acceso a la información desde una doble perspectiva. Primero, desde la metodología multinivel propia del Derecho Constitucional. Se atenderá para ello al estudio normativo internacional en base a los instrumentos jurídicos vinculantes de mayor relevancia en sede global de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como regional europeo en el ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea (UE), y jurisprudencial en los distintos planos constitucionales. A tal fin, será esencial el análisis de la jurisprudencia del TEDH conforme al criterio de la interpretación evolutiva de los derechos *ex art. 10.2 CE*. En segundo lugar, se realizará un estudio del derecho de acceso a la información pública y de la libertad de recibir información en el ordenamiento español. Para ello, se atenderá a las principales posturas doctrinales, al análisis de la jurisprudencia del TS y el TC, así como a la doctrina emanada de los Consejos de transparencia.

Finalmente, en base a la teoría general de los derechos fundamentales se realizará una propuesta interpretativa concreta para articular la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento constitucional español. Tal interpretación respetará las limitaciones que la doctrina constitucional ha derivado del art. 10.2 CE, y a la vez resultará conciliable con una interpretación evolutiva de la libertad de información en conexión con los criterios de iusfundamentalidad que ha elaborado el TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública.

En general, esta investigación se ha llevado a cabo tanto presencialmente como en línea, utilizando bases de datos científicas y autorizadas en el área de las ciencias jurídicas, así como los recursos disponibles en la biblioteca de Derecho de la Universidad de Granada, en la Squire Law Library de la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y en la Universidad de Leipzig (Alemania).

3. Estructura

La investigación se divide en dos partes. La primera parte se estructura en torno a tres capítulos que versan sobre el principio de transparencia. El primero de ellos realiza una aproximación general y dogmática a la caracterización constitucional de la transparencia. Ello permite en el segundo capítulo profundizar en el encaje constitucional de la transparencia en el marco del Estado social y democrático de Derecho actual. En esta parte de la investigación será esencial la articulación de la transparencia como un elemento definitorio del principio democrático. En este sentido, se efectuará un recorrido evolutivo por los elementos que han ido perfilando la conceptualización del principio democrático para situar la transparencia como su elemento definitorio clave en la actualidad. Una vez abordada la dimensión y encaje constitucional de la transparencia, se analizará, ya en el tercer capítulo, su configuración legal en el ordenamiento español. Será interesante para ello partir de los antecedentes normativos internacionales y de Derecho comparado para analizar con posterioridad la configuración legal de la que ha sido objeto en el ámbito interno español a propósito del análisis de la LTAIBG.

La segunda parte de la investigación se centra en el derecho de acceso a la información pública como objeto de estudio. A tal fin, esta segunda parte se divide en dos capítulos. En el primero se efectúa un estudio sobre el derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel, tanto desde una perspectiva normativa internacional, como jurisprudencial de los tribunales internacionales. La configuración constitucional del derecho de acceso a la información pública efectuada en sede internacional permitirá analizar en el segundo capítulo el estudio del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento español. Este segundo capítulo desarrolla la configuración constitucional y el alcance del derecho de acceso a la información pública a partir de las aportaciones doctrinales, jurisprudenciales del TS y del TC y de los Consejos de transparencia para finalmente desarrollar cuál debería ser, a mi juicio, su configuración constitucional y naturaleza jurídica.

INTRODUCTION

1. Rationale and Research Question

An initial constitutional approach to transparency and the right of access to public information raises the following questions: What role does transparency play in the social and democratic rule of law? Furthermore, is or should the right of access to public information be a fundamental right? These questions should be answered from two perspectives.

Firstly, we must review the state of the art in this field, which leads to a cautious or even negative response to the questions raised. As will be seen, neither the legislator, nor Supreme Court (SC) or Constitutional Court (CC) case law has explored the legal nature of transparency in depth. Moreover, when the issue has been addressed, it has been in connection with the legal regulation of the right of access to public information. In this case, in response to the question of whether the right of access to public information is a fundamental right, the answer was in the negative. The right of access to public information is not a fundamental right since it has been regulated in an ordinary law as a right of legal configuration, thus limiting the applicable system of constitutional guarantees.

However, the question can also be examined from a second angle on the basis of the dynamic and evolving nature of rights and of the Constitution as a living breathing document. This second dimension makes it possible to approach the above questions in a different way. Of course it is essential to interpret rights in light of the relevant social context so as to ensure their efficacy and substantive content. Viewed from this perspective, the above questions leave room for more open-ended answers. The right of access should be a fundamental right. Why should this be so?

Contemporary society is marked by technological advances and the development of the information society. To this must be added the fact that, in the global context, information flows through the Internet in a different way to the analogue context in which the constitutional doctrine on freedom of information has traditionally evolved. Information on the Internet is ubiquitous, anonymous, rapidly disseminated, immediately received, massive, plural and dispersed. These attributes have fostered new patterns of social behaviour, most notably the popularity of social networking as a new medium of

communication. Thus, we are seeing a disruption of the communication process that is reflected both in the subjects and the environment in which these freedoms are developed.

On the one hand, the media are no longer the only active subject providing information. Citizens now share that communication paradigm. The customary role of social watchdog traditionally played by the media is thus broken down to include informed citizens as well. As a result, the concept of the passive subject previously associated with the citizen, as a mere passive recipient, has also been transformed. Citizens no longer wait passively to receive information from third parties. As well as being able to disseminate information, they play an active role in searching it out.

Furthermore, the way in which communicative freedoms are exercised has taken a qualitative leap forward. In this sense, there has been a shift away from traditional media such as radio, television and the press, towards digital platforms where citizens exercise their fundamental rights. This shift poses a problem for democratic constitutionalism. As is well known, the cornerstone of constitutionalism is the checks and balances on power. This power has traditionally been understood as the legitimate power wielded by the State, but today digital platforms exercise much of that power. The public space therefore becomes fragmented, as the digital context means that it can no longer be approached in the traditional way. In the analogue context the State's role was clearer, and so too was its ability to guarantee fundamental rights. However, there has been a blurring of the distinction between the public and private spheres. The example of social networks shows that this is an eminently private space that is not subject to democratic control, but which has nevertheless become a new space for public debate and the exercise of rights. However, the power that controls this space is worrying not only because it is a private power and not subject to democratic rules, but also because it is invisible and acts hidden behind the digital medium.

This must indeed be connected to the invisibility of power favoured by the global technological context. As BOBBIO noted, democracy is "a government of public power in public"¹⁰, i.e. the "regime of visible power"¹¹. Democracy plays an essential role in the visibility of power. In short, transparency is an inherent feature of democracy. There is a clear relationship between visibility, as a prerequisite for legitimate power, and the

¹⁰ BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p.65.

¹¹ BOBBIO, N. *El futuro...*, cit., p. 66.

control that citizens need to exercise. The new challenge facing constitutionalism today is therefore one of identifying where the public sphere ends and the private sphere begins.

This issue is raised to highlight that another interpretation of the relationship between citizens and public authorities is possible, which contrasts with the weakening of their position as subjects of rights in the face of unregulated private powers. This is a key assumption driving research aimed at strengthening the role of citizens in democratic decision-making processes. From this perspective, this thesis tackles the issue of transparency and access to information from public authorities with the aim of strengthening the position of citizens in their relationship with the State. Both are seen as constitutional mechanisms serving the social and democratic rule of law which must be made available to the State and which, in turn, must be enforced against it. This is without prejudice to the debate on the control of power underlying digital media in the context of today's constitutionalism¹².

In this sense, the continued development of information and communication technologies (ICTs) has made it possible to bridge the gap that has traditionally distanced citizens from public authorities. The fact that the State exercises a power regulated and limited by a normative constitution has therefore made democratic evolution possible, granting transparency a substantial presence where previously it had none.

Hence, on the basis that transparency is a democratic requirement of advanced democracies, the need for greater analysis of issues such as control, accountability, openness in the management of public affairs, the fight against corruption and the effective participation of citizens becomes more evident. In this context, transparency is a basic principle linked to that of democracy and falls within the framework of Open Government. This is a form of governance that seeks to establish a new relationship dynamic between the administration and citizens. It is therefore part of the commitment to implementing a vision of good governance in line with the criteria of public ethics and the democratic quality of institutions¹³ as a goal of democratic states.

¹² As indicated in BALAGUER CALLEJÓN, F. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 30, 2018, one of the aims of constitutionalism today is that it should be able to “control power where it is at present”, and that today this runs “largely outside the State and the internal circuits of the formation of the State’s will”.

¹³ This idea is expressively reflected by, among other authors, VILLORIA MENDIETA, M. “La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas aplicadas*, nº 27, 2018, p.2, who notes that “What history has taught us is that good governance means a democratic government that knows how to self-limit its power. This brings us back to the idea of quality

The transparency of public authorities is thus essential for renewing the "architecture of the social contract" given that it is "a true measure of the degree of implementation"¹⁴ of the social and democratic rule of law. As noted above, the space gained by citizens increases the value of their position as an important political subject in the management of public affairs. In this sense, transparency and the right of access to public information in the context of ICTs are key factors in the shift from a scenario in which citizens were considered passive spectators or recipients of public affairs¹⁵, to one in which they play a leading role as active and participatory subjects. An example of this is the recognition of a right of access to public information, where citizens act *motu proprio* to request information from public authorities. Thus, the transparency phenomenon has emerged as constitutional law adapts to changes in the technological society¹⁶.

Having identified the research question, it is worth noting a series of assumptions that have made it difficult to define transparency and access to public information as cross-cutting elements of the democratic system of principles, values and rights of the constitutional order. These include: A) Transparency and the right of access to public information have not typically been features of the constitutional order; B) For a long time, a proceduralist approach to "administrative transparency" has prevailed¹⁷, overshadowing its constitutional fit; C) The Constitution does not expressly mention

democracy; democracy can be a system of government that is limited to simply voting for a change of government from time to time, or something much more sophisticated. Quality democracy implies the selection and replacement of governments via the ballot box, but also the respect and promotion of human rights and political equality. For these three foundations of democracy to be sustained, governments need to develop institutions that promote fairness and transparency”.

¹⁴ Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R., and VALLE ESCOLANO, R. “Implantando la transparencia en el ámbito local: hablan los protagonistas”, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018, p. 311.

¹⁵ Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 231.

¹⁶ Vid. ORDUÑA MORENO, F. J (Dir.) SÁNCHEZ MARTÍN, C., and GUILLÉN CATALÁN, R (Coords.) *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 24.

¹⁷ For a general approach to transparency in the framework of the Constitution, see among others, PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” in ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII-Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 2006, pp. 527-546. In reference to “administrative transparency” see, among others, ARENA, G. “Transparencia administrativa y democracia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 37, 1993; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa”, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. 188, nº 756, 2012; SAINZ MORENO, F. “Secreto y transparencia”, in *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

The predominantly administrative law analysis on the subject is highlighted by, MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional”, *Euromía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8, 2015, p. 94

them. Only an indirect and insufficient reference is made in Art. 105.b) SC which obliges the legislator to regulate access to "archives and administrative records"; D) Over time, there has been a tendency to normalise public power as a closed, unaccountable structure that monopolises information in terms of ownership; E) The development of multilevel constitutionalism and the technological society make it necessary to get beyond this secretive conception of public power; F) In the wake of the 2008 economic crisis and the ensuing crisis of representation that came with it, a series of circumstances emerged including corruption, lack of participation in public affairs, lack of accountability, fragmentation of the principle of democratic legitimacy in the exercise of power, etc. which brought the need to address transparency and access to public information as a democratic necessity to the fore; G) There has been some improvement with the passing of the transparency law but more needs to be done to promote a constitutional culture of transparency.

Nowadays, it is easy to make the assumption that public authorities should be transparent. However, progress towards embracing transparency and access to information as democratic requirements to be enshrined in constitutional law has been slow. In fact, Spain was one of the last European countries to adopt a general, cross-cutting law regulating transparency and access to public information with the approval of Law 19/2013, of 9 December, 2013, on Transparency, Access to Public Information and Corporate Governance (LTAIBG).

Although the need for a culture of transparency in society has emerged, more has to be done for it to become widespread practice among public authorities. As SOMMERMANN points out, the process of opening up institutions entails a certain loss of power, as the knowledge previously monopolised by bureaucratic administrations must now be shared. In this transformative process, the appearance of new ways of understanding institutional relations is an inevitable consequence¹⁸ of the evolution from the liberal to the social and democratic rule of law. Likewise, within the framework of representative democracy, steps must be taken towards the consolidation of a more participatory democracy.

¹⁸ Vid. SOMMERMANN, K-P. "La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho", in GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 18.

On the other hand, transparency and access to public information are not only becoming more important within the current social context, but have gained prominence within the framework of multilevel constitutionalism. The pluralistic reality of legal systems brought about by the intersection of different constitutional spaces calls for the evolutionary interpretation of rights in our legal system *ex Art. 10.2 SC*. This multilevel reality with regard to rights makes the case for a debate on the legal nature of the right of access to information, as it has been the subject of a rich and evolutionary interpretation internationally.

From this perspective, the essential aim of the research is to use the interpretative advances made internationally to arrive at the legal ramifications for domestic law. Key to this will be studying the parameters of the right of access to information developed by European Court of Human Rights (ECtHR) case law, under Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

In summary, this research seeks to contribute to the understanding of the principle of transparency and the right of access to public information as cornerstones of the social and democratic rule of law, with the specific aim of establishing the democratic framework on the basis of their configuration and constitutional legal nature.

2. Methodology

The research methodology requires consideration of the processes involved in achieving the proposed objectives.

In any event, it should be remembered that the working methodology has been clearly determined and channelled by the state of present-day constitutionalism, since this thesis has been carried out in the field of Constitutional Law. In this sense, the multilevel methodology involved in examining rights at different constitutional levels has been a determining factor in the planning of the research. Similarly, the technological and information challenges affecting contemporary constitutionalism have not gone unnoticed. This factor has also been taken into account in assessing the extent to which the technological reality influences the objective of the study, i.e. the principle of transparency and the right of access to public information.

In approaching the examination of these two bases, special attention will be paid to the general theory of fundamental rights, as well as to the evolutionary interpretation of rights

under Art. 10.2 SC and the constitutional dogma itself with regard to the latter. A comparative European perspective and an analysis of international and national case law will also be provided.

The two main working hypotheses are:

- 3) that transparency is an essential element of the democratic principle, although this link is not adequately recognised constitutionally in our legal system, nor has it been the object of special treatment in terms of its configuration and constitutional nature.
- 4) that although it is not legally or jurisprudentially recognised in Spain, the right to receive information cannot be considered nowadays without including the right of access to public information as a manifestation of that right. This fundamental right must be interpreted in line with the international context, where the objective democratic dimension of the right of access to public information as a manifestation of freedom of information has been developed.

The objectives set to demonstrate the above hypotheses were as follows:

- d) To define and delimit the constitutional legal content of transparency, taking into account its characteristics and constituent elements, as well as its purpose and constitutional basis.
- e) Secondly, to argue that the principle of transparency has its constitutional basis in the democratic principle, taking into account the development of this principle throughout constitutional history.
- f) Thirdly, to argue that access to public information constitutes an important expression of the freedom of information in Art. 20.1.d) SC in keeping with the evolutionary interpretation of rights.

In order to achieve the first objective, we look at transparency in a general sense. This involves a constitutional, analytical and categorical legal investigation of transparency, based on the assumptions inherent to the social and democratic rule of law. As such, the aim is to identify its constitutional content, the characteristics that define it within the constitutional order and its constituent elements.

Having done so, we discuss the classification of transparency as a value, a principle or a right in the current constitutional order, based on constitutional dogma on these matters. Accordingly, and in order to justify the link between the principles of transparency and

democracy, a substantive analysis is carried out that traces the evolution of the democratic principle throughout constitutional history, as well as the formal and contextual factors that reaffirm this link.

This initial dogmatic and constitutional analysis raises the question of whether there is a fit between where the law should stand, also bearing in mind the international normative precedents on the matter, and the state of affairs in Spain. To this end, an analytical study of the constitutional framework and a normative analysis of existing legislation in Spain are carried out.

We will then take a further step in the examination of the right of access to information from a twofold perspective, using the multilevel methodology of Constitutional Law as a starting point. This will involve an international normative study of the most relevant binding legal instruments at the global United Nations (UN) level, as well as at the European regional level within the Council of Europe and the European Union (EU), and at the jurisprudential level in the various constitutional spheres. For this purpose, an analysis of ECtHR and EU case law in accordance with the criterion of the evolutionary interpretation of rights *ex Art. 10.2 SC* will be fundamental. Secondly, the right of access to public information and the freedom to receive information in the Spanish legal system will be examined. To this end, we will consider the main doctrinal positions, an analysis of the case law from the SC and the CC, as well as the doctrine issued by the Transparency Councils.

Finally, on the basis of the general theory of fundamental rights, a specific interpretative approach will be made to articulate the fundamental nature of the right of access to public information in the Spanish constitutional system. This interpretation will respect the limitations on constitutional doctrine derived from Art. 10.2 SC, and at the same time will be compatible with an evolutionary interpretation of freedom of information in relation to the criteria of the fundamental nature of the right of access to public information established by the ECtHR.

Overall, this research has been carried out both face-to-face and online, using scientific and authoritative databases in the field of legal sciences, as well as the resources available at the University of Granada Law Library, the University of Cambridge's Squire Law Library (UK) and the University of Leipzig (Germany).

3. Structure

The research is divided into two main parts. The first part is structured around three chapters looking at the transparency principle. The first of these provides a general and dogmatic overview of the constitutional nature of transparency. This allows the second chapter to delve deeper into transparency's constitutional fit within the framework of the current social and democratic rule of law. Central to this part of the research will be the articulation of transparency as a defining element of the democratic principle. With this in mind, an evolutionary journey will be made through the elements that have shaped the conceptualisation of the democratic principle in order to establish transparency as its key defining element today. Once transparency's constitutional dimension and fit have been addressed, the third chapter will analyse its legal configuration in the Spanish legal system. An interesting starting point for this will be both the international regulatory background and comparative law in order to then examine its legal configuration in the Spanish domestic sphere for the purposes of analysing the LTAIBG.

The second part of the research focuses on the right of access to public information. To this end, it is divided into two chapters. The first is an examination of the right of access to public information in the framework of multilevel constitutionalism, both from an international regulatory perspective and case law from the international courts. The constitutional configuration of the right of access to public information at the international level will allow for an exhaustive analysis of the right of access to public information in the Spanish legal system in the second chapter of the study. This second chapter develops the constitutional configuration and scope of the right of access to public information based on the doctrinal and jurisprudential contributions of the SC, the CC and the Transparency Councils, with a view to ultimately establishing what, in my opinion, should be its constitutional configuration and legal nature.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Una aproximación constitucional a la transparencia. Una cuestión de tiempo y perspectiva

Para hablar de la transparencia desde una perspectiva constitucional hay que partir de una primera problemática y es que la Constitución no hace mención expresa a la transparencia en ninguno de sus preceptos. Dicha ausencia ha forzado al legislador a su desarrollo sin un anclaje constitucional.

Algunos autores incluso han expresado la paradoja de que ninguna Constitución de los sistemas constitucionales occidentales mencione expresamente la transparencia, cuando es una de las grandes protagonistas del debate actual¹⁹. Sin embargo, en mi opinión, esa paradoja carece en parte de sustento si partimos del elemento temporal que tanto condiciona las nuevas perspectivas del constitucionalismo.

Huelga recordar que la Constitución fue fruto de unas circunstancias históricas, sociales, políticas y culturales muy distintas a las actuales²⁰. En 1978 nació una democracia, resultado de un gran esfuerzo por construir un marco de convivencia democrático y social. Obviamente los desajustes *de facto* están provocando ciertas asimetrías *de iure*. Y cuestiones como la transparencia, continúan huérfanas del debido acomodo normativo constitucional²¹.

Ciertamente, en el momento de aprobación de la CE la transparencia no era objeto de preocupación política ni social. En este sentido, era lógico que el constituyente no reflejara en la norma constitucional una demanda ajena a su tiempo, y que ha necesitado

¹⁹ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El marco constitucional de la transparencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, 2019, p. 169.

²⁰ Se muestra a favor de esta misma postura, Vid. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho”, en SORIANO GARCÍA, J. E (Dir.) ESTEPA MONTERO, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel, 2014, p. 50.

²¹ Un ejemplo claro y paradigmático que resultó fruto del cambio social experimentado frente a la normatividad constitucional, fue el caso de la protección de datos personales. Derecho que ha terminado consagrándose como fundamental en el art. 18.4 CE, a expensas de la interpretación del TC, debido al desarrollo de la sociedad tecnológica y de la información.

su espacio para ir definiéndose en el actual del Estado social y democrático de Derecho, impulsado además por las TIC.

Puede entenderse, por tanto, esa falta de mención expresa en la CE, como también se entiende, por el mismo motivo, que los estudios realizados en la materia se basen principalmente en construcciones dogmáticas²². Sin embargo, ello no es óbice para sostener su posible y necesaria articulación constitucional.

En la actualidad, la transparencia ha adquirido una dimensión constitucional pero carece de reconocimiento constitucional. En este sentido, la perspectiva que ha de darse al estudio de la materia parte de la transparencia como fenómeno. Concretamente, se ha hecho alusión a la expresión la “tormenta perfecta de la transparencia”²³ para aludir a aquellas circunstancias que propiciaron la conciencia generalizada sobre su relevancia democrática. La preocupación por la transparencia se acentúa con la crisis económica de 2008 y se vincula fenomenológicamente a la sociedad de la información para hacer frente a una crisis institucional que acompañaba a la financiera, fruto de numerosos casos de corrupción pública, de hastío con la política, de falta de rendición de cuentas, con la consiguiente desafección ciudadana y pérdida de participación y de representatividad que supuso.

No quiere decirse con esto que durante el periodo comprendido desde la entrada en vigor de la CE hasta la fecha mencionada, no encontráramos referencias sobre la materia²⁴ sino que se planteaba desde una visión procedimental, sin destacar su dimensión constitucional vinculada al principio democrático.

En consecuencia, aunque se pueda entender que por cuestiones históricas y circunstanciales la CE no hubiera recogido una mención expresa de la transparencia, no podemos conformarnos a que hoy se mantenga esta situación²⁵. En este sentido, el

²² Otra cosa es que dichos estudios en ocasiones hayan sido criticados, en palabras de Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El marco constitucional...”, cit., p. 169, por basarse más “en el voluntarismo constructivista (constitucional) que en sólidos cimientos jurídicos”.

²³ Cfr. GUICHOT, E. “El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en GUICHOT, E (Coord.) BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., et al. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p.20.

²⁴ De hecho fue objeto de mención expresa por el legislador en el art. 3.5 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo. Dicho precepto señalaba que “En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”.

²⁵ Resulta interesante traer a colación la reflexión efectuada por GARCÍA ROCA, J. “Los riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso”, *Revista de las Cortes Generales*,

ordenamiento constitucional debe ser capaz de responder a lo que se considera ya un elemento esencial del principio democrático. No en vano, la Constitución se integra como sistema por una serie de principios, valores y derechos, que permean todo el texto constitucional, debiendo observarse desde una “perspectiva integracionista”²⁶ como elementos informadores en la labor del intérprete y del resto de poderes públicos.

Se avanza en este sentido la defensa de la transparencia como un principio informador que penetra en el sistema constitucional y vincula a los poderes públicos en sus relaciones con la ciudadanía. Tomando como presupuesto esta idea, se profundizará después en las diversas vías que se han defendido para efectuar el encaje constitucional de la transparencia, y en la defensa de su naturaleza de principio.

2. Concepto y características de la transparencia

Pese a que la conceptualización e intento de delimitación de la transparencia ha sido una cuestión tratada por la doctrina más especializada, no existe unanimidad a la hora de definirla. Su aproximación conceptual ha ido acompañada de multitud de enfoques debido a la naturaleza abierta y voluble de la transparencia. Es decir, es inherente a la transparencia el ser “flexible, polisémica, adaptable a multitud de contextos”²⁷, porque pretende dar respuestas y soluciones a demandas sociales desde presupuestos democráticos diversos. Así, se ha destacado que “puede describir o designar a un tiempo un *proceso* de toma de decisiones, un *método* de trabajo interno (...) o un *resultado*”²⁸.

nº 106, 2019, págs. 159 y 160, cuando refiriéndose a la reforma constitucional apunta que “podemos haber caído en el riesgo de confundir un decente respeto a la Constitución, símbolo de nuestra unidad y democracia, con la inconveniencia de su revisión. Más nada es eterno en Derecho. La revisión es un ingrediente estructural del concepto de Constitución, aún más que en cualquier otro Derecho codificado”.

²⁶ Cfr. AGUILAR CALAHORRO, A. *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pág. 27 y ss. Con esta perspectiva el autor hace referencia a la concepción propia de los derechos fundamentales en el moderno Estado Social y Democrático de Derecho, donde los derechos se conciben de forma abierta. Así, la visión integracionista expuesta por el autor entiende que, “cada derecho fundamental debe contener todas las posibles perspectivas vitales de la sociedad a la que regula, que los derechos deben representar el pluralismo político y social, y de este modo ser el principal motor de una verdadera comunidad política inclusiva” (p.28). A esta visión se contraponen la llamada visión “antagonista”, que no es sino la propia del Estado liberal, que concibe los derechos como límites al poder y espacios de libertad individual.

²⁷ Cfr. BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 126.

²⁸ Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 51.

En otras palabras, esa nebulosa conceptual deriva principalmente de la naturaleza poliédrica²⁹ y relacional de la transparencia³⁰, esto es, del hecho de que se relaciona con una pluralidad de elementos como son el control, la participación, la publicidad, la rendición de cuentas o la democracia. Así, por ejemplo, la doctrina italiana suele centrar la conceptualización de la transparencia en torno a la legitimación del poder³¹. Sin embargo, en el ámbito anglosajón el elemento protagonista a la hora de conceptualizar la transparencia ha sido la rendición de cuentas, o *accountability*³².

Como habrá ocasión de comprobar más adelante, esta diversidad de concepciones abre un amplio abanico de posibilidades en cuanto a las vías para constitucionalizar la transparencia. Lo cual se refleja en la discrepancia doctrinal en este ámbito, pudiéndose encontrar autores que defienden la transparencia como un valor, u otros que la sitúan como principio o incluso, como derecho fundamental.

A efectos de aproximarnos a la transparencia terminológicamente, puede aportar claridad empezar por el significado propio de las palabras. Para ello, habría que comenzar señalando el significado etimológico del término transparencia, que procede del latín,

²⁹ Utiliza la expresión de “carácter poliédrico” de la transparencia, Cfr. BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia...”, cit., p. 127. En el mismo sentido que el expuesto, se refiere al carácter nebuloso de la transparencia por incidir en esferas diversas como la política, social, ambiental o económica, Vid. ROELOFS, P. “Transparency and mistrust: Who or what should be made transparent?”, *Governance*, vol. 32, n° 3, 2019, p. 566. En términos similares se refiere al carácter “multifacético” de la transparencia, MARGETTS, H. “The Internet and Transparency”, *The Political Quarterly*, vol. 82, n° 4, 2011, p. 518.

³⁰ Alude al carácter transversal y multidisciplinar de la transparencia, Cfr. MOCK, W. “On the centrality of information law: a rational choice discussion of information law and transparency”, *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 17, n° 4, 1999, págs. 1077 y 1078, señalando que “Transparency appears as a term of art in the scholarly literature of many fields - corruption, disarmament and arms control, economic development, environmental protection, financial markets, governance, international organizations, political economy, regulation, and trade”.

³¹ Por todos, Vid. MANGANARO F. “L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa”, en *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. II. Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, p.655. Sobre el mismo autor véase, más recientemente, MANGANARO F “Trasparenza e obblighi di pubblicazione”, *Nuove autonomie, Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*, n° 3, 2014, p. 561. PAPA, A. “Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni”, en PAPA, A. *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, seconda edizione. G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, págs. 154 y ss.

³² Entre otros, puede verse especialmente ROELOFS, P. “Transparency and mistrust...”, cit., p. 567. GAVENTA, J., MCGEE, R., *et al.* “Review of impact and effectiveness of transparency and accountability initiatives: Synthesis Report”, Prepared for the Transparency and Accountability Initiative Workshop, *Institute of Development Studies*, 2010, págs. 13 y ss. Mas recientemente sobre estos mismos autores puede consultarse GAVENTA, J., y MCGEE, R. “The Impact of Transparency and Accountability Initiatives”, *Development Policy Review*, vol. 31, S1, 2013, págs. 3 y ss. En concreto, señalan los autores en la p.4 que “Transparency and accountability (T and A) have emerged over the past decade as key ways to address both developmental failures and democratic deficits. In the development and aid context, the argument is that, through greater accountability, the leaky pipes of corruption and inefficiency will be repaired, aid and public spending will be channelled more effectively and development initiatives will produce greater and more visible results”. Vid. JOSHI, A. “Do They Work? Assessing the Impact of Transparency and Accountability Initiatives in Service Delivery”, *Development Policy Review*, vol. 31, S1, 2013, págs. 29 y ss.

transparere, que significa “aparecer a través de”. La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el término transparente en su primera acepción, como: “Dicho de un cuerpo: Que permite ver los objetos con nitidez a través de él”, y en su cuarta acepción, lo define como: “Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

Si nos detenemos en la última acepción del término mencionado, se observa cómo el ser “transparente” va unido a dos elementos claves: la claridad y la comprensión. Así, la suma de dichos términos está vinculada con la certeza, como la ambigüedad lo está con la opacidad. En efecto, la antítesis de la transparencia es la opacidad. La transparencia atraviesa las dificultades para llegar donde la vista no alcanza, por lo que genera certeza y confianza. La opacidad se mantiene oculta en la incertidumbre y ambigüedad, de modo que levanta sospecha y desconfianza³³.

Puede sostenerse que la transparencia orienta una determinada forma de relación institucional en la que se produce un intercambio de información, vinculado a la actuación del actor que ha de rendir cuentas³⁴, esto es, redundando en la apertura de las instituciones, facilitando que la ciudadanía pueda conocer cómo funciona. Esto ocurre porque la propia administración pone a disposición de la ciudadanía la información pública o porque al estar disponible y accesible, la ciudadanía pueda solicitarla *motu proprio*. No obstante, como se verá a lo largo de la investigación, esta conceptualización de la transparencia debe relacionarse con otros elementos para hacerse realmente efectiva. En todo caso, puede decirse en este punto que la transparencia responde a un fenómeno polisémico y aperturista, que procura la satisfacción de los intereses generales y procura la calidad de las instituciones³⁵.

Por su parte, *Transparency International* (TI), una organización no gubernamental de carácter universal dedicada a la transparencia y lucha contra la corrupción, ha definido la

³³ Señala en esta línea Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...” cit., p. 48, que “la opacidad es propia de las Dictaduras, cuyo objetivo es hacer transparente la vida de los ciudadanos para controlarla todo lo que pueden y opaca la actuación del poder público para que los ciudadanos no puedan reaccionar frente a las arbitrariedades en el ejercicio de su poder (...)”.

³⁴ Esta definición la desarrolla Vid. MEIJER, A. “Understanding the Complex Dynamics of Transparency”, *Public Administration Review*, vol. 73, nº 3, 2013, p. 430, cuando apunta que “I would like to define transparency as the availability of information about an actor that allows other actors to monitor the workings or performance of the first actor. This definition consists of an institutional relation in which an information exchange takes place that relates to the workings or performance of an actor”.

³⁵ En esta línea, LASAGABASTER HERRARTE, I. “Notas sobre el Derecho Administrativo de la información”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 103, sitúa la transparencia como un claro indicador de la calidad democrática de las instituciones públicas.

transparencia como la cualidad de los gobiernos que insta a actuar “de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas”³⁶. En este sentido, la transparencia se ha identificado con “el grado de publicidad y apertura de los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos (...)”³⁷.

Así, puede decirse que la apertura en la toma de decisiones para facilitar la rendición de cuentas va intrínsecamente ligada a la genealogía de la transparencia, que opera como presupuesto democrático³⁸. Y ello en la medida en que las características inherentes a la transparencia, la sitúan como un buen barómetro para calibrar la calidad democrática del poder público.

El significado etimológico anteriormente señalado puede completarse con la identificación de las características que hacen de la transparencia un principio con personalidad propia. En este escaneado descriptivo de la transparencia encontramos en primer lugar, una característica de tipo formal. Se trata en este caso de un elemento de la transparencia con capacidad formal para despertar determinadas respuestas, y éstas, a su vez, generar concretas consecuencias materiales. En este orden de cosas, la primera aproximación descriptiva lleva a destacar la cualidad de espejo de la transparencia, esto es, sirve para reflejar a la sociedad cómo son las instituciones públicas. Describe cómo actúan, cuáles son sus prioridades, qué hacen y porqué. Aporta información sobre “la forma de ser de la Administración”³⁹, y con ello manifiesta el tipo de relaciones y el grado de apertura y calidad democrática de las instituciones⁴⁰.

³⁶ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, p. 44, específicamente define la transparencia como “la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones. Como regla general, los funcionarios públicos, empleados públicos, gerentes y directores de empresas y organizaciones, y las juntas directivas tienen la obligación de actuar de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas”. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

³⁷ Cfr. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, p. 11.

³⁸ En tal sentido se ha referido a la transparencia, RUIZ-RICO RUIZ, G. “La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa”, *Revista de Derecho Político*, nº 110, 2021, p.50.

³⁹ Cfr. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. *Administración Pública Electrónica*, Civitas, Navarra, 2009, p. 426.

⁴⁰ De hecho, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 66, considera como característica esencial de la transparencia su vínculo con la democracia.

La transparencia se presenta así como una herramienta que permite evaluar la actuación y gestión pública, mostrándola allí donde el ojo ciudadano no alcanza a ver⁴¹. Tiene, por tanto, la virtud de calificar el modo de ser del Estado y/o a sus servidores públicos. Dada tal particularidad, si la respuesta es la buena gestión de lo público, lo cualifica positivamente. Esta idea de la transparencia entronca con la expresión utilizada en 1908 por TURATI de la “*casa di vetro*”⁴² o “casa de cristal” para calificar cómo debe ser la administración cuando hay intereses públicos en juego. En base a esta expresión, ARENA utiliza la metáfora del Palacio y la Plaza⁴³, donde el Palacio sería la administración, entendida como el lugar donde se toman las decisiones y se ejerce el poder, y la Plaza sería el lugar de reunión de los ciudadanos, como afectados por las decisiones de Palacio⁴⁴.

Este enfoque de la transparencia sigue teniendo actualidad, en tanto que prioriza una visión de la transparencia “no solamente interna y de arriba hacia abajo, sino hacia el exterior y en horizontal: del Palacio a la plaza. No sólo dentro del Palacio”⁴⁵. Esta idea va a ser clave para invertir la normalización de la opacidad en la gestión pública, en favor

⁴¹ Señala MÉNDEZ JUEZ, M. “Transparencia pública en la regeneración democrática: La necesidad de visibilizar las agendas institucionales en España”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 4, nº 1, 2017, p.92, que “La transparencia es la luz con que se ilumina el poder, la lupa o el espejo en el que se ve y engrandece a la vista del ciudadano la acción de sus instituciones. Un principio de tal dimensión social y con un campo de actuación tan extenso, debe ser capaz de colmar toda pretensión ciudadana en democracia y su proceso de regeneración. La transparencia, exigible y predicable de cualquier centro de poder público, acerca el hecho político al pueblo, devolviendo en ellos el favor de su confianza prestada. Sin embargo, un principio tan ligado al pacto de convivencia social, no ha sido siempre aplicado en la realidad de las organizaciones político-administrativas”.

⁴² Expresión utilizada por TURATI, F, durante un discurso en la Cámara de los Diputados italiana. Atti del Parlamento Italiano - Discussioni della Camera dei Deputati, XXII Legislatura - Sessione 1904 – 1908, 17 de junio de 1908, p. 22962. En palabras del diputado, “Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro”.

⁴³ El autor recurre así a la metáfora acuñada por el clásico italiano GUICCIARDINI, F. *Ricordi*, Letteratura italiana Einaudi, Edizione di riferimento a cura di Giorgio Masi, Mursia, Milano, 1994, pasaje 141, del Palacio y la Plaza para desarrollarla. Accesible en: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_4/t326.pdf

En dicho pasaje GUICCIARDINI, F., acuña la metáfora del Palacio y la Plaza para poner de manifiesto que ambos: el Palacio (gobierno) y la Plaza (ciudadanía) se mantenían separados por una “espesa niebla” que hace infranqueable los muros de Palacio, impidiendo que la ciudadanía sepa que está pasando dentro. Concretamente señala el autor en el referido pasaje que, “e spesso tra ‘l palazzo e la piazza è una nebbia sì folta o uno muro sì grosso che, non vi penetrando l’occhio degli uomini, tanto sa el popolo di quello che fa chi governa o della ragione perché lo fa, quanto delle cose che fanno in India”. Así, utilizando esta referencia, ARENA extiende ahora la metáfora en el sentido de la “casa de cristal” de TURATI. Esto es, amplía esa relación no sólo en el marco de la verticalidad que impera dentro del Palacio, sino haciéndola horizontal y externalizándola hacia la Plaza, para que el ojo público penetre a través del cristal de Palacio, disipando así la niebla. Vid. ARENA, G. “Transparencia administrativa...”, cit., p.11.

⁴⁴ En un sentido metafórico similar se pronuncia, Vid. PUOTI, B. *La trasparenza amministrativa tra il diritto di accesso civico e la legge 150/2000*, [Tesis Doctoral], Università degli Studi di Salerno, 2017, p. 24.

⁴⁵ Cfr. ARENA, G. “Transparencia administrativa...”, cit., p.11.

de la transparencia como regla general en la relación entre los poderes públicos y la sociedad.

Si bien se ha dicho que esta cualidad de espejo de la transparencia es una característica más bien formalista, lo relevante de ella está en las consecuencias de “higiene pública”⁴⁶ que provoca. Anteriormente se apuntaba la idea de que al reflejar lo que hay⁴⁷, la transparencia tiene aptitud para cualificar positivamente la gestión efectuada por los servidores públicos. Esa cualificación es síntoma de un vínculo sustantivo de la transparencia con el principio democrático. Nótese que el destape que propicia la transparencia, normalmente, va a generar una respuesta institucional en términos “defensivos”. Quien sepa que está siendo controlado intentará evitar la repulsa del escrutinio público. Y para ello no habrá más remedio que la práctica constante del buen hacer⁴⁸. Por ello, aquí podemos encontrar una perspectiva fiscalizadora de la transparencia que pone el acento en el control y en la rendición de cuentas⁴⁹ para evitar ámbitos discrecionales del poder público. Esta dimensión fiscalizadora se constituye como una importante barrera de contención frente a prácticas corruptas, en tanto que ayuda a disipar sospechas sobre la acción pública otorgando un importante rol a la ciudadanía. La representación más gráfica de lo que aporta la transparencia en esta dimensión puede ser expresada con lo dicho por MEIJER, “algo está sucediendo detrás

⁴⁶ En esta línea, utilizan la expresión “public hygiene”, CURTIN, D. M. “Citizens’ fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?”, *Common Market Law Review*, nº 37, 2000, p.41; PETERS, A. “Towards transparency as a global norm”, en BIANCHI, A., y PETERS, A (Eds.) *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 586. En este mismo sentido se refiere a la transparencia como mecanismo de oxigenación de la administración, VALENZUELA MENDOZA, R. E. “¿Continuidad o nuevo diseño constitucional en materia de equilibrio de poderes? El papel de la transparencia”, en OROZCO TORRES, L. E., GUTIÉRREZ CASAS, C., VILLEGAS DELGADO, C., et al. (Eds y Coords.) *100 años de Constitución. Estudios multidisciplinarios*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p.226.

⁴⁷ Se refiere a esta idea Cfr. PETERS, A. “Towards transparency...”, cit, p.534, cuando afirma que “generally speaking, if something is transparent, you can see through it”.

⁴⁸ En términos similares se pronuncian, COTINO HUESO, L. “Del “deber de publicidad” de Brandeis al “Open Government” de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías”, en ESCOBAR ROCA, G (Ed.) *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 870. BOIX PALOP, A. “Transparencia, participación y procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de open government”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y Oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 242.

⁴⁹ En este mismo sentido, entre otros. Vid. RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Editorial Reus, Madrid, 2008, p. 23 y 206.

de las cortinas, y una vez que esas cortinas se quitan, todo queda a la vista y puede ser examinado”⁵⁰.

Esto hace de la transparencia un mecanismo que apuntala la responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y recuerda sobre quién recae la titularidad de la soberanía nacional (art. 1.1 CE). Este último aspecto apunta ya a la otra dimensión de la transparencia; la que, en base a la apertura, permite generar credibilidad y confianza en la ciudadanía, reforzando la legitimidad democrática en el ejercicio del poder.

Tales notas de la transparencia se enmarcan además en un contexto de desafección y pérdida de representatividad, en el que la sociedad reivindica su posición en el espacio público⁵¹, evidenciándose el agotamiento de modelos estructurales pasados⁵² en los que el ciudadano quedaba al margen de la toma de decisiones.

Llegados a este punto, puede afirmarse que si la transparencia sirve para controlar el poder también sirve para legitimarlo democráticamente. De modo que, dándose las características anteriores: apertura del modelo de relación con el ciudadano, en el que éste tenga capacidad para participar y fiscalizar el devenir institucional. Y en el que, por otro lado, los intereses generales se satisfagan a costa de parámetros voluntarios de responsabilidad pública (*accountability*), también se avanza considerablemente en la legitimidad del modelo democrático⁵³. En este sentido, la transparencia resulta un elemento importante para la mejora de la calidad democrática.

⁵⁰ MEIJER, A. “Understanding modern...”, cit., p. 258. Esta expresión refleja bien el carácter instrumental de la transparencia en la lucha contra la corrupción. Señala al respecto Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 51, 2018, p. 224, que “si bien las leyes de transparencia no son, en rigor, leyes anticorrupción, sí es evidente que la transparencia pública es un elemento esencial de las políticas de lucha contra la corrupción, y por ello forma parte de las exigencias de organismos internacionales, como el FMI o el Banco Mundial a los Estados denominados en *transición*”. En el mismo sentido se muestra de acuerdo con el carácter combativo de la transparencia en la lucha contra la corrupción, Vid. POMED SÁNCHEZ, L. “Un lector errático reflexiona sobre el principio de transparencia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 15, 2018, p. 160.

⁵¹ Sobre el importante papel que ejerce la sociedad civil para exigir responsabilidad y rendición de cuentas a las administraciones y a nuestros representantes, véase VILLORIA MENDIETA, M. “La corrupción: conceptos, variables de análisis, efectos e instrumentos de lucha”, en VILLORIA MENDIETA, M., e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Tecnos, Madrid, 2015, p.271 y ss.

⁵² Se identifica aquí el conocido “movimiento indignados o movimiento del 15-M” que tuvo lugar a partir de la manifestación de 11 de marzo de 2011, aunque vino gestando el descontento de la ciudadanía desde la crisis económica de 2008. Este movimiento tuvo gran repercusión y en él los ciudadanos abanderaron su descontento con la situación actual y desafecho por la clase política bajo lemas como “no nos representan”, “democracia real YA” o “indígnate”. Incluso cuentan con su propia página web, que puede consultarse en www.movimiento15m.org/2013/07/como-surgio-el-movimiento-15m.html?m=1

⁵³ Se refiere en este sentido a la afirmación generalizada de que la transparencia y la rendición de cuentas son principios que refuerzan la credibilidad y la legitimidad institucional, Cfr. NORRIS, P. “Electoral

Con las características señaladas, puede hablarse de una consecuencia de la transparencia, consistente en la capacidad para acercar los asuntos de interés general al ciudadano, haciéndolo conocedor y parte de ellos. Al acortar la distancia y burocratización que tradicionalmente ha marcado las relaciones institucionales, se genera una nueva dinámica participativa en la que el ciudadano gana espacio y recupera su posición en el espacio público democrático⁵⁴.

Todas las características de la transparencia se articulan bajo la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, esbozando una aproximación conceptual. Con ello, puede decirse que la transparencia es un paradigma actualizado de actuación institucional basado en la apertura y en la bidireccionalidad entre el poder público y la sociedad, que se enfoca en mejorar la legitimidad democrática⁵⁵ a través de la información pública facilitada a la ciudadanía. Esta caracterización de la transparencia, permite vincular problemas actuales –como la corrupción y la deslegitimación del poder–, con una pérdida de normatividad constitucional en la medida en que dicho control democrático del poder no se conjuga con el principio de transparencia.

3. Finalidad y fundamento constitucional de la transparencia

Con el objetivo de comprender la transparencia en el marco constitucional, y tras conceptualizarla, resulta necesario hacer referencia a su finalidad y fundamento. Ello permitirá con posterioridad analizar cómo se inserta en nuestra CE.

Transparency, Accountability, and Integrity”, en NORRIS, P., y NAI, A (Eds.) *Election Watchdogs: Transparency, Accountability and Integrity*, Oxford University Press, 2017, p. 214, cuando afirma que “(...) widespread claim that transparency and accountability are important principles that potentially serve to strengthen electoral integrity, with the capacity to improve the credibility of the outcome and to reinforce feelings of legitimacy about the institutions and procedures of electoral governance. More transparency and accountability are therefore expected, ipso facto, to produce more consensual outcomes from elections that avoid the risks of violent disputes”.

⁵⁴ A efectos de procurar una regeneración democrática en la línea expuesta, Vid. DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación ciudadana, a la búsqueda de un equilibrio que la Constitución no logró”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018, p. 262, llama la atención sobre la necesidad de “establecer mejores vías de comunicación entre electores y representantes, procurando una mayor cercanía entre ellos, así como mecanismos que intensifiquen la receptividad (*responsiveness*) y posibiliten la rendición de cuentas (*accountability*), que contribuirán a recuperar la confianza en los representantes y en general, en la llamada «clase política»”.

⁵⁵ GRIMMELIKHUIJSEN, S., PORUMBESCU, G., HONG, B., e IM, T. “The Effect of Transparency on Trust in Government: A Cross-National Comparative Experiment”, *Public Administration Review*, vol. 73, nº 4, 2013, págs. 575 y 576, definen la transparencia como “the availability of information about an organization or actor that allows external actors to monitor the internal workings or performance of that organization”. En cuanto a sus características principales destacan que “it can help prevent corruption, contribute to legitimacy, enhance government performance by increasing efficiency, and promote principles of good governance”.

En lo relativo al objetivo o finalidad constitucional que persigue la transparencia puede decirse que se muestra claramente a favor de que todas las instituciones, públicas y también privadas que tengan relación con la administración pública o reciban dinero público, así como aquellas de relevancia constitucional, actúen de cara a la ciudadanía, en favor de los intereses generales y bajo la mirada atenta de la sociedad. Busca un nuevo modelo estructural que sobrepase las formalidades del procedimiento y supere la burocracia institucional, para asentarse sobre bases democráticas.

En el apartado anterior de la investigación ha podido reflejarse el valor positivo que emana de la transparencia, al revelar cómo es y qué hace el poder. De ahí que se vincule con pilares democráticos esenciales como la formación de la opinión pública, la participación efectiva, la publicidad, la interdicción de la arbitrariedad de los actos públicos, la responsabilidad pública y la dación de cuentas, la confianza, la legalidad y la seguridad jurídica. Es por esto que cuando se alude a la transparencia como fenómeno, como la llamada “cultura de la transparencia”, se está incidiendo en algo más que en la publicidad. Con ella se hace referencia a la imperiosa necesidad de dejar atrás un modelo de administración burocrático y opaco, resistente al cambio⁵⁶, para consolidar uno nuevo que encaje en el horizonte democrático actual y futuro⁵⁷.

Es evidente que todo cambio –ya sea político, social o cultural– exige salir del confort que brinda lo conocido para buscar soluciones que construyan y hagan frente a nuevos retos. En este punto la finalidad de la transparencia es esencialmente medial. Opera como engranaje del cambio para favorecer la regeneración institucional, facilitando que el ciudadano recupere interés por aquello que le pertenece como sujeto político soberano.

Por su parte, el fundamento dogmático-constitucional de la transparencia ha de situarse en el “principio general de que todo aquello que afecte al Estado debe ser público; es

⁵⁶ Entre otros muchos autores se refieren a la tradicional cultura de la opacidad y el secretismo, Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 42 y 66; Vid. PRATS CATALÁ, J. “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 33. Vid. ELENA CÓRDOBA, A. “Fortalecimiento de la posición del ciudadano”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 132.

⁵⁷ A esto mismo se refería ya en 1993, ARENA, G. “Transparencia administrativa...”, cit., p. 12, cuando destacando la importancia de ser transparentes hacia fuera, (es decir, para con los ciudadanos), afirmaba que “ el predominio de esta concepción de la transparencia administrativa puede ser entendida también como un “paradigma indiciario”, que señala la posibilidad de un cambio radical en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración pública”.

decir, de conocimiento general y universal”⁵⁸. Y, por tanto, más allá de los casos expresamente previstos que habilitan el secreto, no pueden existir espacios opacos que dificulten el conocimiento del ejercicio legítimo del poder. En otras palabras, la transparencia debe ser la regla general y el secreto una excepción debidamente justificada.

Así pues, sin perjuicio de que el Estado sea el usufructuario legítimo que ostente lo público y tome las decisiones para satisfacer los intereses generales, en modo alguno adquiere condición de propietario. Este papel de prestatario en favor de la *res pública*, coloca al Estado bajo la mirada vigilante del ciudadano que, en definitiva, es el auténtico titular legítimo del poder⁵⁹. A este respecto, el principio de responsabilidad de los poderes públicos, consagrado en el art. 9.3 CE, viene a confirmar tal presupuesto⁶⁰.

Así, podría concluirse señalando que la actuación de cara a la ciudadanía que impone la transparencia, unida a la regla general de publicidad frente al secreto⁶¹, alinean la finalidad y fundamento constitucional de la transparencia con el propio principio democrático. De ahí que en lo que sigue se evalúen cuáles son los elementos que configuran la transparencia en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

4. Elementos que configuran la transparencia en el Estado social y democrático de Derecho

En el apartado anterior se han analizado las características propias de la transparencia. No obstante, a efectos de profundizar sobre el significado material de la transparencia, conviene poner de manifiesto cuáles son los elementos que la componen y le confieren

⁵⁸ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El marco constitucional...”, cit., p. 172. Continúa el autor señalando que, “Este principio deriva de la inexistencia de una habilitación constitucional general al Estado para establecer materias reservadas, sustraídas al conocimiento público y por consiguiente inaccesibles a cualquiera. La CE no garantiza una privacidad estatal, ni permite el secreto de Estado. El Estado solo puede regular esa privacidad como límite al principio constitucional de publicidad”.

⁵⁹ Sobre esta misma idea se pronuncia Vid. STIGLITZ, J. E. “On liberty, the right to know, and public discourse: the role of transparency in public life”, en GIBNEY, M. J (Coord.) *Globalizing rights*, Oxford University Press, 2003, p.126.

⁶⁰ Y ello en la medida en que como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, 2003, p. 26., con él se pone de manifiesto que “(...) todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben «dar cuenta» a éste de su gestión y responder de la objetividad de la misma”.

⁶¹ Al respecto, Vid. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 137, 2013.

personalidad propia. Visto esto, podrá valorarse desde una visión más panorámica y completa qué es la transparencia y cómo se delimita.

A tal efecto debe partirse de una premisa: la transparencia “no es, propiamente, un instituto, sino un conjunto de institutos y de normas que, en su conjunto, delinear un modo de ser de la Administración (...)”⁶². Cuando MOCK trata de acercarse al concepto de transparencia, realiza una operación previa de caracterización en la que señala cuáles son los elementos comunes de los que goza la transparencia. Así, el autor destaca los siguientes: 1) la transparencia aparece sobre todo en el contexto gubernamental e institucional; 2) abarca el deber de hacer disponible y difundir la información; 3) comprende la audiencia de los destinatarios de la información, ya sea el público en general o un individuo con condición de interesado en la información; 4) pretende que la información sea comprensible y entendible, esto es, que se rija por criterios de calidad, que permitan al ciudadano aprehender la información⁶³.

Dicho esto, la transparencia debe entenderse como un principio de actuación democrático que se obtiene de la valoración conjunta de distintos sumandos. Entre los elementos que han sido considerados necesariamente vinculados a la transparencia, se han destacado tanto el acceso a la información pública de los ciudadanos como la apertura y publicidad, entendidos como elementos que “delinean un modo de ser de la administración o de los poderes públicos o el sistema político”⁶⁴.

⁶² ARENA, G. “Transparencia administrativa...”, cit., p. 9.

⁶³ Vid. MOCK, W. “On the centrality of information law...”, cit., págs. 1079 a 1081.

⁶⁴ COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p.39. Este mismo autor desarrolla la idea con mayor profundidad en COTINO HUESO, L. “Del “deber de publicidad” de Brandeis...”, cit., p.868, señalando a tal efecto que “la transparencia incluye: acceso a la información pública por quienes no son interesados; apertura, que no se adopten decisiones a puerta cerrada, publicidad de todo tipo de normas, de órdenes del día y de las actas de los órganos colegiados y de cualquier órgano decisorio. También la transparencia incluye la información activa, el deber de la administración de dar activamente información sobre su política y acciones, funcionamiento, etc.; coherencia, simplicidad y calidad de las normas y actos de poderes públicos; información de los servidores públicos, etc. Aunque afines, son más distantes de la transparencia otros elementos, algunos clásicos en derecho como la necesaria motivación de las decisiones y actos; el derecho de acceso al expediente o el derecho a ser oído del interesado en el procedimiento o el derecho de acceso como componente del derecho de protección de datos”.

Por su parte, ALONSO TIMÓN destaca como elementos democráticos de la transparencia, la participación y la simplicidad normativa y procesal en favor de la seguridad jurídica. En tal sentido, Vid. ALONSO TIMÓN, A. J. “Transparencia y buena gobernanza”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., y VIDAL PRADO, C (Coords.) *La Constitución Española 1978-2018*, Francis Lefevre, Madrid, 2018, págs. 203 a 206 y 218. Sobre este mismo autor, Vid. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., p. 53. En esta interpretación de la transparencia cabe decir en palabras de Cfr. TEJEDOR BIELSA, J.

Aunque la publicidad es un presupuesto directamente relacionado con la transparencia, no basta con su única y exclusiva toma en consideración para entender la transparencia en toda su dimensión. A tal efecto, resulta necesario ligar la transparencia con la apertura de las instituciones –a través del deber de la administración de publicar información pública y el derecho de los ciudadanos a solicitarla– a la simplicidad y calidad de la información así como a la participación efectiva, en orden a garantizar la seguridad jurídica que exige un sistema transparente en el marco del Estado social y democrático de Derecho. A continuación, se expone cuál es la relación que une a la transparencia con tales elementos y donde está la conexión en cada caso con la mejora de la calidad democrática sobre la que se asienta.

4.1. Transparencia y publicidad

De todos los elementos mencionados, la publicidad es con diferencia el que ha adquirido mayor protagonismo porque se ha vinculado de manera directa con el significado mismo de la transparencia⁶⁵. En este sentido, destaca la célebre frase de BRANDEIS en la que afirma que “la publicidad se recomienda justamente como remedio de las enfermedades sociales e industriales. Se dice que la luz del sol es el mejor de los desinfectantes (...)”⁶⁶.

Desde esta perspectiva, la transparencia se entiende como la información que es puesta a disposición de la ciudadanía y que expresa la actividad desarrollada por los poderes públicos⁶⁷. Se observa efectivamente el fuerte papel otorgado a favor de la publicidad para perfilar la transparencia, hasta el punto de que a veces parece difícil distinguir ambos

C. “A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, Nueva Época, nº 12, 2014, p. 2, que “la transparencia ha emergido en los últimos años como uno de los más relevantes principios vinculados a la modernización administrativa y a la mejora de la calidad democrática, la participación ciudadana y los procedimientos de control de nuestras instituciones”.

⁶⁵ Esto se pone de manifiesto en la propia legislación sobre la materia, ya que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información y Buen Gobierno, regula la transparencia en base a dos pilares esenciales, la publicidad activa y la publicidad pasiva.

⁶⁶ BRANDEIS, L. *Other's people money: and How the Bankers Use It*, New York: Frederick Stokes, 1914, p. 92.

⁶⁷ En tales términos, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La contribución de las TIC...”, cit., págs. 755 y 756, apela a la transparencia como la “existencia de información del sector público que es puesta a disposición de los ciudadanos a través de diferentes mecanismos para conseguir diversas finalidades”. En el mismo sentido, Cfr. MOCK, W. “On the centrality of information law...”, cit., p. 1082, define la transparencia del siguiente modo, “transparency is a measure of the degree to which information about official activity is made available to an interested party”. Por su parte, SAINZ MORENO, F. “Secreto y...”, cit., p. 167, ha afirmado que, “una administración es trasparente cuando presenta a los ciudadanos su imagen, con reiteración, con una amplia difusión de su presencia y actividad”.

términos⁶⁸. Esta cuestión hace que CARLONI alerte sobre la imposibilidad de separar netamente la transparencia de la publicidad por la similitud de resultado a la que se llega con cada una⁶⁹. De ahí que exista cierta tendencia a equiparar ambos términos como sinónimos, cuando en realidad la publicidad debe entenderse como una parte sustancial pero no exclusiva de la transparencia⁷⁰.

No obstante, debe decirse que el legislador español parece incurrir en esa tendencia asimilativa al centrar la regulación legal de la transparencia en el desglose de obligaciones de publicidad activa y pasiva, sin ocuparse con más detalle de otros aspectos que habrían permitido fomentar la colaboración entre el poder público y la ciudadanía⁷¹. Lo que ha hecho el legislador en la vigente LTAIBG es dedicar en su Título I, relativo a la “transparencia de la actividad pública”, parte de la regulación a la publicidad activa (Capítulo II) y otra al derecho de acceso a la información pública o publicidad pasiva (Capítulo III).

Se parte de la idea de que “transparencia es publicidad; y publicidad es cualidad de lo público, sea como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso, sea por iniciativa de la propia administración”⁷². Ahora bien, entiendo que tal consideración de la transparencia no debe llevar a un reduccionismo excesivo, que trate como sinónimos los conceptos de publicidad y transparencia. Se advierte cierta confusión al respecto, ya que incluso se ha llegado a asimilar la transparencia con cada uno de esos dos sumandos de

⁶⁸ Para una distinción entre transparencia y publicidad, véase por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 321.

⁶⁹ Vid. CARLONI, E. “Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall’accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni”, *Diritto pubblico*, nº 2, 2005, p. 576, considera que “è impossibile tracciare una linea di confine netta tra trasparenza e pubblicità, giacché la trasparenza è un fine cui tende l’azione amministrativa nel suo complesso, ed un risultato, che trova realizzazione anche (ed anzi in modo particolare) attraverso la pubblicità”.

⁷⁰ Profundiza sobre las diferencias entre transparencia y publicidad, PINHEIRO LISBOA MIRANDA, J. L. “The judiciary – principle of transparency and the duty of information”, *International Journal of Open Government*, nº 7, 2018, págs.107 y 108.

⁷¹ Resulta interesante traer a colación la crítica efectuada por MARTÍN DELGADO, I. “Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 381, al señalar que la LTAIBG “es una norma que nace excesivamente centrada en la lucha contra la corrupción y en el control de la acción pública (...), pero que no está pensando para facilitar la colaboración entre poderes públicos y ciudadanos desde la perspectiva del ejercicio del poder; ni siquiera contiene conexiones claras con el uso y la reutilización de la información pública accesible. (...) Hubiera resultado conveniente (...) establecer un adecuado marco normativo que conecte transparencia y acceso a la información con publicidad de la información en formato abierto para facilitar su reutilización en el contexto de las acciones que se están llevando a cabo en materia de Gobierno Abierto”.

⁷² Cfr. MARTÍN DELGADO, I. “Transparencia, reutilización...”, cit, p. 404.

forma aislada. En algunos casos la transparencia se ha calificado como “transparencia activa”⁷³ para hacer alusión en realidad al deber de publicidad activa de las administraciones⁷⁴ y, en otros casos, como “transparencia pasiva” para hacer referencia a la publicidad pasiva o derecho de acceso a la información. Esa simbiosis terminológica no resulta correcta técnicamente y por eso genera confusión y cierto desconcierto.

Respecto a la tendencia asimilativa entre transparencia y derecho de acceso a la información, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA ha tratado de diferenciar ambos términos partiendo de la transparencia como una cualidad de las entidades públicas, esto es, una característica que por sí misma no puede convertirse en una pretensión ejercitable a favor de los ciudadanos. Para ello hay que acudir al derecho de acceso a la información pública, que sí viene a materializarse como derecho subjetivo ejercitable frente a los poderes públicos⁷⁵. En este sentido, debe quedar claro que la vinculación entre esa cualidad de la administración y el derecho de acceso a la información pública, no obstan a que la transparencia sea “mucho más que el derecho de acceso (se podría decir mejor que el acceso es a la transparencia (...)) lo que la rama es al árbol”⁷⁶.

Estas dos vertientes de la publicidad, la activa y la pasiva, constituyen elementos imprescindibles de la transparencia, puesto que sin publicidad ni puede haber actitud proactiva de la Administración, ni encontraría virtualidad el derecho del ciudadano a solicitar la información. En este punto, aclarada la relevancia de la publicidad como manifestación principal de la transparencia, desdoblada en un deber de la administración

⁷³ En tales términos se expresan entre otros, SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 24; SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública”, en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 290.

⁷⁴ Sobre la asimilación entre transparencia y publicidad activa, se ha pronunciado Cfr. COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p. 40, que apunta que gran parte de la confusión terminológica al respecto viene de la interpretación de la LTAIBG, en la que se identifican transparencia y publicidad activa “con cierto distanciamiento del derecho de acceso a la información pública (...), cuando lo cierto es que uno y otro vienen a integrarse en el genérico transparencia”.

⁷⁵ Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p. 292. Sobre esta misma diferenciación profundiza el autor en, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El día después de la ley de transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014. Destaca también la idea de que transparencia y derecho de acceso a la información pública no son lo mismo. Vid. ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013, págs. 217 y 220 y ss.

⁷⁶ ARENA, G. “Transparencia administrativa...”, cit., p. 10.

y en un derecho subjetivo, debe reiterarse que no basta con ella para hablar de transparencia.

No entender esto conlleva un riesgo de trivialización y reduccionismo de la transparencia que imposibilita encajar su alcance democrático y fiscalizador con la debida precisión. Si entendemos que la transparencia es (sólo) publicidad, podría afirmarse que una institución que publique información *motu proprio* o que simplemente facilite el acceso a la misma, ya adquiere la cualidad *per se* de ser transparente. Sin embargo, no tiene por qué ser así si la información no se traslada reuniendo condiciones que la hagan comprensible y accesible en términos sustantivos. Por eso se afirma que la transparencia es la integración de varios elementos, que no siempre tiene que venir satisfecha directa y exclusivamente con la difusión de la información⁷⁷.

Para distinguir ambos términos en sentido técnico, PETERS se ha referido a la transparencia como un concepto abierto vinculado a la accesibilidad de la información, mientras que la publicidad sería el hecho concreto de que se acceda a la información⁷⁸. En mi opinión, podría decirse que el término transparencia es más amplio y abarca la publicidad, pero no necesariamente sucede igual a la inversa. Es decir, puede publicarse información o permitirse el acceso a la misma sin necesidad de ser transparente. La publicidad no tiene por qué garantizar la transparencia.

Derivan de aquí dos ideas esenciales: a) la publicidad es parte de la transparencia pero por sí sola no la garantiza; b) mucha publicidad no significa más o mejor transparencia porque no cualquier tipo de publicidad coadyuva a tener un sistema más transparente. Esto hace especial a la transparencia respecto de la publicidad.

Como se verá más adelante, se ha dicho incluso que la publicación ingente e indiscriminada de datos puede ser una nueva forma de desinformar a la ciudadanía. Una manera de cumplir formalmente con los deberes de publicidad activa y así evitar el reproche por incumplimiento, a la vez que se sigue eludiendo el conocimiento y la participación efectiva. Esto lleva a la afirmación de que la publicidad es una concreta manifestación de la transparencia siempre que cumpla determinadas cualidades. Siempre

⁷⁷ Vid. CARLONI, E. “Nuove prospettive della trasparenza...”, cit., p. 577.

⁷⁸ Vid. PETERS, A. “Towards transparency...”, cit., p. 535. En términos similares, PINHEIRO LISBOA MIRANDA, J. L. “The judiciary – principle of transparency...”, cit., p. 108, incide en la distinción terminológica entre publicidad y transparencia sobre la idea de que la publicidad “tiene como característica que lo que es público, es conocido y por tanto, no es secreto. Mientras que, la transparencia es un atributo de lo que es transparente, cristalino, límpido, visible; es lo que puede ser visto a través de la luz”.

que se trate de una publicidad que aporte información de calidad, haciéndola accesible e inteligible al ciudadano en términos de simplicidad, a efectos de permitir su efectiva participación en la esfera política y social.

Quizás la mención expresa de la publicidad a lo largo del texto constitucional⁷⁹, frente a la falta de referencia existente respecto de la transparencia, puede haber sido parte de la confusión y llevado a un cierto reduccionismo de la transparencia. Esto, sin embargo, no es óbice para reconocer que hoy día se trata de un pilar básico del principio democrático. Que incluso ha sido considerado como una versión evolucionada y más exigente del principio de publicidad⁸⁰.

Conviene a continuación hacer una serie de precisiones respecto a cada una de las manifestaciones de publicidad que subyacen en la transparencia de los poderes públicos⁸¹.

4.1.1. Publicidad activa

Con la referencia genérica a la publicidad activa se hace alusión a un “deber de la administración”. Esta vertiente de la publicidad podría definirse como la obligación proactiva⁸², actualizada y periódica de la administración de poner a disposición pública aquella información de interés general que obre en su poder, sin necesidad de previa solicitud⁸³.

⁷⁹ Resulta que a diferencia de la transparencia, la publicidad si se encuentra recogida en diversos preceptos de nuestra CE. Se alude a ella para garantizar la publicidad de las normas (art. 9.3 CE, reiterada en el art. 91 CE), la inscripción registral de las asociaciones a efectos de publicidad (art. 22 CE), publicidad de las sesiones plenarias de las Cámaras (art. 80 CE), la publicidad de las actuaciones judiciales y de las sentencias (art. 120.1 y 3 CE) y finalmente el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros de carácter administrativo (art. 105 b) CE. Alude también a esta cuestión Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 67.

⁸⁰ Así, Vid. DEBBASCH, C. “Introduction”, en *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, págs. 11 y ss.

⁸¹ La transparencia comprende tanto el deber proactivo de la administración de publicar información de interés general que obre en su poder, sin necesidad de previa solicitud (publicidad activa), como el derecho del ciudadano a solicitarla a iniciativa propia (publicidad pasiva).

⁸² Se refiere a la transparencia proactiva, entre otros muchos, por todos, Cfr. ABAD ALCALÁ, L. “El acceso a la información pública en la Unión Europea y en el Consejo de Europa”, *Comunicación y Pluralismo*, nº 9, 2010, págs. 12 y 13.

⁸³ Define en términos similares la publicidad activa, Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p. 290, señalando que “supone la publicación de forma periódica y actualizada de determinada información, sin necesidad de previa petición por parte de los ciudadanos”.

En relación a la obligación de publicidad activa a tenor de lo dispuesto en la LTAIBG, se pronuncia Cfr. OLMEDO PALACIOS, M. “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario la Ley*, nº 8237, 2014, p. 3, destacando que “la finalidad de estas obligaciones es que cada sujeto se anticipe a las necesidades y exigencias de información de la opinión pública, exponiendo de forma transparente su estructura y funcionamiento, haciendo particular hincapié en la vertiente económica”.

Una de las particularidades de esta concreta manifestación de la transparencia es que en ella la administración actúa *motu proprio* en cumplimiento de un deber. Esto es, no hay un requerimiento previo, sino que la administración por iniciativa propia y en cumplimiento de su deber de apertura institucional facilita la información pública en los términos que establezca la ley. De este modo, la información pública no nace aquí como requerimiento o demanda sino como aportación institucional que colabora a la formación de la opinión pública. Se corresponde esencialmente con una máxima de la cultura de la transparencia dirigida a que sean las propias instituciones las que faciliten la información.

4.1.2. Publicidad pasiva

Con esta concreta manifestación de la publicidad nos encontramos frente a un derecho subjetivo del ciudadano a solicitar información pública a iniciativa propia. Así, mientras que en la publicidad activa es la administración quien se anticipa a cualquier solicitud de información, en la publicidad pasiva hay reacción de la administración ante una iniciativa previa del ciudadano. En esta dimensión pasiva de la publicidad podríamos decir que predomina una vertiente más fiscalizadora de la transparencia, siendo el ciudadano el que tiene especial protagonismo. Encontramos aquí una de las novedades más características de la transparencia, en tanto rompe con la posición de monopolio en la que tradicionalmente se ha encontrado el poder para manejar los asuntos públicos, cediendo ahora un importante espacio a favor del escrutinio que recae sobre la ciudadanía.

Lo relevante en este sentido radica en la legitimidad que este derecho subjetivo atribuye a los particulares, como beneficiarios del derecho, para solicitar información pública a fin de conocer cómo se han gestionado los recursos de una determinada actividad pública o privada cuando interfieran intereses públicos.

4.1.3. Consideraciones conceptuales sobre la publicidad activa y pasiva en torno al principio de transparencia. Confusión terminológica

Conviene realizar aquí una precisión relevante. El fenómeno de la transparencia se vincula a la necesidad de mejorar las vías de información y los recursos para que el ciudadano participe activamente en asuntos de relevancia pública, al ser protagonista principal de la democracia. Si éste es el presupuesto de partida, podría plantearse el posible desacierto del legislador y de gran parte de la doctrina al utilizar tales términos conceptuales.

La LTAIBG apela al término “publicidad activa” para referirse a la obligación de difundir información que interpele a los sujetos obligados, y al de “derecho de acceso a la información pública” para la vertiente entendida generalmente en términos pasivos, cuando es el ciudadano el que solicita la información. Respecto a este último término, es generalizada la referencia a la “publicidad pasiva” para referirse al derecho de acceso. No obstante, esa diferenciación entre publicidad activa y pasiva no responde, en mi opinión, adecuadamente al presupuesto expuesto, en cuanto la construcción terminológica descansa sobre una visión tradicional que gira en torno a la administración. El enfoque actual considera que la publicidad es activa cuando la administración actúa a iniciativa propia y es pasiva cuando la administración no actúa, cuando no se anticipa al ciudadano, sino que reacciona⁸⁴ a petición previa de aquel.

Ésta es una opción que en realidad no hace más que perpetuar a nivel conceptual una cierta preferencia por la administración y no por el ciudadano. Pues, atendiendo al objetivo perseguido, y centrándonos ahora en la posición del ciudadano, lo que la doctrina ha llamado como publicidad pasiva por inferencia extraída de la LTAIBG, también es activa. Nótese que el ciudadano actúa activamente cuando solicita la información porque es él quien promueve como titular soberano del poder una actividad fiscalizadora frente a la administración⁸⁵.

Sin embargo, como se ha dicho ya, en la concepción actual esta manifestación se denomina publicidad pasiva, no activa. Resulta, por tanto, que la dualidad entre administración y ciudadano a la hora de conceptualizar las manifestaciones de la publicidad se configura en torno a la primera. Esta cuestión puede sorprender si se recuerda que el objetivo final de la transparencia es revertir un modelo que antepone la administración burocrática al titular de la soberanía en el marco constitucional. Por eso, no considero adecuada la elección conceptual efectuada por la mayoría de la doctrina, (y que, aunque no de manera expresa, se deduce de la LTAIBG), al subsumir el derecho de acceso a la información pública en la modalidad de publicidad pasiva.

⁸⁴ Se refiere a transparencia reactiva Cfr. ABAD ALCALÁ, L. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 13.

⁸⁵ En esta perspectiva de la publicidad, destaca el rol activo del ciudadano, Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación ciudadana y control de la administración”, en SORIANO GARCÍA, J.E (Dir.) ESTEPA MONTERO, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel, 2014, p. 91.

Quizás pueda pensarse que se trata de un argumento meramente formal en tanto que, con independencia de la denominación utilizada, deviene *stricto sensu* en un doble haz: un deber de la administración y un derecho de la ciudadanía. No obstante, en mi opinión se trata de un punto clave inicial que no se ha tenido en cuenta como debería. La posición de la ciudadanía en sus relaciones con el poder público no debe supeditarse a la posición del Estado. La construcción teórico formal de presupuestos básicos y conceptuales como éstos exige la mayor precisión de técnica jurídica para alcanzar el objetivo democrático de la transparencia.

De lo contrario, si desde el inicio se yerra en cuestiones formales que pueden desembocar en una mayor o menor cultura de la transparencia, existe el riesgo de no conseguir un buen estándar sobre el que construir la legislación en la materia. Por eso, entiendo que los esfuerzos por armar una cultura estructural de la transparencia pierden fuerza si se parte de términos poco determinantes y débiles desde la perspectiva ciudadana. Términos que, en definitiva, siguen perpetuando una concepción tradicional que debe considerarse superada. Por ello, en esta investigación se defiende que la lógica regulatoria de la transparencia debía ser analizada como herramienta evolutiva del modelo de relación entre la administración y la ciudadanía, y en tal sentido, hubiera exigido poner más atención a favor de este último. Hubiera sido más favorable a los fines de la transparencia partir de un presupuesto teórico como éste.

En este sentido, habría resultado conveniente aprovechar la ocasión de la regulación normativa para cambiar el enfoque desde la concepción más tradicional a otra más cercana a favor de la ciudadanía. Este aspecto conceptual requería cierto detenimiento, pues tras una mera denominación formal, descansa el auténtico espíritu, objetivos y posibilidades a conseguir.

Si el escenario hubiera sido distinto y se estuviera pensando en el ciudadano, la denominación tendría que haber sido otra o, como mínimo, podría haberse hecho alusión a la “publicidad activa” para el caso en que el ciudadano sea el que solicite la información. No obstante, me parece más oportuna la propuesta de denominarla “publicidad participativa”, en alusión a la actividad fiscalizadora del ciudadano consistente en solicitar información pública y utilizar la denominación de “publicidad institucional” cuando se trata de la actuación *motu proprio* de la administración.

Considero que el término “publicidad participativa” responde bien a la esencia de esta concreta manifestación de la transparencia, y además lo hace desde una perspectiva de la ciudadanía como principal protagonista. De este modo, por un lado, el término “publicidad” pone de manifiesto que estamos frente a uno de los pilares de la transparencia y con la referencia “participativa” se alude a una dimensión aun por desarrollar, en la que debe profundizarse para incentivar la participación pública entre la sociedad. Por su parte, la propuesta de denominar a la “publicidad activa” como “publicidad institucional” también sitúa a la publicidad como dimensión de la transparencia y con la referencia “institucional” se pone de manifiesto que la difusión de la información viene en este caso a iniciativa del poder público.

Más allá de esta propuesta y volviendo a la realidad de los términos hoy vigentes resulta que el derecho de acceso (publicidad pasiva) es transparencia⁸⁶. También es transparencia el deber activo de publicidad de la administración (publicidad activa). Pero se reitera la idea de que tales manifestaciones de la publicidad no bastan *per se* para entender que una administración es transparente.

La transparencia procura la apertura en las relaciones con el poder público e incide positivamente en la calidad democrática gracias al empoderamiento que la información brinda a la ciudadanía. Para lograr este objetivo, la publicidad que debe tenerse en cuenta en un sistema transparente deberá acompañarse de la suficiente claridad y simplicidad como para permitir la participación efectiva de la ciudadanía. En lo que sigue se analizarán la simplicidad y calidad de la información como elementos necesariamente vinculados a la transparencia. Así, una vez analizado el plus que suman la simplicidad y la claridad de la información a la publicidad podrán analizarse las consecuencias democráticas en las que deriva la transparencia: participación efectiva y seguridad jurídica. De esta forma, podrá obtenerse una visión integral de la transparencia.

⁸⁶ A ello hace referencia expresa Vid. CAMPOS ACUÑA, M. C. “Implantación de la Ley 19/1013 ¿Cirugía o maquillaje? Claves para el diseño de una estrategia de transparencia”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 18, 2015, p. 12.

4.2. Simplicidad y claridad como elementos necesariamente vinculados a la transparencia para la efectiva realización del Estado social y democrático de Derecho

La publicidad es un presupuesto inherente a la transparencia en su doble dimensión: deber de la administración de publicar la información (activa) y derecho subjetivo de acceso a la información pública (pasiva). No obstante, se entiende, por un lado, que la publicidad –como manifestación de la transparencia– debe satisfacer ciertas condiciones de simplicidad y comprensibilidad, que hagan la información verdaderamente accesible.

Para tener administraciones e instituciones transparentes no basta con la mera difusión de información pública, sino que la información deberá cumplir a modo de “condición de admisibilidad”, unas condiciones formales de calidad y simplicidad que la hagan verdaderamente accesible. Este presupuesto se entiende como una exigencia del Estado social y democrático de Derecho. Y lleva a que la accesibilidad de la información se entienda, por tanto, no sólo desde una perspectiva formal dirigida a que la información esté disponible, sino también desde una perspectiva material o finalista, orientada a garantizar que la información sea comprensible y, en ese sentido, útil para la sociedad.

La simplicidad (entendida en términos de calidad) se configura como un pilar de la transparencia dado que “la reducción de complejidad siempre permite llegar a una decisión bien ponderada y que no tenga el efecto de poner en duda la racionalidad del proceso de formación de voluntad”⁸⁷. Este elemento viene a cubrir un aspecto de tipo formal, pero igualmente importante para poder transitar de la publicidad a la transparencia.

La simplicidad es conducta y es transparencia. Es conducta porque determina una actuación clarificadora prestada por la administración. Y es transparencia porque la “forma de actuar” (simple) eleva la conducta hasta una “forma de ser” transparente. En otras palabras, la simplicidad muestra cuál es la forma de actuar necesaria para tener una forma de ser transparente. Lo que la simplicidad asegura a la transparencia es que la información publicada sea aprehensible para el ciudadano, por lo que también redundará en la efectividad de la participación. Concretamente, influye en que la participación esté motivada y determinada por la libre formación de la opinión y la voluntad. Se comparte la opinión de RUBIO NÚÑEZ, cuando alerta de que “en épocas de sobreinformación la

⁸⁷ Cfr. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 24.

verdad supone no tanto contarle todo como hacerlo de una manera clara, una claridad que sólo se puede lograr ofreciendo un contexto, convirtiendo los datos en historias, «procesando» los datos y entrando una vez más en la necesaria «representación» de la realidad (...)»⁸⁸.

La LTAIBG no ha sido ajena a este importante aspecto al señalar en su art. 5.4 que “la información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización”⁸⁹. Además, en el art. 5.5 LTAIBG detalla que “toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito (...)”⁹⁰.

Esta operación de traducción y acercamiento de la información al ciudadano resulta esencial por cuanto garantiza la efectividad de los derechos al ciudadano haciendo disponible la información. En los términos expuestos, la simplicidad es un elemento clave de la transparencia porque sugiere una dimensión prestacional como garantía propia del Estado social. De esta forma, no basta con que los poderes públicos publiquen datos indiscriminados, sino que deberán llevarlo a cabo en términos de calidad para convertirlos en funcionales para el ciudadano. Esta perspectiva tiene sentido para no reducir la transparencia a la mera publicidad (difusión de información) y por tanto, para no desvirtuarla rompiendo con los fines del Estado social y democrático de Derecho. Así pues, esta característica impone al poder público no ya el deber de difundir información, sino de remover los obstáculos que impidan la claridad y accesibilidad de la información y que en términos del art. 9.2 CE pudieran afectar a la igualdad y a la libertad.

A propósito de la señalada funcionalidad que debe respetar la información para ser accesible al ciudadano, es necesario destacar brevemente la vinculación entre transparencia y reutilización de la información mediante la disponibilidad de datos abiertos. Pues este nexo permite llegar “al nivel más avanzado de transparencia. (...) en

⁸⁸ Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad en la democracia”, *Revista de Derecho Político*, nº 103, 2018, p.210.

⁸⁹ Art. 5.4. LTAIBG.

⁹⁰ Art. 5.5. LTAIBG.

la lógica de la generación del conocimiento y del otorgamiento de un valor agregado a la información”⁹¹.

Por su parte, la reutilización de la información se ha definido en el art. 3.1 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (LRISP), como “el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública”⁹². De otro lado, los datos abiertos consisten en la publicación de información en “formatos estándar, abiertos e interoperables”⁹³ que facilitan el acceso y la reutilización de la información a través de las TIC.

En este punto, puede verse el nexo entre tales elementos en la medida en que la claridad y simplicidad de la información van a facilitar su accesibilidad (inteligibilidad) pero además, van a situarla en condiciones óptimas para que pueda reutilizarse a través de datos abiertos en garantía de la transparencia.

No basta con una publicidad indiscriminada o falseada, por cuanto la simplicidad exige que la publicidad tenga sentido y sea clara, sencilla e inteligible para el ciudadano⁹⁴. Y, en la misma línea, tampoco vale habilitar mecanismos de participación complejos o farragosos pues la simplicidad exige la accesibilidad y facilidad del procedimiento para que el ciudadano participe de manera efectiva. Por ello debe atenderse al carácter esencialmente medial de la transparencia orientada a conseguir sociedades libres y capaces de formar sus opiniones y participar efectivamente⁹⁵.

⁹¹ Cfr. MARTÍN DELGADO, I. “Transparencia, reutilización...”, cit, p. 376.

⁹² Art. 3 LRISP.

⁹³ Utiliza esta referencia para definir el open data, la Fundación CTIC. <https://www.fundacionctic.org/es/proyectos/open-data>

⁹⁴ A tal respecto añade Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...” cit. p. 71, que “de nada sirve la mejora de la actuación de los poderes públicos en materia de publicidad si esta publicidad, no voy a decir que engañosa, pero sí poco clara o confusa, cuando menos. La simplicidad y la claridad son otras manifestaciones importantes, tangible y deseable del principio de transparencia, por lo que es de alabar la obligación de que la publicidad de la actuación pública sea clara y entendible para los ciudadanos”.

⁹⁵ En este sentido, ARENA, G. “Transparencia administrativa...”, cit., págs. 9 y 10. Se refiere a la transparencia administrativa como “un conjunto de institutos” que comprende: “el derecho de acceso, la puesta a disposición de los ciudadanos de todas las informaciones (...) que deben ser publicadas, publicidad de los órdenes del día y de las actas de los órganos colegiados, la participación en el procedimiento, la motivación de los procedimientos, la posibilidad (gracias al responsable del procedimiento) de tener un interlocutor único en las relaciones con la Administración, la identificación nominativa de los dependientes en contacto con el público, etc.”; Por su parte, SAINZ MORENO, F. “Secreto y...”, cit., p. 168, señala que “la transparencia de la Administración Pública no se alcanza sólo con la regulación del acceso de los ciudadanos a los registros y a los archivos administrativos, ni por la vía pasiva de la información a los

4.3. La participación efectiva y la seguridad jurídica como consecuencias democráticas derivadas de la transparencia

4.3.1. Transparencia y participación efectiva

Para entender la relación entre transparencia y participación es necesario referirse brevemente a la relevancia constitucional que adquiere la participación en el Estado democrático actual, y los motivos por los que coadyuva a un mejor desarrollo de nuestra democracia.

Junto a los mecanismos de democracia directa y semidirecta previstos en nuestra CE en desarrollo del derecho de participación política del art. 23 CE y otros preceptos como el art. 87.3 o 140 CE, encontramos la participación genérica reconocida en el art. 9.2 CE. Este precepto alude en términos amplios a la participación en la vida política, económica, cultural y social, traducida en mandato al legislador para remover cualquier obstáculo que la impida⁹⁶. Así pues, más allá de la participación encuadrada bajo el art. 23 CE, sólo puede encontrarse una somera referencia en el Título IV “Del Gobierno y la Administración”, cuando en su art. 105. b), prevé que “la ley regulará: (...) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”⁹⁷. Es uno de los preceptos vinculados a la transparencia desde una vertiente participativa, garantizando como una de sus manifestaciones el derecho a solicitar información.

No obstante, esta vertiente participativa es la que menor desarrollo y reflejo normativo tiene en nuestra CE. Tal como ha señalado GARCÍA MACHO esto se debe a la equiparación constitucional que tradicionalmente se ha hecho entre participación directa y política, en una reducción interpretativa del art. 23 CE. En puridad, esta interpretación restrictiva no se corresponde hoy con la realidad del fenómeno participativo ni con los presupuestos necesarios para la legitimación democrática. Es más, existen casos, como

ciudadanos. El principio de transparencia administrativa exige, también, certeza en la relación de la Administración con los ciudadanos”.

⁹⁶ Vid. RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “¿Más participación igual a mejor democracia? Acerca de la crítica a la democracia participativa”, *Revista de Derecho Político*, nº 94, 2015, p. 189.

⁹⁷ Se pronuncian en el mismo sentido sobre la escasa positivación de esta vertiente participativa, Vid. DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación... cit., p.258. Vid. PRESNO LINERA, M. A. “La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control”, en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 219.

por ejemplo la conversión de un Plan General de Ordenación Urbanística en norma, que ostentan relevancia política y requieren de participación, aunque en términos estrictos no se trate de una participación plebiscitaria⁹⁸.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido el fenómeno participativo no sólo a través del icónico art. 23 CE, sino por vía del art. 105 CE, donde a juicio del TC se articula tanto el principio participativo, –expresado en el art. 105 a) y c) a través de la garantía de audiencia de los ciudadanos–, como el principio de transparencia, –garantizado a tenor del derecho de acceso, art. 105 b) CE–⁹⁹. Este reconocimiento, aunque formulado en términos restrictivos, por limitar la solicitud de acceso a los “archivos y registros de carácter administrativo”, será sin embargo clave para el encaje constitucional de la transparencia.

No puede obviarse que aunque la formulación constitucional de este artículo sea excesivamente limitada para satisfacer las demandas actuales, contempla la posibilidad de que el ciudadano solicite información a iniciativa propia, como una vía participativa. En definitiva, es el “presupuesto para el ejercicio de una nueva democracia, en la que los ciudadanos, si quieren, pueden participar eficazmente y ser los auténticos protagonistas de las decisiones políticas”¹⁰⁰.

⁹⁸ Vid. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 45 y 46.

⁹⁹ STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4. En dicha sentencia se señala que “es evidente que este entendimiento de la participación a que se refiere el art. 23.1 C.E. no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente”. No obstante debe señalarse la distinción que el TC procura hacer en esta sentencia entre la participación política reconocida en el art. 23 CE, calificada de democracia política, con otros preceptos como el art. 105 CE entre otros (art. 27. 5 y 7, art. 125, 129 CE) al señalar que “No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 C.E. se trata de las modalidades –representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión –si se exceptúa el jurado, cuya naturaleza no procede abordar aquí– se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden” (FJ4).

¹⁰⁰ Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, L., y COTINO HUESO, L (Dirs.) *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 299.

A nivel conceptual, la participación ciudadana se ha venido definiendo como una vía de intercambio de información que permite entablar políticas públicas derivadas de la interacción entre la sociedad y las instituciones públicas¹⁰¹.

En concreto, dentro del fenómeno participativo, la doctrina ha distinguido diversas modalidades de participación ciudadana en atención a la incidencia que tiene en relación con el Estado. Así, se ha hablado de una participación inicial que sería la de grado mínimo, donde la participación se identifica con un papel meramente pasivo del ciudadano. Aquí destaca, por un lado, la actuación proactiva de la administración de facilitar o transmitir información pública a la sociedad, y por otro, el caso en que la administración solicita al ciudadano determinada información. En segundo lugar, cabría destacar la participación de grado medio como aquella que se identifica con el derecho de acceso a la información pública, esto es, con la posibilidad de solicitar información por su cualidad de ciudadano, y no de interesado. Hasta aquí se trata de una participación básica que se ve superada por el tercer nivel. En este último caso, encontraríamos la participación de grado máximo, que agrega como elemento de la democracia representativa la posibilidad de que el ciudadano perciba por sí mismo que es capaz de influir en la toma de decisiones¹⁰².

Este grado más intenso de la participación está adquiriendo en los últimos años un mayor desarrollo, en cuanto se relaciona con la capacidad de influir en los procesos decisionales. En definitiva, trata de manifestarse no sólo en relación con los procesos electorales, sino que pretende extenderse más ampliamente a otros aspectos de la vida pública a través de diversos mecanismos que permiten la interacción democrática¹⁰³.

Todos estos niveles de participación, de menor a mayor capacidad de vincular al poder público, tienen un denominador común esencial cuál es la capacidad de control inherente

¹⁰¹ En estos términos, se ha referido Cfr. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación...”, cit., p. 90, definiendo la participación ciudadana como “aquel proceso a través del cual los miembros de una comunidad determinada y sus poderes públicos, entablan un intercambio de información, a través de cauces formales o informales, que tiene un impacto directo en la elaboración o ejecución de políticas y programas que afectan a dicha comunidad”.

¹⁰² Efectúa dicha clasificación, Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación...”, cit., págs. 90 y 91.

¹⁰³ Entre otros, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, cit. p. 224. Cfr. GUILLEN, A., SÁENZ, K., BADI, M.H., y CASTILLO, J. “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”, *Daena: International Journal of Good Conscience*, vol. 4, nº 1, 2009, p.180, al apuntar que “En las sociedades modernas la participación no se limita sólo a procesos electorales – participación política- , sino representa también una forma de participar, controlar y moderar el poder otorgado a los representantes políticos a través de formatos y mecanismos de participación ciudadana, que fortalezcan y nutran la vida democrática de la sociedad”.

a la participación y el fomento de la rendición de cuentas o *accountability*¹⁰⁴. Este último término es comúnmente utilizado por la doctrina anglosajona para encajar precisamente la transparencia desde la perspectiva de que “empodera a los ciudadanos porque les proporciona información y, por lo tanto, crea una condición previa para exigir responsabilidades a los que detentan el poder”¹⁰⁵. Bajo esta perspectiva, la transparencia es un elemento ponderativo que compensa el ejercicio del poder por parte de quien ostenta la información¹⁰⁶. Precisamente en esta idea de fiscalización del poder público radica la clave para que algunos autores identifiquen la participación como elemento sanador de la crisis de democracia representativa¹⁰⁷. La razón que permite considerar la participación en términos de escrutinio se basa en su capacidad para actuar contra la desconfianza y escepticismo institucional¹⁰⁸.

Es por ello que la participación de la ciudadanía en la gestión de los asuntos públicos y su intervención en la toma de decisiones son hoy complemento necesario para la efectividad de la democracia representativa¹⁰⁹. Se insiste en su consideración como complemento pues en ningún caso la pretensión es alterar el marco que brinda la Constitución, para pasar a un modelo de participación directa¹¹⁰. El objetivo se centra en cuestionar algunos de los déficits sobre los que comúnmente se ha configurado el modelo representativo, para defender una administración más abierta y “participada” que busque “corresponsabilizar a los ciudadanos”¹¹¹ para que el control de la administración sea una nota propia e inherente a su propia razón de ser.

¹⁰⁴ Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación...”, cit., p. 91, sitúa el control como mecanismo transversal de participación en esos tres niveles.

¹⁰⁵ Cfr. PETERS, A. “Towards transparency...”, p. 555.

¹⁰⁶ En tal sentido, Vid. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, págs. 33 y 34.

¹⁰⁷ Vid, entre otros, TUDELA ARANDA, J. “La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 111, 2017, p. 134.

¹⁰⁸ Vid. AYALA GONZÁLEZ, R., y FERNÁNDEZ VELA, R. “Participación ciudadana en las leyes de transparencia de las Comunidades Autónomas”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 297.

¹⁰⁹ En efecto, como afirma PRESNO LINERA, M. A. “La democracia participativa como instrumento...”, cit., p. 221, “la democracia española tiene mucho que ganar y nada que perder mejorando la implicación de la ciudadanía en la vida política del país, haciendo posible, en suma, que el pueblo gobernado pueda ser, en mayor medida, pueblo gobernante”.

¹¹⁰ Por el contrario, se muestran a favor de la evolución de la democracia representativa a un modelo de democracia participativa, Vid. AYALA GONZÁLEZ, R y FERNÁNDEZ VELA, R. “Participación ciudadana en las leyes de transparencia...”, cit., p. 296.

¹¹¹ Cfr. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación...”, cit., p. 85.

En definitiva, se trata de incluir en la agenda del constitucionalismo actual una revisión de los mecanismos participativos. En este proceso, la transparencia ocupa un lugar clave para la “adecuación del principio democrático en términos de fortalecimiento del carácter democrático y plural del Estado”, efectuando una interpretación abierta de los mecanismos participativos “a partir de una interpretación sistemática de nuestra norma fundamental”¹¹².

Esta visión, encabezada por el marco del art. 1.1 y 9.2 CE exige ciertos cambios de perspectiva¹¹³. Cambios que pasan por dejar atrás una concepción alejada y diferida de participar, reduciendo la legitimidad democrática a la emisión del voto adoptada en elecciones cada cuatro años, a otra más pluralista e inclusiva de la ciudadanía en la cotidianeidad de los asuntos públicos, en la sociedad abierta de intérpretes que ha planteado HÄBERLE¹¹⁴

En la máxima de este contexto la transparencia emerge como recurso para mejorar la calidad democrática actual. Más allá de la publicidad como manifestación de la transparencia, que por sí misma considerada no resulta suficiente¹¹⁵, la transparencia adquiere potencialidad como herramienta de participación. De hecho, se ha dicho que la transparencia “trata de habilitar un instrumento de participación efectiva que permita al ciudadano detectar y denunciar los abusos, vicios e ilegalidades que acontecen en el ámbito administrativo, haciendo que se sienta, así, parte de su debida gestión”¹¹⁶. Así pues, tiene como función esencial constituirse en un mecanismo de participación y control para que la sociedad pueda involucrarse en la acción pública, no sólo fiscalizándola, sino

¹¹² Cfr. CORCHETE MARTÍN, M. J. “Nuevas experiencias de la democracia en la ciudad: de la gobernanza al buen gobierno”, en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 257.

¹¹³ En este sentido, afirma CORCHETE MARTÍN, M. J. “Nuevas experiencias de la democracia...”, cit. 258, que “el juego conjunto de ambos preceptos constitucionales debería marcar el eje de esa relectura constitucional a la que hemos hecho referencia en clave democrática, no sólo eliminando las barreras existentes en relación con determinados mecanismos participativos, sino impulsando y garantizando otras formas más novedosas para ser ejercidas de manera más continua”.

¹¹⁴ Véase en tal sentido, Cfr. HÄBERLE, P. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”, *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, nº 11, 2008, p. 48, cuando se refiere a que “el “pueblo” no es precisamente sólo una majestad unitaria que “emana” (sólo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimación democrática. El pueblo como majestad pluralista no está menos presente y no es menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: “como” partido político, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano (...)”.

¹¹⁵ En este sentido se pronuncia Vid. BOIX PALOP, A. “Transparencia, participación...”, cit., p. 242.

¹¹⁶ Cfr. ARNÁEZ ARCE, V. M. “Consideraciones sobre la eficacia del régimen jurídico de la transparencia pública en España”, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018, p. 247.

también influyendo¹¹⁷ en ella a través del comportamiento informado que genera el conocimiento.

Me parece interesante realizar una reflexión a propósito de la afirmación de que “ya no es suficiente el señuelo de la democracia de partidos para “conformar” a la opinión pública sobre las políticas”¹¹⁸. Insistiría en esta idea bajo la perspectiva de que no es una meta propia de la democracia el “conformar” la opinión pública, sino, por el contrario formarla libremente para crear ciudadanos capaces de participar de manera responsable en los asuntos públicos. En efecto, un motor fundamental de la transparencia es la reconexión del ciudadano con los asuntos públicos, mediante el aseguramiento de su efectiva participación. Ya no se trata de permitir el acceso a la información bajo el paraguas que brindan los mecanismos de participación directa, sino de potenciar la participación efectiva so pretexto de la transparencia. Y, para ello, resulta imprescindible situar la información y el conocimiento como antesala de la participación, ya que sólo así se garantiza la elección libre formada sobre criterios de seguridad y objetividad¹¹⁹. Puesto que no se puede participar si previamente no se tiene información de calidad¹²⁰.

Por esto no puede negarse el carácter instrumental de la transparencia para virtualizar la participación en términos de efectividad. La transparencia es presupuesto previo de la participación efectiva¹²¹ efectiva en base a la libre elección que brinda la opinión pública. Esta conexión entre transparencia y participación es la que permite, en definitiva, evaluar y controlar la racionalidad de las medidas adoptadas por las autoridades, así como determinar en qué medida cumple con el objetivo legítimo propuesto¹²².

4.3.2. Transparencia y seguridad jurídica

Junto a la participación efectiva, como consecuencia democrática derivada de la transparencia, debe también mencionarse la seguridad jurídica. En esta línea, la

¹¹⁷ Vid. BOIX PALOP, A. “Transparencia, participación...” cit., p. 242.

¹¹⁸ Cfr. CÁRDABA PÉREZ, A. “La construcción social del open government como un nuevo paradigma de gobernanza”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA., y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 29.

¹¹⁹ Sobre esta idea se pronuncia en el mismo sentido, Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación...” cit., págs. 107 y 108.

¹²⁰ Vid. ESCOBAR ROCA, G. *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 114.

¹²¹ Vid. GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector público”, en BLASCO ESTEVE, A (Coord.) *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2012, p. 257.

¹²² Vid. PETERS, A. “Towards transparency...” cit. p. 563.

publicidad sumada a criterios de simplicidad y claridad que permitan la efectiva participación ciudadana generan un contexto de conocimiento favorable a la realización del principio de seguridad jurídica.

En tales términos se ha afirmado que “la transparencia sirve a la previsibilidad de la acción de los poderes públicos por cuanto la posesión por los ciudadanos de información suficiente y de calidad les permite anticipar en buena medida no solo las políticas públicas que puedan eventualmente ser diseñadas sino también el modo como se aplicarán”¹²³. Es decir, la transparencia aporta razones fundadas de certeza que justifican que el poder público ha actuado legítimamente bajo las previsiones del Estado de Derecho¹²⁴.

Por ello puede concluirse que la fiscalización inherente a la transparencia no sólo favorece la confianza de la ciudadanía gracias a la seguridad jurídica que aporta, sino también la constatación del cumplimiento del Estado de Derecho por parte del poder público¹²⁵.

5. La transparencia en el paradigma actual del Gobierno Abierto

Las diversas iniciativas adoptadas a lo largo de los últimos años en materia de transparencia y rendición de cuentas constituyen pilares fundamentales del Gobierno Abierto. Con Gobierno Abierto se hace referencia a una forma de gobernanza regida por una serie de principios esenciales para el desarrollo de las democracias modernas, que supone pasar de relaciones de verticalidad entre el poder público y la sociedad a otras basadas en redes de colaboración donde la ciudadanía participe en los asuntos públicos.

¹²³ Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 9, 2016, p. 211.

¹²⁴ Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 22.

¹²⁵ Vid. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, cit., p. 34. Las notas de la previsibilidad y certeza que facilita la transparencia al generar conocimiento a través de la apertura de las instituciones y el acceso a la información pública se vincula con la seguridad jurídica. Pues, como ha señalado el TC en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, la seguridad jurídica se desdobra en dos vertientes, una objetiva y otra subjetiva. La vertiente denominada objetiva se representa en el elemento de la certeza de la norma, mientras que la subjetiva se identifica con la previsibilidad que aporta respecto de los efectos de la misma. Así pues, el TC entiende la seguridad jurídica en la STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 7, “como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4)”. Por su parte, SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 21, señala al respecto que “la seguridad jurídica crece cuando la transparencia de la actuación administrativa le permite comprender [al ciudadano] los mecanismos jurídicos-institucionales y convencerse de la racionalidad de la actuación. De este modo, la actuación administrativa gana en previsibilidad, un elemento esencial de la seguridad jurídica”.

El Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha propuesto definir el Gobierno Abierto como “una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo”¹²⁶.

Esa cultura de gobernanza que promueve el Gobierno Abierto no es nueva pues hace años ya se hablaba de “nuevos patrones de interacción entre el gobierno y la sociedad”¹²⁷, en el marco del “*modern governance*”¹²⁸. No obstante, el Gobierno Abierto cobró relevancia y empezó a popularizarse a partir del Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto emitido por el Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama en 2009¹²⁹. En dicho Memorando se apostaba por la implantación del Gobierno Abierto a través de tres pilares fundamentales: la transparencia, la participación y la colaboración¹³⁰.

Por otro lado, es importante destacar la Alianza para el Gobierno Abierto (*Open Government Partnership, OGP*) como organización de carácter multilateral que busca promover, entre las administraciones públicas, los principios de transparencia, participación ciudadana, implementar altos estándares de integridad, así como el acceso a las tecnologías para facilitar la apertura y rendición de cuentas. España es miembro de la Alianza para el Gobierno Abierto desde el año de su creación en 2011. No obstante, lo realmente interesante de esta iniciativa es que en el marco de su acción abarca la elaboración de Planes de acción, –con los que sus miembros adquieren compromisos para implementar mejoras en materia de Gobierno Abierto–, así como informes anuales sobre

¹²⁶ Cfr. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto, OECD/LEGAL/0438, 14/12/2017. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0438>

Entre la abundante doctrina sobre la materia, puede destacarse, por todos, MARTÍN DELGADO, I. “Transparencia, reutilización...”, cit., p. 369, que define el Gobierno Abierto como “la política pública –o el conjunto de ellas- que integra y persigue la transparencia en la actividad de los poderes públicos, la participación de los ciudadanos en los procesos decisorios y la colaboración de éstos en el ejercicio del poder”.

¹²⁷ KOOIMAN, J. “Social-political governance: introduction”, en KOOIMAN, J (Ed.) *et al. Modern governance. New government-society interactions*, SAGE Publications, London, 1993, p. 1.

¹²⁸ En tal sentido, KOOIMAN, J (Ed.) *et al. Modern governance. New government-society interactions*, SAGE Publications, London, 1993.

¹²⁹ Hay acuerdo doctrinal en situar el citado Memorando como un punto de inflexión en la toma en consideración del Buen Gobierno, por todos, Vid. VILLORIA MENDIETA, M. “El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo”, en HOFMANN, A., RAMÍREZ ALUJAS, A., y BOJÓRQUEZ PEREZNIETO, J.A. (Coords.) *La promesa del Gobierno Abierto*, Creative Commons, 2012, p.69. Disponible a través del enlace: https://www.alejandrobarras.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf

¹³⁰ Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto emitido por el Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, 21 de enero de 2009. Disponible en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>

los resultados obtenidos y retos pendientes¹³¹. En este sentido, España ha aprobado ya su IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024, de 29 de octubre de 2020¹³², donde el Gobierno Abierto se define sobre la base de “los principios de transparencia, rendición de cuentas, participación e integridad pública”¹³³.

En el marco de estos principios, se recogen diez compromisos considerados por el IV Plan como “política palanca”¹³⁴ para la implementación de la Agenda 2030. Así, el IV Plan se enfoca de manera transversal hacia el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), aunque centrado concretamente en el Objetivo dieciséis, relativo a la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas que rindan cuentas¹³⁵.

La referencia a la Agenda 2030 y a sus diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible resulta obligada en el contexto actual, en el que cada vez más desafíos requieren de respuestas globales. Tal iniciativa se adopta en la Cumbre de la ONU para el Desarrollo Sostenible celebrada en 2015. Y como se ha dicho anteriormente, de entre los diecisiete ODS, el dieciséis relativo a la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas, establece en su meta 16.6. “Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas”¹³⁶. España tampoco ha sido ajena a los ODS, habiendo aprobado en 2018 su Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una estrategia española de desarrollo sostenible¹³⁷.

Todas estas iniciativas deben acompañarse con el impacto que ha tenido el desarrollo de las TIC para el Gobierno Abierto. Si bien la reutilización de la información se considera un elemento propio del Gobierno Abierto, en la actualidad se ha visto impulsada a través

¹³¹ Todos los Informes Anuales están disponibles en: <https://www.opengovpartnership.org/es/about/ogp-annual-reports/>

¹³² IV Plan de Gobierno Abierto España 2020-2024, de 29 de octubre de 2020. Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Accesible en: https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:d306cd62-cc0f-40a1-9be8-fe24e000010d/IVPlanGobiernoAbierto_ES_vdef.pdf

¹³³ IV Plan de Gobierno Abierto España 2020-2024, de 29 de octubre de 2020, p.8.

¹³⁴ Cfr. IV Plan de Gobierno Abierto España 2020-2024, de 29 de octubre de 2020, págs.5 y 36.

¹³⁵ IV Plan de Gobierno Abierto España 2020-2024, de 29 de octubre de 2020, p.8.

¹³⁶ ODS 16. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

¹³⁷ Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una estrategia española de desarrollo sostenible, 2018. Puede consultarse lo relativo a la consecución del ODS 16 en págs. 61 a 63. Disponible en: https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:69584062-4118-405e-95b3-4a349167c36b/PlanAccion_implementacion_Agenda2030.pdf

Debe además destacarse que existen informes de seguimiento del Plan para consultar el estado de progreso alcanzado en el marco de los ODS. Así, entre otros informes, pueden consultarse las diversas medidas adoptadas en la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030 e Informe de Progreso 2021. Accesible en <https://www.agenda2030.gob.es/recursos/docs/informeprog21eds30r.pdf>

de los datos abiertos (*open data*) que facilitan las TIC¹³⁸. En el mismo sentido, es notable la relevancia que han adquirido las TIC en las administraciones para dar efectividad a las obligaciones de publicidad activa o difusión de información. Así, el uso por las administraciones de medios electrónicos y en concreto de portales electrónicos de transparencia, ha facilitado la difusión de información y correlativamente su accesibilidad. Esto último se debe a que en el marco actual de la sociedad digital, los ciudadanos no sólo utilizan más los recursos tecnológicos y digitales para el desarrollo de sus relaciones sociales y personales, sino también en sus relaciones con la administración¹³⁹.

Cabe señalar que tanto las iniciativas previamente destacadas sobre transparencia en el paradigma del Gobierno Abierto, como la incidencia que están teniendo las TIC para su desarrollo, deben encaminarse hacia criterios de ética pública y de Buen Gobierno. En tal sentido, la propia LTAIBG ha incorporado en el art. 26 LTAIBG una serie de principios generales y de actuación a los que debe sujetarse la labor de los empleados públicos y altos cargos. En concreto, los principios generales se refieren a su actuación conforme a la transparencia, dedicación al servicio público, imparcialidad, igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus funciones, diligencia, conducta digna y responsabilidad por las decisiones y actuaciones propias¹⁴⁰.

6. Riesgos y desventajas de la transparencia

El panóptico de la transparencia visto, desde las características y virtudes apuntadas, hace de ella un término ambicioso que debe ser objeto de debate.

La perspectiva de la que parte esta investigación asume una concreta visión de la transparencia como herramienta. En este sentido, no se considera la transparencia un fin en sí misma, sino como medio instrumental para mejorar la calidad democrática del Estado social y democrático de Derecho¹⁴¹. Esta visión aconseja valorar la transparencia

¹³⁸ Se refiere a esta cuestión, por todos, COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., págs.58 y ss.

¹³⁹ Sobre esta cuestión, Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de medios electrónicos en la difusión de información pública”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 324.

¹⁴⁰ Así, art. 26.2.a) LTAIBG.

¹⁴¹ Sostienen esta misma postura, ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia, democracia y ética pública”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 7. GUICHOT, E. “Derecho

desde una doble perspectiva: Por un lado, otorgándole un enfoque “utilitarista”, centrado en la transparencia como medio para reforzar un mejor engranaje constitucional. Por otro lado, con un enfoque “constructivo”, en la medida en que trata de aprovechar sus virtudes, aprehendidas como vías de mejora del paradigma constitucional actual¹⁴².

Bajo esta visión se parte de la importancia instrumental de la transparencia para desarrollar un constitucionalismo democrático más avanzado que luche contra la falta de control del poder y la rendición de cuentas. Ahora bien, conviene precisar que esta visión de la transparencia como medio, no la convierte en remedio de todos los males¹⁴³.

En efecto, el hecho de que se resalten las virtudes de la transparencia para generar un nuevo contexto político y constitucional, no impide tomar consciencia de que ni es la única herramienta para ello, ni está exenta de posibles riesgos y dificultades. Es por eso que el marco esbozado no trata de convertir la transparencia en una especie de ingrediente remedio para salvar los déficits de legitimidad, ni ciega la capacidad de discernir sobre los problemas que ésta pueda plantear. En todo caso, lo relevante para no distorsionar la relevancia de la transparencia radica en no perder de vista sus fundamentos teóricos.

Las circunstancias en las que la transparencia cobró protagonismo quizás pudieron coadyuvar a un énfasis erróneo de la misma. En primer lugar, la transparencia ha ganado protagonismo en poco tiempo y eso ha facilitado que sea un concepto “de moda doctrinal” con el que existe el riesgo de que se convierta en “expresión de una ideología en boga revestida de técnica”¹⁴⁴. Por otro lado, como señala ALCARAZ RAMOS, “la transparencia se ha ido construyendo en el imaginario colectivo crítico, en la España herida por la crisis, en una suerte de panacea, un concepto abierto capaz de remediar muchos males, incluso en sí una forma de castigo, una cierta venganza que algunos sectores de la sociedad quieren cobrarse de los corruptos, y, quizá, de todo político”¹⁴⁵.

de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Revista Derecho Comparado de la Información*, nº 19, 2012, p. 140. ARES GONZÁLEZ, V. “Transparencia en la Unión Europea: una visión comparada. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, *Revista Participación Educativa*, nº 3, 2013, p. 15. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos...”, cit., p. 51.

¹⁴² Comparte la necesidad de construir un debate positivo de la transparencia para conformar una sociedad más cohesionada, Vid. ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia...”, cit., p. 8.

¹⁴³ Se refiere a esta misma idea Cfr. ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia...”, cit., p. 7, señalando que “la transparencia no es la panacea de todo mal (...)”; Así como también, Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 160, 2013, p. 175.

¹⁴⁴ Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos...”, cit., p. 51.

¹⁴⁵ Cfr. ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia...”, cit. p. 7.

El problema es que los términos venganza y revancha no funcionan en una lógica aliada a favor del Estado social y democrático de Derecho. Visionar la transparencia en tales términos puede traer consecuencias negativas. En este punto, la cautela resulta esencial para no convertir a la transparencia en un concepto de doble filo, en una especie de arma vengativa contra la corrupción y la desafección que aliente posiciones populistas.

En el sentido expuesto, algunos autores han dudado acerca de las bondades de la transparencia, argumentando que, según la orientación que se le dé, existe riesgo de desvirtuarla como un mecanismo alarmista o, incluso, populista contra la política actual¹⁴⁶. Básicamente, se teme que la transparencia deje de verse como herramienta positiva de control del poder, para convertirse en un arma arrojadiza.

No obstante, como se apunta en el párrafo anterior, se trata de una cuestión de perspectiva y no de que la transparencia falle por sí misma. La clave está en el uso que se otorgue a este mecanismo, es decir, en no desvirtuar un concepto útil que funciona normativa y jurídicamente, para convertirla en un mero instrumento para el debate político y social.

El enfoque “constructivo” destacado de la transparencia se centra en ella no ya como un elemento para “propiciar la politización de los conflictos”¹⁴⁷, sino incluso de forma más modesta para devolver el conflicto a la actualidad constitucional y, de esta forma, reforzar la legitimidad democrática. Otra cosa es que pueda existir una tendencia hacia la contaminación de la transparencia, identificándola con una mirada indiscreta que apunta más a la satisfacción de la mera curiosidad y el sensacionalismo¹⁴⁸.

Por otro lado, uno de los focos que a mi parecer genera más peligro en torno a la distorsión de la transparencia tiene que ver con su aplicación en el marco de las TIC y la sociedad de la información¹⁴⁹. Es indiscutible que este nuevo paradigma ha abierto grandes

¹⁴⁶ Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Los frenos del poder. Separación de poderes...*, cit, p. 244.

¹⁴⁷ Cfr. ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia...”, p.7

¹⁴⁸ Sobre esta cuestión ha destacado ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia...”, p.7. que con ello se reduce la transparencia “al formato mismo de muchas mal llamadas “tertulias” radiofónicas o televisivas, escaparates de la reducción al absurdo de algunas nobles intenciones o, sencillamente, fábricas de maquillaje de cualquier estulticia. Eso, para algunos, desgraciadamente, es la ambición máxima de la transparencia”.

¹⁴⁹ Ha llamado la atención sobre este aspecto, MARGETTS, H. “The Internet and...”, cit., p. 519, al apuntar que “However, some elements of transparency are underplayed or even diminished in this environment. First, transparency may reduce levels of trust, meaning that citizens feel alienated from governmental institutions and suspicious of policy-making practices. A recent experiment into the impact of Internet-enabled transparency in Dutch local government showed that while more transparency increases citizens’ perceptions of benevolence and honesty of government, it actually reduces their perceptions of competence, thereby lowering levels of trust in government agencies”.

posibilidades para sustentar la democracia sobre un contexto lleno de posibilidades y herramientas que acercan la información al ciudadano. No obstante, esta realidad globalizada a veces fuerza a que la información tenga que traspasar caminos laberínticos para llegar al receptor. En ese camino, encontramos una ingente cantidad de información que no siempre reúne las condiciones ni filtros suficientes para calificarse como tal, ni permite ratificar su veracidad. En torno a esta cuestión surge además el creciente problema de las *fake news*, o noticias falsas, que cada vez con más frecuencia se disfrazan en Internet para influir en procesos decisionales con fines propagandísticos y particulares¹⁵⁰.

Por otra parte, al fenómeno de la información masiva se suma también la pluralidad de medios y vías para informarse. Los mecanismos tradicionales de difusión de la información, (principalmente televisión, prensa y radio), superaban unos niveles de profesionalidad que daban credibilidad a la información difundida. Así pues, la exigencia por la veracidad de la información ha pretendido limitar la manipulación en los medios de información, a través de la garantía que otorga el art. 20.1.d) CE¹⁵¹.

¹⁵⁰ Este problema supone una preocupación compartida en el ámbito internacional y así deriva de la Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación y Propaganda, emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y de la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Viena, 3 de marzo de 2017. Entre las motivaciones que llevan a la adopción de dicha Declaración Conjunta, destacan los siguientes considerandos, "Conscientes de la creciente propagación de la desinformación (a veces referida como noticias "falsas" o "fake news") y la propaganda en los medios tradicionales y sociales, impulsada tanto por Estados como por actores no estatales, y los diversos perjuicios a los cuales contribuyen en parte o de manera directa; *Manifestando* preocupación por el hecho de que la desinformación y la propaganda a menudo se diseñan e implementan con el propósito de confundir a la población y para injerir en el derecho del público a saber y en el derecho de las personas a buscar y recibir, y también transmitir, información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, que son derechos alcanzados por las garantías legales internacionales de los derechos a la libertad de expresión y opinión (...)".

¹⁵¹ En este sentido señala Cfr. NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A. "El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española", *Revista de Derecho UNED*, nº 3, 2008, p. 295, que "el derecho a la información cuenta con dos claras vertientes, por un lado el derecho a ser informado, sin que el Estado pueda en ningún caso manipular la información que los ciudadanos tienen derecho a conocer, al tiempo que ha de impedir que nadie pueda llegar a hacerlo. La segunda vertiente de éste derecho es la de dar a conocer a la opinión pública información veraz, libre, efectiva, objetiva y plural, de tal forma que la censura previa se halla absolutamente vetada por el Texto Constitucional".

El TC por su parte ha subrayado respecto al requisito de la veracidad de la información, entre otras, por todas, STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5, que "Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a esta conducta negligente, ni menos a la de quien comunique, como

Hoy, sin embargo, sucede que con Internet tales medios tradicionales de difusión han perdido protagonismo, y ya no contamos con el mismo nivel de diligencia en el contraste de la información. Las fuentes de información se han fragmentado en un panel global difuso donde el riesgo de manipulación informativa se ha elevado en detrimento de la veracidad de la información. En muchos casos, prima la inventiva o la difusión de información con tono negligente, circunstancia ésta que incrementa la inseguridad y eleva la posibilidad de caer en espacios falaces y erróneos que pugnan por una información sesgada influida por fines ajenos a la formación de la opinión pública. En este escenario, “nace así la posverdad en la noticia”, puesto que “la opinión pública ya no se forma a partir de hechos lealmente presentados. Se forma mediante mensajes emocionales que pueden no tener ningún sustento factico”¹⁵².

Estos excesos de información y de medios hacen que en ocasiones se produzcan ciertos “trastornos de la información”¹⁵³ que paradójicamente llevan a lo que pretendía evitarse, la desinformación¹⁵⁴, el “desapoderamiento”¹⁵⁵ y la desconfianza¹⁵⁶. Con Internet superamos algunos déficits propios de la realidad analógica, no obstante surgen otros problemas como la sobreexposición, la desinformación por exceso de cantidad y por falta

hechos, simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en multitud de casos, entre otros véanse: STC 240/1992, de 21 de diciembre, STC 47/2002, de 25 de febrero, STC 75/2002, de 8 de abril, y más recientemente STC 24/2019, de 25 de febrero.

¹⁵² Cfr. BUSTOS GISBERT, R. *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 75 y 76. Véase ampliamente sobre la posverdad y el populismo, por todos, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Interpretación constitucional y populismo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 33, 2020. BLANCO ALFONSO, I. “Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública. una aproximación desde la fenomenología”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 187, 2020, págs. 167 y ss.

¹⁵³ Término utilizado entre otros por Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad...”, cit., p. 198. ABA CATOIRA, A. “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, nº 109, 2020, por su parte habla de “desórdenes informativos”.

¹⁵⁴ Sobre esta misma idea se pronuncian en términos similares, Vid. COTINO HUESO, L. “Del “deber de publicidad” de Brandeis...”, cit., p. 872; COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p. 57; Vid. ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre transparencia...”, cit., págs. 215 y 220.

¹⁵⁵ Utiliza la expresión “disempowerment”, Cfr. CURTIN, D. M. “citizens’ fundamental right of access...”, cit., p. 40, para referirse a la posición de debilidad en la que se sitúa al ciudadano, al inundarle con cantidades masivas de información, que provocan que éste no pueda filtrar y procesar qué es importante y qué no.

¹⁵⁶ Para una exposición sobre la doctrina relativa a los efectos perversos de la transparencia puede consultarse, MEIJER, A. “Understanding modern...”, p. 257 y ss; Se muestra especialmente crítica sobre la condición de bien público de la transparencia, y alerta sobre los efectos negativos de la misma, en tanto puede llevar a la desconfianza, O’NEILL, O. *A question of trust*, The BBC Reith Lectures, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, págs. 68 y ss; Para una profundización sobre los problemas que surgen a consecuencia de las nuevas formas de comunicación en el sentido expuesto puede consultarse, BUSTOS GISBERT, R. *Calidad democrática. Reflexiones...*, cit., págs. 71 a 76.

de calidad (*fake news*), la excesiva publicidad¹⁵⁷, el riesgo de los algoritmos que priman las noticias más escandalosas al ser las más cliquedadas¹⁵⁸, sin valorar su certeza o la reducción del espacio íntimo de las personas¹⁵⁹. Esta última cuestión ha sido especialmente destacada como uno de los riesgos derivados de la difusión de información en cumplimiento de las obligaciones de transparencia, que puede entrar en colisión con el derecho a la protección de datos personales¹⁶⁰.

El contexto señalado ha llevado a algunos autores a cuestionarse las virtudes de la transparencia y el lugar que ocupa, o debe ocupar, en nuestro modelo constitucional. Por esta razón, se advierte que “la transparencia tiene que ser tratada con sumo cuidado. Las tecnologías de la información la favorecen y hay que aprovecharlo, pero tiene sus límites. Exigir información a los gobernantes es fundamental pero infinita información es igual a cero información. Hay que procesarla para que sea útil, no para que se convierta en una nueva forma de ocultación”¹⁶¹. En este sentido debe tenerse en cuenta que: 1) una transparencia exacerbada y sin límites puede llevar a situaciones indeseables; 2) no existe una relación directamente proporcional entre calidad y cantidad de información. Con otras palabras, mucha publicidad no significa mejor transparencia y de hecho puede llegar a dificultar la comunicación¹⁶².

Esta vertiente más polémica de la transparencia es la que da pie a plantear si puede convertirse en un recurso problemático y limitado en la medida en que choca con derechos fundamentales relacionados con la esfera política. Bajo esta consideración, se teme que la transparencia caiga en una “pendiente resbaladiza”¹⁶³ y pueda llegar a poner en peligro el desarrollo de la vida pública y la toma de decisiones por sobreexposición.

¹⁵⁷ Como ha señalado Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad...”, cit., p. 194,

¹⁵⁸ Resulta ilustrativa sobre esta cuestión la ponencia de BALAGUER CALLEJÓN, F. “La constitución del algoritmo”, ponencia presentada en las Jornadas “La Constitución del algoritmo”, *Fundación Manuel Giménez Abad*, 15 de abril de 2021, disponible en: https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/documentacion/documentos/2021/20210421_dc_transcripcion_jornada_constitucion_algoritmo_es_o.pdf

¹⁵⁹ Sobre esta cuestión resulta sumamente interesante, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “La intimidad, ese “terrible derecho” en la era de la confusa publicidad virtual”, *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, nº 14, 2013, págs. 57 y ss.

¹⁶⁰ En tal sentido, Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de los medios electrónicos en la difusión de información pública”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p.326.

¹⁶¹ Cfr. INNERARITY, D. *La política en tiempos de indignación*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015, p. 16.

¹⁶² Vid. RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad...”, cit., p.210.

¹⁶³ Expresión utilizada por Cfr. MONGE ANTOLÍN, V. “La banalización del discurso de la transparencia en la sociedad de la información”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 15, 2018, p. 193, para poner de

En el fondo, la transparencia plantea una cuestión de límites constitucionales. Lo cual, no deja de ser un problema en sí mismo porque la transparencia cobija un derecho que chocará en ocasiones como límite de otros intereses jurídicos dignos de protección. Ciertamente se trata de un fenómeno complejo de contornos imprecisos, que dificulta una objetivación en su tratamiento porque desafía la teoría general de los derechos fundamentales en materia de límites. Esa incertidumbre continua que rodea la transparencia es un claro reflejo de la dicotomía publicidad-privacidad, en la que se mueve. Y en este sentido, plantea difíciles preguntas como la necesidad de conocer aspectos de la vida de los representantes para estar informados debidamente sobre el espacio público. Sobre esta última cuestión, se ha criticado que una constante exposición de la actividad pública y vida de los gobernantes puede dificultar la toma de decisiones y ocasionar bloqueos que afecten a la eficacia del sistema y de los acuerdos adoptados¹⁶⁴. Como resulta consustancial a la lógica de los derechos fundamentales, siempre que se produzca una colisión entre transparencia y privacidad, o algún otro derecho fundamental, deberá procederse con la sutil cautela propia del juicio ponderativo. Lógicamente, la transparencia es un recurso que debe informar la acción institucional, pero no entenderse en términos absolutos. Pues ahí es cuando existe verdadero peligro de banalizar derechos con los que colisione y acarrear vulneraciones de otros intereses legítimos en conflicto.

En definitiva, se trata de dar en cada caso el adecuado lugar a la transparencia para evitar intromisiones ilegítimas en los supuestos constitucionalmente previstos en el art. 105 CE, máxime cuando resulte un instrumento necesario para el ejercicio de derechos fundamentales. Ya que una transparencia total en los casos límites previstos en este artículo, no desembocaría necesariamente en un sistema más válido desde la perspectiva democrática, sino más expuesto a posibles vulneraciones ilegítimas de derechos¹⁶⁵.

Señalados los posibles riesgos de la transparencia, resulta conveniente no obstante conjugar tales problemas con el lugar esencial que ocupa en nuestro modelo constitucional. Es cierto que la transparencia puede resultar incómoda e invasiva, para

manifiesto que “el hecho de que tengamos mayor acceso a la transparencia no implica que lo que conozcamos sea verdad. El acceso a más información no conlleva a que toda ella sea cierta, máxime cuando vivimos en un mundo hiperinformado, hiercomunicado e hiperinfoxicado”.

¹⁶⁴ Al respecto, ha señalado en términos similares, Cfr. INNERARITY, D. *La política en tiempos...*, cit., p. 16, que “impondría definitivamente la banalidad en los discursos, se dificultarían los acuerdos y la toma de decisiones y se bloquearía la eficiencia del sistema. Pero además no se puede olvidar que si los responsables políticos están más expuestos, los ciudadanos también”.

¹⁶⁵ En tal sentido, Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos...”, cit., p. 53.

aquellos que se sientan escrutados por ella. No obstante, este hecho no es óbice para reconocer su perfecta alineación con la finalidad que persiguen las libertades del art. 20 CE. Esta cuestión hace de la transparencia un pilar esencial para la consecución de sociedades libres y abiertas en una democracia consolidada. Tal posición estratégica también deberá ser tenida en cuenta cuando se trate de valorar el margen de intromisión de la transparencia en la esfera pública, e incluso privada que atañe al ámbito público.

En realidad, pese al riesgo de desinformación por exceso apuntado, considero que existe el reto de conseguir que la transparencia llegue a ser un hábito natural en el funcionamiento de nuestras instituciones. El énfasis sobre este aspecto radica en conseguir que, en efecto, la cultura de la transparencia se instale como regla general, y pauta para confrontar la opacidad¹⁶⁶.

7. A modo de recapitulación

En este primer capítulo de la investigación ha intentado trasladarse la necesidad de analizar la transparencia en clave constitucional, como consecuencia de las transformaciones inherentes al proceso de comunicación en el marco de las democracias modernas.

En este contexto, el desarrollo de las TIC ha sido clave para debatir sobre la posición del ciudadano en los procesos decisionales. La relevancia adquirida en la toma de decisiones en el contexto global por las grandes compañías tecnológicas privadas impele al debate sobre la necesidad de potenciar mecanismos de transparencia en esta esfera. No obstante, el objeto de esta parte de la investigación es abordar la transparencia como mecanismo para reforzar la posición del ciudadano frente al poder público, esto es, como poder legítimo sujeto a reglas democráticas de control y representativo de la ciudadanía.

Se ha pretendido reflejar la superación de una concepción formalista de verticalidad del poder propia del Estado liberal, insostenible hoy bajo la fórmula del Estado social y democrático de Derecho. En la actualidad se exige una bidireccionalidad, que haga accesible la información al ciudadano para conocer cómo se ejerce y se gestiona el poder.

¹⁶⁶ Como ha señalado, OLIVER, R. *What is Transparency...*, cit., p. 13, “cuando la información no está clara, no es de confianza. Cuando la información está oculta, es natural creer que realmente hay algo que ocultar”.

De esta forma, tratan de superarse inercias tendentes a la opacidad, en pro de la cultura de la transparencia.

Este salto se encuadra en el paradigma actual del Gobierno Abierto, que no es sino una apuesta por la buena gobernanza, la ética e integridad pública a través de la transparencia, la participación y la colaboración, aprovechando las ventajas que brindan las TIC. En concreto, la transparencia se ha situado como un pilar esencial del Gobierno Abierto, dirigido a consolidar la apertura de las instituciones.

Es cierto que no hay unanimidad a la hora de definir la transparencia, por su propia esencia abierta y múltiples caracteres. No obstante, existe consenso en considerar que la apertura inherente a la transparencia contempla obligaciones de publicidad para difundir información pública, así como un derecho subjetivo general de acceso a la información a favor de la ciudadanía.

En cuanto a la finalidad y fundamento de la transparencia, cabe destacar dos ideas esenciales: 1) su finalidad es esencialmente medial, dirigida a regenerar la pérdida de legitimidad democrática mediante la dación de cuentas y la actuación de cara a la ciudadanía en favor de la participación efectiva; 2) su fundamento constitucional emana del propio principio democrático bajo la consideración de que todo aquello que implique a los intereses de la ciudadanía debe ser objeto de conocimiento público como regla general, sin restricciones derivadas del secreto más allá de las tasadas expresamente.

Llegados a este punto, ha podido afirmarse la consolidación de la transparencia como un pilar del Estado social y democrático de Derecho, efectivamente configurado sobre la base de obligaciones de publicidad activa y pasiva, pero no solo eso. La transparencia exige publicidad, pero no toda publicidad es transparencia. Por eso, se ha analizado la simplicidad y claridad de la información como un plus que ha de acompañar a la publicidad, y que redundan en la participación efectiva y la seguridad jurídica como consecuencias democráticas de la transparencia. En todo caso, queda apuntado en esta parte de la investigación que puede haber un cierto reduccionismo al identificar publicidad y transparencia, y que puede haberse desaprovechado la aprobación de la LTAIBG como una ocasión para precisar los términos de publicidad activa y pasiva.

Tal como se indica en el texto, si se quiere romper con la opacidad en el funcionamiento de las instituciones y reforzar la posición de la ciudadanía, hubiera sido lógico que la propia terminología utilizada girara en torno ella. Esto implica no conceptualizar el

derecho de acceso a la información como una “actuación pasiva” (bajo la terminología utilizada por la LTAIBG de “publicidad pasiva”), frente al rol activo que se otorga al poder público con las obligaciones derivadas de la “publicidad activa”. En este sentido, se propone la referencia terminológica a “publicidad institucional” para el caso de la difusión de información por parte del poder público y “publicidad participativa” en el caso del derecho de acceso a la información.

Con independencia del mayor o menor acierto de la LTAIBG en este aspecto, lo cierto es que no se duda del valor político y constitucional que ha alcanzado la transparencia para consolidar la calidad democrática de las instituciones. Y que bien por la normatividad y rigidez constitucional, bien por el escepticismo a una posible reforma constitucional, aún carece de mención expresa en el texto constitucional. Evidentemente, lo más aconsejable sería su introducción en la Constitución para su actualización conforme a lo que es una exigencia democrática ineludible en la actualidad. No obstante, se trata de una posibilidad difícil de manejar que, en cualquier caso, no impide su encaje como principio vinculante e informador de la actuación de los poderes públicos, que impregna el texto constitucional como sistema de principios, valores y derechos.

Así pues, la falta de mención a la transparencia en la CE dificulta su encaje constitucional. No obstante, dicha dificultad no significa que carezca de sustento constitucional. Por ello, la naturaleza y encaje de la transparencia en la CE será el objeto de estudio del capítulo siguiente.

CAPÍTULO II. ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA TRANSPARENCIA EN EL ACTUAL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. Encaje constitucional de la transparencia

Tras la aproximación inicial realizada sobre la transparencia, ha podido comprobarse cómo sus diversas manifestaciones, unidas a la falta de mención constitucional expresa y a una técnica normativa a veces cuestionable, dificultan su adecuado encaje y conceptualización. En este punto, conviene dar un paso más para ver cuál es el marco teórico que conecta la transparencia en clave constitucional.

En lo que sigue, resultará esencial determinar cómo se reflejan tales ideas en la CE, siendo conscientes de la dificultad añadida que supone el hecho de que la transparencia no goce

a su favor de base constitucional expresa. Tal ausencia se hace notar en efecto, cuando se trata de brindar a la transparencia de un régimen constitucional que la visibilice e identifique en la normatividad constitucional, habida cuenta de que se trata de una cuestión ceñida a la interpretación del texto constitucional, en consonancia con la legislación de desarrollo. De ahí que, la ubicación sistemática de la materia devenga en el caso de forma algo confusa.

Puede resultar contrario a una finalidad clarificadora tratar de ofrecer a la transparencia un marco excesivamente amplio. En este último caso, existe riesgo de que termine perdiéndose el foco sobre qué se protege y por qué¹⁶⁷. Para evitar esa situación, y teniendo en cuenta que la transparencia ya tiene ínsita cierto grado de ambigüedad¹⁶⁸, parece más adecuado ceñir su arraigo constitucional a aquellos preceptos con los que conecta de modo directo y necesario. Así, si bien es cierto que el precepto clave en el que debe situarse la transparencia es el art. 105 CE al regular la relación entre la administración y los ciudadanos, debe a su vez conectarse con los arts. 1, 9, 18, 20, 23, 24, 103 y 106 CE. Con tales preceptos, la transparencia guarda una relación distinta y a la vez complementaria. En primer lugar, con los arts. 1 y 9 CE se vincula por su íntima conexión con la definición del Estado social y democrático de Derecho y con el imperativo normativo y vinculante para los poderes públicos de facilitar la participación ciudadana en los asuntos públicos, a través de la remoción de todo obstáculo que impida las libertades individuales. En segundo lugar, se relaciona directamente con derechos fundamentales como los reconocidos en los arts. 18, 20, 23 y 24 CE ya que en este caso la transparencia, en su manifestación de acceso a la información pública, constituye una garantía y un *prius* imprescindible para la realización de aquellos. Por último y ya relacionado con la actuación de la administración, ha de conectarse sistemáticamente con los arts. 103 y 106 CE.

Como se verá a continuación, el art. 105 CE resulta clave por ser el precepto a partir del cual la LTAIBG desarrolla el derecho de acceso a la información pública como

¹⁶⁷ En este sentido, ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., p. 50, ha vinculado la transparencia con un abanico quizás excesivamente amplio de preceptos, entre los que incluye los arts. 6, 7, 9, 18, 20, 23, 54, 66, 92, 103, 105, 106, 109, 110, 111, 120, 129, 136, 151, 153, 164 y 168 CE. Sobre las bases constitucionales de la transparencia puede verse también entre otros, CARRILLO, M. “Transparencia y derechos de acceso a la información en las administraciones públicas”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 17, 2015, págs. 274 y ss.

¹⁶⁸ Sobre este aspecto RUIZ-RICO RUIZ, G. “La dimensión constitucional del principio...”, cit., p.50, se refiere a la “fuerte dosis de ambigüedad e indeterminación sustantiva sobre la eficacia y alcance que comporta a priori el principio de transparencia”.

manifestación pasiva del principio de transparencia. Así pues, aunque la LTAIBG no menciona expresamente la base constitucional del principio de transparencia, ha de entenderse remitida al art. 105 CE por constituirse en un principio más general que abarca como una de sus manifestaciones el derecho de acceso. Además así ha sido considerado por la propia jurisprudencia, pudiendo destacarse la STS de 3 de junio de 2011 que pone de manifiesto que:

“Así es, el derecho de acceso a archivos y registros está llamado a hacer efectiva la denominada transparencia administrativa, haciendo accesible la información administrativa a los ciudadanos que ven superadas, de este modo, pretéritas barreras en sus relaciones con la Administración”¹⁶⁹.

No obstante, este precepto debe complementarse necesariamente con otros por no resultar suficiente teniendo en cuenta la ambigüedad, falta de mención expresa y carencias del precepto. Así pues, atendiendo a una interpretación sistemática de los preceptos mencionados podrá realizarse una mejor aproximación a la transparencia en el texto constitucional.

Por un lado, el pilar básico representado por el art. 1.1 CE cala en todo el ordenamiento y se filtra en la totalidad del texto constitucional, en tanto establece los valores superiores del ordenamiento jurídico: la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo político.

A fin de conseguir la efectividad de tales valores, el art. 9.2 CE eleva a la categoría de mandato a los poderes públicos, la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”¹⁷⁰.

Por su parte, el art. 9.3 CE se erige también como uno de los pilares básicos que justifican la relevancia constitucional de la transparencia¹⁷¹ por su vinculación con el principio de legalidad y con la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Ambos apartados del art. 9 CE serán claves para fomentar una dimensión

¹⁶⁹ STS de 3 de junio de 2011 - ECLI:ES:TS:2011:3726, FJº 10. En el mismo sentido véase STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJº 5.

¹⁷⁰ Art. 9.2 CE.

¹⁷¹ Al respecto, ha señalado COTINO HUESO, L. “Del “deber de publicidad” de Brandeis...”, cit., p. 862, que “no cabe duda que encuentra clara y directa cobertura constitucional: la publicidad de las normas y la seguridad jurídica (art. 9. 3 CE), la necesaria motivación de los actos administrativos (art. 9. 3 y 24 CE), el derecho de autodeterminación informativa respecto de la Administración (art. 18 CE), el derecho a la información (art. 20 CE) y, sobre todo, en el artículo 105 b) CE”.

esencial de la transparencia, que se identifica con la creación de un escenario de libertad y conocimiento previo, como *conditio sine qua non* para la efectiva participación en los asuntos públicos.

Gracias a la normatividad y carácter vinculante de los arts. 1 y 9 CE, y teniendo como referente el art. 105 CE, su influencia se advierte en otros artículos: 18, 20, 23, 24, 103 y 106 CE. El primero de ellos, en tanto el art. 18.4 CE protege propiamente el acceso a los datos de carácter personal como una manifestación del derecho fundamental a la protección de datos. Los arts. 20 y 23 CE como derechos fundamentales con una vocación abierta, en relación a los cuales la transparencia resulta esencial para la garantía y efectividad de los mismos. El art. 24 CE, en tanto el acceso a la información sobre el procedimiento judicial en curso puede ser crucial para la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia. Y, en último lugar, los arts. 103 y 106 CE en convivencia mutua con el art. 105 CE, como bases de la relación con la administración a tenor del Título IV de la CE. En este caso, la transparencia se entiende fruto de la objetividad y sometimiento al Estado de Derecho ínsita en cada uno de los principios de funcionamiento señalados en el art. 103 CE.

Llegados a este punto conviene destacar que la transparencia actúa como un principio orientador de las relaciones entre el ciudadano y la administración con base en el art. 105. b) CE pero interpretado sistemáticamente con el resto de preceptos mencionados. Existe acuerdo doctrinal en asentar el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información en el art. 105 CE, como parámetros de control difuso que han de regir en la relación entre la administración y el ciudadano¹⁷².

En particular, el art. 105. b) CE manifiesta expresamente la dimensión de derecho subjetivo del ciudadano, a través de la mención al acceso a los “archivos y registros de

¹⁷² En tal sentido se expresa, PORRAS RAMÍREZ, J. M. “La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, nº 3, 2016, ha puntualizando que “lo que el art. 105 b) de la Constitución española ha hecho ha sido incorporar el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas. Dicho precepto se inscribe así en la idea o principio general que propicia y fomenta la participación de los ciudadanos en el desarrollo de la actuación administrativa. En particular, el apartado en cuestión tiene como finalidad genérica instrumentar una suerte de control difuso de la actuación de las Administraciones, derivado del conocimiento que tienen los ciudadanos de su funcionamiento y de las decisiones adoptadas. Por tanto, dicho precepto ordena al legislador que regule uno más de los fenómenos participativos que se contemplan en la Constitución, en relación, en este caso, con el proceder de las Administraciones Públicas.” Sobre el anclaje constitucional del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el art. 105 CE, véase entre otros, por todos, HERNÁNDEZ GODINEZ, A. *El acceso a la información pública. Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación*, [Tesis doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2010, p. 251.

carácter administrativo”. Atendiendo a su ubicación sistemática, este precepto es un complemento de la garantía del control jurisdiccional de la administración en consonancia con el art. 106 CE¹⁷³. Este precepto reconoce el principio de responsabilidad y la sujeción a legalidad de la potestad reglamentaria y actuación de la administración a través del control judicial. Tal cometido exigirá en todo caso una actuación transparente que permita conocer, como *prius* de dicho control judicial, la actuación efectivamente realizada por la administración.

Esbozado el marco general de encaje de la transparencia conviene hacer una precisión sobre el porqué de la insuficiencia del art. 105 CE para realizar esa ubicación en el texto constitucional. La razón de fondo es que las posibilidades que brinda el art. 105 CE son más limitadas que el sentido y alcance del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública. Esa insuficiencia del art. 105 CE se demuestra además en la propia LTAIBG, ya que el legislador debería haberse apoyado en otros preceptos constitucionales y no sólo en el art. 105.b) CE para efectuar el desarrollo legal.

Esa insuficiencia de anclaje constitucional se representa además en una serie de limitaciones de correspondencia entre lo dispuesto en el art. 105.b) CE y el derecho de acceso a la información desarrollado *por mor* de la LTAIBG, a saber¹⁷⁴: 1) difieren en el ámbito de los sujetos obligados. En este sentido, el art. 105.b) CE tiene un ámbito subjetivo de aplicación dedicado al gobierno y a la administración, siendo éste más limitado que el abanico presentado por la LTAIBG donde se contempla en general al poder público (incluyéndose también al poder legislativo y judicial, a la Casa Real, empresas que participan de intereses generales y reciben dinero público, etc...); 2) también se ha hecho referencia a los sujetos beneficiarios del derecho como objeto de disenso en uno y otro caso. En el art. 105 a y c) CE se hace expresa alusión a la condición de afectado o interesado directo, pareciendo así mismo extrapolable dicha condición al art. 105 b) CE, cuando sin embargo, la LTAIBG reconoce el derecho a favor de todas las personas, sin necesidad de tener condición de interesado; c) difieren en el ámbito objetivo de aplicación, en la medida en que la CE se refiere a los “archivos y registros administrativos” y la LTAIBG reconoce el derecho de acceso a la “información pública”.

¹⁷³ Vid. CARRILLO, M. “Transparencia y derechos de acceso...”, cit., p.275.

¹⁷⁴ Sobre los aspectos en los que la LTAIBG supera el ámbito protegido por el art. 105.b) CE véanse, por todos, Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p. 293; RUIZ-RICO RUIZ, G. “La dimensión constitucional del principio...”, cit., p.54.

El resultado por tanto es que la LTAIBG va un paso más allá y excede del art. 105.b) CE, aunque no obstante, la ley justifica su propia existencia sobre la base exclusiva de dicho precepto constitucional. Así las cosas, se hace necesario acudir también a otros preceptos que complementan lo dispuesto en el art. 105 CE. En este sentido, el TS destacaba en su sentencia de 14 de noviembre de 2000 que:

“El derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Este derecho está reconocido por la Constitución en el artículo 105.b), (...)”¹⁷⁵.

Dicho esto, debe señalarse que la consagración del derecho de acceso a la información pública como concreta manifestación del principio de transparencia *ex* art. 105 CE, plantea dificultades interpretativas de acomodo constitucional. En este sentido, el encaje constitucional del derecho de acceso a la información pública ha planteado un gran debate doctrinal no sólo en cuanto a su naturaleza jurídica, sino consecuentemente, y a tenor de lo anterior, en relación a su adecuada ubicación en el texto constitucional. No obstante, la problemática configuración constitucional del derecho de acceso a la información pública será tratada en partes posteriores de la investigación a propósito del estudio de dicho derecho.

En cualquier caso interesa señalar más allá de problemas interpretativos, que, como se ha dicho, el art. 105 CE se ha situado por el propio legislador como asidero para efectuar el encaje constitucional del principio de transparencia en la LTAIBG. Dicho principio queda incardinado en el Título IV de la Constitución que lleva por rúbrica “Del Gobierno y de la Administración”, enmarcado en las relaciones entre administración y administrados. Precedido además por artículos como el art. 103 CE que consagra los principios generales de actuación de la administración.

En lo que se refiere en concreto al art. 105 CE destaca la reserva de ley que realiza el precepto para la regulación de: a) la audiencia de los ciudadanos que tengan condición de interesados en el procedimiento de elaboración de disposiciones normativas; b) el acceso

¹⁷⁵ STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJ 5.

Efectúa una crítica a la sentencia, considerando que el TS confunde aquí derecho de acceso y transparencia, Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p. 293.

a archivos y registros administrativos, salvo en aquello que afecte a seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad personal; c) el procedimiento por el que han de llevarse a cabo los actos administrativos con las debidas garantías.

En estos tres apartados el precepto recoge garantías cuya regulación se reserva específicamente al legislador con el propósito de evitar la incongruencia de que sea la administración quien establezca garantías a las que ella misma debe someterse¹⁷⁶. De ahí la importancia en el caso de la reserva efectuada en favor del legislador. Por su parte, como punto común de los tres casos previstos en el art. 105 CE, puede destacarse a tenor de la STS de 4 de julio de 1987, que:

“el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido art. 105 consiste en la participación ciudadana y, en la transparencia de la estructura burocrática”¹⁷⁷.

De los tres apartados señalados, el presente objeto de estudio se centrará en el apartado b) del art. 105 CE. Pues, aunque a priori parezca contornear un derecho simple, resulta complejo entender su extensión y alcance. Dicho apartado consagra una manifestación concreta y fundamental de la transparencia, como es el derecho de los ciudadanos a acceder a la información, así configurado por el legislador, que, no obstante, queda consagrado en el texto constitucional de forma más limitada por el denominado derecho de acceso a los archivos y registros de carácter administrativo.

Así las cosas, no puede obviarse que aunque el art. 105 CE guarde una íntima conexión con la apertura de las instituciones entendiéndolo en su interpretación sistemática con el resto de preceptos y en atención a su ubicación en el Título IV, ello no elimina el problema de que no esté constitucionalizado de la mejor forma y, por tanto, suscite razonables dudas sobre qué abarca o cuál es el alcance del derecho y principio que protege. A ello se suma otra dificultad añadida en cuanto el mandato encomendado al legislador para la regulación de la materia no ha tenido una traducción suficientemente clara como para solventar los espacios abiertos por el art. 105 CE. Como se verá más adelante, el desarrollo legal realizado a través de la LTAIBG no ha cubierto las expectativas que se le presuponían para adecuar la legislación al contexto social actual, partiendo de las posibilidades

¹⁷⁶ En tal sentido véase, Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 167.

¹⁷⁷ STS de 4 de julio de 1987-ECLI:ES:TS:1987:11517, FJ 5. En el mismo sentido se pronuncia en la STS de 19 de mayo de 1988 - ECLI:ES:TS:1988:3768, FJ 2.

ofrecidas por la Constitución. El resultado es algo decepcionante, pues si bien es cierto que el legislador no puede salir del marco ofrecido por la Constitución, sí que puede y podría desarrollar una norma que se vinculara con el conjunto del texto constitucional. Sin embargo, la ley obvia las posibilidades de un anclaje más fuerte, constituyéndose como se ha dicho antes, como el desarrollo legal del mandato impuesto en el art. 105 CE en una correspondencia completa con éste.

De este modo, se soslaya la auténtica finalidad de la transparencia y el acceso a la información pública, sin hacerse eco de otras posibilidades también posibles en la operación de ubicación en el texto constitucional. Así, aunque llena de intenciones positivas, se concluye que la pretensión de la LTAIBG de desarrollar una visión más innovadora en la materia, no se refleja a lo largo de los preceptos que la configuran siguiendo en este sentido la estela de la legislación anterior.

El escenario expuesto hasta ahora –y sin perjuicio de que se profundizará sobre el problemático art. 105 CE, a propósito del derecho de acceso a la información pública–, permite no obstante situar la transparencia en el marco del art. 105 CE como “un paradigma de actuación global”¹⁷⁸, que junto con el art. 103 CE ha de guiar el camino en la actuación de los poderes públicos al unísono con los arts. 1, 9, 18, 20, 23, 24 y 106 CE.

De entre tales preceptos, sin duda el más destacado es el art. 20.1.d) CE. Dicha vinculación será analizada en profundidad cuando se estudie la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. No obstante, conviene recordar en este punto que la transparencia se constituye junto al art. 20 CE en un pilar y presupuesto básico esencial para la consecución de sociedades libres y abiertas a través de la formación de la opinión pública y la garantía del pluralismo¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., p. 48

¹⁷⁹ En tal sentido, cabría incluso afirmar que la transparencia comparte la posición especial prevalente atribuida por nuestro TC a favor de la libertad de información, toda vez que contribuye junto a ella a satisfacer el interés colectivo superior de la opinión pública, ligada al pluralismo, a la participación efectiva y a la democracia. La jurisprudencia del TC respecto al art. 20 parece extrapolable en este sentido a favor de la transparencia. Puede verse en esta línea, entre otras, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6, al señalar que “(...) la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”.

2. Naturaleza jurídica de la transparencia

La naturaleza jurídica de la transparencia ha sido una de las cuestiones controversiales sobre la que ha discutido la doctrina sin llegar a puntos de encuentro unánimes. Son varios los motivos que han dificultado el consenso acerca de su naturaleza jurídica. Por un lado, el hecho de no contar con mención constitucional expresa ha motivado la apertura a una pluralidad de vías que buscan su adecuada constitucionalización. En el mismo sentido, y teniendo en cuenta el carácter poroso, abierto y relacional ya destacado de la transparencia, se vincula a una pluralidad de conceptos constitucionales que hacen discutible su propia naturaleza jurídica. Estas dos primeras cuestiones han abierto los escenarios planteados por la doctrina para situar la transparencia en clave constitucional. No obstante, también entiendo que ha influido en esta apertura doctrinal el hecho de que la transparencia sea un tema de actualidad, que no siempre ha sido considerado como requisito indispensable en nuestra forma de entender la relación entre el poder público y la sociedad. Por el contrario, deviene fruto de la realidad política de desafección, corrupción y falta de representatividad que acompañó la crisis económica de 2008. En esta lógica, resulta evidente que la transparencia aún no es percibida como tradición cultural, instalada en las relaciones entre el poder público y la ciudadanía.

Tales motivos han contribuido a generar cierta confusión, que en se ha visto reflejada en el ámbito terminológico. No sólo es que la transparencia se haya vinculado con multitud de elementos con los que se relaciona, sino que incluso se ha asimilado con ellos a modo de sinónimos. Hoy la doctrina se refiere a la transparencia en una pluralidad de acepciones que comprenden desde un principio a un valor o un derecho, llegando incluso a situarla como derecho fundamental. A efectos de aportar claridad sobre esta cuestión controvertida, se comenzará haciendo alusión a las principales posturas doctrinales para luego profundizar en la que considero debe ser su naturaleza jurídica.

2.1. La transparencia como un nuevo derecho

Entre las diversas posiciones doctrinales, se comienza haciendo alusión a aquel sector doctrinal que defiende la transparencia como un nuevo derecho. En este sentido, el argumento principal sobre el que se sustenta esta posición parte de la transparencia como derecho de nueva generación¹⁸⁰. En esta línea, se pronuncian autores como DEBBASCH

¹⁸⁰ Sobre la concepción de que se entiende por nuevos derechos me remito a ESCOBAR ROCA, G. *Nuevos derechos...*, cit., págs. 45 y ss, donde el autor identifica como nuevos derechos aquellos que no están

que, en efecto, identifica la transparencia como derecho de nueva generación, fruto de las presiones y exigencias sociales que demandan conocimiento de los asuntos públicos por parte de la ciudadanía. El autor considera que el derecho a la transparencia abarca: el derecho a saber, el derecho a controlar la legalidad de la actuación administrativa, el derecho de los ciudadanos a ser actores activos. Además, para la realización de estos elementos, considera también vinculados a la transparencia: el derecho de acceso a los expedientes administrativos, el derecho de acceso a la motivación de los actos administrativos y la propia participación en un sentido genérico¹⁸¹.

En realidad, lo que se plantea desde esta perspectiva es si resulta posible derivar un derecho específico a la transparencia en las relaciones entre la administración y el ciudadano. En respuesta a tal cuestión, se ha afirmado que es admisible la consideración de la transparencia como un derecho, definido como “el conjunto de procedimientos jurídicos que tienen como fin permitir a los administrados tener acceso al sistema administrativo y así poner un límite al derecho (o más frecuentemente a la obligación de la administración) al secreto”¹⁸². Es decir, se eleva la transparencia a la categoría de derecho bajo una perspectiva que trata de contrarrestar la tradición administrativa del secreto. Precisamente en este sentido compensatorio, hay autores que se refieren al derecho a la transparencia destacando su carácter democrático¹⁸³.

En cualquier caso, la posición doctrinal que apuesta por la transparencia como derecho puede incurrir en el error de asimilar la transparencia con uno de los elementos de publicidad que la conforman, esto es, con el derecho de acceso a la información pública o, en su caso, con el deber de la administración de poner a disposición de la ciudadanía dicha información. Se trata en mi opinión de una imprecisión terminológica que reduce

expresamente referidos en la Constitución, pero que han sido incorporados al catálogo de derechos por vía interpretativa del TC, así como los susceptibles de incorporación con carácter futuro.

¹⁸¹ Vid. DEBBASCH, C. “Introduction...”, cit., págs. 11 a 13. En sentido similar, BARNÉS VÁZQUEZ confiere carácter de derecho de nueva generación a la transparencia sobre las tres primeras manifestaciones destacadas por el autor anterior, esto es, el derecho a saber que sucede en las instituciones, a controlar cómo se desarrolla su actuación y a tener un papel protagónico y no meramente pasivo. Así Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos...”, cit., p. 51. Se incluye también dentro de esta postura doctrinal, MAGRI, M. “Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale”, *Istituzioni del federalismo, rivista di studi giuridici e politici*, nº 2, 2013, p. 436.

¹⁸² Cfr. JEGOUZO, Y. “El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, nº 239, 1994, págs. 12 y 13.

¹⁸³ Vid. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. “Introducción”, en DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., y TARÍN QUIRÓS, C (Coords.) *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014, p. 27.

el contenido real de la transparencia a uno de los elementos que forman parte de ella y que, en definitiva, impide contemplarla en todo su alcance.

Esta perspectiva obvia su carácter global, abierto e informador como parámetro conductual de la administración¹⁸⁴. Así, por ejemplo, al asimilar el derecho de acceso a la información pública con la transparencia, se produce una confusión en el debate que dificulta la precisión conceptual. Esto produce que la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica fundamental o no del derecho de acceso a la información pública, se extrapole a la transparencia, hablándose así de un derecho fundamental a la transparencia¹⁸⁵.

2.2. La transparencia como un valor del ordenamiento

La posible calificación de la transparencia como valor o principio, debe partir del presupuesto de que “los principios constitucionales pueden considerarse como los instrumentos normativos fundamentales para la realización de los valores superiores del ordenamiento. Valores que no deben ser considerados aisladamente, sino como partes integrantes de un orden sistemático (...)”¹⁸⁶. En este sentido, se entrevé una dificultad añadida que permita establecer una línea divisoria clara entre ambos tipos de normas. En

¹⁸⁴ Entre otros autores, se refiere al derecho a la transparencia, asimilándolo con el derecho de acceso a la información pública, Cfr. OTERO PARGA, M. “El compromiso con la transparencia. Especial referencia a la realidad gallega”, *Derechos y Libertades*, nº 39, Época II, 2018, p. 291, así señala la autora que “la transparencia constituye un derecho individual, cuya naturaleza jurídica es controvertida. Es un derecho constitucional pero su ubicación dentro de la Carta Magna no lo sitúa dentro del grupo de los derechos fundamentales, de modo que parece que la opción del legislador fue considerar a la transparencia un derecho subjetivo o quizá un principio rector de la política social y económica, pero no un derecho fundamental. Una parte de la doctrina sin embargo, y pese a la opción de los redactores de la Constitución, opina que aun considerando la situación real del derecho dentro del texto legal su naturaleza podría asimilarse a la de los derechos fundamentales por la estrecha relación que guarda con ellos. Yo creo que no nos encontramos ante un derecho fundamental stricto sensu sino ante un derecho subjetivo que como tal debe ser protegido y amparado”. Como puede comprobarse, la autora trae a debate la ya conocida discusión de la naturaleza jurídica fundamental o no del derecho de acceso a la información pública para trasladarlo a la transparencia como si se tratase del mismo derecho. Sin embargo reconoce posteriormente que “Estamos pues ante un derecho individual con marcada relevancia social, cuyo contenido u objeto material presenta una doble faceta que normalmente se llama publicidad activa y publicidad pasiva”. De modo que aunque anteriormente asimila la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, posteriormente reconoce, aunque de forma confusa, la existencia de un derecho a la transparencia que abarca dos manifestaciones, la publicidad activa y pasiva.

¹⁸⁵ En esta línea se pronuncia Cfr. HALFELD REZENDE RIBEIRO, J. H. “Transparency as a paradigm for democracy under the Rule of Law”, *International Journal of Open Government*, nº 7, 2018, p. 65, al apuntar que “Efficiency, as a synonym of benefit of public interest, will only be achieved with the engagement of society, with the awareness that transparency is a citizen’s right and a duty of the State, constituting a fundamental right of the Democratic Rule of Law because it is the basis for the social and economic development of a nation as an effective instrument for promoting equality and justice”.

¹⁸⁶ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 27.

todo caso, si bien los principios y valores son términos distintos, se complementan entre sí.

Dentro de la doctrina que justifica la transparencia como un valor, cabe citar entre otros autores a ORDUÑA MORENO, SÁNCHEZ MARTÍN y GUILLÉN CATALÁN. Tales autores afirman que nos encontramos frente a un valor que actúa como guía de referencia en el actual proceso de transformación social. Entienden que se trata de un valor relacional, que cobra auténtico significado cuando se vincula con el valor de la justicia y la igualdad, y se integra en el sistema general de valores constitucionales.

A tal efecto, sitúan la transparencia como un valor que sirve como complemento para actualizar y reinterpretar aquellos expresamente mencionados en la CE, a raíz de nuevas circunstancias y transformaciones sociales. Dada la trascendencia jurídico constitucional de la transparencia en la actualidad, los autores la sitúan a la altura de “futuro valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)”¹⁸⁷.

Resulta interesante la vinculación efectuada entre transparencia y la evolución en las convicciones sociales sobre lo que hoy se entiende como justicia e igualdad. No obstante, el esfuerzo de los autores por justificar la naturaleza de valor de la transparencia, parece desvanecerse cuando se refieren a ella simultáneamente como “valor o principio”, llegando a reconocer su “clara «textura» de principio jurídico con vocación de reconocimiento constitucional y de aplicación transversal”¹⁸⁸.

Dentro de esta postura doctrinal destaca también VILLAVERDE MENÉNDEZ que ha sostenido una postura crítica sobre la construcción de una teoría de la transparencia basada en la existencia de un derecho o un principio de la transparencia. En este sentido, considera que la falta de mención expresa de la transparencia en la CE, hace que dicha teoría se base más en la ocurrencia interpretativa y en un excesivo constructivismo jurídico, que en cimientos jurídicos sólidos. En base a tal premisa, el autor trata de desmitificar su carácter de principio y/o de derecho, entendiendo que se trata de un valor ínsito en el principio de publicidad. En este sentido, señala que, “la transparencia (...) es un instituto jurídico que adopta la forma de valor constitucional latente en el principio constitucional «de publicidad»; (...) que resulta de la prohibición del secreto que se

¹⁸⁷ Cfr. ORDUÑA MORENO, F. J (Dir.) SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R (Coord.) *La transparencia como valor del cambio...*, cit., págs. 24, 39 y ss y 50.

¹⁸⁸ Cfr. ORDUÑA MORENO, F. J (Dir.) SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R (Coord.) *La transparencia como valor del cambio...*, cit., págs. 46 y ss y 66.

infiere de la garantía institucional del proceso de comunicación pública, de los principios constitucionales democrático y del Estado de derecho, y del derecho fundamental a recibir información veraz del art. 20.1.d.) CE (...)”¹⁸⁹.

Sin embargo, no se comparte aquí esta posición por varios motivos. Por un lado, a la transparencia le es aplicable una característica propia de los principios y es que al situarse como un modo de ser, da criterios para la aplicación de las demás normas¹⁹⁰. Además, según lo apuntado anteriormente en torno a la diferencia entre principios y valores, no parece suficiente justificar la transparencia como un valor del ordenamiento cuando en realidad su pretensión es la de impregnar al conjunto de la Constitución para informar el ordenamiento y servir de guía en la realización de valores como la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo político. Así pues, siguiendo la línea argumentativa del autor que cuestiona la posible naturaleza jurídica de la transparencia como derecho o como principio en base a la inexistencia de mención constitucional expresa, considero que su naturaleza en realidad excede de la planteada en tales términos. En mi opinión, esto puede justificarse a través de un proceso lógico y hermenéutico actualizado de interpretación constitucional, en conexión con otros principios que sí encuentran expresa positivación en el texto constitucional¹⁹¹. Además, el autor parece derivar el valor transparencia del principio de publicidad, cuando ocurre a la inversa pues, en la concepción clásica de DWORKIN, los principios se deducen de los valores, al ser estos últimos el fundamento de los principios¹⁹².

2.3. La transparencia como un principio constitucional

La Constitución se integra como sistema por una serie de valores, principios y derechos que van a marcar la convivencia social para la realización del Estado social y democrático de Derecho. Bajo esta premisa se defiende en esta investigación la naturaleza jurídica de

¹⁸⁹ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El marco constitucional...”, cit., págs. 170 y 171.

¹⁹⁰ Destaca esta característica de los principios, BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento...*, cit., p. 28.

¹⁹¹ Sobre la existencia de principios positivados y otros derivados de la hermenéutica constitucional, véase FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTTI CARBONELL, C. “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, págs. 97 y 98.

¹⁹² DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 72, define un principio como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

la transparencia como un principio o “mandato de optimización”¹⁹³, deducible de los valores constitucionales.

En una breve distinción entre los valores y los principios cabe señalar que los primeros son “fines”¹⁹⁴, metas que marcan las aspiraciones éticas sobre las que se organiza una comunidad y que en nuestro ordenamiento se concretan como “objetivos”¹⁹⁵ del Estado social y democrático de Derecho. En tal sentido, los valores representan el contenido axiológico de la CE¹⁹⁶, expresado en el art. 1.1 CE en los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Por su parte, los principios son normas con textura abierta, que actúan como mandatos para concretar tales valores. Siguiendo a ARAGÓN REYES, cabe distinguir los valores y los principios en atención a la eficacia o proyección que despliegan. Cabría sostener que mientras los valores responden al espíritu y finalidad de las normas, desplegando “eficacia interpretativa” hacia ellas, los principios también sirven para interpretar pero además “pueden alcanzar <<proyección normativa>> tanto por obra del legislador como del juez”¹⁹⁷.

Hecha esta referencia general, es posible sostener en lo que ahora interesa que la transparencia se configura como un principio dirigido a la realización de los valores superiores del ordenamiento con los que guarda íntima conexión, así como con la propia realización del Estado social y democrático de Derecho. En concreto, su proyección normativa se ha visto positivada a través de la LTAIBG que como se ha dicho, no define la transparencia pero sí le otorga naturaleza de principio. Así pues, además de derivar de los valores superiores del ordenamiento en el marco del constitucionalismo contemporáneo, resulta evidente su relación con otros principios constitucionales

¹⁹³ Así define los principios, ALEX Y, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. BERNAL PULIDO, C (trad.) 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, págs. 67 y 68.

¹⁹⁴ Utiliza el término fines para definir los valores, ARAGÓN REYES, M. *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p.85.

¹⁹⁵ Cfr. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 4ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018, p 154. Sobre los valores constitucionales ha expresado DURO CARRIÓN, S. “Los valores y principios constitucionales como límites a la actuación de los poderes del estado y la función pública”, *Revista de Derecho Político*, nº 111, 2021, p. 238, que “El Estado constitucional español se identifica con un conjunto de valores que definen su identidad y en este sentido, frente a esos valores constitucionales, el Estado no puede ser indiferente sino que ha de promover todas aquellas condiciones necesarias para que esos valores constitucionales sean efectivos y reales de acuerdo con el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna”.

¹⁹⁶ Como ha expresado, AGUILAR CALAHORRO, A. *Naturaleza y eficacia de la Carta...*, cit., p. 44, “Los valores constitucionales, en cambio, se han interpretado desde el plano de la legitimación del sistema, como expresión del pluralismo, y se configuran como representación de un sistema axiológico que concede «conexión de sentido» al ordenamiento, por lo que se encuentran en el origen de las decisiones político-constitucionales de la ordenación social, erigiéndose como su fundamento”.

¹⁹⁷ ARAGÓN REYES, M. *Constitución...*, cit., págs. 92 y 93.

derivados de una interpretación sistemática de texto constitucional. En este sentido, puede destacarse su conexión directa con el principio democrático, pero además también con el principio de legalidad, seguridad jurídica, publicidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), así como con los principios de eficacia, y sometimiento pleno de la administración a la ley y al Derecho (art. 103 CE).

En definitiva, se defiende que la naturaleza jurídica de la transparencia como principio es la que mejor responde a su esencia y significado. No sólo porque así ha sido configurado por el propio legislador y por gran parte de la doctrina¹⁹⁸ y jurisprudencia¹⁹⁹, sino porque además encaja con tal naturaleza el hecho de que del principio de transparencia se deriven concretas reglas jurídicas, expresadas en obligaciones de difusión de información por parte del poder público, así como en pretensiones subjetivas de los individuos para acceder a información en los términos prescritos por la ley.

Por otro lado, la opción de considerar la transparencia como un valor latente en el principio de publicidad parece no responder bien a su esencia. Aunque la publicidad y la transparencia actúen como términos complementarios, la transparencia denota un matiz de conducta, de modo de ser y de hábito cultural que, más allá de la publicidad, exige valorar otros elementos, tal como se ha expuesto en esta investigación²⁰⁰.

De tal modo, puede concluirse que la transparencia es un principio de actuación de los poderes públicos, vinculado al principio democrático, como se expone después, y que, a modo de mandato de optimización, vincula la actuación de los poderes públicos para garantizar el conocimiento y la participación de la ciudadanía²⁰¹. De ahí que pueda

¹⁹⁸ Entre otros autores se muestran a favor de esta postura con carácter general, por todos, PIÑAR MAÑAS, J. L. “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Catalana de dret públic*, nº 49, 2014, p. 5. ISENSEE RIMASSA, C., y MUÑOZ SEVERINO, J. “Acceso a la información pública y principio de transparencia. Concepto, bloque de constitucionalidad y test de proporcionalidad”, *Derecho y Justicia*, nº 3, 2013, págs. 56 y 57. PINHEIRO LISBOA MIRANDA, J. L. “The judiciary – principle of transparency...”, cit. págs. 107 y ss. CASTELLS, M. “¿Hacia el Estado red?, globalización económica e instituciones políticas en la era de la información”, Ponencia presentada en el «Seminario sobre sociedad y reforma del estado», organizado por el Ministerio da Administração Federal e Reforma Do Estado, Republica Federativa do Brasil, São Paul, 26 de marzo de 1998.

¹⁹⁹ Así por ejemplo la STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJ 5, se refiere expresamente a la transparencia como un principio de actuación de la administración.

²⁰⁰ Así, PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia y los Parlamentos”, en PAU I VALL, F. (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 21, ha destacado que “no solo debe ser concebida como libertad de información, sino como nuevo modo de enfocar las relaciones con el ciudadano y su participación en la toma de decisiones”.

²⁰¹ En tal sentido ha señalado ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, p. 57, que “el principio de transparencia no es un derecho subjetivo que se pueda accionar de manera

sostenerse que el art. 105.b) CE, se corresponde hoy con el derecho de acceso a la información pública (aunque de forma claramente insuficiente por el tenor literal del precepto), e indirectamente también con el principio de transparencia como modo de actuación en el marco de las relaciones con el poder público²⁰².

Junto a esta perspectiva existe otro aspecto a tener en cuenta. Y es que entre la doctrina y la propia jurisprudencia, la transparencia ha ido perfilando con el tiempo su “fisionomía de auténtico principio jurídico”²⁰³ que impele a una relación evolucionada entre gobernantes y gobernados. En mi opinión, esa progresión en la catalogación de la transparencia como un principio no es fortuita, sino que trae causa de la evolución hacia una sociedad más abierta y participativa que se ha visto favorecida por el contexto tecnológico.

3. La transparencia como presupuesto del Estado social y democrático de Derecho

Tradicionalmente la publicidad de los actos parlamentarios, y con ella su control por parte del ejecutivo, ha sido considerada como parte esencial del principio democrático. No obstante, para hablar de la transparencia parlamentaria o de la transparencia como principio de actuación de la administración, hay que esperar hasta tiempos recientes²⁰⁴. Las exigencias actuales de transparencia en la actuación de los distintos poderes del Estado son muestra de que hoy día no se exige únicamente el respeto al principio de

individual por un sujeto ad casum, sino que es un principio jurídico general y esencial para el buen funcionamiento del Estado de Derecho que trasciende de la individualidad a la colectividad y que debe impregnar toda la actuación de los poderes públicos que incida en los derechos de los particulares”. Por su parte, RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros...cit.*, págs.23, 142, 198 y 205 eleva la transparencia a categoría de principio por su vinculación directa con el principio democrático. En tal sentido, la autora señala que, “la transparencia, como instrumento de control de la actuación de las Administraciones y organizaciones públicas, se erige, por tanto, como principio fundamental, que trae causa, directamente, del principio democrático y que encuentra, en el derecho de acceso, uno de sus más importantes instrumentos”²⁰¹.

²⁰² En palabras de RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros...cit.*, p. 206, “está fuera de toda duda que la intención de los constituyentes era incluir en este artículo un mecanismo por el que se fomentara la transparencia, a fin de perfilar las vías de transición hacia la Administración del nuevo sistema político democrático”. En sentido similar se pronuncia POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia...”, cit., p.191, respecto de la consagración de la transparencia en el art.105 CE. No obstante, este último autor difiere de la anterior en lo relativo a la enunciación de un derecho de acceso a la información. En tal sentido opina que “105 b) de la Constitución prevé que «la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». No se trata, claro es, de la proclamación de un derecho subjetivo sino del establecimiento de un principio constitucional, de un mandato de optimización, con el que se pretende asegurar la transparencia de la acción administrativa”.

²⁰³ Cfr. Considerando 2º.1 del Voto particular emitido por el Magistrado ORDUÑA MORENO, a la STS 367/2016 de 3 de junio. Pueden verse en este sentido entre otras las SSTs de 3 de junio de 2011 - ECLI:ES:TS:2011:3726, FJº 10 y de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJº 5.

²⁰⁴ Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., 19.

publicidad, sino un plus que maximice la apertura en la gestión de los asuntos públicos²⁰⁵. Así, pese a la tradición que viene consagrando la publicidad como principio constitucional basilar, deben observarse ciertas carencias en lo relativo a la transparencia²⁰⁶.

Cabría preguntarse acerca de las razones que llevan a la tardía vinculación entre transparencia y democracia desde una perspectiva práctica y real. En mi opinión, ha habido esencialmente dos hechos que han influido en dicha tardanza. Por un lado, el hecho de que las primeras referencias sobre la transparencia soslayaran su dimensión constitucional. Por otro lado, dicha espera se debe a que la transparencia ha sido tratada a veces como una “moda”, consecuencia del descontento social por los déficits de legitimidad, que como una auténtica necesidad democrática.

Sin embargo, en la actualidad no es posible seguir sesgando la relación entre el poder público y el ciudadano desde una perspectiva burocrática, dado que se trata de una relación clave para la evolución de nuestro sistema democrático²⁰⁷. Por este motivo, resulta esencial tener acceso a la información sobre la actuación de los distintos poderes del Estado en tanto que esta posibilidad constituye “un elemento importante para la formación democrática de la opinión y de la voluntad”²⁰⁸. Así pues, puede afirmarse que el fenómeno de la transparencia ha dejado de ser una “moda” para convertirse en requisito necesario, en tanto descende al sustrato básico del constitucionalismo, y se eleva como uno de los elementos definitorios del Estado social y democrático de Derecho del siglo XXI.

Parece una obviedad que en un sistema democrático los elementos que actúan de contrapesos para garantizar la legitimidad del poder deberían estar tan asentados como la propia democracia. Sin embargo, la falta de control, responsabilidad y escrutinio, han llegado en la actualidad al punto de cuestionar el Estado social y democrático de

²⁰⁵ Vid. PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia...”, p. 21.

²⁰⁶ Por ejemplo en lo relativo a la transparencia en el Parlamento, se ha puesto de manifiesto por Vid. SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. “¿Transparentan bien la información los Parlamentos?: Ideas sobre la calidad de los legislativos en el siglo XXI”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 39 y 40, que mientras que la actividad llevada a cabo por los órganos de dirección y los trabajos realizados por los legislativos han sido cuestiones sobre las que se ha venido informando ampliamente, no ocurre lo mismo desde la perspectiva individualizada de las agendas de los parlamentarios.

²⁰⁷ En esta línea, señala Cfr. CÁRDABA PÉREZ, A. “La construcción social del open government...”, cit., p. 29, que “No puede ningún gobierno avanzado que aspire a su propia sostenibilidad democrática acallar con la indiferencia del déspota el sentimiento colectivo”.

²⁰⁸ Cfr. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., 19.

Derecho²⁰⁹. Se trata de una cuestión que sobrepasa el marco de lo teórico, dejando entrever una crisis democrática institucional que alerta sobre una necesaria revisión de los presupuestos del Derecho Constitucional²¹⁰.

En este orden de cosas, entiendo que una de las causas que han influido de modo directo en la emergencia de estos déficits de legitimidad, guarda íntima conexión con el intento de sortear el conflicto social. Es sabido que uno de los rasgos definitorios del constitucionalismo democrático se sitúa en la canalización del conflicto y en el reconocimiento de su naturaleza intrínsecamente ligada al pluralismo y a la diversidad²¹¹.

Cabe destacar la relación binomial²¹² “poder-control”, en virtud de la cual se deben lograr puntos de encuentro. Ya que justamente en la tensión que separa ambos términos, radica la clave para llegar a un marco democrático y plural de debate y escrutinio. Hoy día resulta necesario encontrar vías para la revitalización del conflicto entendido como “cultura del desacuerdo razonable”²¹³, donde el ciudadano pueda ser partícipe de la vida pública. Y ello sin perjuicio de que este elemento haya quedado asolado entre otras cuestiones que preocupan en la actualidad. En esta línea, no puede obviarse que pese a la banalización que se ha hecho del conflicto desde la política, es uno de los frentes a los que deberá ser capaz de responder nuestro constitucionalismo actual²¹⁴. Para ello, el orden constitucional

²⁰⁹ Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación...”, cit., p. 84, alerta sobre la grave crisis institucional que ha llevado al punto de cuestionar al Estado social y democrático de derecho.

²¹⁰ En tales términos se expresa, Vid. AGUILAR CALAHORO, A. “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J., y BALAGUER CALLEJÓN, F (Coords.) *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 466.

²¹¹ En esta línea apunta GARRIDO GÓMEZ, M. I. “El principio democrático en el constitucionalismo y su plausibilidad”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I., y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. (Eds.) *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Comares, Granada, 2014, p. 33, que “La Constitución aparece como un espacio en el que se manifiesta el consenso, fruto de la discusión entre las distintas concepciones de la justicia en la sociedad”.

²¹² En línea con GUILLÉN LÓPEZ, E. “La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 20, 2013, p. 432, en efecto, sucede que “el constitucionalismo democrático (...) se sitúa frente a los conflictos definitorios y (...), por ello, sus categorías explicativas se han expresado básicamente en términos dicotómicos o binarios. Podríamos hablar así de la esencialidad del pensamiento dicotómico en el Derecho constitucional (...)”.

²¹³ Cfr. DE LUCAS MARTÍN, J. “La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y ORTS BERENGUER, E (Dirs.) CUERDA ARNAU, M. L (Coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 463.

²¹⁴ En el plano político se han utilizado desvirtuados argumentos de necesidad para dar por resueltos debates que ya tenían respuesta siquiera antes de confrontarlos en el espacio público. Esto es, negando el conflicto para evitar articular el consenso y la deliberación. Sobre esta cuestión, Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013, p. 452, alerta sobre la imposibilidad de que el constitucionalismo actual pueda cumplir su función

debe trabajar en el desarrollo de la transparencia como un principio básico que entiende la democracia como “la posibilidad”²¹⁵, y no como la necesidad²¹⁶.

En todo este proceso de (re)equilibrio del binomio “poder-control”, será clave el papel otorgado a la transparencia como una estrategia ligada al control efectivo del poder. Se trata de una tarea que deberá equilibrar la innovación que exige el contexto social del momento, con el debido cumplimiento de la normatividad constitucional²¹⁷. En este sentido, lo que aporta la transparencia a la luz de las nuevas exigencias, o incluso si se quiere, del principio democrático, es la ruptura de un modelo institucional que necesita reconstruirse bajo una nueva visión. En definitiva consiste en una reordenación de base para primero, entender la transparencia en su visión constitucional, y segundo vincularla como presupuesto imprescindible actual del principio democrático.

El valor que añade la transparencia en este punto es que articula el conflicto bajo el prisma de una nueva perspectiva actualizada, que trata de visibilizar un nuevo contorno del principio democrático. Para ello, la transparencia delata el papel esencial que la información, la opinión pública, la publicidad y la participación efectiva, adquieren hoy como presupuestos incondicionales del principio democrático. Y no es que estos elementos sean nuevos o no formaran ya parte de lo que se entiende por una sociedad

de canalizar los conflictos, cuando existe una limitación del pluralismo político, a causa del discurso económico con el que se está interpretando la crisis. En línea con este autor, véase también ELÍAS MÉNDEZ, C. “El marco institucional de la Unión Europea”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y ELÍAS MÉNDEZ, C. *El Derecho Constitucional Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 100. Vid. CORCHETE MARTÍN, M. J. “Nuevas experiencias de la democracia...”, cit., p. 255. Sobre las consecuencias negativas derivadas de que el Derecho no cumpla con su función y no sea capaz de resolver los conflictos se pronuncia en sentido crítico, Vid. ÁLVAREZ CONDE, E. “El Derecho Constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, nº 88, 2013, p. 99.

²¹⁵ Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, E. “La crisis económica y la dirección...”, cit., p. 435.

²¹⁶ Sobre el discurso político basado en una reducción del pluralismo en base a criterios de necesidad, y no de elección, en especial en el contexto de la crisis económica, pueden consultarse por su interés en la materia entre otros, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo...”, cit.. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 98, 2013. Por su parte, señala Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, E. “La crisis económica y la dirección...”, cit. p. 434, que “los términos esenciales en las democracias son voluntad popular y elección. En definitiva, el rechazo a que haya una única forma de articular la convivencia social, el rechazo tajante a que no haya alternativa política o económica. El concepto de necesidad es claramente vicario y queda supeditado al sometimiento a las decisiones que previamente han sido asumidas (es así un autosometimiento) o a los estados excepcionales. Una democracia sólo puede presentarse como tal cuando la elección constituye el concepto básico desde el que articular el sistema jurídico-político”. Vid. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “La crisis de la deuda soberana...”, cit.

²¹⁷ Es cierto que los procesos de adaptación constitucional nunca han sido tarea fácil, en tanto que toda innovación entronca con la lealtad que exige la normatividad constitucional. Sobre el principio de lealtad constitucional, puede verse en profundidad, TUR AUSINA, R. “Lealtad constitucional y democracia”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018, págs. 504 a 546.

democrática, sino que ahora estos elementos se han convertido en cuestiones claves para democratizar la sociedad tecnológica global de la información.

La conexión actual entre transparencia y democracia es cada vez más evidente y se hace expresiva con la idea del gobierno democrático como el “régimen del poder visible”²¹⁸. La democracia exige naturalmente que los poderes del Estado actúen en el marco de sus funciones constitucionales, pero además es requisito *sine qua non* que lo hagan bajo la mirada del ciudadano²¹⁹. Como se preguntaba STUART MILL, en un contexto sin publicidad, “¿cómo sería posible que los ciudadanos pudieran comprobar o alentar lo que no se les permitió ver?”²²⁰. Es por esto necesario que la sociedad esté informada sobre la actuación de los poderes del Estado (y no de cualquier forma). Se trata de es un contrapeso cívico básico para la realización de la opinión pública como presupuesto democrático²²¹.

Se ha visto así que sin un sistema abierto que permita el acceso a la información, siendo éste un elemento básico de la transparencia, no hay lugar para la formación de la opinión pública y, por tanto, tampoco para la discusión constructiva y el límite al poder que constituye el escrutinio. En estos términos, la efectividad de la democracia se ve consumida por una falseada libertad del individuo y una limitada participación pública. Nótese que, sin discusión no podemos hablar de conflicto, y esto es algo ciertamente preocupante que hace peligrar la efectividad del principio democrático²²².

Esto nos lleva necesariamente a profundizar en la relación que hoy día une transparencia y democracia. A tal efecto, considero necesario destacar una serie de factores determinantes de dicho nexos. Por eso, en lo que sigue me referiré a una serie de factores a los que he denominado endógenos y exógenos, que influyen en el significado tradicional

²¹⁸ Cfr. BOBBIO, N. *El futuro...*, cit., p.65.

²¹⁹ Como señalan WADHAM, J., HARRIS, K., y METCALFE, E. *Blackstone's guide to The Freedom of Information Act 2000*, fifth edition, Oxford University Press, Oxford, 2013, p.2, “democracy is the right of all to participate in government. Transparency of government is therefore essential in order that voters are able to assess whether the laws they help to make are working effectively, and to hold their elected representatives to account if they are not”.

²²⁰ Cfr. STUART MILL, J. *Considerations on Representative Government*, Prometheus Books, New York, 1991, p. 32.

²²¹ Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 19.

En la misma línea apunta Cfr. BIGLINO CAMPOS, P. “Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, p. 505, que “la transparencia puede resultar de utilidad a la hora de mejorar el control social que corresponde a la opinión pública”. Sobre la relación entre transparencia y democracia puede consultarse también SCHAUER, F. “Transparency in Three Dimensions”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2011, nº4, 2011, págs.1348 y ss.

²²² En este sentido se refiere Vid. AGUILAR CALAHORO, A. “El sujeto de derecho en la sociedad...”, cit., p. 466, al papel esencial del Derecho en cuanto mecanismo de resolución de conflictos. En particular el autor destaca cómo el conflicto ha permitido articular principios tan importantes como el democrático.

de la democracia y redundan en el fenómeno de la transparencia. Por factores endógenos se hace referencia a una serie de elementos que muestran la relación interna entre el principio de transparencia y la propia esencia del modelo democrático. De otro lado, los factores exógenos permiten observar la relación entre transparencia y democracia en base a una serie de circunstancias que, sin ser intrínsecamente propias de la democracia, están produciendo o incluso han producido ya con carácter externo a aquella, un cambio de paradigma en la relación entre el Estado y la sociedad.

3.1. Factores endógenos

Dentro de los factores endógenos que reflejan la relación interna entre transparencia y democracia, habría que distinguir a su vez entre originales y derivados.

3.1.1. Factores endógenos originales. Vinculación entre el principio de transparencia y la democracia representativa

Con tales factores quiero hacer alusión a la relación que existe entre transparencia y la propia esencia del modelo democrático. Como es sabido, la legitimidad de origen de la democracia representativa descansa en torno a dos pilares esenciales, el Parlamento y los partidos políticos. Por un lado, el Parlamento como órgano representativo que da voz a la ciudadanía en su conjunto y expresa la voluntad general. Por otro, los partidos políticos como actores constitucionalmente relevantes e intermediadores que transforman el pluralismo social en decisiones políticas manifestadas en el Parlamento y ejecutadas por el Gobierno²²³. Ambos, Parlamento y Gobierno ganan la calificación legítima de su actuación a través del momento electoral, representado por la decisión de la mayoría como expresión del pluralismo.

Ahora bien, esta construcción de legitimación democrática de origen, no es imperecedera. A la legitimidad de origen atribuida por defecto a toda democracia, debe seguirle una legitimidad constante en su ejercicio²²⁴. De otro modo, se debilitaría la legitimidad originaria del modelo representativo. De hecho, esta debilidad se ha expresado en los

²²³ Vid. TUDELA ARANDA, J. “La democracia contemporánea...” cit., p. 127; Sobre el papel esencial de los partidos políticos en el ámbito parlamentario, consúltese entre otros, SÁNCHEZ MUÑOZ, O. “Los partidos y la actual crisis de representatividad del Parlamento” en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 329.

²²⁴Vid. BIGLINO CAMPOS, P. “Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio...” cit., p. 488. Vid. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...” cit., p. 95.

últimos años en la renovación de la confianza en la relación entre el Estado y los ciudadanos, dando como resultado una pérdida de legitimidad en el ejercicio del poder²²⁵.

En este punto es importante destacar que la búsqueda incansable por satisfacer los intereses generales debe ser una máxima, ya que coincidiendo con la opinión de KESSLER, “la democracia representativa es preferida por los ciudadanos si y sólo si los beneficios comunes derivados de la toma de decisiones políticas informadas superan la pérdida de control asociado a la delegación”²²⁶. En este caso, cuando el ciudadano cede la materialización de su soberanía a favor de los representantes y estos dejan de atender los intereses generales con la lealtad y responsabilidad exigible, se produce una descompensación entre costes/beneficios para la ciudadanía.

La experiencia, en efecto, ha terminado mostrando ese desequilibrio, y lo ha hecho sobre dos pilares: una pérdida de representatividad²²⁷ y un consecuente incremento de desafección y deslegitimación del poder²²⁸. En el clamor de una situación como ésta han renacido debates sobre la adecuación de las fórmulas democráticas al contexto, expresadas en el binomio representación-participación directa. Así las cosas, parece que la situación actual ha llevado a que el protagonismo ya no se centre en los problemas “aristocráticos” del modelo representativo, sino en crear nuevas fórmulas y espacios constitucionales que permitan al individuo hacerse con voz y parte en la cosa pública²²⁹.

En este sentido, la concepción tradicional de la democracia representativa está reflejándose insuficiente para articular el diálogo entre representantes y representados. Como respuesta, se atribuye un papel esencial al principio de transparencia en cuanto

²²⁵ En este sentido vincula la crisis de representatividad con la actuación llevada a cabo por los partidos políticos, Vid. RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa”, *Revista de Derecho Político*, nº 90, 2014, págs. 181 y 182.

²²⁶ Cfr. KESSLER, A. S. “Representative versus direct democracy: The role of informational asymmetries Public Choice”, *Public Choice*, vol. 122, nº 1, 2005, p. 10.

²²⁷ Sobre la crisis de democracia representativa se pronuncia en profundidad, RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “¿Más participación igual a mejor democracia...”, cit., p. 190 y ss.

²²⁸ Esa deslegitimación puede entenderse mejor con la definición antitética de lo que se entiende por legitimación. A tal respecto, Cfr. MARTIN LIPSET, S. “Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy”, *The American Political Science Review*, vol. 53, nº 1, 1959, p. 86, señala que “la legitimación envuelve la capacidad del sistema político para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas o correctas para la sociedad”.

²²⁹ Cfr. DE MIGUEL BÁRCENA, J. “Las transformaciones de la democracia contemporánea y el pensamiento de Manuel García-Pelayo”, *Revista de Derecho Político*, nº 75-76, 2009, págs. 93 y 94. Cosa distinta es que ese espacio de participación hoy haya quedado algo estrecho y deban discutirse nuevas formas participativas y deliberativas, que permitan la intervención cotidiana del ciudadano en los asuntos públicos. Sobre los insuficientes mecanismos de participación previstos en la Constitución se pronuncia entre otros, TUDELA ARANDA, J. “La democracia contemporánea...”, cit., p. 131.

mecanismo de rendición de cuentas que permite acercar los asuntos públicos a la ciudadanía, revitalizando su posición frente al poder²³⁰.

Ahora bien, este nuevo acuerdo social no debe entenderse en términos absolutos de cambio del sistema de gobierno representativo por uno de democracia directa²³¹. La clave radica más bien en adquirir criterios prácticos de oportunidad que permitan mejorar las debilidades del modelo representativo, para ganar legitimidad no sólo política, sino constitucional²³². A tal fin será necesario cambiar la tradicional configuración que colocaba a los partidos como máximos protagonistas del sistema representativo, para resintonizar con la ciudadanía, dando un espacio propio a ésta.

No en vano, los esfuerzos deberán tener presentes: 1) la capacidad de articular fórmulas participativas presididas por la deliberación con los ciudadanos, que complementen lo apuntado ya por el marco constitucional²³³; 2) la necesaria evolución en la relación Estado-ciudadano sobre la idea de apertura y dación de cuentas en la gestión de los asuntos generales, en línea con la consolidación de la cultura de la transparencia.

En el ámbito parlamentario se ha sugerido una mejora de los mecanismos participativos, ya sea con carácter formal a través de las vías previstas (como preguntas ciudadanas, el ejercicio del derecho de petición, o la intervención de agentes sociales en un trámite de

²³⁰ Muy en línea con esta idea, ÁLVAREZ CONDE, E. “El Derecho Constitucional...”, cit., págs. 111 y 112, argumenta que la democracia representativa ya no parece responder a la sociedad de hoy, dado que la ciudadanía está sufriendo las consecuencias de la falta de comunicación y participación con el poder público. Apunta así el autor que es necesario construir “(...) un nuevo contrato social que se traduzca en la potenciación de la transparencia y la rendición de cuentas basada en la idea de una información veraz, continua y elaborada, el fomento de una ciudadanía activa e implicada de modo constante, y la articulación de un diálogo bidireccional, consciente y riguroso entre ambos actores”.

En el fondo subyace la necesidad de articular mecanismos que permitan salir de la crisis de Estado actual y, en este sentido, como ha señalado CASTELLS, M. *De la crisis económica a la crisis política. Una mirada crítica*, La Vanguardia, Barcelona, 2016, págs. 228 y 229, “reinventar la democracia sobre valores de participación, transparencia y rendición de cuentas al ciudadano”.

²³¹ Sobre este punto se pronuncia Cfr. CASTELLÀ ANDREU, J. M. “Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del parlamento a la sociedad”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013, p. 204, señalando que “la regeneración democrática no pasa por la substitución de la forma de estado constitucionalizada, la democracia representativa, por la democracia directa, sino sobre todo por la mejora de la democracia representativa”. En efecto, según señala TUDELA ARANDA, J. “Parlamento, ciudadanía y democracia representativa”, en ESCOBAR ROCA, G (Ed.) *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 489, “lo cierto es que prácticamente nadie ha planteado su substitución de forma radical. Y es que aunque puedan existir formas de expresión política complementarias a las que se apoyan en la técnica de la representación, ésta parece seguir siendo imprescindible, al menos tal y como hoy se entiende la democracia.

²³² Vid. DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación...”, cit., p. 269.

²³³ En tal sentido se pronuncia, Vid. ÁLVAREZ CONDE, E. “El Derecho Constitucional...”, cit., p. 112. Sobre la democracia deliberativa véase entre otros, TRETTEL, M. “The politics of deliberative democracy. A comparative survey of the “law in action” of citizen participation”, *Revista de Derecho Político*, nº 94, 2015, p. 89 y ss.

audiencia en el procedimiento legislativo), o con carácter no formal a través del uso de las TIC (mediante encuestas, foros, blogs o redes sociales entre otros)²³⁴.

Este agregado participativo-deliberativo en la versión de la sociedad tecnológica de la información perfila la adecuación de la democracia representativa²³⁵. Bajo tal consideración será posible predicar un modelo democrático mejorado, que prima el refuerzo de la posición de la ciudadanía²³⁶. Esto es, que destaca la visión de la democracia desde una perspectiva de implicación de la ciudadanía en las políticas y en la toma de decisiones a través del conocimiento, sobre la base de que “cuanto más funcione la democracia participativa, más efectiva será la democracia representativa”²³⁷.

A fin de mejorar en esta visión, ha de valorarse positivamente el papel que están desarrollando organizaciones como Transparencia Internacional, Acces info Europe, Acredita y con carácter general, Coalición ProAcceso, para sacar a la luz cuestiones que

²³⁴ Vid. PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia...”, p. 27. Conviene señalar en línea con lo apuntado por TRETTEL, M. “The politics of deliberative democracy...”, cit., 96, que “las prácticas deliberativas pueden encajar en los procesos de elaboración de leyes, armonizándolas con el principio de representación, ya sea en la composición del poder legislativo o en su proceso de formación. Por consiguiente, la participación de los distintos componentes de la sociedad en la formulación de políticas se vería cristalizado en los modelos de representación tradicional, adaptando escenarios deliberativos a la arquitectura institucional de los organismos representativos”. En la misma línea se pronuncia, Cfr. SÁNCHEZ MUÑOZ, O. “Los partidos y la actual crisis...”, cit. p. 344, que siguiendo a PRESNO LINERA, considera que habría que “reivindicar la participación ciudadana en las distintas fases del procedimiento legislativo como concreción de la democracia deliberativa y como medio para combatir la fatiga del parlamentarismo de la que hablara en su día Kelsen”.

²³⁵ Y lo hace en palabras de RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “La participación como respuesta...”, cit., p. 189, respetando “el núcleo esencialmente representativo del sistema democrático actual”.

²³⁶ En esta línea, desarrolla en profundidad la idea de la democracia participativa como complemento añadido del sistema representativo, que refuerza la posición del ciudadano, Vid. RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “La participación como respuesta...”, cit., p. 186 y ss.

Respecto a la idea de democracia deliberativa apuntada, dispone Cfr. DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación...”, cit. p.269, que “la democracia deliberativa es un modelo ideal, un desiderátum, que sin embargo puede servir como referencia importante para implantar cambios sociales y culturales, los cuales requerirán sobre todo una mejor educación ciudadana que conducirá a sociedades más capacitadas y activas, capaces de adoptar decisiones (ya sea por vía directa o representativa) con mucha mayor información y con criterios muchos más fundados”.

Se pronuncia a favor del modelo de democracia deliberativa, TERUEL LOZANO, G. M. “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, nº 9, 2016, págs., 228 y 229, al afirmar que “apuesto por una democracia más deliberativa, y en ese mismo sentido, mas participativa dentro de un modelo representativo enriquecido”.

En el mismo sentido, expresan la compatibilidad de fórmulas de participación directa con el modelo representativo, Vid. SOMMERMAN, K-P. “Citizen participation in multi-level democracies: an introduction”, en FRAENKEL-HAEBERLE, C., (et al.) *Citizen participation in multi-level democracies*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2015, p. 11; Vid. TRETTEL, M. “The politics of deliberative democracy...”, cit., p. 89. Puede consultarse una sucinta referencia a las posibles críticas del modelo de democracia participativa en RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “¿Más participación igual a mejor democracia...”, cit., p. 197 y ss.

²³⁷ Cfr. CASTELLS, M. *De la crisis económica a la...*, cit., págs. 131 y 132.

siguen siendo problemáticas. Las iniciativas de tales organizaciones²³⁸ no sólo aportan datos objetivos sino que sirven de verdadero espejo y hoja de ruta para que las instituciones sepan en qué deben seguir trabajando y mejorando.

El trazo de estas líneas debe servir para entender, en lo que aquí interesa, el motivo de fondo por el que los estados han sido indiferentes en materia de transparencia. La respuesta radica esencialmente en torno al control del poder. Mientras en el modelo tradicional de democracia representativa, el Parlamento es el único legitimado para controlar, en uno participativo la ciudadanía también actúa como controladora²³⁹.

La transparencia se incrusta en el seno de la visión moderna de la democracia participativa en el sentido expuesto. Como ha podido desarrollarse en otras partes del trabajo, los atributos básicos de la transparencia son la publicidad y la simplicidad y, junto a ellas, la participación efectiva. Esta concepción renovada de la democracia se apoya, como vía principal del cambio, en el impulso que le da la transparencia. La transparencia potencia la interlocución entre las instituciones y los individuos, dando protagonismo a los ciudadanos para influir en la toma de decisiones y someter el poder a escrutinio. Esto mejora la calidad democrática elevando la legitimación y confianza en las instituciones.

Así pues, sin perjuicio de fórmulas de democracia, lo que interesa es ligar la construcción de esta concepción de la democracia con la transparencia, entendida como herramienta que da protagonismo legítimo a la ciudadanía. Es una obviedad recordar que la propia Constitución sitúa a la ciudadanía en el epicentro constitucional, al conferirle la titularidad de la soberanía. No se trata de una cuestión baladí. Ese protagonismo, no siempre resaltado ni tenido en cuenta, impele una determinada configuración de la democracia. Así las cosas, lleva a que los representantes políticos libremente elegidos en un sistema basado en el pluralismo político, cuenten con la legitimidad originaria que brinda el voto de los ciudadanos para llevar a cabo la acción del gobierno, sin olvidar la dación de

²³⁸ Entre las que destacan: el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), el Barómetro Global de Corrupción emitidos por Transparencia Internacional con carácter anual; el Índice de Fuentes de Soborno (en el ámbito empresarial), el Informe Global sobre la Corrupción, los índices de transparencia en diversas instituciones públicas como Ayuntamientos (ITA), gestión del Agua (INTRAG), Comunidades Autónomas (INCAU), Diputaciones (INDIP) y Parlamentos (IPAR), que elabora Transparencia Internacional con la finalidad de evaluar el grado de transparencia de las instituciones públicas y poner de manifiesto los déficits existentes al respecto; y, elaborado también por Transparencia Internacional, destacan la Evaluación de Partidos Políticos, donde se mide el nivel de transparencia de los mismos y el estudio sobre Una Evaluación del lobby en España: Análisis y propuestas. Destaca también entre otros, el Barómetro de la Transparencia de España (BTE) elaborado por Acredita, como estudio de opinión que recoge la visión ciudadana en materias relacionadas con la transparencia.

²³⁹ En tal sentido, Vid. RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros...cit.*, p. 202.

cuentas que lleva implícita la constante legitimidad que deberán ganar en el ejercicio de su función. Por su parte, el poder legislativo también adquiere su legitimación constitucional al llevar a cabo la representación y expresión del pluralismo social, acogiendo en su seno tanto a la mayoría como a la minoría parlamentaria.

Dado el papel fundamental de la ciudadanía en el sentido expuesto, habrá de valorarse a continuación cuál es su posición actual. Dado el carácter normativo de nuestra Constitución, resulta evidente que cuando el art. 1.1 CE señala que “la soberanía nacional reside en el pueblo”, no estamos frente a una mera declaración de intenciones. El valor de la CE como norma suprema, se traslada también al caso presente situando al ciudadano en el eje vertebral del proceso de legitimación de los poderes del Estado. Y por eso, resulta imprescindible garantizar su intervención en los asuntos públicos a través de la formación libre e informada conforme a criterios de claridad, apertura y sencillez.

A los efectos democráticos, la ciudadanía debe situarse como punto de encuentro entre los poderes del Estado y no como elemento de discordia. Nótese que el equilibrio y la perdurabilidad de toda democracia exige “actuar con luz y taquígrafos”²⁴⁰, no a puerta cerrada y de espaldas a la ciudadanía en la toma de decisiones.

Es aquí donde entra en juego la mencionada vinculación endógena originaria representada por la idea de que la democracia sin transparencia es en realidad una democracia formal con vestiduras. El peligro que aquí subyace es que pudiera parecer que nos encontramos frente a un sistema funcional democráticamente, en el que tanto el poder público como la ciudadanía interactúan en atribución del papel que le es propio, cuando en realidad esa interacción está descompensada en perjuicio de la ciudadanía. La particularidad recae en que sin transparencia, la condición del ciudadano como sujeto político se desvirtúa.

Una participación ejercida sin pleno conocimiento no es auténtica participación porque no es libre²⁴¹. Lo contrario sencillamente no corresponde con la finalidad del art. 9.2 CE y falsea la relación entre gobernantes y ciudadanía²⁴². De ahí que se afirme que, “en una

²⁴⁰ Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., p. 48.

²⁴¹ como señala TAJADURA TEJADA, J. “Estado y derechos fundamentales: reflexiones en el cuadragésimo aniversario de la Constitución de 1978”, *Lex Social*, vol. 9, nº 1, 2019, p. 71, “el Estado Constitucional de Derecho entendido como Estado material –y no meramente formal– de Derecho es aquel en el que la libertad está jurídicamente garantizada”.

²⁴² Tal como señala FENSTER, M. “The opacity of Transparency”, *Iowa Law Review*, vol. 91, nº 3, 2006, p. 895. La cita más utilizada en la doctrina americana sobre esta cuestión es la expresión de JAMES MADISON contenida en una carta de 1821 donde se señalaba que “[a] popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps both”. En el mismo sentido, LIMA DE ARRUDA, C. S. “Direito à informação: requisito do devido

democracia electiva, solo puede considerarse democracia de calidad aquella que se asienta sobre la elección ilustrada”²⁴³.

Sólo el conocimiento hace libre al ciudadano, por eso la participación (democrática) exige participantes informados²⁴⁴. En otro caso, podrán tenerse las mejores vestiduras pero no la mejor versión de la democracia, pues el poder no gozará de legitimación²⁴⁵. En esta última visión, el riesgo para la construcción constitucional es evidente, y lo que aporta aquí la transparencia es precisamente la desnudez. Quita tales vestiduras al poder para traer luz, y ahí sí que la ciudadanía puede decidir y participar en libertad del espacio que por derecho le brinda la Constitución.

En la sutil línea que separa participación vs. participación efectiva es donde la transparencia se coloca como presupuesto democrático, garantizando la decisión informada de los ciudadanos y su efectiva participación²⁴⁶. Es precisamente ese agregado el que “(...) produce una sinergia que se traduce en la mejora de la productividad y de la convivencia en la sociedad sobre la que se proyectan dichas decisiones”²⁴⁷.

Llegados a este punto, puede afirmarse que la transparencia está en los cimientos de la calidad democrática estatal y se vincula con la legitimación del poder²⁴⁸ al permitir “un diálogo ilustrado entre ciudadanos libres e iguales (...)”²⁴⁹ y el poder. Esta perspectiva comunicativa de la transparencia constituye hoy una herramienta clave para consolidar la idea de “democracia abierta”²⁵⁰, entendida como democracia basada en presupuestos más participativos e inclusivos con la ciudadanía.

processo legal em um Estado democrático de Direito”, *Páginas a&b: arquivos e bibliotecas*, 3ª série, nº 6, 2016, p. 35.

²⁴³ POMED SÁNCHEZ, L. “Un lector errático reflexiona...”, cit., p. 161. El autor se pronuncia sobre esta misma idea en POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia...”, cit., p. 210. También habría que citar a ROSANVALLON. Vid. BLANES CLIMENT, M. A. “Sin transparencia no hay democracia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 8, 2014, p. 153. Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 44.

²⁴⁴ Vid. STIGLITZ, J. E. “On liberty, the right to know...”, cit., p. 125, señala que “meaningful participation in democratic processes requires informed participants”.

²⁴⁵ Vid. LIMA DE ARRUDA, C. S. “Direito à informação...” cit., p. 35.

²⁴⁶ Tan es así, que Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Un lector errático reflexiona...”, cit., p.165, apunta que “sin transparencia no cabe imaginar siquiera el disfrute real y efectivo de los derechos fundamentales, en particular de los derechos de participación política”. Sobre la transparencia y la participación véase en tal sentido, Vid. BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia...”, cit., p. 140.

²⁴⁷ ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., págs. 47 y 48.

²⁴⁸ En tal sentido, Vid. BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia...”, cit., p. 128.

²⁴⁹ Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Un lector errático reflexiona...”, cit., p. 163.

²⁵⁰ Cfr. GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector...”, cit., p. 250.

Además, ostenta un papel regenerativo y legitimador del poder respecto del crítico contexto político vivido en los últimos años, pues el enfoque con el que se ha operado hasta ahora en nuestro modelo institucional denota debilidades que han afectado a nuestra arquitectura constitucional. En este sentido, habrá que cultivar elementos regenerativos que aporten luz y seguridad en el camino a seguir por y para nuestro porvenir democrático.

3.1.2. Factores endógenos derivados. La transparencia como pilar evolutivo del principio democrático en el contexto global

Con esta categoría se hace referencia a aquellas circunstancias que han marcado el sentido y contenido del principio democrático (carácter endógeno), en función del momento histórico, social y político imperante en cada momento (derivados).

De nuevo resulta aquí necesaria la mención al carácter normativo de la Constitución. Anteriormente, se ha hecho referencia a la normatividad constitucional como garantía de su propio contenido, que viene asegurada en buena parte a través de la rigidez constitucional. Se abre aquí un importante juego de equilibrio entre ese carácter rígido y la necesidad de adaptar la CE a las nuevas realidades sociales²⁵¹.

Tan importante es que se respete la letra del texto constitucional como que se permita inferir de ella una textura abierta a favor de la interpretación evolutiva del principio democrático y el Estado de Derecho. Por eso, el hecho de que la transparencia no haya tenido una influencia constitucional *per se* significativa durante los primeros treinta años de democracia, no impide que hoy sea un elemento estratégico del constitucionalismo actual, fruto de las circunstancias del momento.

Lo mismo sucede con el concepto del principio democrático que ha ido adaptándose a los avatares propios de cada momento. En efecto, es notable como el propio concepto de

²⁵¹ Esto es, se trata de conjugar la capacidad de adaptar una naturaleza constitucional intrínsecamente rígida, con un espíritu necesariamente abierto al cambio. En palabras de Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La evolución del constitucionalismo en España: de la polarización a la integración”, *THEMIS, Revista de Derecho*, nº 14, 1989, p. 46, nuestra Constitución “no puede considerarse como un texto petrificador, sino, bien al contrario, como el imprescindible elemento dinamizador de la sociedad”. Por su parte, BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento...*, cit., págs. 18 y 19, destaca que la normatividad constitucional debe ser capaz de “canalizar jurídicamente la interacción Estado-sociedad, actuar como mecanismo regulador de la dinámica social, que no solo limita sino que también promueve la actividad de los poderes públicos”. Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 18.

democracia ha ido evolucionando a la par que lo ha hecho el constitucionalismo²⁵². En este sentido, el principio democrático ha estado marcado principalmente por tres momentos concretos del constitucionalismo.

La primera fase del constitucionalismo se antepone a las constituciones normativas²⁵³ y en ella impera un sentido clásico del concepto de democracia, articulado sobre la idea de un único pueblo soberano y de mayoría parlamentaria. Esto es, en esta primera fase la mayoría parlamentaria se eleva como protagonista del concepto democrático, al entenderse como sinónimo del conjunto social. Es decir, predomina la ficción de que el

²⁵² En efecto, en este mismo sentido señala GOMES CANOTILHO, J. J. “El principio democrático. Entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009, p. 52, que “el problema de la democracia no puede disociarse de la transformación del Estado”.

²⁵³ Es importante tener en cuenta que bajo los presupuestos del Estado liberal, existía una concepción de sujeción del poder legislativo y judicial a reglas de publicidad en su actuación. Sin embargo, para trasladar esta idea al poder ejecutivo habría que esperar, ya que bajo el pensamiento liberal el ejecutivo no tenía por qué someterse a publicidad en su actuación, porque bastaba su mero sometimiento a la legalidad. Sobre este punto pueden verse entre otros, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, cit., p. 215. Vid. SÁNCHEZ FERRO, S. “Libertades informativas y poder ejecutivo: secretos oficiales”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 1019.

La tardanza en ajustar la actuación del poder ejecutivo a reglas de publicidad, hundía sus raíces en una larga tradición en la forma de gobernar basada en los *arcana imperii* o secretos de Estado, propia del Antiguo Régimen. Puede verse en perspectiva evolutiva, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, págs. 352 y ss. Siguiendo en este punto a REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013, p. 194, se entendía entonces que “el arte de gobernar comprendía los llamados *arcana imperii*, secretos de Estado (el secreto es uno de los lenguajes del poder: los arcanos eran aquel catálogo de prácticas secretas que habían de garantizar el dominio del gobernante sobre el pueblo menor de edad) (...)”. En este sentido, Vid. CASTELLS ARTECHE, J. M. “El marco actual del derecho de acceso a la documentación administrativa”, *Revista catalana d'Arxivística*, nº 3, 1991, p. 31, ha destacado la actitud paternalista del Estado que se niega a trasladar el interior de su funcionamiento a los ciudadanos, considerados menores de edad.

El arraigo de esa idea, aún bajo presupuestos democráticos, se ha dejado entrever más actualmente en una concepción burocrática de verticalidad en la actuación del poder ejecutivo, sobre la idea de que la efectividad de la acción pública debe estar libre de control. Así, entre otros, Vid. RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J. “El buen gobierno y la buena administración en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J., y SENDÍN GARCÍA, M. A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014, p. 6. Esta premisa ha acentuado la idea de apropiación estatal de la información, como si ésta, en palabras de DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. “Introducción...”, cit., págs. 36 y 37, fuese “un activo valioso que solo les pertenece a ellos [Gobierno y las Administraciones en España]”.

Por otro lado, puede atribuirse la reticencia del poder ejecutivo por salir de la cultura del secreto por parte a la posición destacada, (y quizás sobredimensionada) que se le ha dado sobre el resto de poderes del Estado, debido a la tendencia capitalista y la progresiva visión económica del modelo social. En este discurso utilitarista económico resurgen intereses por tomar las decisiones a puerta cerrada. Así, eliminado el “problema” de la transparencia, en tanto herramienta de control y escrutinio, se elimina también el conflicto en un marco plural donde el ciudadano pueda intervenir en aquellos asuntos donde existan intereses públicos o comunes de por medio. Sobre la preeminencia del poder ejecutivo en el sentido expuesto, profundiza Vid. AGUILAR CALAHORRO, A. “La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 20, 2013, p. 78.

pueblo soberano es único y homogéneo y, por tanto, queda unido por intereses comunes para constituirse en una comunidad política²⁵⁴.

Bajo esta perspectiva, la minoría política queda sobreentendida y consumida en el paraguas de la “voluntad general”. El problema que acarrea esta concepción es que no existe un límite al ejercicio soberano del poder, en tanto se produce una concentración absoluta de los intereses generales en los intereses de la mayoría²⁵⁵. Dicha equivalencia entre minoría y mayoría resulta claramente irreal y artificiosa al entender el concepto pueblo como único, y la voluntad de la mayoría como equivalente a la del pueblo en su conjunto.

Sin embargo, esta ficción basada en la homogeneización del pueblo rompe con la apreciación del conflicto y la contradicción de intereses como elementos ricos e inherentes a la democracia constitucional. Así pues, a partir de las constituciones normativas tras la II Guerra Mundial²⁵⁶, el constitucionalismo democrático evolucionará en torno a la necesidad de articular reglas para controlar el poder²⁵⁷. Es a partir de entonces cuando se desarrolla una nueva concepción de la democracia basada en el pluralismo, en aras a la protección de las minorías²⁵⁸. Se identifica aquí una segunda fase del principio democrático presidido por un proceso común de racionalización y limitación del poder, a través del reconocimiento de la sociedad como diversa, conflictual y plural. El pueblo no es un todo homogéneo sino un conjunto social que abarca y respeta la diversidad de sus colectivos²⁵⁹.

²⁵⁴ En este sentido, señala Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978”, *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988, p. 104, que “Hablar de soberanía del pueblo es en cierto modo hablar de una ficción teórica: atribuir un poder ilimitado e indivisible a un cuerpo que no existe como tal, porque es la agregación de una multiplicidad de intereses. Es por ello que la soberanía sólo puede existir en el momento previo a la adopción del ordenamiento constitucional: sólo puede existir en el momento en que esa multiplicidad de intereses e ideologías establece de común acuerdo sus futuras reglas de convivencia (...)”.

²⁵⁵ Vid. MONTILLA MARTOS, J. A. *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002, p. 87.

²⁵⁶ Sobre la redefinición de la Constitución como límite al poder a partir de las circunstancias históricas acaecidas tras la II guerra mundial, véase, FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (7ª ed.), Trotta, Madrid, 2010, págs. 67 y ss.

²⁵⁷ Se refiere a este cambio de paradigma constitucional desde una perspectiva social, HERRERA, C. M. “Los derechos sociales y los fundamentos del constitucionalismo democrático”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I., y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J (Eds.) *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Comares, Granada, 2014, págs. 95 y ss.

²⁵⁸ Véanse en tal sentido, por todos, Vid. FRIEDRICH, C. H. *Constitutional Government and Democracy*, tomo I, en la versión en castellano, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p.51. MONTILLA MARTOS, J. A. *Minoría política...*, cit., págs. 82 y 83.

²⁵⁹ Esta cuestión se explica por Cfr. HÄBERLE, P. “La sociedad abierta de los interpretes...”, cit., p. 49, al señalar que en contra del “entendimiento “rousseauiano” de soberanía popular, que concibe al pueblo

Este proceso encuentra un impulso a nivel internacional, a través de la cooperación entre Estados para la efectiva protección de los derechos, que tendrá reflejo en la creación de la ONU en 1945, así como en la aprobación de la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948. No obstante, la culminación definitiva de este proceso democrático, ligado a la efectiva protección de los derechos fundamentales a nivel nacional, adquiere virtualidad con la proclamación de las primeras constituciones normativas. En definitiva, el salto a favor de la concepción democrática pluralista radica en el reconocimiento del conflicto social como inherente a su propia esencia y naturaleza²⁶⁰.

Un común denominador que surge de la conquista de las constituciones normativas es el paso del Estado Legal –donde existe un imperio absoluto de la ley, constituyéndose como la norma suprema–, al Estado constitucional de Derecho donde la norma suprema del ordenamiento es la Constitución, situada en el vértice piramidal al que la ley quedará sometida. Sin pretensión de profundizar en la evolución del sistema de fuentes²⁶¹, sirva esto para reconocer en esencia que la supremacía constitucional vincula al legislador, quedando por tanto sometido al control de constitucionalidad del TC²⁶². De tal modo, éste se reserva a su favor “la función de garantía de los derechos de los individuos y de los grupos en que se integran, fundamentalmente frente al legislador”²⁶³.

como un absoluto y semejante a Dios. (...) No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el “imperio de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauniano. No hay regreso a Rousseau. “La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular”.²⁶⁰ En este sentido, y con el fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, sirve de ejemplo la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1945, que reconoce expresamente la aplicabilidad inmediata y el carácter vinculante de los derechos fundamentales para el poder legislativo, ejecutivo y judicial. Junto con ésta, destaca también como precursora en lo relativo a su carácter normativo, la Constitución de la república italiana promulgada en 1947, en vigor desde 1948.

²⁶¹ Para un análisis profundo sobre la evolución del sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional español, véase BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.

²⁶² Respecto a Alemania, con la Ley Fundamental de Bonn, apunta Cfr. POLAKIEWICZ, J. “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 81, 1993, p. 40, que “ya en tiempos anteriores se había reconocido que los ámbitos de la Administración y Jurisdicción debían estar sujetos a los derechos fundamentales. La innovación decisiva del artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental resulta ser la ampliación del efecto vinculante a la legislación. El legislador no debe sancionar ninguna ley que contradiga los derechos fundamentales. En el momento que el poder legislativo desobedece este precepto, actúa inconstitucionalmente (artículo 20, párrafo 3, Ley Fundamental); leyes inconstitucionales pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional Federal (véase § 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Por otro lado, la mayoría de los derechos fundamentales están dotados de una reserva de ley, (...)”.

²⁶³ Cfr. MONTILLA MARTOS, J. A. *Minoría política...*, cit., p. 94. Esta idea del autor se complementa con lo dicho por GAMBINO, S. “Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo”, traducido por FALBO, A., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 28, 2017, p. 134, cuando apunta que “en el principio de supremacía de la Constitución se refleja

En lo que aquí interesa, lo expuesto anteriormente está relacionado con la evolución que en esta etapa vive el principio democrático. El hecho de que la Constitución vincule al legislador con la Constitución normativa, hace que se le desapodere de un marco de acción ilimitada del que gozaba bajo los presupuestos del Estado legal anterior. En este sentido, se produce un ajuste en el equilibrio de los poderes del Estado²⁶⁴, que llama la atención sobre la importancia del conflicto, el pluralismo y el respeto a las minorías como notas esenciales del constitucionalismo democrático.

Por eso, el contorno predominante que adquiere la democracia se vincula inexorablemente con el respeto a los derechos de las minorías. Ya no vale sólo el gobierno de la mayoría parlamentaria entendida como “la voluntad general”²⁶⁵, sino que necesariamente se imponen límites constitucionales al ejercicio del poder, representados por el respeto al pluralismo y a los derechos de las minorías²⁶⁶. Se dirá entonces que la sociedad, como poder constituido, no responde a un conjunto guiado por intereses y valores iguales, sino que al contrario se constituye sobre la idea de pluralismo y conflicto²⁶⁷.

La razón que descansa en esta visión de la democracia no es otra que la de garantizar una convivencia social adecuada, limitando el poder de la mayoría, con el fin último de que la preterición de la minoría no termine en dictadura²⁶⁸. En este orden de cosas, destaca un carácter integrador marcado por el reconocimiento del pluralismo político como valor superior del ordenamiento, art. 1.1 CE²⁶⁹.

la histórica exigencia de no dejar el sistema de protección de los derechos y libertades a la mera protección del principio de legalidad y de hacer de la misma un instrumento de garantía, de dirección, de protección y de promoción”.

²⁶⁴ En este sentido, Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. I. Principios...*, cit., págs. 25 a 27.

²⁶⁵ Cfr. MONTILLA MARTOS, J. A. *Minoría política...*, cit., p. 85.

²⁶⁶ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento...*, cit., p. 32

²⁶⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento...*, cit., págs. 32 y 33.

Como se ha visto, el cambio de concepción se introduce de forma sustantiva a través de la constitución normativa. Pues ésta actúa como mediadora, transformando en palabras de BALAGUER CALLEJÓN, F. “Soberanía popular y democracia...”, cit., p. 107, el “poder soberano del pueblo (poder único, indivisible, extraconstitucional, no reglado, ni estructurado y absoluto) en poder dividido, estructurado, reglado, democrático y constitucional”.

²⁶⁸ En este sentido se pronuncia, Vid. MONTILLA MARTOS, J. A. *Minoría política...*, cit., p. 86.

²⁶⁹ Señala en tal sentido Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La evolución del constitucionalismo...”, cit., p. 45, que “Nuestro tiempo se caracteriza por una acentuada tendencia pluralista, no sólo de la sociedad sino también del Estado, y asimismo, por la consideración del “pluralismo” como un valor político y un componente necesario, ineludible, para la democracia (nuestra propia norma suprema considera el “pluralismo político” como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico). Sin embargo, una unilateral extensión del pluralismo podría conducir a un proceso acumulativo de atomización o factorialización y, en caso límite, a la destrucción misma de la estructura o sistema de la que forman parte

Mencionadas las dos fases iniciales que han marcado la evolución del principio democrático, se advierte hoy día la llegada de una tercera etapa que apunta a su consolidación actual. En mi opinión, actualmente asistimos a un proceso constructivista del principio democrático, tendencialmente dirigido a cohesionar la transparencia como elemento clave de la democracia actual. Estaríamos pues ante la tercera fase o acepción del principio democrático, donde la transparencia se inserta en un contexto claramente determinado por el paradigma global de la sociedad de la información y la comunicación²⁷⁰.

No en vano, debe recordarse que los elementos ya destacados del concepto de democracia vinieron determinados por las circunstancias a las que se enfrentaba el constitucionalismo del momento. Ahora, por lo que respecta al tercer elemento definitorio del principio democrático, sucede algo similar. La exigencia de la transparencia como nuevo elemento protagonista de la democracia representa la lucha por superar los desafíos de la globalización y la sociedad de la información, a los que se enfrenta el constitucionalismo de nuestro tiempo. Estos factores contextuales son claves para advertir que, quizás, la conquista de la democracia pluralista resulta hoy insuficiente, teniendo que dar un paso más en la consideración de la transparencia como elemento definitorio del principio democrático. Por eso se afirma que, “si en el pasado se impulsó el principio de publicidad, como fundamental en la democracia representativa, hoy la sociedad demanda un plus respecto al mismo”²⁷¹.

Por lo que respecta a la globalización, cabe señalar un preocupante proceso de deslegitimación que, paradójicamente hoy sufre la conquista pluralista. La nueva concepción del mundo apunta hacia un retroceso en la articulación de la democracia pluralista que está viéndose afectada por una falta de transparencia en la toma de decisiones en el contexto global.

La sociedad global posmoderna resulta profundamente porosa e indefinida, determinada por una “modernidad líquida”²⁷², término expresivo que sirve para situar la existencia del

los componentes pluralistas. Esta posibilidad sólo puede ser neutralizada por la presencia de la "integración", concepto caracterizado, precisamente, por la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad”.

²⁷⁰ Se muestra a favor de esta postura, Vid. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., p. 52.

²⁷¹ Cfr. PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia...”, p. 27

²⁷² Concepto utilizado por el autor y que da título a su libro, BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

mundo actual en torno al protagonismo de tiempos rápidos, espacios difusos, poderes diluidos y agentes desconocidos. Así las cosas, encontramos un fuerte hilo económico determinante de la actual “sociedad de mercado”²⁷³ que, ligado al carácter instantáneo de la sociedad de la información, está alterando el orden de valores constitucionales a través de poderes aconstitucionales desconocidos²⁷⁴.

La interacción cada vez mayor entre poderes públicos y privados genera graves conflictos de intereses en la toma de decisiones que, como ha señalado FERRAJOLI, refleja la interdependencia cada vez más fuerte entre el dinero, la información y la política en cuestiones como la corrupción, el lobby o la propia actuación de los medios de comunicación²⁷⁵. No obstante, la relación entre información y globalización será tratada con mayor profundidad en el análisis de los factores exógenos.

En todo este proceso, el poder estatal ha saltado en parte a la maquinaria global, dispersándose al unísono de los señalados agentes económicos privados. Así pues, parte del poder estatal que se traslada a ese espacio deja de ser controlado por las reglas de juego democráticas estatales, para luego regresar a su lugar de origen, aunque ahora condicionado por factores ajenos que ya no controla²⁷⁶. En todo esto, el principio democrático resulta gravemente afectado porque en esa fragmentación del poder escapa

²⁷³ Expresión utilizada por Cfr. MERCADO PACHECO, P. “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 9, 2005, p. 138, para definir “la constitución del mercado en paradigma de toda acción política y social, la representación de la vida social como experiencia mercantil”. Además, añade el autor que “la sociedad de mercado implica, en primer lugar, una redefinición de la frontera entre el sector mercantil y el no mercantil de la economía por la que determinados bienes y servicios, que se consideraban imprescindibles para la sociedad y que el mercado no estaba en condiciones de proveer eran organizados y suministrados por el Estado (energía, educación, seguridad, transportes y comunicaciones) han pasado progresivamente a entrar en el ámbito de la competencia mercantil”.

²⁷⁴ FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 45, utiliza la expresión “poderes desregulados y salvajes” para referirse a dichos poderes aconstitucionales.

²⁷⁵ Concretamente ha señalado, FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes...*, cit., p.53, que “bajo este aspecto los conflictos de intereses, en las formas de la corrupción o del intercambio político con los lobbies corporativos y, sobre todo, con los medios de comunicación son hoy fenómenos endémicos en todos los ordenamientos democráticos, en los que resulta cada vez más fuerte la relación entre dinero, información y política: dinero para hacer política e información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero e información, según un círculo vicioso que se resuelve en el creciente condicionamiento anti- o extra-representativo de la acción de gobierno”.

²⁷⁶ En este sentido, destaca CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol II. El poder de la identidad* (2ª ed.), Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 441, que “el Estado-nación, definidor del dominio, los procesos y el objeto de la ciudadanía, ha perdido gran parte de su soberanía, socavada por las dinámicas de los flujos globales y las redes transorganizativas de riqueza, información y poder”.

parte del pluralismo democrático en la toma de decisiones que, por otro lado, no está dotado de mecanismos de transparencia que permitan fiscalizar los procesos decisionales.

Como dirá DE CABO MARTÍN, la motivación económica parece haberse situado en el eje vertebral de la toma de decisiones, subordinando otros aspectos e intereses legítimos²⁷⁷. En este sentido, el factor económico ha posicionado claramente a grandes agentes privados que actúan conforme a intereses particulares, en una posición protagonista con influencia en la toma de decisiones. Y esa toma de decisiones se ha llevado a cabo al margen de las reglas del Derecho, bien internacional, bien propiamente de la UE²⁷⁸.

Asimismo, las características de la globalización han otorgado relevancia al propio proceso de integración europea que, no obstante, tampoco ha estado exento de problemas por la falta de consolidación democrática en la UE²⁷⁹. Este último aspecto ha coadyuvado a propiciar la generación de un espacio lejano al Derecho Constitucional. Se trata de un espacio que los Estados además han aprovechado para adoptar decisiones que, de haber sido adoptadas en el ámbito estatal, habrían tenido que respetar la “dialéctica de la Constitución”²⁸⁰, esto es, la contraposición entre mayoría y minorías, según las reglas democráticas impuestas por aquella²⁸¹. Por el contrario, el traslado del conflicto al ámbito europeo desvirtúa la articulación del pluralismo tal como venimos conociéndolo, y como señala BALAGUER CALLEJÓN, se convierte en conflicto nacional frente a Europa. Los

²⁷⁷ Vid. DE CABO MARTÍN, C. “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009, págs. 22 y 23.

²⁷⁸ Vid. GALERA VICTORIA, A. “Las estrategias de la Unión Europea ante los retos de la globalización”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., y TUDELA ARANDA, J (Coords.) *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2019, p. 193.

²⁷⁹ En palabras de CHOFRE SIRVENT, J. “El Parlamento Europeo y el déficit de partidos políticos: el protagonismo de los grupos políticos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009, págs. 366 y 367, “no hay partidos políticos europeos capaces de expresar las preferencias de los ciudadanos, donde no hay un gobierno elegido por la mayoría y con el correspondiente programa político, y en el que la legitimidad no es democrática sino funcional, porque se basa en su capacidad de resolución de problemas colectivos a través del consenso”. Concretamente, sobre los motivos que impiden la democratización europea, véase, por todos, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. “Integración europea, reducción del Estado: de las limitaciones de soberanía de los ejecutivos nacionales al principio cooperativo entre el Estado constitucional y la Unión Europea”, en GORDILLO PÉREZ, L. I. (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 175 a 182.

²⁸⁰ Cfr. DE CABO MARTÍN, C. “Constitucionalismo del Estado social...”, p. 47.

²⁸¹ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 13, 2010, págs. 191 y 192.

Estados ya no actúan como garantes del conflicto social, sino como garantes de los intereses del Estado, “en representación de «todos» los sectores sociales”²⁸².

La constitucionalización del equilibrio presupuestario en el art. 135 CE puede situarse como un claro ejemplo de este modo “aconstitucional”²⁸³ de adoptar las decisiones sin transparencia²⁸⁴. Este ejemplo es expresivo de la relevancia democrática que ostenta la transparencia para contrarrestar inercias propias de la globalización. Esta idea se ve reforzada en el ámbito informativo, ya que como se verá en el análisis de los factores exógenos, en la sociedad de la información paradójicamente se multiplican los medios para informarse, pero, se crean nuevos hábitos de ocultismo y problemas para garantizar la opinión pública.

En definitiva, tales factores han puesto el foco en la transparencia como un nuevo elemento definitorio del principio democrático, siendo “una de las herramientas imprescindibles para lograr un mayor progreso social y avanzar hacia Estados Democráticos más desarrollados, fortalecidos y creíbles”²⁸⁵. Otra cosa es que existan

²⁸² Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “La contribución de Peter Häberle...”, cit., p. 193.

²⁸³ Cfr. GALERA VICTORIA, A. “Las estrategias de la Unión Europea ante los retos...”, cit., p. 193.

²⁸⁴ Entre algunos de los autores que han criticado el proceso de reforma constitucional del art. 135 CE en concreto, en lo relativo a la falta de transparencia, véanse, por todos, Vid. REY PÉREZ, J. L. “La reforma del artículo 135: una alteración del título preliminar (estado social) por la puerta de atrás”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, 2011, p. 239. También puede verse en tal sentido, AMNISTÍA INTERNACIONAL. “La receta equivocada el impacto de las medidas de austeridad en el derecho a la salud en España”, 2018, p. 20. El informe está disponible en: <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/05/EUR4181362018SPANISH.pdf>

La reforma del art. 135 CE ha sido criticada por adoptarse a espaldas de la ciudadanía, en tal sentido, Vid. LÓPEZ BASAGUREN, A. “Sobre la reforma de la Constitución. Una visión de conjunto”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, nº 23, 2014, p. 84. También se ha criticado por la priorización absoluta del pago de deuda pública –con la adopción de las consiguientes medidas de austeridad–, aún en detrimento del Estado social. En tal sentido, véanse entre otros muchos autores, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Una interpretación constitucional...”, cit. CÁMARA VILLAR, G. “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, nº 93, págs. 177 y ss. SÁNCHEZ BARRILAO, J. “La crisis de la deuda soberana...”, cit., págs. 679-712. GAMBINO, S. “Estado social y crisis...”, cit., p. 134. En este sentido, se ha llamado la atención sobre la instrumentalización de los derechos al servicio de la economía, en una relectura constitucional en términos económicos. Cuestión a la que se refiere Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Una interpretación constitucional...”, cit., p. 449, con la expresión “interpretación económica de la Constitución”; En este mismo sentido, se refiere a la desconstitucionalización de la materia económica Vid. GARCÍA GUERRERO, J. L. “La desconstitucionalización de la Constitución económica española”, en GORDILLO PÉREZ, L.I (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 289 y ss. Advierte sobre la supeditación del sistema político al económico, GARRIDO GÓMEZ, M. I. “El principio democrático en el constitucionalismo...”, cit., p. 38. Por su parte, Cfr. JIMENA QUESADA, L. “Afectación de la integración económica y la globalización a los valores y al Estado social”, en GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L (Dir.) *Constitucionalizando la globalización. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1374, apunta que “el problema reside en una concepción sesgada de la economía (y de la globalización económica) como fin en sí misma, que genera una mediatización o instrumentalización de los derechos sociales”.

²⁸⁵ Cfr. ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento...”, cit., p. 53.

razones o intereses políticos y económicos reticentes a ver la transparencia en clave democrática para solventar algunas de las deficiencias actuales.

3.2. Factores Exógenos

Como quedó apuntado al inicio de este apartado, los factores exógenos se refieren a una serie de causas que refuerzan la relación entre transparencia y democracia, de forma externa. Es decir, no son elementos propios de la democracia, pero externamente están provocando un cambio contextual de paradigma en la relación entre el Estado y la sociedad.

Dentro de este grupo de factores se identifican dos circunstancias determinantes del nexo transparencia-democracia. Por un lado, la sociedad digital y la multiplicidad de formas de comunicación a través de Internet, redes sociales, dispositivos y plataformas digitales, y por otro, la debilidad del contexto político actual.

3.2.1. Sociedad digital y de la información

La sociedad de la información y el uso de las TIC han determinado un nuevo entendimiento de las relaciones humanas e institucionales. El paradigma tecnológico nos sitúa continuamente frente a nuevos escenarios y desafíos para los derechos fundamentales, así como para el propio funcionamiento democrático de nuestra sociedad. En otros ámbitos se ha afirmado que la realidad social suele preceder a la capacidad del Derecho para generar respuestas, y en efecto esto es algo que se ve claramente representado en este caso. Los constantes desafíos a los que la Era de la información somete al paradigma constitucional actual, hacen que en ocasiones pueda obtenerse una capacidad de respuesta disminuida, y a veces ni siquiera a la altura de las circunstancias.

Resulta, además, que junto a tales cambios se suma también el hecho de que la sociedad ha cambiado. El ciudadano ha cambiado y las demandas sociales en la actualidad no sólo son distintas a las de años atrás, sino más exigentes con la responsabilidad, el control y el escrutinio en el espacio público. Se ha producido “una verdadera globalización de la información”²⁸⁶, en la que la ciudadanía está fácilmente conectada a la información a través de Internet. De un lado, esto ha reafirmado en la ciudadanía su condición de sujeto

²⁸⁶ Cfr. FROSINI, V. “El horizonte jurídico de internet”, traducido por SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 28, 2017, p. 196.

político y de titular soberano del poder²⁸⁷, acercándolo a los asuntos públicos y generando amplios debates sobre ética pública y calidad democrática ligada a la idea de lealtad institucional y de participación. Concretamente se ha hablado en esta línea de “*informed citizen*”²⁸⁸, para hacer referencia a que la ciudadanía ya no está limitada exclusivamente por el privilegio que suponía conocer información que recibía indirectamente de aquellos que la poseían en exclusiva. En la actualidad, las personas tienen la capacidad de informarse directamente a través de una diversidad de medios que hacen que la información ya no pueda verse como un privilegio, sino como una necesidad que ha de estar al alcance de todos²⁸⁹. Así pues, nuestra democracia se expone a un mapa de cambios, que está transformando la manera de entender las relaciones sociales y el propio proceso de comunicación entre el Estado y los ciudadanos²⁹⁰.

No obstante conviene señalar que esta globalización de la información no trae sólo ventajas de apertura, sino que también está generando preocupaciones para el Derecho Constitucional en lo que respecta al proceso comunicativo. Actualmente, la garantía del pluralismo político y la propia libertad de expresión e información veraz están viéndose afectadas por la generalización de fenómenos como la desinformación, las *fake news*, la polarización y odio en Internet, el control y filtrado de contenido o la propia censura a través de Internet.

Como se exponía a propósito del principio de transparencia como pilar evolutivo del principio democrático, la globalización ha evidenciado la priorización del móvil económico sobre la adopción democrática de decisiones. Resulta además que la globalización no ha sido ajena al proceso de comunicación actual, y ello se está viendo reflejado en un intento de trasmutar una garantía propia de la democracia pluralista, – información veraz como garantía de la opinión pública libre–, en un bien fungible, objeto del mercado. En lo que respecta a los datos de carácter personal y su utilización por parte

²⁸⁷ En esta línea, DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación...”, cit., p. 259, ha puesto énfasis en que “las exigencias ciudadanas se han elevado notoriamente en los últimos años, provocando que la regulación constitucional quede un poco obsoleta e insuficiente”.

²⁸⁸ Cfr. VIBERT, F. *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p.88.

²⁸⁹ Vid. VIBERT, F. *The Rise of the Unelected...*, cit., p. 96.

²⁹⁰ En esta línea PRATS CATALÁ, J. “Las transformaciones de las Administraciones...”, cit., p. 32, llama la atención sobre “los nuevos desafíos que, como consecuencia de los procesos de globalización y transición a la sociedad del conocimiento, enfrenta hoy la sociedad española, los cuales se traducen en necesidades, valores y demandas sociales nuevos que requieren de un impulso decisivo e integral a los movimientos espontáneos de reforma administrativa”. Vid. TUDELA ARANDA, J. “La democracia contemporánea...”, cit., p. 131.

de las plataformas de redes sociales se ha acudido a la metáfora comparativa entre el petróleo y los datos²⁹¹ para destacar la importancia de estos últimos. Dicha comparación resulta expresiva del potencial económico derivado de los datos, entendidos hoy como materia prima de las sociedades modernas en términos de productividad y competitividad.

La consecuencia derivada de este contexto en el ejercicio del poder es precisamente que “el Estado pierde el control de la información, es decir, el elemento básico en el que descansaba su poder a través de la historia”²⁹². De hecho ha llegado a afirmarse que el poder de las plataformas digitales es capaz de comprometer el pluralismo al mostrarse superior al de los Estados²⁹³. De este modo, información y poder se convierten hoy en un binomio inexorablemente unido e influido por la globalización²⁹⁴.

En este contexto, Internet “se presenta como eficiente instrumento de manipulación mediante la mentira en forma de posverdad”²⁹⁵. KAUFMAN ha destacado que las redes sociales se insertan en un panóptico digital, dirigido por grandes monopolios empresariales que incluyen en su funcionamiento y en el ejercicio del poder que ejercen, la subjetividad y la influencia desde una falsa sensación de autonomía personal y libertad²⁹⁶. Pues, en gran medida las redes sociales priorizan los mensajes más polarizados y cliquados, sin valorar su veracidad.

Este ambiente es el que ha propiciado la generalización de *fake news* como ejemplo del fenómeno desinformativo²⁹⁷, con capacidad para manipular la opinión pública. Este

²⁹¹ Sobre la comparativa entre el petróleo y los datos, puede verse, por todos, HOFFMANN-RIEM, W. *Big Data. Desafíos...*, cit., págs. 53 y ss.

²⁹² Cfr. CASTELLS, M. “¿Hacia el Estado red?...”, cit., p.5.

²⁹³ Vid. TERUEL LOZANO, G. M. “Perspectivas de los derechos fundamentales...”, cit., p. 232.

²⁹⁴ Como señala Cfr. CASTELLS, M. “Tecnologías de la información y la comunicación y desarrollo global”, *Revista de Economía Mundial*, nº 7, 2002, p. 99, “el conocimiento y la información son las claves de la productividad, la conectividad es la clave de la competencia global. El conocimiento y la información pueden aplicarse a todas las actividades, tanto en producción como en entrega de bienes y prestación de servicios”. Profundiza sobre esta misma idea en CASTELLS, M. “Globalización, sociedad y política en la era de la información”, *Bitácora Urbano-Territorial*, vol. 4, nº 1, 2000, p.44.

²⁹⁵ Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “Sociedad del miedo y desafección constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 108, 2020, p.107.

²⁹⁶ Concretamente, ha señalado KAUFMAN, E. “Redes, medios, violencia y democracia. Escenarios de debilitamiento institucional y desconfianza ciudadana”, *Derecom*, nº 25, 2018, p.65, que las redes sociales, “están incrustadas en poderosos monopolios empresariales con dispositivos para lograr una mercantilización creciente y el control de aspectos de la vida social. De este modo, se genera una nueva forma de ejercer el poder y, de resultas, aparecen nuevas subjetividades que participan en estos panópticos digitales no desde el sometimiento, sino desde pulsiones de exhibición en el marco de una fantasía generalizada de libertad individual y autonomía”.

²⁹⁷ La desinformación ha sido definida por la Comunicación de la Comisión Europea “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo” COM(2018) 236 final, de 26 de abril de 2018, p.4, como “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público. El perjuicio público

problema alerta no sólo de la destacada crisis económica y de confianza institucional, sino sobre una preocupante y actual crisis comunicativa. Esta última está generando una involución democrática al afectar directamente a la capacidad de los ciudadanos para formarse y participar en los asuntos públicos, ya que mediante la manipulación informativa, influyen en los procesos de toma de decisiones²⁹⁸.

Se trata de casos como el de *Cambridge Analytica* en el uso de datos recabados por Facebook para interferir en las elecciones presidenciales de Estados Unidos, o el que tuvo lugar en el caso del referéndum sobre el *Brexit*, así como en el de las elecciones presidenciales de Brasil, mediante la utilización de los perfiles psicológicos de los usuarios. Esta tendencia mercantilista de la información consigue individualizar las preferencias de las personas para orientar su voto en elecciones de manera subliminal²⁹⁹.

comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE. La desinformación no incluye los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas”.

²⁹⁸ Sobre esta cuestión ha destacado Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Las dos grandes crisis del constitucionalismo...”, cit. que esta crisis comunicativa “ha generado una involución democrática “interna” porque afecta ya al núcleo mismo de los procesos políticos estatales, mediante la interferencia en procesos electorales y en el debate público en general de grandes plataformas que gestionan redes sociales y que aspiran a determinar los resultados de esos procesos por medio de la manipulación propagandística masiva”. En este artículo el autor expone la influencia que han tenido las redes sociales en la formación de la voluntad en los procesos electorales, a propósito del referéndum sobre el *Brexit* y la candidatura de Trump en las elecciones presidenciales en EEUU. Este mismo autor se pronuncia acerca de la manipulación de la opinión pública vía redes sociales, BALAGUER CALLEJÓN, F. “La Unión Europea frente al *Brexit* y otros procesos disgregadores en el contexto global”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., y TUDELA ARANDA, J (Coords.) *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2019, p. 25. Más recientemente véase sobre el mismo autor, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 32, 2019. Véase también, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia”, *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, nº 2, 2020, págs. 579 y ss. Debe además traerse a colación lo dispuesto en el Plan de acción contra la desinformación de la Comisión Europea, JOIN(2018) 36 final, Bruselas, 5.12.2018, en el que se afirma que “Nuestras sociedades democráticas abiertas dependen de la capacidad de los ciudadanos para acceder a una información variada y verificable que les permita formarse una opinión sobre diferentes cuestiones políticas. De este modo, los ciudadanos pueden participar con conocimiento de causa en los debates públicos y expresar su voluntad mediante procesos políticos libres y limpios”.

²⁹⁹ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Redes sociales, compañías...”, cit. Además, resulta interesante la anotación del autor cuando aclara que “si realizamos comparaciones históricas siempre podemos decir que en los sistemas dictatoriales del siglo XX, por ejemplo, ha habido ya utilización de medios tecnológicos para difundir propaganda masiva, manipular a la opinión pública, imponer falsas narrativas y hacer creer a la gente noticias falsificadas. Muchos de estos fenómenos son, con diversas variantes derivadas de la época concreta en que se producen, tan antiguos como la historia de la Humanidad. Lo que resulta novedoso, en la actividad que están realizando algunas compañías que gestionan redes sociales, es que ya no se trata de propaganda masiva enviada con carácter general a un público más o menos amplio o con carácter sectorial a un conjunto de personas concreto de las que se conocen básicamente sus preferencias políticas o eventualmente datos que son públicos. Por el contrario, ahora nos encontramos con propaganda política individualizada enviada a cada persona en función de los perfiles psicológicos que se han elaborado con algoritmos mediante el procesamiento de datos privados, que no deberían ser ni conocidos ni utilizados por esas plataformas. Si a ello le unimos que esa propaganda puede llegar a ser subliminal y cambiar nuestra

Los ejemplos citados se enmarcan en la lógica de mercado que impera en el modelo de negocio de las grandes plataformas digitales³⁰⁰. Y manifiestan la relación actual entre la información, como un poderoso activo en el marco de la actual sociedad de la información, y el ejercicio del poder.

Lo dicho hasta ahora revela una clara afección al pluralismo democrático, pero además pone de manifiesto una grave tendencia hacia la desconfianza informativa ocasionada por todos estos “desórdenes informativos”³⁰¹, que como ha advertido BUSTOS GISBERT, desacredita la buena fe en la transmisión de la información³⁰².

En línea con este proceso global, cabe plantear el surgimiento de un preocupante proceso de comercialización de la información, que lejos de articularla en base a un sistema transparente con garantías para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, la desvirtúa en base a fines determinados. Esto es, la información y el acceso a la misma se ven perjudicadas porque la transparencia se asume aquí como un elemento de riesgo en términos productivos³⁰³.

Esos desórdenes desinformativos se ven actualmente acompañados de un proceso de “*informational asymmetries*”, o “asimetrías de la información”³⁰⁴. Es una expresión propia del ámbito económico, utilizada por VIBERT para explicar aquellos casos en los que una de las partes implicadas sabe más que la otra (la ciudadanía como parte débil) y, por tanto, se coloca en una situación de superioridad frente a éste último. El autor explica las asimetrías de la información con un simple paralelismo al ámbito contractual, ya que en su opinión esa visión de la división de poderes puede servir para solventar el déficit informacional en el ámbito público. Así, igual que ante la falta de información el

intención de voto sin que podamos darnos cuenta de la manipulación que estamos experimentando, tendremos ya una idea de la gravedad de lo que puede ocurrir y ha ocurrido en algunos los últimos procesos electorales que se han celebrado en diversos países”. Sobre la manipulación informativa en los procesos decisionales véanse entre otros, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “Sociedad del miedo...”, cit., págs. 107 y ss. RICHTERICH, A. “How data-driven research fuelled the cambridge analytica controversy”, *Partecipazione e Conflitto*, vol. 11, n° 2, 2018, págs. 528 y ss. KAUFMAN, E. “Redes, medios, violencia...”, cit., págs. 60 y ss. SUÁREZ GONZALO, S. “Tus likes ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EEUU 2016”, *Quaderns del CAC*, n° 44, 2018, págs. 27 y ss.

³⁰⁰ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “La Unión Europea frente al Brexit...”, cit., págs 34 y 35.

³⁰¹ Cfr. ABA CATOIRA, A. “Los desórdenes informativos...”, cit., págs. 121 y ss.

³⁰² Vid. BUSTOS GISBERT, R. *Calidad democrática. Reflexiones...*, cit., p. 74.

³⁰³ Sin embargo, como alerta Cfr. ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre transparencia...”, cit., p. 218, “la economía se ha universalizado, los agentes que interactúan cada día son más y más desconocidos y en esas condiciones es fundamental establecer parámetros de actuación que amortigüen el miedo y ofrezcan tranquilidad para que se puedan desarrollar las relaciones humanas y los negocios”.

³⁰⁴ Cfr. VIBERT, F. *The Rise of the Unelected...*, cit., p. 88.

consumidor tiene miedo de ser engañado por un vendedor que se aproveche del desconocimiento y debilidad inherente a su posición contractual, sucede lo mismo en el ámbito político. La información asimétrica en el marco de la democracia representativa genera un escenario peligroso en el que los representantes pueden intercambiar a bajo coste los intereses generales en los asuntos públicos³⁰⁵.

En definitiva, el contexto expuesto prescinde de la transparencia al fomentar un control y un escrutinio que no hay intención de asumir por los agentes globales, al no ser productiva en términos económicos. En todo caso, no debe perderse de vista que la auténtica lógica debería marcarse por el respeto a los derechos y libertades fundamentales. Desconocer este presupuesto, supone también ignorar que toda la labor estatal relativa a las transformaciones sobre los poderes globales, nacionales, locales, públicos o privados debe vislumbrarse bajo el prisma de la democracia y los derechos de las personas³⁰⁶. Esta lógica es la que sitúa la transparencia en clave democrática para proteger los derechos en un espacio deliberativo de calidad que incluye a la ciudadanía en el espacio público a través del conocimiento³⁰⁷.

En este sentido, la transparencia actúa como un freno para demarcar externa e internamente los pasos a seguir en el ejercicio legítimo del poder, en un terreno que ya se muestra hostil en ocasiones. Pues en efecto, el constitucionalismo contemporáneo está teniendo que lidiar con disfuncionalidades derivadas de la integración en un sistema global de gobernanza multinivel en el que la capacidad de control se disipa, así como con asimetrías informacionales fruto de este mismo contexto.

Los desafíos que hoy se presentan para el constitucionalismo necesitan de pilares de apoyo para su adaptabilidad a la sociedad actual como son la participación, la información, el escrutinio público, así como el control, la responsabilidad y rendición de cuentas. En este punto, la transparencia actúa como un motor para pasar de la sociedad de la información –que actúa como medio instrumental al servicio del conocimiento–, a

³⁰⁵ Vid. VIBERT, F. *The Rise of the Unelected...*, cit., págs. 88, 89 y 90.

³⁰⁶ Vid. MERCADO PACHECO, P. “Estado y globalización. ¿Crisis...”, cit., p. 141

³⁰⁷ En esta línea, ARENAS-DOLZ, F. “Por una democracia del conocimiento: compromiso cívico y participación política en la era de la conectividad”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 230, ha puntualizado que “ayuda a mejorar la calidad de vida mediante la creación de conocimiento dentro de un contexto global y multicultural utilizando el sistema democrático como catalizador del aprendizaje que guía el proceso cognitivo de los seres vivos”.

la sociedad del conocimiento como fin ulterior³⁰⁸. Ahí es donde reside el auténtico valor de las modernas sociedades avanzadas democráticamente.

3.2.2. Debilidad del contexto político

Al comienzo de la exposición de los factores que vinculan el principio de transparencia con la democracia se hizo hincapié en la consideración de la transparencia como un pilar para mantener la legitimidad en el ejercicio del poder en el marco de la democracia representativa. En este apartado, se hace referencia a una serie de circunstancias externas que han debilitado el contexto político mostrando, en línea con lo anterior, una crisis de representatividad.

Cabría situar como punto de partida en este declive las circunstancias que rodearon el movimiento social del 15-M, que surgió como reivindicación frente a la crisis económica de 2008. Este movimiento acontece en estas circunstancias de crisis económica, aunque en realidad, trasladó al espacio público la existencia de una fuerte crisis de representatividad y legitimación del poder público, reflejo de la debilidad del contexto político del momento. La imagen deteriorada de la política, la falta de determinación de los representantes políticos en la adopción de medidas y soluciones contra el paro y la precariedad, la fragmentación del principio de responsabilidad y, por ende, del vínculo entre gobernantes y gobernados, junto a la especulación, así como la existencia de malas prácticas y casos de corrupción en los partidos políticos, provocaron la indignación y la falta de confianza de la ciudadanía en las instituciones³⁰⁹.

³⁰⁸ Sobre la relevancia de la sociedad del conocimiento y su consideración finalista respecto de la sociedad de la información, véase en el sentido expuesto, el Informe Mundial de la UNESCO “Hacia las sociedades del conocimiento”, ONU, 2005, págs. 29 y ss. Sobre dicho informe resulta interesante destacar que a efectos de conseguir la sociedad del conocimiento, se centra en dos desafíos primordiales, “el acceso a la información para todos y el futuro de la libertad de expresión. En efecto, cabe preguntarse si la desigualdad de acceso a las fuentes, contenidos e infraestructuras de la información no pone en tela de juicio el carácter mundial de la sociedad de la información. Además, ¿cómo se puede hablar de sociedad mundial de la información, cuando la libre circulación de informaciones se ve obstaculizada o cuando la propia información es objeto de censuras y manipulaciones?”.

³⁰⁹ Entre la abundante doctrina existente sobre el movimiento 15-M, pueden verse por todos, GUILLÉN LÓPEZ, E. “Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J., y BALAGUER CALLEJÓN, F (Coords.) *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 263-286. PRESNO LINERA, M. A. “Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 8, 2014, págs. 213-252. DÍEZ GARCÍA, L., y LARAÑA, E. *Democracia, dignidad y movimientos sociales: el surgimiento de la cultura cívica y la irrupción de los "indignados" en la vida pública*, CIS, Madrid, 2017, págs. 223 y ss.

Este contexto generó una fragmentación en la legitimidad democrática del poder que se vio reflejado en un balance claramente negativo de la percepción de la ciudadanía sobre la política y los representantes³¹⁰. De hecho, de los datos obtenidos por aquel entonces del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) puede verse cómo en 2011 crece exponencialmente como uno de los principales problemas en España la situación de la clase política y los políticos; por encima de cualquier resultado previamente obtenido³¹¹. Este balance negativo deriva igualmente en los barómetros mensuales del CIS de 2011, en los que la puntuación dada a la situación política general en España se puntúa todos los meses como “mala”³¹².

³¹⁰ Así se corrobora de los datos obtenidos del Estudio cualitativo: “Representaciones políticas y 15M”, elaborado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) Estudio nº 2921, 18 de octubre de 2011. Puede accederse a la Nota de Investigación sobre el Estudio, en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2920_2939/2921/IM2921.pdf

³¹¹ En este sentido, llama la atención que este resultado supere incluso el segundo peor dato obtenido entre mayo de 1995 y 1996, antes de la aprobación de la Constitución. Sobre esta cuestión puede verse el gráfico 6.1. La clase política y los políticos como uno de los problemas principales de España (1985-2011) (porcentajes sobre el total de entrevistados), cuya fuente son los Indicadores del Barómetro del CIS. El gráfico está disponible en NAVARRO, C. “Procesos y confianza política: ¿quiénes deben ser virtuosos?”, en FONT, J., NAVARRO, C., WOJCIESZAK, M., *et al.* “¿“Democracia sigilosa” en España? Preferencias de la ciudadanía española sobre las formas de decisión política y sus factores explicativos”, Opiniones y Actitudes, CIS, nº 71, 2012, p. 84. Disponible en: <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Publicaciones/OyA/OyA71a.pdf>

³¹² Según el CIS, a la pregunta: “y refiriéndonos ahora a la situación política general de España, ¿cómo la calificaría Ud.: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?”, los 11 Barómetros mensuales de enero a diciembre de 2011, coinciden en otorgar la máxima puntuación a la consideración de la situación política general como “mala”. En enero con un 40,2% de los votos, en febrero con un 37,8%, en marzo con un 37,5%, en abril con un 39,8%, en mayo con un 38,8%, en junio con un 38,3%, en julio con un 37,7%, en septiembre con un 38,7%, en octubre con un 40,2%, en noviembre con un 37,3% y en diciembre con un 39,8%. De los Barómetros mencionados, coinciden en otorgar la segunda máxima puntuación a la pregunta, valorando la situación política general como “muy mala”, los de: enero con un 28,1%, marzo con un 29,7%, abril con un 26,7%, mayo con un 28%, junio con un 31,2%, julio con un 30,6%, septiembre con un 31,8%, octubre con un 33,4%, y noviembre con un 30%.

Puede accederse a los Barómetros del CIS de ese año en: http://www.cis.es/cis/openm/ES/11_barometros/depositados.jsp?pagina=4&orden=1&desc=null

Trascurridos unos años desde la crisis económica en 2016 la percepción ciudadana sobre la calidad democrática no mejora demasiado. De hecho, en ese año los datos del CIS revelan que la calidad democrática obtiene sólo un 0,46% en una valoración de 0 a 1 equivalente a un suspenso alto. En tal sentido, PALACIOS BRIHUEGA, I. *Los españoles y la calidad de la democracia*, Opiniones y Actitudes, CIS, nº 74, Madrid, 2016, p. 33. Disponible en: <https://libreria.cis.es/static/pdf/OA74acc.pdf>

Esto es, suspende con un 4,6 sobre 10. Este dato de 0,46 sobre 1 se obtiene de una media aritmética de la puntuación otorgada a los 35 ítems que configuran la valoración de la calidad democrática en España. Dichos ítems están disponibles en la tabla 2.7 del documento.

en un estudio del CIS de 2018 se ha puesto de manifiesto la relación objetiva existente entre factores de tipo estructural –como la crisis económica o el aumento de la corrupción entre otros–, y la desafección ciudadana. No obstante, pese a que ese descontento no se haya traducido en un desapego por el modelo de democracia representativa, se insiste en la necesidad de una relación más abierta y cercana entre representantes y representados. Pueden consultarse tales datos y resultados del estudio en DE MARCO, S., GANUZA, E., GÜEMES, C., *et al.* *Ciudadanos y democracia representativa: ¿una relación conflictiva? Análisis de la desconfianza en las instituciones en España*, Opiniones y Actitudes, CIS, nº 75, Madrid, 2018. Disponible en: https://libreria.cis.es/static/pdf/OA75acc_ctVicoB.pdf

Paralelamente, cabe destacar como un claro elemento de debilidad del contexto político, el fenómeno de la corrupción, que ha ratificado la importancia de la transparencia como mecanismo de fiscalización en garantía del Estado de Derecho. Los datos obtenidos sobre los Índices de Percepción de la Corrupción (IPC) que elabora anualmente Transparencia Internacional muestran fluctuaciones en los resultados obtenidos desde comienzos del 2000 a 2021 para España³¹³. TI concluye en los informes que España no tiene un problema estructural de corrupción. Ahora bien, sí que alerta sobre múltiples escándalos de corrupción en los niveles superiores de los partidos políticos y los gobiernos³¹⁴. Concretamente, en el último IPC publicado sobre 2021 Transparencia Internacional alerta de un nivel de corrupción en España suficiente como para afectar al buen funcionamiento de los servicios públicos y que, debe llamar la atención de todos los actores relevantes, poderes públicos, privados y sociedad civil³¹⁵.

En una valoración conjunta de los IPC de 2012 a 2018 se refleja una caída de 7 puntos en la calificación obtenida por España. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que junto con Hungría y Chipre, España es el país que más ha descendido en su calificación a nivel europeo, y por tanto, correlativamente ha subido en percepción de la corrupción³¹⁶. Señala en este sentido TI que “este resultado pone en evidencia que la corrupción en España sigue siendo un problema grave que debe llamar a la acción de nuestras autoridades y de la sociedad civil”³¹⁷.

Es cierto que en los IPC de 2019 y 2020, España ha logrado mantener su puntuación en 62 puntos, subiendo 4 puntos desde 2018 (donde había obtenido 58 puntos), al haber ido implementando medidas contra la corrupción. La tendencia en este sentido es positiva.

³¹² Puede accederse a los Informes de Percepción de la Corrupción elaborados por Transparencia Internacional, en: <https://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/>

³¹³ Puede accederse a los Informes de Percepción de la Corrupción elaborados por Transparencia Internacional, en: <https://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/>

³¹⁴ Así se refleja por ejemplo en los aspectos destacados del Índice de Percepción de la Corrupción de 2016, elaborado por Transparencia Internacional. Accesible en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/aspectos_destacados_ipc-2016.pdf

³¹⁵ Véase en tal sentido, el Índice de Percepción de la Corrupción de 2021, disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/CPI2021_Report_ES-web.pdf. La valoración de los resultados del IPC de 2021 para España emitida por la propia organización, Transparencia Internacional puede consultarse en:

<https://transparencia.org.es/espana-no-progres-a-en-la-lucha-contra-la-corrupcion-y-baja-un-punto-y-dos-puntos-en-el-ranking-del-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2021/>

³¹⁶ Así se pone de manifiesto en el Análisis de los resultados completos del IPC de 2018, elaborado por Transparencia Internacional. Accesible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2019/01/Documento-an%C3%A1lisis-IPC2018.pdf>

³¹⁷ Cfr. Transparencia Internacional. Análisis de los resultados completos del Índice de Percepción de la Corrupción de 2018.

No obstante, TI ha puesto de manifiesto respecto del IPC 2020 que “la corrupción en España continúa siendo un problema grave que debe poner en alerta a la ciudadanía”³¹⁸. Como se ha mencionado ya, esto mismo se corrobora en el IPC de 2021.

Los datos de este último Informe de 2021 reflejan la bajada de un punto en la calificación de España (61/100), respecto a la obtenida en 2020. A efectos de su posición en el ranking global, España ocupa la posición 34 de los 180 países evaluados, descendiendo dos puntos respecto al año anterior. En el ranking de países europeos, España ocupa el puesto 14 de 27, habiendo descendido igualmente dos puntos respecto al IPC de 2020.

Por su parte, el Barómetro Global de la Corrupción (BGC) de 2021, elaborado por TI, ha mostrado la misma línea de preocupación de los ciudadanos españoles sobre la corrupción en el gobierno, ya apuntada en años anteriores. El resultado es ciertamente negativo, ya que la media global de países de la UE sitúa esta preocupación en un 62%, frente al 86% que otorga la respuesta española³¹⁹. En buena parte, la desafección ciudadana encuentra explicación en dicho BGC de 2021, donde el porcentaje de ciudadanos que piensa que el gobierno toma en cuenta su punto de vista en la toma de decisiones es sólo de un 16%, siendo el peor porcentaje europeo junto con Croacia y Letonia. Finlandia sin embargo, obtiene el mejor porcentaje con un 62%, superando claramente la media global europea a esta respuesta que se sitúa en un 30%.

De los datos referidos cabe, por tanto, concluir que la debilidad del contexto político ha desembocado en una desafección y pérdida de confianza de la ciudadanía en los representantes políticos, sintiéndose poco representados y atendidos en la toma de decisiones³²⁰. Como bien apunta JIMÉNEZ ASENSIO, la pérdida de legitimidad institucional es una consecuencia propia de los periodos de crisis. El problema es que cuando dichos déficits de legitimidad se producen en el seno de un sistema *per se* debilitado y erosionado por acoger malas prácticas, se produce una pérdida de confianza

³¹⁸ Cfr. Transparencia Internacional España, Nota de Prensa sobre el IPC 2020. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/01/NP-IPC-2020-TI-ESPANA.pdf>. Índice de Percepción de la Corrupción 2020 disponible en: https://images.transparencycdn.org/images/CPI2020_Report_EN_0802-WEB-1_2021-02-08-103053.pdf

³¹⁹ España es el 5º país con peor porcentaje en esta cuestión, teniendo sólo por detrás a Portugal, Chipre, Bulgaria y Croacia. Tales datos se obtienen del BGC de 2021, elaborado por TI, disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2021/06/GCB_EU_2021-WEB-1.pdf

³²⁰ Por su parte, Cfr. DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación...”, cit., p. 260, considera como factores determinantes de la mayor exigencia ciudadana en la actualidad, “la intensa crisis económica, el desempleo, la corrupción política demasiado generalizada, la falta de democracia interna de los partidos y los supuestos de financiación irregular, la lentitud de la justicia, los efectos del sistema electoral, entre otros (...)”.

exponencial. En tales casos es cuando se generan posiciones extremas y populistas, que no alientan al sosiego necesario para salir de situaciones políticas críticas³²¹.

Vinculado al fenómeno de la corrupción en la actualidad cabe mencionar como un elemento de debilidad del contexto político, la falta de regulación en la actividad del lobby o “grupo de presión”,. El *lobby* se define en la RAE como “conjunto de personas que, en beneficio de sus propios intereses, influye en una organización, esfera o actividad social”. La Comisión Europea se ha referido al *lobby* en el Libro Verde sobre Transparencia de 2006 como “todas las actividades que se realicen con el objetivo de influir en los procesos de elaboración de políticas y de toma de decisiones de las instituciones europeas”³²².

El *lobbying* no es nuevo y de hecho se viene considerando como una actividad propia de las democracias, que actúa como reflejo del pluralismo y expresión de diversos intereses susceptibles de ser legítimamente reivindicados. En este orden de cosas, se considera como un “complemento de la representatividad electoral, y donde debería haber un alto grado de participación política”³²³. La propia Comisión Europea ha tildado esta actividad como legítima en el marco de la democracia al ser útil para llamar la atención institucional sobre asuntos de importancia. Así mismo, el Parlamento Europeo coincide sobre este extremo en señalar al *lobby* como una forma de mantener el diálogo abierto y pluralista propio de sistemas democráticos³²⁴.

La actividad del *lobby* puede dar derecho al acceso a la información pública en virtud de la LTAIBG para saber qué miembros del poder público han tenido reuniones con miembros del sector privado para adoptar decisiones, en la medida en que tales encuentros puedan haber sido determinantes para “configurar la voluntad pública del órgano, es decir, (...) relevantes para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación”³²⁵. De hecho, ha habido pronunciamientos del CTBG en este sentido favorables al acceso a la información³²⁶.

³²¹ Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Los frenos del poder. Separación de poderes...*, cit., p. 233.

³²² Cfr. Libro Verde Iniciativa Europea en favor de la Transparencia, presentado por la Comisión Europea, Bruselas, 3 de mayo de 2006 COM(2006) 194 final.

³²³ Cfr. AGUILAR JUNCOSA, I. M. “Los riesgos de corrupción de los lobbies”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 12, 2021, p. 127.

³²⁴ Así Vid. Resolución del Parlamento Europeo, sobre el desarrollo del marco para las actividades de los grupos de interés en las instituciones europeas (2007/2115(INI), Bruselas, de 8 de mayo de 2008. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2008-0197_ES.pdf

³²⁵ Resolución del CTBG 491/2015, de 10 de marzo de 2016 (FJ5).

³²⁶ Pueden destacarse en este sentido entre otras, las Resoluciones del CTBG 171/2015, de 4 de septiembre de 2015; 491/2015, de 10 de marzo de 2016. También ha de tenerse en cuenta sobre este aspecto el Criterio

El problema en torno a los grupos de presión no se centra pues en la actividad que desarrollan, sino en la falta de mecanismos de transparencia sobre la regulación de su actividad. La necesidad de regulación no contiene *per se* implicaciones negativas derivadas de la actividad del *lobby*, sino que dicha necesidad se centra más bien en evitar que la influencia originariamente lícita ejercida en democracia por los grupos de presión derive en malas prácticas de influencia indebida y opacidad³²⁷. Así pues, la regulación de la actividad del *lobby* es fundamental para evitar que puedan promover el clientelismo y la discrecionalidad en la actuación de los poderes públicos. De ahí que se venga reivindicado la regulación de su actividad a nivel estatal en España³²⁸, a través de su registro centralizado como requisito imprescindible para el ejercicio de su actividad³²⁹, así como la implantación de la huella legislativa³³⁰. No obstante, existen puntualmente algunas iniciativas autonómicas que han abierto el camino hacia la regulación del *lobby* en la esfera autonómica³³¹.

Debe señalarse que, en el marco de la UE, el Parlamento Europeo emitió un informe en abril de 2021, sobre la celebración de un Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre un Registro de

Interpretativo del CTBG y la Agencia Española de Protección de Datos sobre información relativa a las agendas de los responsables públicos CI/002/2016.

³²⁷ Alerta sobre esta cuestión en el sentido expuesto, Vid. PONCE SOLÉ, J. *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 101.

³²⁸ En la XII Legislatura hubo ya un intento de reforma del Reglamento del Congreso, para regular la actividad de los grupos de presión, no obstante resultó infructífera. Actualmente se valora positivamente la admisión a trámite durante la XIV Legislatura de la Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para incorporar un nuevo Título XIV para la regulación de los grupos de interés. (410/000014) presentada en mayo de 2021 por el Grupo Parlamentario Socialista. Puede accederse al texto de la Proposición de Reforma en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-165-1.PDF#page=1. Puede hacerse un seguimiento sobre el estado actual de la Proposición de reforma en: https://www.congreso.es/web/guest/indice-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mod_e=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XIV&iniciativas_id=410%2F000014

³²⁹ Entre otros autores, sobre la falta de regulación estatal del lobby en España puede verse RIDAO MARTÍN, J. “Algunos fundamentos jurídicos y doctrinales para una necesaria regulación del Lobby en la esfera estatal”, en RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J (Dir.) *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 93 y ss.

³³⁰ PONCE SOLÉ, J. *Mejora de la regulación, lobbies...*, cit., p. 113, define la huella legislativa (aunque el autor prefiere el término huella normativa) como “un documento que detallaría el momento, la persona y el objeto de un contacto del poder normativo con una persona física o jurídica, con el objeto de asegurar que la influencia de los grupos de intereses en el desarrollo de políticas públicas mediante normas no es desproporcionado, lo cual llevaría a una indebida influencia y a una captura del regulador. Actúa como un elemento de prevención de la corrupción y de rendición de cuentas tanto del poder ejecutivo, (...) como del legislativo”.

³³¹ Sobre las regulaciones autonómicas de los lobbies, puede verse entre otros PONCE SOLÉ, J. *Mejora de la regulación, lobbies...*, cit., págs. 103 a 112.

transparencia obligatorio³³². Este informe se constituye, entre otros considerandos, bajo el presupuesto de la confianza de la ciudadanía, y debe estar necesariamente guiada por una actuación transparente que permita la rendición de cuentas. En otro caso, y tal como señala el Parlamento Europeo en el informe, la confianza no puede sostenerse si se percibe que la actividad de los grupos de presión no está sujeta a reglas éticas, indicativas de la independencia y responsabilidad de los funcionarios de la UE³³³. Por eso, el Informe insta a la elaboración de un Registro de Transparencia para la inscripción de los representantes de intereses con carácter obligatorio³³⁴.

Esta iniciativa europea debe ser referencia a efectos de acogerse como modelo en España, trasladando así a nuestro ordenamiento la determinación normativa necesaria para regular la actividad del *lobby* en base a ineludibles exigencias de transparencia. La aprobación de la LTAIBG reabrió el debate sobre la necesidad de regular la actividad de dichos grupos de presión³³⁵, pero tal iniciativa del Parlamento Europeo habría de reforzar su definitiva aprobación.

³³² Informe del Parlamento Europeo sobre la celebración de un Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre un Registro de transparencia obligatorio (2020/2272(ACI)), A9-0123/2021, de 16 de abril de 2021. Puede accederse al Informe en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0123_ES.pdf

Este Informe va en línea con los Estándares Internacionales para la Regulación del Lobby, elaborados en 2015 por una coalición de organizaciones de la sociedad civil como son Transparencia Internacional y Acces Info Europe, junto a Open Knowledge, Sunlight Foundation. Dichos Estándares se centran como elementos principales en: la transparencia, la integridad, la participación y la igualdad de acceso, poniendo el foco en generar un terreno de mayor igualdad a favor de todos los actores implicados en la toma de decisiones, evitando así la generación de conflictos de intereses. Así, véase el documento elaborado por Transparency International, Access Info Europe, Sunlight Foundation y Open Knowledge, “Estándares internacionales para la regulación del lobby. Hacia una mayor transparencia, integridad y participación”, 2015, accesible en: http://lobbyingtransparency.net/International_Standards_for_Lobbying_Regulation_ES.pdf

Por su parte, Transparencia Internacional y Access Info Europe, realizaron en el marco de los Estándares señalados una propuesta a los grupos parlamentarios en 2017 para la regulación del lobby, accesible en: https://www.access-info.org/wp-content/uploads/AIE_TIComentariosReglamentoCD_lobby_DEF.pdf

³³³ Cfr. Informe del Parlamento Europeo sobre la celebración de un Acuerdo, cit., considerando D.

³³⁴ Sobre el carácter obligatorio del Registro de Transparencia, señala el Informe del Parlamento Europeo sobre la celebración de un Acuerdo..., cit., en el anexo A, considerando 7, que “es necesario hacer obligatorio el registro implantando, mediante decisiones individuales adoptadas por cada una de las instituciones firmantes, medidas de efecto equivalente que conviertan la inscripción de los representantes de intereses en el Registro en una condición previa necesaria para llevar a cabo determinados tipos de actividades de representación de intereses”.

³³⁵ Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014, p. 356. Sirva también de referencia un dato llamativo para España, puesto de manifiesto en el informe “El lobby en Europa: influencia encubierta y acceso privilegiado”, elaborado por Transparencia Internacional en 2015. Y es que, “la mayor parte de los países en torno a los que ha girado la crisis financiera (Chipre, España, Italia y Portugal) ocupan —junto con Hungría— los últimos puestos en la tabla”. En dicha tabla se analiza el grado de transparencia del lobby en los países europeos e instituciones de la UE. Así, si se comparan los resultados obtenidos por los 19 países europeos estudiados, resulta que España ocupa el puesto 17 con una puntuación global del 10 %, teniendo únicamente a la cola a Hungría y Chipre. De los

Con lo señalado debe concluirse que aunque la actividad de los grupos de presión para interferir en la adopción de decisiones sea relevante en una democracia pluralista es necesario que su actividad sea supervisada, controlando a los actores influyentes a través de la regulación y registro de la actividad de los *lobbies*. De esta forma, no sólo se permite conocer a la ciudadanía con criterios de confianza cómo se adoptan y quién interviene en las políticas públicas, sino que se evitan espacios de opacidad que pueden favorecer la corrupción en la relación entre actores públicos y privados.

Todos los aspectos señalados marcan un contexto político con tendencias débiles en transparencia y desconfianza de la ciudadanía en la gestión de los asuntos públicos, provocando una mala percepción de las instituciones. Es más, el señalado fenómeno de la corrupción constituye una grave amenaza para el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho³³⁶. Por ello, es importante tener en cuenta que la transparencia no sólo es hoy un presupuesto del Estado democrático sino también una nota característica del Estado de Derecho en cuanto disuasoria de la corrupción³³⁷.

El contenido propio del Estado de Derecho se ha orientado tradicionalmente al control y sometimiento del poder a las normas, para evitar inmunidades y privilegios injustificados³³⁸. Ahora bien, la concepción evolucionada del Estado de Derecho no basa sólo su legitimidad en torno a la sumisión del poder a la ley, sino a la Constitución como norma suprema y vinculante para todos los ciudadanos y poderes del Estado. De esta manera, el principio de constitucionalidad (art. 9.1 CE) presidirá el mismo principio de

datos expuestos, parece deducirse que lejos de constituir una mera casualidad, existe una relación directa entre la crisis financiera y aquellos países con mecanismos más débiles en transparencia en el lobby. En tal sentido, Informe “El lobby en Europa: influencia encubierta y acceso privilegiado”, elaborado por Transparencia Internacional, 2015, p. 8. Los datos señalados pueden corroborarse en la p. 27. Informe disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2015/11/lobbying_eu-report_esp_web.pdf

³³⁶ Vid. GIMENO FELIU, J. M. “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, nº 9, 2019, p. 1.

³³⁷ En el ámbito global de las Naciones Unidas han sido conscientes de tal realidad, y esa vinculación entre transparencia y Estado de Derecho ha sido ratificada expresamente. Así pues, en el Informe del Secretario General de la ONU, sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, (S/2004/616), p. 5, se definía el Estado de Derecho como un “principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, (...). Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2004/616>

³³⁸ Sobre el significado del Estado democrático de Derecho, puede verse entre muchos otros, PÉREZ ROYO, J., y CARRASCO DURÁN, M. *Curso de Derecho Constitucional* (Decimoséptima edición), Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 140 y ss.

legalidad y el resto de principios atribuidos al Estado de Derecho en el art. 9.3 CE, así como el sometimiento de la administración a la ley y al Derecho (art. 103 CE) y la imparcialidad, (vía art. 106 CE)³³⁹. En este sentido, la transparencia se sitúa como una herramienta de fiscalización del poder que refuerza la sujeción del poder a criterios de legalidad y, en definitiva, al Estado de Derecho.

Por otro lado, la transparencia (re)focaliza las relaciones institucionales con la ciudadanía, erigiendo a éste último como atributo indispensable del control y la rendición de cuentas. Esta dimensión viene a colación de que los representantes políticos deben dar cuenta ante sus representados, que son los titulares soberanos del poder³⁴⁰. Sobre esta base, la transparencia se sitúa como una barrera de contención del poder que refuerza el *checks and balances* y garantiza además el principio de responsabilidad en atribución de las funciones que la división de poderes subordina al imperio del *rule of law*³⁴¹.

Finalmente, en una valoración global sobre los factores endógenos y exógenos destacados en esta parte de la investigación, cabe ratificar la conexión interna y externa entre el principio de transparencia y el propio significado de la democracia. La cuestión que late de fondo en torno a los factores endógenos destacados es que la evolución del principio democrático ha hecho visible la sustantividad de la transparencia como un pilar esencial para reforzar el Estado social y democrático de Derecho. Esto, además, se ratifica por la opacidad que viene generándose con la globalización, en el proceso de pérdida de legitimación interna estatal que acontece en pos de su externalización.

³³⁹ En tal sentido, Vid. ARAGÓN REYES, M. “Artículo 1”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018, p. 35. Para profundizar sobre los elementos que conforman el principio del Estado de Derecho desde una perspectiva comparada, véase WEBER, A. “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008, págs. 40 a 58.

³⁴⁰ Sobre esta idea, entre otros muchos autores, Vid. BIGLINO CAMPOS, P. “Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio...”, cit., p. 488.

³⁴¹ Sobre la vinculación entre transparencia y división de poderes puede verse Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, cit., p. 21. Sitúa el principio de responsabilidad como anverso de la división de poderes, Vid. BIGLINO CAMPOS, P. “Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio...”, cit., p. 488.

Para profundizar sobre la tradicional regla del *rule of law* propia del ámbito anglosajón, consúltense entre otros, BRADLEY, A.W., EDWING, K. D., y KNIGHT, C. J. S. “The rule of law”, en BRADLEY, A.W., EWING, K. D., y KNIGHT, C. J. S. *Constitutional and administrative law*, 7ªed, Pearson, Harlow, United Kingdom, 2018, págs. 82 y ss; BARBER, N.W. *The Principles of Constitutionalism*, Oxford University Press, 2018, págs. 85 y ss. TUGENDHAT, M. *Liberty Intact: Human Rights in English Law*, Oxford University Press, 2016, págs. 49 y ss. ALLAN, T. R. S. “The rule of law”, en DYZENHAUS, D y THORBURN, M (Eds.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016, págs. 201 y ss.

Por su parte, se han considerado como factores exógenos contextuales de la relevancia democrática de la transparencia, la actual sociedad de la información y la debilidad del contexto político. De un lado, la sociedad global de la información está reflejando problemas para garantizar el pluralismo, visto el proceso de capitalización de la información y de marketing informativo que en él subyacen. Esto, sumado a la debilidad del contexto político según las circunstancias señaladas, manifiesta la causalidad entre la falta de transparencia y la pérdida de legitimidad democrática. O dicho en positivo, la necesidad de vehicular la transparencia como un eslabón democrático para la efectiva realización de la democracia pluralista.

4. Transparencia y Estado Autonómico

Se ha hablado hasta ahora de la transparencia como pilar del Estado social y democrático de Derecho, siendo una herramienta al servicio del control y fiscalización del poder en el marco de la democracia representativa. Ahora bien, para cerrar este capítulo debe cuando menos mencionarse que el principio de transparencia no ha sido ajeno a nuestro modelo de organización y distribución territorial del poder.

La configuración del Estado autonómico como un Estado integrado por diversos ordenamientos o espacios constitucionales, esto es, el estatal y el autonómico, hace necesaria la referencia estatutaria aunque no podamos adéntranos en ella. Con ello se pretende obtener una visión completa e integradora que tenga en cuenta la realidad pluriordinamental inherente a nuestro modelo de Estado.

Debe tenerse en cuenta que la distribución competencial entre el Estado y las CCAA atiende a lo dispuesto en la Constitución y en los respectivos Estatutos de Autonomía (EEAA). Así pues, el horizonte Constitución-Estatutos de Autonomía va a ser el que guie la distribución de las competencias así como las relaciones entre el propio Estado y las CCAA.

Como es sabido, los EEAA tienen un marcado carácter constitucional, atendiendo a su peculiar posición en el sistema de fuentes y a su función como “norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma” (art. 147 CE) en garantía de la autonomía (art. 2 CE). Por ello, en lo que ahora interesa se hará mención específica al marco estatutario desarrollado en materia de transparencia, principalmente a partir de los EEAA de segunda

generación³⁴². El motivo para centrar esta mención a los señalados Estatutos de segunda generación responde al hecho de que, desde 2006 en adelante, son los que han atendido a un proceso de renovación sustancial. Es más, puede destacarse como una de sus particularidades la inclusión entre sus previsiones de declaraciones de derechos que han tratado de otorgar una protección más extensa a los derechos en el orden interno estatal³⁴³.

Dicho esto, puede señalarse que la transparencia es una materia en la que se reflejan bien las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ateniéndose a la distribución de las bases-desarrollo. Siendo así, debe puntualizarse que los Estatutos de nueva generación no han asumido competencias específicas en materia de transparencia, sino que dicha competencia queda circunscrita al marco general de distribución de las bases-desarrollo, *ex art.* 149.1.18ª CE. Por tanto, los Estatutos asumen dicha competencia en el marco del régimen jurídico de las administraciones. Así pues, la relación entre las bases estatales, (representadas por la LTAIBG) y el desarrollo (derivado de las leyes autonómicas aprobadas a tenor de tales bases) al amparo de lo dispuesto en el art. 149 CE, se completa en virtud de la asunción de la competencia en los respectivos EEAA.

La referencia al reparto competencial en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública entre Estado y CCAA, así como la relación bases-desarrollo, será objeto de mayor profundidad a propósito del análisis de la LTAIBG. Por ello, en lo que sigue, y teniendo en cuenta que los nuevos EEAA consagran declaraciones de derechos³⁴⁴

³⁴² Sobre la especial naturaleza y los EEAA, en especial tras la aparición de estos de segunda generación y la correlativa jurisprudencia constitucional que se dictó en los años sucesivos, remito para un mayor detalle a MONTILLA MARTOS, J. A. *Reforma federal y estatutos de segunda generación. Los estatutos de autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs.59 y ss.

³⁴³ Vid. PÉREZ MIRAS, A. “Los derechos estatutarios autonómicos en el contexto de la tutela multinivel”, en HÄBERLE, P., BALAGUER CALLEJÓN, F., WOLFGANG SARLET, I, *et al* (Coords.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p.216.

³⁴⁴ Es necesario hacer mención a la eficacia derivada del reconocimiento estatutario de derechos, pues se trata de un aspecto que ha llamado al pronunciamiento del TC (STC 31/2010, 28 de junio) y que tiene consecuencias en el objeto analizado. En dicha STC, FJ 4, y 5, el TC aclara que el contenido de los Estatutos de Autonomía al que se refiere el art. 147.2 CE es el “mínimum” que deben contener para tener tal denominación, sin perjuicio de que siendo la norma institucional básica de la CA, puedan asumir otros contenidos adicionales. Y entre tales contenidos adicionales se suscita ante el TC la cuestión de si los Estatutos de Autonomía pueden contener declaraciones de derechos (STC 247/2007, de 12 de diciembre FJ 15).

No obstante, este aspecto excede del objeto de estudio, por lo que se mencionará brevemente en lo que ahora interesa. Así, en la STC 247/2007, el TC responde a la cuestión de si los Estatutos de Autonomía pueden contener “derechos”. Pese al *nomen iuris*, el TC no les reconoce naturaleza propia de derechos subjetivos, sino de “mandatos al legislador y al resto de poderes públicos autonómicos” (STC 247/2010, de 12 de diciembre, FJ 15). Por tanto, si bien el TC admite la constitucionalidad de que los EA contengan “declaraciones de derechos”: a) en realidad no son tal, sino mandatos al legislador, que actúan a modo de principios; b) sólo van a tener proyección frente a los poderes públicos de la respectiva CA, y no frente a

y principios que habrán de ser tenidos en cuenta en la respectiva Comunidad Autónoma (CA), se hará referencia a aquellos EEAA que incluyen ya en su articulado previsiones específicas sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública. Este aspecto es ciertamente interesante teniendo en cuenta la plasmación estatutaria que ha conseguido el principio de transparencia, frente a la falta de expresa consagración en el texto constitucional. No en vano, dicha plasmación estatutaria resulta un argumento de peso en favor de la consolidación de la dimensión constitucional de la transparencia. Llevando a poder afirmar que, si se reformase la Constitución, habría referencias a la transparencia.

Como se ha dicho, la mención a los EEAA se acota a los de segunda generación, conformados por el Estatuto de Valencia (2006)³⁴⁵, Cataluña (2006)³⁴⁶, Andalucía (2007)³⁴⁷, Islas Baleares (2007)³⁴⁸, Aragón (2007)³⁴⁹, Castilla y León (2007)³⁵⁰ y Extremadura (2011)³⁵¹. Finalmente habrá que aludir también al nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias aprobado en 2018³⁵².

Por su parte, el art.9.1 del Estatuto valenciano en el marco de “De los derechos de los valencianos y valencianas”, remite a las Cortes Valencianas la regulación “del derecho a una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas”³⁵³. De forma similar, se expresa también el art.

otras CCAA o frente al Estado. Además, su eficacia o justiciabilidad quedará mediatizada a la efectiva intervención del legislador autonómico en desarrollo de la competencia estatutaria de que se trate.

Entre la abundante bibliografía sobre el tema de los derechos estatutarios, véanse, por todos, DÍEZ-PICAZO, L. M. “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006. CAAMAÑO, F. “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007. CANOSA USERA, R. “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007.

Con lo dicho debe tenerse presente que el derecho estatutario al acceso a la información, tendrá la naturaleza de principio vinculante para los poderes públicos de la Comunidad Autónoma que así lo reconozca en su Estatuto de Autonomía. Y de otro lado, el principio de transparencia queda pues reflejado como un principio de actuación de las administraciones que despliega efectos vinculantes para los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, debiendo sujetar su actuación al cumplimiento de dicho principio.

³⁴⁵ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

³⁴⁶ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

³⁴⁷ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

³⁴⁸ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

³⁴⁹ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

³⁵⁰ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

³⁵¹ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

³⁵² Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

³⁵³ Art. 9.1 del Estatuto de la Comunidad valenciana.

14.1 del Estatuto de las Islas Baleares³⁵⁴, relativo a los “Derechos en relación con las Administraciones públicas”.

El Estatuto andaluz reconoce como derecho estatutario en su art. 31 la buena administración, donde se incluye el derecho de todos frente a la administración a “acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca”³⁵⁵. Asimismo se reconoce como derecho en términos similares en el art. 12 del Estatuto de Castilla y León³⁵⁶. Una diferencia por ejemplo, respecto del Estatuto balear ya mencionado, es que el Estatuto andaluz (art. 133.1), así como el de Aragón (art. 62.3)³⁵⁷ y Extremadura (37.2)³⁵⁸, enmarcan perfectamente el principio de transparencia como un principio de actuación general (rector) de la administración, mientras que el balear lo circunscribe al marco de la Financiación y Hacienda. En concreto, el citado precepto del Estatuto andaluz contiene una serie de principios nucleares de la actuación de la administración, como la eficacia, eficiencia, imparcialidad, entre otros, que junto con la transparencia, sujetan a la administración a la CE, al Estatuto y al resto del ordenamiento³⁵⁹.

³⁵⁴ En tal sentido señala el art. 14.1 del Estatuto balear que, “sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una ley del Parlamento de las Illes Balears regulará el derecho a una buena administración y al acceso a los archivos y registros administrativos de las instituciones y Administraciones públicas de las Illes Balears”.

³⁵⁵ El art. 31.1 de Estatuto de Autonomía de Andalucía prescribe que “se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca”.

³⁵⁶ El art.12 c) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León señala que “la ley garantizará los siguientes derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica (...) c) Al acceso a los archivos y registros administrativos, a los documentos de las instituciones y administraciones públicas de Castilla y León, y a la información administrativa, con las excepciones que legalmente se establezcan”.

³⁵⁷ En tal sentido, el art. 62.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón señala que “La Administración Pública aragonesa ajustará su actividad a los principios de eficacia, eficiencia, racionalización, transparencia y servicio efectivo a los ciudadanos”.

³⁵⁸ El art. 37 de Estatuto de Autonomía de Extremadura preceptúa bajo la rúbrica de “Principios rectores”: 1. “La Administración regional, bajo la dependencia de la Junta de Extremadura, sirve con objetividad a los intereses generales y procura satisfacer con eficacia y eficiencia las necesidades públicas, de conformidad con los principios constitucionales y estatutarios. 2. En su actuación, respetará los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, calidad en el servicio a los ciudadanos, así como los establecidos en el artículo 15.3 de este Estatuto”.

³⁵⁹ El art. 133.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, dispone que, “la Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, protección de la

Junto con el Estatuto andaluz, resulta ciertamente interesante la previsión de principio contenida en el art. 71.4 del Estatuto Catalán, que en el marco de los principios de organización y funcionamiento de la administración de la Generalitat, vincula la transparencia y el acceso a la información pública. En este orden de ideas estipula que de conformidad con el principio de transparencia, la administración debe hacer pública la información para favorecer así que los ciudadanos fiscalicen su actuación³⁶⁰.

Finalmente cabe aludir al nuevo Estatuto de Canarias de 2018. Sin duda alguna por lo que interesa al objeto de la materia, es cierto que introduce novedades respecto de los anteriores, teniendo en cuenta que se aprueba estando ya vigente la LTAIBG. Por un lado, el art. 32.d) del Estatuto garantiza dentro del derecho estatutario a la buena administración, el “acceso a la información pública, archivos y registros de las instituciones, órganos y organismos públicos canarios, en los términos previstos en la Constitución y en las leyes”³⁶¹. Reconoce también el principio de transparencia como principio rector de los poderes públicos (art. 37.3 del Estatuto canario). No obstante, la mayor novedad que incorpora respecto al resto es la contemplación del Comisionado de transparencia y acceso a la información pública como órgano estatutario, para el “fomento, análisis, control y protección de la transparencia pública y del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma (...)”³⁶².

En una valoración de conjunto sobre las previsiones estatutarias señaladas es importante hacer notar que tanto el derecho de acceso a la información (o en su caso por remisión a los archivos y registros administrativos, siguiendo la terminología expresada en la Constitución), como el principio de transparencia quedan reflejados ya en los nuevos EEAA. Por un lado, hay EEAA de segunda generación que contemplan directamente como derecho estatutario el acceso a los documentos/información de las instituciones públicas, en el marco de la buena administración. Por otro, también hay Estatutos que de forma específica contemplan el principio de transparencia como un principio general (rector) de actuación de la administración.

confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico”.

³⁶⁰ Concretamente, el art. 71.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone que “La Administración de la Generalitat, de acuerdo con el principio de transparencia, debe hacer pública la información necesaria para que los ciudadanos puedan evaluar su gestión”.

³⁶¹ Art. 32.d) del Estatuto autonómico de Canarias.

³⁶² Art. 60 Estatuto de Autonomía de Canarias.

CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

1. Introducción

En el capítulo anterior se ha estudiado la fundamentación teórica y la dimensión constitucional del principio de transparencia para establecer su conexión con el principio democrático. En lo que sigue a continuación, deberá descenderse al ámbito legal para estudiar cuál ha sido su configuración en la ley, así como el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español a propósito de la normativa aplicable. Por ello en este capítulo tratará de reflejarse cómo encaja la normativa desarrollada por el legislador español con el marco jurídico constitucional previamente estudiado.

No obstante, antes de entrar en el fondo de la cuestión sobre la regulación legal en España, se planteará una aproximación general de los antecedentes internacionales en materia de transparencia. En este sentido, se recurrirá tanto a una breve aproximación a los instrumentos internacionales más importantes en la materia (y ello sin perjuicio de su estudio más detenido en la parte relativa al derecho de acceso a la información pública en el contexto multinivel), así como a las principales leyes que han sido referentes en el marco del Derecho Comparado para esbozar la situación general sobre la materia.

Tras esta referencia internacional y de Derecho comparado, se procederá ya al estudio del marco legal existente en el ordenamiento jurídico español. Para ello, se partirá del análisis de los antecedentes normativos existentes en España antes de la aprobación de la primera ley específica en la materia. Posteriormente, se valorará el estado de la cuestión con la llegada de la vigente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, como la primera ley de carácter estatal específica en la materia.

Llegados a este punto, podrá valorarse tanto el contexto político social que rodea su aprobación y que advierte de la necesidad de aprobar una ley de tales características para amoldarse al contexto internacional, así como en particular, su tramitación como ley ordinaria. Concretamente habrán de analizarse las implicaciones derivadas de que la LTAIBG sea una ley básica estatal en el marco de la distribución territorial del poder. En este sentido, la referencia a los títulos competenciales y al reparto competencial resultarán obligadas, antes de proceder al estudio de la LTAIBG. Una vez analizado el aspecto

competencial, el estudio de la LTAIBG tratará de centrarse más sustantivamente en cuestiones relevantes que afectan al objeto de estudio de esta investigación, esto es, a la transparencia (publicidad activa) y al derecho de acceso a la información pública (publicidad pasiva). Al hilo de este análisis se tratarán las cuestiones más críticas, sobre aquellos aspectos de la norma que han resultado problemáticos en la aplicación e interpretación de la ley y que, por ello, siguen siendo objeto de debate a efectos del planteamiento de una reforma de la LTAIBG.

Tras el referido estudio de la ley, podrá concluirse con una valoración global de la misma, así como con una referencia a las iniciativas más novedosas que se han planteado tras la aprobación de la LTAIBG a efectos de mejorar el marco legal existente.

2. Antecedentes internacionales en materia de transparencia

2.1. Recorrido cronológico normativo y comparado

En esta primera aproximación resulta interesante destacar de dónde vienen las primeras raíces de la transparencia en el ámbito internacional y de Derecho comparado. En lo que respecta al enfoque normativo se trata en este punto de una breve aproximación, ya que esta materia será objeto de desarrollo en la segunda parte de la investigación a propósito del estudio internacional del derecho de acceso a la información pública.

No obstante, conviene realizar un recorrido cronológico por la normativa internacional y de Derecho comparado ya que, con carácter general, existe una relación entre los países que han sido pioneros en la aprobación de leyes para reglar el derecho de acceso a la información y la calidad de sus democracias³⁶³. Ahora bien, como advierte GUICHOT no todas las democracias consideradas hoy como consolidadas gozan de un reconocimiento progresista de la transparencia y del derecho de acceso a la información, como sucede concretamente en el caso español³⁶⁴.

Puede resultar ilustrativo hacer alusión a los que fueron considerados antecedentes originarios y pioneros en la materia. En este sentido, destaca la *Freedom of the Press Act*, Ley sobre Libertad de Prensa, aprobada en Suecia en 1766. A propósito de esta norma,

³⁶³ Al respecto ha señalado Cfr. GUICHOT, E. “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales...”, cit., p. 136, que “los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática”. Se muestra a favor de esta misma idea, Vid. PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia...”, cit., p. 20.

³⁶⁴ Vid. GUICHOT, E. “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales...”, cit., p. 139.

Suecia se convertirá en referente internacional al ser “el primer país del mundo en abolir formalmente la censura y (...) erigir la libertad de prensa y el derecho de acceso a la información en claves de bóveda del naciente liberalismo constitucional”³⁶⁵.

Posteriormente, destaca como instrumento jurídico relevante para sentar bases iniciales en la materia, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Concretamente en su art. 15 se reconocía a la sociedad el derecho a exigir cuentas sobre la actividad llevada a cabo por la administración pública. No obstante, este precepto quedaba consagrado más como una declaración de principios en el plano teórico que desde una perspectiva material³⁶⁶.

Será a partir de la Segunda Guerra Mundial, tras la conformación de las Naciones Unidas en 1945, cuando empiezan a aprobarse sucesivas leyes sobre en la materia. A partir del antecedente sueco y con base en el art. 19 DUDH³⁶⁷ y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que reconocen el “derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones”, como concreta manifestación del derecho a la libertad de información y expresión, muchos países se suman a la tendencia reguladora de la transparencia y el acceso a la información pública. Años después se adoptará en el marco global de la ONU el Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, (también llamado Convenio Aarhus), sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente para Europa, de 25 de junio de 1998, ratificado por la Unión Europea en 2005 y por España en 2004³⁶⁸.

A propósito de un informe realizado para la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (UNESCO), CANNAVAGGIO destaca un grupo

³⁶⁵ Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia...”, cit., p. 169.

En este mismo sentido señala la posición referente de Suecia, Vid. RYDHOLM, L. “China and the world’s first Freedom of Information Act: the Swedish Freedom of the Press Act of 1766”, *Javnost - The Public*, vol. 20, nº 4, 2013, p.46. Vid. NAIB, S. *The Right to Information Act 2005: A Handbook*, Oxford University Press, 2011, p. 1.

³⁶⁶ Vid. CANNAVAGGIO, P. Informe para la UNESCO “Les avancées récentes du droit d’accès à l’information publique dans le monde” en *Vers un droit d’accès à l’information publique au maroc etude comparative avec les normes et les meilleures pratiques dans le monde*, UNESCO, 2011, p.19. Disponible en:http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/droit_acces_information_maroc.pdf

³⁶⁷ Art. 19 DUDH prescribe que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

³⁶⁸ Sobre el Convenio Aarhus en profundidad puede consultarse actualmente, CASADO CASADO, L. “Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: veinte años del convenio de Aarhus”, *Revista catalana de dret ambiental*, vol. IX, nº 1, 2018.

“vip” de diez países considerados pioneros con sus respectivas leyes, que son: Suecia (1766), Finlandia (1951), EEUU (1966) –con su conocida *Freedom of Information Act* (FOIA)–³⁶⁹. Respecto a la ley estadounidense cabe mencionar que se constituye como un precedente mundial en la materia, ya que en ella radica “el origen moderno de este derecho ciudadano”³⁷⁰. Posteriormente, formarían parte también de este grupo de países con leyes que regulan el acceso a los documentos procedentes de la administración, Dinamarca (1970), Noruega (1970), Francia (1978), Países Bajos (1978), Australia (1982), Nueva Zelanda (1982) y Canadá (1983)³⁷¹.

Ya en los años 90 del pasado siglo se produce un proceso paralelo de apertura en la materia, tanto en el seno institucional de la UE, como a nivel interno en otros Estados. Esta primera toma de conciencia europea en pro de la transparencia tuvo lugar con ocasión de la Directiva 1990/313/CEE de acceso a la información medioambiental. A partir de ese momento se inicia en el seno de la UE un proceso de consolidación y concienciación de la transparencia como un elemento indispensable para saldar los déficits de legitimidad democrática y aproximar al ciudadano a las instituciones europeas³⁷².

Una vez sentado este primer antecedente europeo, el Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero de 1992, plantea las primeras referencias del derecho de acceso, a través de la Declaración nº 17 relativa al derecho de acceso a la información O.J.C 191 (1992)³⁷³, aneja al propio texto del tratado.

³⁶⁹ Que se vio fuertemente reforzada en 1974 tras la reforma operada en el contexto del caso Watergate.

³⁷⁰ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, p. 220.

No obstante, cabe mencionar su posterior modificación. Como señala en esta línea Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia...”, cit., p. 177, “Durante la presidencia de George W. Bush, la Administración republicana llevó a cabo dos iniciativas de signo bien diferente: por una parte, limitó el acceso a la documentación presidencial y, por otra, promulgó en 2007 la Ley de gobierno abierto, que propició una mayor transparencia. El Presidente Barack Obama declaró, en 2009, su Gobierno como el más abierto de la historia, si bien las realizaciones prácticas no estuvieron a la altura de sus ambiciosas palabras”.

³⁷¹ Vid. CANAVAGGIO, P. Informe para la UNESCO “Les avancées récentes du droit d’accès à l’information...”, cit., p. 20; Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, p. 220. Vid. GIL-LEIVA, I., y MOYA MARTÍNEZ, G. “El acceso a la información pública: estudio de casos de Brasil, España y Portugal”, *Informação & Sociedade: Estudos*, vol. 21, nº 1, 2011, págs. 73 y ss. Para profundizar sobre las respectivas leyes de acceso a la información aprobadas respectivamente en Australia, Nueva Zelanda, Canadá e Irlanda, véase, WADHAM, J., HARRIS, K., y METCALFE, E. *Blackstone’s guide to The Freedom of Information...*, cit., págs.33 a 33.

³⁷² Así, destaca como causa de los déficits de legitimidad en la UE, los déficits sobre transparencia, Vid. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, cit., p. 36.

³⁷³ En la que se dice que “La Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración. La Conferencia recomienda, por consiguiente, que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un

Dicha Declaración destaca la necesidad de adoptar medidas que faciliten el acceso de los ciudadanos a la información (en poder de las instituciones), con lo que se abrió un consciente camino europeo por la consolidación de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública³⁷⁴. De hecho, este momento se ha situado como el punto de inflexión en el que la UE “adquiere consciencia de la importancia de la transparencia como mecanismo para incrementar la democracia, la legitimación y la proximidad de las instituciones comunitarias a los ciudadanos”³⁷⁵. Por eso, no es casual que esta época coincida con un progresivo proceso regulador del derecho de acceso en legislaciones nacionales. De alguna forma, esta preocupación por la transparencia apreciada en el seno de la UE se traslada a regulaciones como la italiana (1990), la portuguesa (1993), la belga (1994) y la irlandesa (1997)³⁷⁶.

Ahora bien, para encontrar referencia expresa a la transparencia y acceso a los documentos comunitarios en el articulado del Derecho originario, hubo que esperar hasta el art. 255 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)³⁷⁷, conforme a las modificaciones que incorpora el Tratado de Ámsterdam.

informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las Instituciones”.

³⁷⁴ Vid. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014, p.285; Vid. *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016, p. 27.

En este sentido, se adoptaron medidas tales como Códigos de Conducta y decisiones por parte de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo que iban encaminadas a la consecución de tales objetivos. Entre ellas destacan, el Código 93/730/CE Código de conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión, que desemboca en la Decisión del Consejo 93/731/CE, de 10 de julio de 1997, relativa al acceso público a los documentos del Consejo; Decisión de la Comisión 94/90/ECSC, de 8 de febrero de 1994, relativa al acceso público a los documentos de la Comisión y Decisión del Parlamento Europeo 97/632/CE, 10 de julio de 1997, relativa al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo.

³⁷⁵ Cfr. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Publicidad y transparencia en el Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 45, 1998, p. 20.

En la misma línea apunta Cfr. RUFAS QUINTANA, J. L. “Las experiencias de transparencia en el Parlamento Europeo”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 201, que “en todo caso, en las instituciones europeas el tema está ligado a la *legitimidad democrática*, a la integridad de los funcionarios y responsables políticos y, desde un punto de vista defensivo, a la lucha contra la corrupción”.

³⁷⁶ Sobre la normativa respectiva a cada uno de tales países puede verse con mayor profundidad, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, p. 221.

³⁷⁷ El texto del antiguo art. 255 TCE prescribía que:

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

Este iter cronológico se sitúa ya en los inicios del siglo XXI. El año 2000 Este año relevante no sólo por el progresivo proceso de consolidación de la transparencia en países como Reino Unido, al adoptar su *Freedom of Information Act*³⁷⁸, sino también por la importante adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) en el año 2000 en Niza. Este instrumento jurídico fue clave entonces al constituirse en el “primer cuerpo jurídico del milenio en evocar, instaurar y elevar a dicho rango el derecho de acceso a los documentos de carácter público”³⁷⁹. Esa relevancia se ve lógicamente reforzada desde que el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) le otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados, desplegando desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, efectos jurídicos vinculantes. Esta naturaleza jurídica hace que se constituya como un instrumento clave para el progresivo reconocimiento a nivel nacional del derecho de acceso como derecho fundamental, a tenor de los arts. 41 y 42 CDFUE, que respectivamente reconocen y garantizan en el marco europeo el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos.

Justo un año después de la adopción de la CDFUE destaca en el año 2001 el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión en desarrollo del art. 255 TCE. En este mismo año, y fruto del compromiso europeo en la materia, destaca el Libro Blanco de 2001 sobre Gobernanza europea que busca entre sus objetivos promover la transparencia y la participación en la adopción de las políticas de la UE³⁸⁰. A partir del citado Libro Blanco se presentaría en 2006 por la

generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

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

³⁷⁸ Para profundizar sobre la norma británica en materia de acceso a la información pública en poder de las autoridades, pueden consultarse WORTHY, B. “More Open but Not More Trusted? The Effect of the Freedom of Information Act 2000 on the United Kingdom Central Government”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 23, nº4, 2010, págs. 561 a 582. BIRKINSHAW, P. *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal*, fourth Edition, Cambridge University Press, 2010, págs. 118 a 152. WADHAM, J., HARRIS, K., y METCALFE, E. *Blackstone’s guide to The Freedom of Information...*, cit., págs. 35 a 54.

³⁷⁹ PALOMARES HERRERA, M. “Estudio comparado sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España”, *Ius Humani: Revista de Derecho*, nº 6, 2017, p. 138.

³⁸⁰ Vid. SOMMERMANN, K-P. “La exigencia de una administración transparente...”, p. 17.

El citado Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Gobernanza Europea, COM (2001) 428 final (2001/C 287/01). se articula en torno a cinco principios de actuación que son la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia. A efectos concretos de fomentar la apertura y en definitiva, la transparencia en el ámbito europeo se dice que “Las Instituciones deberían trabajar de una forma más abierta. Junto con los Estados miembros, deberían desarrollar una comunicación más activa sobre la labor de la UE y sobre las decisiones que ésta adopta. Deberían asimismo utilizar un lenguaje que resultara accesible para

Comisión, el Libro Verde sobre Iniciativa europea en favor de la transparencia, que se asienta en la idea de que “un elevado nivel de transparencia forma parte de la legitimidad de toda administración moderna”³⁸¹.

Posteriormente, el Tratado de Lisboa firmado en 2007, modifica el TUE y el ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que sustituye al antiguo TCE. Así, el vigente art. 15.3 del TFUE³⁸² que sustituye al citado art. 255 TCE, responde al desarrollo de los arts. 1, 10, 11 del TUE, y tal como señala PORRAS RAMÍREZ, supone “la consideración del derecho de acceso público a los documentos, no como una estrategia o política (...) como se venía, más bien, manifestando, hasta ese momento, sino, como una condición necesaria destinada a garantizar, de manera real y efectiva, el funcionamiento democrático de la Unión”³⁸³.

En paralelo, habrá también que atender muy especialmente a las consideraciones del art. 42 CDFUE que, como se ha dicho, adquiere valor jurídico vinculante al mismo nivel que los tratados desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa³⁸⁴.

En este punto, el panorama a nivel comparado dista mucho del punto de partida señalado. A comienzos del siglo XXI sigue habiendo países europeos que siguen sumándose a la aprobación de leyes de acceso a la información, como Suiza (2004), Alemania (2005),

el público en general. Este aspecto reviste una especial importancia si se quiere fomentar la confianza en unas instituciones de por sí complejas”.

³⁸¹ Libro Verde Iniciativa Europea en favor de la Transparencia, presentado por la Comisión, de 3 de mayo de 2006, p.2.

³⁸² El vigente art. 15.3 TFUE dispone que: “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo”.

³⁸³ Cfr. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia...”, cit., p. 286. En el mismo sentido, Vid. PALOMARES HERRERA, M. “Panorámica de la transparencia en el Estado y la tendencia del derecho de acceso a la información pública en España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017, p. 23.

³⁸⁴ El art. 42 CDFUE señala que “Todo ciudadano de la Unión y 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, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”.

Malta (2008) o Luxemburgo (2010)³⁸⁵. Coetáneamente, países con mayor recorrido en la aprueban nuevas normas para mejorar su legislación o bien para complementarla. Entre estos destacan Francia, Italia, Portugal, Dinamarca, Austria, Bélgica, Irlanda o Suiza³⁸⁶.

Por su parte, si nos desplazamos al ámbito del Consejo de Europa cabría destacar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002) 2, sobre acceso a los documentos oficiales, de 21 de febrero de 2002 que, a pesar de no tener fuerza jurídica vinculante, se considera “un prestigioso instrumento que puede proporcionar una base útil y de principios para cualquier sistema de libertad de información”³⁸⁷. Ahora bien, como instrumento jurídico vinculante por excelencia debe mencionarse el CEDH que reconoce expresamente en su art. 10 el derecho a recibir o comunicar información junto a la libertad de expresión. De forma más específica en este ámbito regional destaca el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, firmado en Tromsø y abierto a la ratificación de los Estados miembros desde el 18 de junio de 2009³⁸⁸.

Una breve mención merece el ámbito regional interamericano por la incidencia que ha tenido en el reconocimiento evolutivo del derecho de acceso y de la transparencia en general, habiéndose desarrollado notablemente en los últimos años³⁸⁹. Destaca aquí el art.

³⁸⁵ Como señala Cfr. ARES GONZÁLEZ, V. “Transparencia en la Unión Europea...”, cit., p. 16, “a finales del siglo XX y comienzos del XXI se ha producido un aumento significativo del número de países de Europa que, careciendo de leyes de acceso a la información, se han decidido a colmar ese vacío: Islandia en 1996; Irlanda en 1997; Letonia en 1998; Liechtenstein, Albania, República Checa y Georgia en 1999; Reino Unido, Estonia, Lituania, Eslovaquia, Moldavia y Bulgaria en 2000; Polonia, Rumanía y Bosnia-Herzegovina en 2001; Croacia, Kosovo, Eslovenia y Armenia en 2003; Suiza y Serbia en 2004; Alemania, Montenegro y Hungría en 2005; Macedonia y Azerbaiyán en 2006; Malta en 2008 y Rusia en 2009”.

³⁸⁶ Para un estudio en profundidad sobre la regulación comparada de la transparencia y derecho de acceso a la información pública en los distintos ámbitos regionales, véase GUICHOT, E. “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales...”, cit, págs. 135 y ss. ARES GONZÁLEZ, V. “Transparencia en la Unión Europea...”, cit. *Estudio comparado sobre normativa...*, cit. PALOMARES HERRERA, M. “Estudio comparado sobre transparencia...”, cit.

³⁸⁷ Cfr. WADHAM, J., HARRIS, K., y METCALFE, E. *Blackstone’s guide to The Freedom of Information...*, cit., p. 23.

En el Considerando 3 de dicha Recomendación se pone de manifiesto el papel esencial de la transparencia y la disponibilidad de la información, y se entiende que un amplio derecho de acceso permite a la ciudadanía tener un punto de vista adecuado y una opinión crítica sobre el estado de la sociedad en la que vivimos y de las autoridades que nos gobiernan.

³⁸⁸ No obstante, su entrada en vigor queda supeditada en el art. 16.3 del Convenio a la firma y ratificación por al menos 10 estados miembros del Consejo de Europa. Esto ha llevado a la entrada en vigor del Convenio a fecha de 1 de diciembre de 2020, con la ratificación de Ucrania como décimo Estado miembro. España ha procedido a la firma del Convenio el pasado 23 de noviembre de 2021.

Para un análisis detallado sobre la regulación supranacional europea e internacional en el ámbito del Consejo de Europa relativa a la transparencia y acceso a la información véase, RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit, págs. 172 a 183.

³⁸⁹ Véase al respecto, ABA CATOIRA, A. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en América latina: la acción constitucional de acceso a la información pública en el Ecuador”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº16, 2018, p.71.

13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) pues, como ha afirmado la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA), este precepto viene a positivar el derecho de acceso a la información pública en el mismo sentido que marcan los arts. 19 DUDH y del PIDCP³⁹⁰. Asimismo cabe destacar el art. 4 de la Carta Democrática Interamericana de 2001 que entre otros aspectos, sitúa la transparencia como pilar fundamental de la democracia. En el mismo sentido, se sitúa la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública de 2009³⁹¹, en cuyo art. 42 reconoce la transparencia como “un principio que debe orientar la relación de la Administración con los ciudadanos y las ciudadanas en el manejo de la gestión pública”.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dictado jurisprudencia pionera en la materia que ha sido ejemplo modelo para el resto de ámbitos regionales al elevar el derecho de acceso a la información pública a la categoría de derecho prestacional. Esta cuestión será analizada en profundidad a propósito del estudio del derecho de acceso a la información pública.

2.2. Referencia comparada a la normativa constitucional del derecho de acceso a la información pública en los países europeos

La mayoría de países de la Unión Europea poseen normativa sobre el acceso a la información pública. En este sentido, es posible agrupar los países de la UE en cuanto al tratamiento jurídico que otorgan respectivamente al derecho de acceso, distinguiendo entre: si se le dan valor constitucional junto con su correspondiente desarrollo legislativo

³⁹⁰ Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión. “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, OEA, 2007, párrafo 35. Por su parte, el párrafo 27 de dicho estudio indica expresamente que, “la Comisión ha interpretado consistentemente que el artículo 13 de la Convención incluye un derecho al acceso a información en poder del Estado. En este sentido, la Relatoría manifestó que, dado que la libertad de recibir información debe impedir que las autoridades interrumpan el flujo de información hacia los ciudadanos, la palabra buscar, lógicamente, implicaría un derecho adicional. En este sentido, la CIDH ha resaltado que las todas las personas tienen el derecho de solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental oficial”. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

³⁹¹ España se adhirió al texto señalado en la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Lisboa, Portugal, el 25 y 26 de junio de 2009.

específico, o bien queda directamente regulado como derecho de configuración legal sin referencia constitucional expresa³⁹².

A continuación se destacarán los principales países europeos que contienen regulación al respecto. En todo caso, para el análisis de esta parte de la investigación resulta útil consultar el Global Right to Information Rating, elaborado por las organizaciones Access Info Europe y Centre for Law and Democracy, donde se realiza una aproximación a la calidad de la normativa de transparencia existente en los países, atendiendo a una serie de indicadores objetivos que permiten conocer la realidad del derecho de acceso a la información y la transparencia, en función de la región de que se trate³⁹³.

a) Países que acogen el derecho de acceso a la información pública en sus Constituciones

Como se ha dicho, dentro de este grupo de países puede señalarse como pionera en la materia Suecia con su Ley de libertad de prensa de 1766. Concretamente, se reconoce en el art. 1 del Capítulo II que lleva por rúbrica “De la naturaleza pública de los documentos oficiales”. Dicho precepto señala que “Todo ciudadano sueco tendrá derecho a tener libre acceso a los documentos oficiales con el fin de fomentar el libre intercambio de opiniones y la disponibilidad de información”. Así pues, el derecho de acceso a la información pública queda enmarcado en una de las Leyes Fundamentales que constituyen el marco normativo constitucional del país. No obstante, destaca con posterioridad la Ley Fundamental Instrumento de Gobierno de 1974, en cuyo Capítulo II relativo a los “Derechos y libertades fundamentales” se reconoce la libertad de información en el art. 1.2. También cabe citar la Ley de acceso público a la información y Secreto adoptada en 2009 que complementa la Ley de Libertad de Prensa. Dicha Ley reconoce en el apartado 1.1 las distintas modalidades que pueden entenderse incluidas dentro del principio de acceso público a la información, así como el apartado 1.2 que con carácter general va referido al acceso público a los documentos oficiales.

³⁹² Sobre la consagración del derecho de acceso a la información pública desde una perspectiva comparada entre los países de la UE, pueden consultarse entre otros FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia administrativa como moderna exigencia democrática”, en ZAMBONINO PULITO, M (Dir.) ABOULAS, H., y TEIJEIRO LILLO, M. E (Coords.) *Gobernanza, Derecho Administrativo y políticas públicas en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 70 y ss; Más recientemente sobre este mismo autor, FERNÁNDEZ RAMOS, S. A. “Transparencia pública: pasado, presente...”, cit., págs.220 y ss; *Estudio comparado sobre normativa...*, cit. págs. 47 y ss. C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

³⁹³ Global Right to Information, Access Info Europe y Centre for Law and Democracy. Disponible en <https://www.rti-rating.org/>

Noruega reconoce este derecho en el Título V de su Constitución relativo a “Derechos Humanos”, donde se reconoce la libertad de expresión, información y prensa junto con el derecho de acceso. En particular, el derecho se iusfundamentaliza prescribiendo en el art. 100 que “Todas las personas tienen derecho a acceder a documentos del Estado y de la administración municipal, y tienen el derecho a seguir las actuaciones de los tribunales y los cuerpos democráticamente elegidos”. En el ámbito legal, debe destacarse la Ley de Libertad de información de 1970, actualizada y revisada a tenor de la Ley de 19 de mayo de 2006 n° 16 relativa al derecho de acceso a documentos en poder de las autoridades y empresas públicas con la que se pretende “facilitar una administración pública abierta y transparente, y así fortalecer la libertad de información y expresión, la participación democrática, las garantías legales para el individuo, la confianza en las autoridades públicas y control por parte del público” (art. 1).

Por su parte, Austria³⁹⁴ reconoce en el art. 20.4 de su Constitución Federal que “Todo órgano que tenga a su cargo funciones de administración federal, de un Estado o de un municipio, así como los de cualesquiera otras entidades de derecho público, vienen obligados a facilitar información sobre materias de su respectivo ámbito de actividad, salvo que se oponga a ello un deber legal de secreto oficial”. Este marco constitucional de referencia otorga al derecho de acceso a la información rango constitucional, obligando al legislador a respetar y cumplir con su deber de facilitar información en poder de las autoridades, si bien es cierto que no adquiere valor iusfundamental³⁹⁵. Su desarrollo legal se efectuó por la Ley n° 286/1987 sobre el deber de otorgar información, de 15 de mayo por la que se garantiza que “cualquier persona tiene derecho a solicitar información”. Más recientemente debe citarse la modificación que introduce Ley Federal n° 102/2014 sobre las Reglas de Información del Consejo Nacional y el Consejo Federal a la Ley Constitucional Federal austriaca al introducir el art. 30 a) relativo a la protección especial y el tratamiento confidencial de la información en relación con el Consejo Nacional y el Consejo Federal.

³⁹⁴ Para un análisis en profundidad sobre el acceso a la información pública en Austria véase, BALTHASAR, A. “Special Report: Access to Information Held by Public Authorities—Austria”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019. cit., págs. 543 a 561.

³⁹⁵ Vid. BALTHASAR, A. “Special Report: Access...”, cit., p. 545.

En Países Bajos³⁹⁶, la Constitución incluye expresamente el derecho de acceso a la información pública señalando en el art. 110 que “En el ejercicio de sus deberes, los órganos del Gobierno deberán observar el derecho de acceso público a la información de conformidad con las normas que sean prescritas por ley en el Parlamento”. De la ubicación sistemática del precepto, al estar enmarcado en el Capítulo V relativo a “Legislación y Administración”, se deduce su exclusión como derecho fundamental al quedar fuera del Capítulo I relativo a “Derechos fundamentales”³⁹⁷. A este precepto ha de sumarse el desarrollo legal efectuado por la Ley sobre Acceso Público a la Información del Gobierno, (*Wet openbaarheid van bestuur*), de 31 de octubre de 1991, conocida como WOB, que aun habiendo sido enmendada, está en proceso de revisión desde que en 2019 se aprobó un proyecto de ley sobre gobierno abierto, (*wet open overheid*) conocida como WOO, en proceso de debate parlamentario y cuyo objetivo es remplazar la anterior. En concreto esta iniciativa surge para mejorar y aumentar la transparencia de los órganos gubernamentales³⁹⁸.

En Bélgica³⁹⁹ el derecho de acceso se consagra en el art. 32 de su Constitución. Así, en su Tit. II que lleva por rúbrica “De los belgas y de sus derechos” establece en el art. 32 que “Toda persona tiene derecho a consultar documentos administrativos y a que se le suministre copia, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos por la ley (...)”. El derecho adquiere así naturaleza iusfundamental. Además, Bélgica aprobó la Ley de 11 de abril de 1994 relativa a la publicidad de la Administración, así como posteriormente la Ley de 12 de noviembre de 1997 sobre la publicidad de la Administración en las provincias y comunidades, y la más reciente ley de 26 de junio del año 2000 sobre publicidad de la Administración.

³⁹⁶ Sobre la regulación del derecho de acceso a la información pública en Países Bajos puede consultarse con mayor profundidad, J. DE GRAAF, K., T. MARSEILLE, A., D. TOLSMA, H. “Transparency and Access to Government Information in the Netherlands”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, págs. 163 a 203.

³⁹⁷ Para un tratamiento en profundidad sobre el derecho de acceso a la información pública en Países Bajos, puede consultarse SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., y TEJEDOR FUENTES, L. “El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, nº2, 2016.

³⁹⁸ Sobre esta cuestión en profundidad, Vid. J. DE GRAAF, K., T. MARSEILLE, A., D. TOLSMA, H. “Transparency and Access...”, cit., págs. 198 y ss.

³⁹⁹ Para un análisis en profundidad sobre la regulación del derecho de acceso a la información en Bélgica, consúltese KEUNEN, S., VAN GARSSE, S. “Access to Information in Belgium”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, págs. 119 a 162.

Finlandia reconoce el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en el marco del Capítulo II de su Constitución relativo a los “Derechos y Libertades básicas”. Dentro de este Capítulo, el art. 12 consagra de forma conjunta la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, señalando respecto a este último que “Los documentos y grabaciones en posesión de las autoridades son públicos, salvo que su publicación tenga por objeto atender a razones que hayan sido específicamente restringidas por ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos y grabaciones públicas”. En cuanto al ámbito legal debe destacarse que Finlandia posee una larga tradición en materia de transparencia, con antecedentes legales desde 1951. De este modo se sitúa como uno de los países a la vanguardia en transparencia y acceso a la información pública, destacando además por la Ley 621/1999 sobre Apertura de las actividades del Gobierno, que contiene un capítulo específicamente dirigido a regular el derecho de acceso a la información. En concreto el art. 9.1 de la citada ley reconoce que “Toda persona tendrá derecho a acceder a documentos oficiales de dominio público”.

Por su parte, Portugal no sólo reconoce expresamente en su texto constitucional el acceso a la información sino que le otorga valor fundamental en su art. 48. El reconocimiento del derecho se efectúa de forma autónoma, en el Capítulo II del Título II de la Parte I, relativo a los “Derechos, Libertades y garantías relativos a la participación política”. Esto es, se reconoce en el marco de los derechos de participación política, por tanto no como manifestación de la libertad de expresión e información (que queda consagrada en el Capítulo I del Título II de la Parte I, en el marco de los “Derechos personales, libertades y garantías”. Concretamente, el art. 48.2 el que prescribe que “Todos los ciudadanos tendrán derecho a ser ilustrados objetivamente sobre los actos del Estado y demás entidades públicas y a ser informados por el Gobierno y otras autoridades acerca de la gestión de los asuntos públicos”.

Dicha consagración constitucional hace beneficiario al derecho de acceso a la información de las garantías a las que se refiere el art. 18 de la Constitución portuguesa, a saber: aplicación directa y vinculante para las personas y los poderes públicos, reserva de ley para restringir legítimamente el derecho, que no podrá tener carácter retroactivo y además respeto al contenido esencial. Tal regulación constitucional en la materia debe ser valorada positivamente no sólo por hacer predicable del derecho de acceso a la información las garantías propias de los derechos fundamentales sino por la nítida

distinción que efectúa entre acceso a la información pública, situada en el mencionado art. 48, y acceso a los archivos y registros administrativos del art. 268. Esta distinción ayuda a entender el matiz democrático que suscita el término información pública frente a los archivos y registros administrativos. Es por eso que en su Constitución, Portugal realiza un desglose entre el acceso a la información a la que se tiene derecho a acceder por afectar a asuntos de interés general, que se vincula con los derechos de participación política de los ciudadanos, y el acceso a archivos y registros administrativos anclado ya en el Tit. IX de “la Administración”, bajo el art. 268 que versa sobre “Derechos y garantías de los administrados”. Este último precepto sería el homónimo al art. 105.b) CE, ya que el art. 268.1 se ocupa al acceso a la información en un procedimiento del que se es parte interesada, y el art. 268.2 del acceso general a los archivos y registros administrativos. Dicha regulación constitucional se desarrolló a nivel legal por la Ley núm. 65/1993, de 26 de agosto, de acceso a los documentos de la Administración, que fue posteriormente modificada y completada por la Ley nº 46/2007, de 24 de agosto, de acceso a los documentos administrativos y su reutilización⁴⁰⁰.

En Grecia, el marco constitucional que ampara el derecho de acceso a la información parte de los “Derechos individuales y sociales”. Concretamente, en el art. 5.A.2 de la Constitución griega reconoce que, “Todas las personas tienen derecho a participar en la Sociedad de la Información. La facilitación del acceso a la información transmitida electrónicamente, a partir de la producción, el intercambio y la difusión de la misma, constituye una obligación del Estado, siempre en cumplimiento de las garantías de los artículos 9, 9A y 19”. Dicho derecho queda consagrado junto con la libertad de información, reconocida en el párrafo anterior de dicho precepto, art. 5.A.1. Además del citado art. 5.A, debe señalarse también el art. 10 del texto constitucional griego, que obliga a la administración a contestar de forma escrita y razonadas las solicitudes efectuadas por los ciudadanos. En cuanto al ámbito legal, destaca la Ley 2690 de Ratificación del Código de Procedimiento Administrativo y otras disposiciones, de 9 de marzo de 1999. En el art. 5.1 se señala que “cualquier parte interesada tiene derecho mediante solicitud por escrito a ser informado de los documentos administrativos”. La antigüedad de la regulación griega en este sentido provocó que en el año 2010 se adoptara una iniciativa llamada Programa de Transparencia, cuyo objetivo era incentivar la

⁴⁰⁰ Sobre la regulación del derecho de acceso a la información pública el Portugal puede verse con mayor profundidad, FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia administrativa en Portugal. Una referencia para el Derecho Administrativo español”, *Revista de Administración Pública*, nº 163, 2004, págs. 431 y ss.

transparencia y la confianza de la ciudadanía obligando a las instituciones gubernamentales a publicar información relativa a sus actividades en Internet⁴⁰¹. Dicha iniciativa va en línea con la Ley 4210/2013 de la Secretaría de la Reforma Administrativa y e-Governance según la cual los actos y decisiones administrativas no son válidos sino están publicados online.

Hungría reconoce en derecho de acceso en su Constitución como derecho fundamental en el Capítulo XII relativo a “Los derechos y deberes fundamentales”. Concretamente prescribe en el art. 61.1 de la Constitución que “En la República de Hungría toda persona tendrá derecho a la libertad de expresión, y al acceso y obtención de información de interés público”. No obstante, debe subrayarse cuanto menos que actualmente Hungría es una democracia liberal.

En Croacia el derecho de acceso a la información se contempla en el marco del Tít. III de la Constitución, relativo a “La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales”. Concretamente, dentro del Cap. III “Libertades y derechos personales y políticos”, se garantiza en el art. 38 el derecho de acceso a la información pública como iusfundamental, junto a las libertades de expresión e información.

La Constitución búlgara también reconoce el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental al ubicarse en el art. 41 en el Capítulo II relativo a los “Derechos y Deberes fundamentales de los ciudadanos”. De un lado, el art. 41.1 reconoce la dimensión de búsqueda de la información, junto a la obtención y distribución de la misma. Y ya específicamente el art. 41.2 reconoce que “Los ciudadanos están autorizados a obtener información de los órganos y agencias estatales sobre cualquier materia de legítimo interés para ellos que no sea un secreto estatal u oficial y no afecte a los derechos de los demás”. Se trata por tanto de un derecho fundamental autónomo desvinculado de la libertad de expresión e información (art. 39).

La Constitución eslovena recoge, en el marco del Tít. II “Derechos humanos y libertades fundamentales”, el derecho de acceso a la información. Tal derecho se consagra en el art. 39 de la Constitución como un derecho fundamental, reconocido junto a la libertad de expresión e información. Así, tras reconocerse que “Todas las personas pueden recoger, recibir y difundir libremente información y opiniones”, se garantiza a continuación que

⁴⁰¹ Puede accederse al Programa de Transparencia en: <https://diavgeia.gov.gr/en>

“Excepto en los casos previstos en la ley, todas las personas tienen derecho de obtener información de naturaleza pública en la que tengan un interés legal fundado en la ley”.

La Constitución de Rumania sitúa el derecho de acceso a la información pública en el Capítulo II “Derechos y Libertades Fundamentales” ubicado dentro del Título II relativo a “Derechos libertades y deberes fundamentales”. El derecho queda consagrado como tal en el art. 31 que contempla el acceso a la información como una manifestación del “derecho a la información”.

Por su parte, la Constitución eslovaca consagra el derecho de acceso como un derecho fundamental en el marco del Tít. II “Derechos fundamentales y libertades”. Concretamente se encuentra recogido en el art. 26.5 de la Secc. III relativa a los “derechos políticos” donde, tras reconocerse la libertad de expresión e información, se garantiza el derecho de acceso a la información imponiendo a las autoridades públicas la obligación de facilitar la información sobre sus actividades.

En Letonia, la Constitución contempla el derecho de acceso genéricamente en el marco de las libertades de expresión e información en su art. 100, que se enmarca en el Cap. VIII sobre “Derechos humanos fundamentales”.

Lituania, sin embargo, contempla el derecho de acceso a la información en el marco del Cap. II de su Constitución relativo al “Individuo y el Estado”. Así, en su art. 25 reconoce el derecho de acceso a la información como derecho fundamental al regularlo junto a la libertad de expresión e información.

La Constitución de la República Checa no contempla un catálogo de derechos y libertades como suele ser habitual en las Constituciones. En este caso, el catálogo de derechos y libertades se recoge por remisión en la Carta de Derechos Fundamentales y Libertades Básicas aprobada por las Leyes Constitucionales 23/1991 y 2/1993. En el marco de esta última, concretamente en la Secc. II sobre “Derechos políticos”, del Cap. II. “Derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 17.5), se consagra el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, tras reconocerse en ese mismo artículo la libertad de expresión e información.

Polonia contempla en el marco de los “derechos políticos”, en el art. 57 de su Constitución el derecho de acceso a la información pública. Los apartados 1 y 2 del señalado precepto señalan que “1. El ciudadano tendrá derecho de obtener información sobre las actividades

de los órganos del Estado así como de las personas que desempeñen funciones públicas. Este derecho también incluye la obtención de información sobre actividades de los órganos económicos o profesionales autónomos y de otras personas o unidades de organización en el ámbito del cumplimiento de sus deberes públicos y de la gestión de los activos o la propiedad comunitaria de la Hacienda del Estado. 2. El derecho a obtener información asegurará el acceso a los documentos y la asistencia a las reuniones de los órganos colegiados del Estado elegidos por sufragio universal, y la posibilidad de hacer grabaciones audiovisuales”. Así, el derecho queda reconocido en el marco de los derechos políticos, de forma autónoma a la libertad de expresión e información garantizada en el art. 54 de la constitución. Es necesario mencionar que, no obstante, Polonia ha menoscabado el Estado de Derecho durante los últimos años, emprendiendo el camino hacia una democracia iliberal.

b) Países del entorno europeo que encuadran el derecho de acceso a la información pública como derecho de configuración legal

En el marco de este segundo criterio clasificatorio pueden incluirse aquellos países del entorno europeo que no reconocen el derecho de acceso a la información pública en sus constituciones, pero existe legislación al respecto por lo que se considera derecho de configuración legal.

Dentro de esta segunda categoría se encuentra Irlanda, cuya andadura en el ámbito de la transparencia y el acceso a la información viene por su Ley de Libertad de Información de 1997. Esta última ha sido derogada por la adoptada en 2014 que amplía el ámbito de aplicación de la anterior. Así, el derecho de acceso queda enmarcado en el art. 11 de la Ley de Libertad de Información de 2014 que además contiene los motivos por los que las autoridades públicas sujetas a la Ley deben facilitar información, a saber, “la necesidad de lograr una mayor apertura en las actividades de los órganos sujetos a la Ley y de promover su adhesión al principio de transparencia en el gobierno y asuntos públicos, (...), la necesidad de reforzar la rendición de cuentas y mejorar la calidad de la toma de decisiones (...) y la necesidad de reforzar la dación de cuentas y mejorar la calidad en la toma de decisiones, así como la necesidad de informar sobre el escrutinio, el debate, las observaciones y el examen por el público de las actividades de los entes públicos y facilitar una participación más efectiva del público en consultas relacionadas con la función, responsabilidad y desempeño de los órganos obligados por la ley”.

Por su parte, Italia en una primera etapa circunscribió el derecho de acceso a los documentos a aquellos que tuvieran la condición de interesado, a través de la Ley 7 de agosto de 1990, nº 241 de acceso a los documentos administrativos (art. 22.1). Esta visión restrictiva⁴⁰² dio lugar a una modificación posterior en la materia por la Ley de 11 de febrero de 2005, nº 15 de Modificación e integración a la Ley 7 de agosto 1990 nº 241 sobre normas generales sobre la acción administrativa.

Dicha norma reconoce en su art. 1, junto con la publicidad, el principio general de transparencia de la administración, pero tal como ha señalado CARLONI, circunscribe el derecho de acceso a la información “como garantía para la protección de los sujetos afectados y no para el control generalizado de la acción pública”⁴⁰³. Esto ha sido cuestionado afirmándose que se dio “algunos pasos atrás con respecto al acceso a los documentos administrativos”⁴⁰⁴ previstos en la regulación anterior. En todo caso, dicha reforma debe complementarse a su vez con el Decreto legislativo 7 marzo 2005, nº 82. Código de la Administración Digital, por el que se incentiva el deber de publicidad activa de las administraciones, desembocando en una mayor transparencia proactiva. Así como también con el Decreto Legislativo 14 marzo 2013, nº 33 de reordenamiento de la disciplina sobre el derecho de acceso cívico y las obligaciones de publicidad, transparencia y difusión de información por parte de las administraciones públicas. El art. 3.1 de este último prescribe que “Todos los documentos, información y datos sujetos a acceso cívico, incluidos aquellos sujetos a publicación obligatoria bajo la legislación vigente son públicos y cualquier persona tiene derecho a conocerlos, disfrutarlos de forma gratuita, usarlos y reutilizarlos de conformidad con el artículo 7”. Concretamente el art. 5 de dicho Decreto legislativo supedita el derecho de acceso al incumplimiento de las obligaciones de publicidad cuando prescribe que “Las obligaciones establecidas para que las administraciones públicas publiquen documentos, información o datos implica el derecho de cualquier persona a solicitarlos, en los casos en que se haya omitido su publicación”. De ahí que dicha regulación no resultara suficiente en tanto que no

⁴⁰² Así Vid. Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Catalunya, El Defensor de les Persones, *El derecho de acceso a la información pública*, marzo 2012, p. 11. Disponible en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3151/Informe%20acceso%20informacion%20publica.pdf>

⁴⁰³ Cfr. CARLONI, E. “El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos”, *Revistas online INAP*, nº 7, 2017. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10432/11076>

⁴⁰⁴ Cfr. URANIA GALETTA, D. “Transparencia y buen gobierno. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018, p. 135.

reconocía un derecho general de acceso a la información. Este fue el motivo de la aprobación del Decreto Legislativo N° 97, de 25 de mayo de 2016, que modifica los anteriormente citados y que abrió la puerta en Italia a un nuevo derecho de acceso cívico, ahora ya predicable de cualquier persona sin necesidad de justificar los motivos de la solicitud⁴⁰⁵.

En resumen podría decirse que “el Decreto Legislativo núm. 97 de 2016, que introdujo esta «libertad de información», bajo la forma de un «acceso generalizado», (...) se une en el texto del reformado Decreto Legislativo núm. 33 al «viejo» acceso cívico (...). El resultado es un marco de lectura nada fácil, puesto que coexisten un derecho de acceso cívico que, (...) está vinculado a las obligaciones de publicación (y por lo tanto no sujeto a los límites previstos en el apartado 1 del art. 5) y un nuevo derecho de acceso «generalizado»⁴⁰⁶.

En Alemania⁴⁰⁷, el derecho de acceso a la información pública está previsto como un derecho de configuración legal, influido además por la estructura federal del país. Cuestión ésta última que ha sido destacada por MUELLER, ENGEWALD y HERR, al señalar que “el desarrollo de la legislación sobre libertad de información en Alemania ha tenido lugar en diferentes niveles, a saber, el federal y el estatal”⁴⁰⁸. Dicha característica compartida con España, genera un contexto normativo plural y diverso donde, por un lado, destaca la Ley Federal de acceso a la información en poder del Gobierno (*Freedom of Information Act*), de 5 de septiembre de 2005 modificada en 2013 y, por otro, las distintas leyes de información y transparencia aprobadas en los Länder⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Vid. SAVONA, P., y SIMONATI, A. “Transparency in Action in Italy: The Triple Right of Access and Its Complicated Life”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, p. 258.

⁴⁰⁶ Cfr. CARLONI, E. “El sistema de la lucha contra la corrupción...”, cit. En el mismo sentido, ver URANIA GALETTA, D. “Transparencia y buen gobierno...” cit., p.138.

⁴⁰⁷ Ampliamente sobre el derecho de acceso a la información pública en Alemania, MUELLER, C.E., ENGEWALD, B., y HERR, M. “Freedom of Information in Germany”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, págs. 207 a 254.

⁴⁰⁸ Cfr. MUELLER, C.E., ENGEWALD, B., y HERR, M. “Freedom of Information...”, cit., págs. 207 y 208.

⁴⁰⁹ En la tabla 6.1 aportada por MUELLER, C.E., ENGEWALD, B., y HERR, M. “Freedom of Information...”, cit., págs. 209 y 210 puede consultarse desde 1998 las distintas leyes de información y transparencia aprobadas en Alemania con distinción de si se trata de leyes que implican obligaciones proactivas de difusión de información o no.

En todo caso, sobre la mencionada Ley Federal de acceso a la información en poder del Gobierno modificada en 2013⁴¹⁰, cabe destacar que reconoce el derecho de acceso a la información oficial con carácter general a favor de todas las personas. Esta norma se aplica tanto a los organismos e instituciones federales en el marco de sus actividades administrativas de Derecho público, como a personas físicas o jurídicas que actúen en cumplimiento de funciones de Derecho público (art.1). Resulta interesante, además, la previsión efectuada en el art. 12 de la ley, en el que se reconoce como garantía que cualquier persona que considere que se ha vulnerado su derecho a acceder a la información pública puede acudir al Comisario Federal para la libertad de información, cuya función se centraliza para ser desempeñada por el Comisario Federal para la protección de datos⁴¹¹.

Dinamarca ostenta una larga tradición en materia de transparencia al aprobar su primera Ley de Libertad de Información en 1970. Dicha norma ha sido posteriormente revisada en numerosas ocasiones, reforzándose entre otras con la Ley de la Administración Pública, 571 de 19 de diciembre de 1985, y la Ley danesa 572 de 19 de diciembre de 1985, de Acceso a los Archivos de la Administración Pública.

En Francia⁴¹² destacan la Ley 78-753 de 17 de julio de 1978, sobre medidas de mejora en las relaciones entre la administración y el público, la Ley 79-18 de 3 de enero de 1979 sobre consulta de archivos públicos y la Ley 2000-321 de 12 de abril de 2000 sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración. Así, aunque el derecho de acceso a la información pública no cuente con una previsión constitucional específica conviene resaltar que desde 2002 el Consejo de Estado francés ha reconocido que el acceso a la información pública se constituye como una garantía fundamental para el ejercicio de las libertades públicas de los ciudadanos. En concreto, fue en los casos n° 237203 dictado por el Consejo de Estado el 13 de diciembre de 2002 y en el caso n° 228830 de 29 de abril de 2002, donde el alcance del derecho de acceso a los documentos administrativos se cataloga interpretativamente como “una garantía fundamental

⁴¹⁰ Puede accederse a la ley traducida en su versión inglesa en https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ifg/englisch_ifg.html#p0017

⁴¹¹ De forma similar se prevé también en Reino Unido la garantía en favor del acceso a la información pública y la protección de datos centralizada en el *Information Commissioner*, como dispone la *Freedom of Information Act*, de Reino Unido de 2000.

⁴¹² Para un análisis en profundidad sobre la regulación del derecho de acceso a la información pública en Francia, véase MARIQUE, Y., y SLAUTSKY, E., “Freedom of Information in France: Law and Practice”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, págs. 73 a 118.

concedida a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas en el sentido del artículo 34 de la Constitución”⁴¹³. Por lo que aunque normativamente no quede así reflejado, interpretativamente se le ha dado alcance de garantía fundamental para el ejercicio de las libertades de los ciudadanos.

A modo de conclusión cabe subrayar que la paulatina aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública, así como el reconocimiento constitucional y/o legal del derecho de acceso a la información pública en perspectiva comparada, justifican la importancia constitucional de este derecho. Las distintas opciones que se han planteado en torno a las regulaciones nacionales van desde la iusfundamentalización del derecho de acceso a la información pública al cohonestarse con la libertad de información o bien, se iusfundamentaliza como derecho autónomo (generalmente enmarcado en los derechos de participación), hasta su configuración como derecho legal. Tal diversidad de opciones evidencia discrepancias sobre la configuración de este derecho. No obstante, resulta llamativo el elevado número de países en el marco de la UE que, como se ha expuesto, iusfundamentalizan el derecho. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no todas las constituciones analizadas contemplan una clasificación de los derechos y, por ende, al no distinguir entre ellos no todos los sistemas cuentan con un régimen cualificado de garantías, como resulta de la Constitución española⁴¹⁴.

3. De la dimensión constitucional a la regulación legal del principio de transparencia

El estudio del principio de transparencia y en particular del derecho de acceso a la información pública como concreta manifestación de aquel, son elementos nucleares de esta investigación. Una vez estudiada la fundamentación y dimensión constitucional del principio de transparencia así como la referencia comparada en la materia en el entorno europeo, interesa dar el paso hacia el análisis de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. Ahora bien, para llegar a este punto clave de la investigación será necesario con carácter preliminar, analizar el estado de la cuestión en España, a propósito de la configuración legal efectuada a partir de las bases constitucionales existentes.

⁴¹³ Cfr. CE nº 237203, de 13 de diciembre de 2002 y CE nº 228830 de 29 de abril de 2002.

⁴¹⁴ Toman en cuenta esta idea en sus comentarios a la Constitución de Letonia, Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., y CORREAS SOSA, I. “Constitución de Letonia”, *Revista General de las Cortes Generales*, nº 65, 2005, p.287. En el mismo sentido, Vid. MÉNDEZ LÓPEZ, L.A. “Constitución de Lituania”, *Revista General de las Cortes Generales*, nº 65, 2005, p. 327.

Como se observó en el capítulo anterior, el problema es que no existe una sólida base en la Constitución que facilite cuál es la naturaleza jurídica de la transparencia y el acceso a la información pública. La Constitución no sólo no lo aclara sino que únicamente encomienda al legislador en el art. 105.b) CE la regulación del acceso a los archivos y registros administrativos.

Evidentemente, esa escasa o nula positivación constitucional ha generado gran confusión en la materia y dificultado la labor del legislador para obtener un buen desarrollo normativo, fruto de un anclaje constitucional claro y suficiente. Aquí, en el salto entre la dimensión constitucional y la configuración legal encontramos un primer gran escollo. Puesto que la inexistencia de una base constitucional que permita enraizar todo desarrollo posteriormente efectuado por el legislador, hace que la operación de éste último tenga más posibilidades de plantear problemas.

Como se verá posteriormente, éste ha sido el caso de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y así podrá comprobarse a propósito de su análisis. No obstante, conviene recoger en este apartado inicial la idea ya desarrollada de que el contexto político y muy particular del momento de aprobación de la CE, no puso el foco en esta materia⁴¹⁵ ni en concreto sobre la gran proyección que iba a tener a futuro el art. 105.b) CE. Este precepto con sus limitaciones, está siendo un importante asidero –si bien es cierto que insuficiente–, para anclar el desarrollo de un principio y un derecho que han pasado de forma casi imperceptible por la Constitución.

No en vano, desde los inicios del constitucionalismo democrático hemos avanzado hacia una sociedad mucho más participativa, consciente de sus derechos y exigente con las instituciones que nos representan. En este contexto, la transparencia y, en particular, el derecho de acceso a la información pública han cobrado gran fuerza en el debate público. Así pues, tras más de cuarenta años de vigencia de la CE resulta evidente la importancia de la transparencia y el acceso a la información pública para el desarrollo de la democracia representativa. En este sentido, el Tribunal Supremo ha calificado el derecho de acceso

⁴¹⁵ En este mismo sentido se pronuncia, Cfr. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 172, al destacar que “hay que tener en cuenta que se trata de un precepto que fue regulado en el año 1978, en el que las preocupaciones, tanto jurídicas como sociales, eran otras y eso tuvo su reflejo en cuanto a la formulación de los derechos fundamentales”. En la misma línea, destaca la escasa relevancia de la materia en el momento constituyente, Vid. POMED SÁNCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 142, 1997, p. 447.

como derecho de tercera generación “en una extensión de derechos en progresiva evolución”⁴¹⁶.

Con todo, la cuestión de fondo estriba en determinar en qué medida ese papel esencial que ostenta la transparencia en el constitucionalismo del siglo XXI tiene reflejo de *lege lata* en su concreción positiva. Como anunciaron MANUEL e ISABEL ÁLVAREZ RICO uno de los aspectos positivos que subyace de la regulación de esta materia es su capacidad para reflejar si en efecto, la ley se impregna de elementos como la participación, actuando de auténtico motor del cambio en pos de la cultura de la transparencia, o por el contrario, reviste bajo una nueva forma el mismo distanciamiento entre la administración y el ciudadano⁴¹⁷.

De la mano de esta cuestión, podrá comprobarse más adelante, en lo relativo al análisis de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, las decepciones normativas que coinciden en un mismo punto. Lo dispuesto en materia de transparencia no sitúa a España entre los países a la vanguardia. Todavía latan ciertas reminiscencias culturales, reflejo de la tradicional forma de estructurar el poder, que dificultan la configuración de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública en línea con la tendencia internacional.

Llama la atención en tal sentido que nuestro legislador reconozca tales debilidades en el Preámbulo de la LTAIBG, poniendo de manifiesto que España no ha sido ejemplo a seguir en Derecho comparado. En este orden de cosas, el legislador justifica la necesidad de la ley en la creación de “estándares homologables al resto de democracias consolidadas”⁴¹⁸. Sin embargo, se adelanta en esta línea que resulta igualmente llamativo el hecho de que aún asumidas tales debilidades por el legislador, el resultado obtenido con la ley haya sido la configuración de un derecho de alcance limitado, y la consagración de un principio que continúa la senda de la cuestionada regulación anterior⁴¹⁹.

Si se retrocede a la cuestión planteada en párrafos anteriores, cabe preguntarse dónde queda y cuál ha sido el papel de la transparencia en nuestro país. Para lo que se hará un

⁴¹⁶ STS de 3 de junio de 2011 - ECLI:ES:TS:2011:3726, FJº 9. En el mismo sentido se pronuncia a propósito de las STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJ5.

⁴¹⁷ Vid. ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I. “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994, págs. 474 y 475.

⁴¹⁸ Preámbulo de la LTAIBG, parte I, *in fine*.

⁴¹⁹ Se pronuncia en este mismo sentido sobre el carácter continuista de esta regulación respecto a la anterior LRJAPPAC, Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 157.

recorrido por los antecedentes en la materia, a propósito de la regulación previa a la LTAIBG así como con su entrada en vigor. En cualquier caso, se adelanta la respuesta: existe un claro desfase entre la dimensión teórico constitucional que ostenta la transparencia, –como engranaje del cambio para la mejora de la calidad democrática–, y el lugar que el Derecho positivo le ha reservado hasta ahora. Así, aun cuando el art. 105.b) CE determina expresamente las materias susceptibles de “secreto”⁴²⁰, lo cierto es que existe todavía un gran espacio de mejora en la lucha contra el hermetismo del poder público, antagónico al mandato de responsabilidad, publicidad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad.

4. Referencia a los antecedentes normativos de la LTAIBG

Antes de profundizar en la presente regulación de la transparencia a tenor de la LTAIBG, debe valorarse el porqué de la expectativa generada en torno a la esperada norma. No sin razón, la LTAIBG fue demandada por un gran sector doctrinal que ya desde años atrás aconsejaba y alertaba sobre la necesaria aprobación de una norma comprometida con la cultura de la transparencia. Estas exigencias por parte de la doctrina estaban justificadas, dado que con carácter previo a su fecha de aprobación, contábamos con una normativa poco acertada y deficitaria. No sería erróneo afirmar que la materia objeto de estudio planteaba problemas casi desde la misma aprobación de la Constitución.

En lo que respecta a la regulación del derecho de acceso a la información pública, el antecedente directo de la LTAIBG trae causa de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC). Tras la aprobación de la Constitución surgió un debate formal en torno al mandato impuesto al legislador en el art. 105 CE, concretamente el relativo a la efectividad y virtualidad del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Como señala RAMS RAMOS, la doctrina principalmente administrativista tuvo que pronunciarse prematuramente sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso, con el mediatizado objetivo de determinar si era directamente aplicable o por el contrario quedaba sujeto a desarrollo legislativo⁴²¹. Sin perjuicio de que esta cuestión se tratará en

⁴²⁰ A saber, la seguridad y defensa nacional, la averiguación de delitos y la intimidad. Sobre el secreto véase entre otros, la obra de SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. *Inteligencia y seguridad...*, cit.

⁴²¹ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 156. Sobre la problemática sobre la directa aplicabilidad del art. 105 CE puede verse también, MESTRE DELGADO, J.F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 59 y ss.

el estudio de la naturaleza jurídica del derecho debe partirse de la idea de que entonces algunos autores consideraban que era un derecho de configuración legal, *ergo* de eficacia mediata, supeditado a su concreción normativa⁴²². Sin embargo, otros autores defendían su directa aplicabilidad⁴²³, en el entendido de que el acceso consagrado en el art. 105 CE era una concreta manifestación del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE y, por tanto, gozaba de eficacia inmediata al impregnarse de su carácter iusfundamental⁴²⁴.

En cualquier caso, se reitera la idea de que las argumentaciones del momento tenían el objetivo principal de solventar la aplicabilidad directa o no del derecho, hasta tanto se desarrollara la normativa correspondiente. Dicha normativa se dilató hasta 1992, creciendo con ello el debate en torno a la virtualidad y naturaleza del derecho de acceso.

Así sucedió que el imperativo constitucional del art. 105 CE quedó pendiente de desarrollo hasta la aprobación de la LRJAPPAC, en 1992. En esta norma encontramos una alusión expresa a la “calidad y transparencia de la actuación administrativa”⁴²⁵ como escenario perseguido por la norma frente al existente hasta el momento con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. No obstante, los únicos preceptos de la ley referidos a la materia fueron los arts. 35 y 37 LRJAPPAC. Concretamente el art. 35 en términos generales se refiere a los derechos de la ciudadanía en sus relaciones con la administración, incluyendo en el apartado h) el derecho “al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes”. Y, específicamente, el art. 37 LRJAPPAC regulaba el denominado “derecho de acceso a archivos y registros”⁴²⁶.

⁴²² A favor de esta postura destacan entre otros autores, por todos, Vid. ÁLVAREZ RICO, M. “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Revista de Documentación Administrativa*, nº 183, 1979, págs. 109 y 110. Vid. ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I. “Derecho de acceso...”, cit., p. 473.

⁴²³ A favor de esta postura podemos encontrar autores como PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...”, cit., págs. 528 y 529.

⁴²⁴ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., págs. 157 a 159. En el mismo sentido se pronuncia la autora en RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía del ciudadano hasta su (posible) consideración como derecho fundamental”, en SORIANO GARCÍA, J. E (Dir.) ESTEPA MONTERO, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel, 2014, p. 1218.

⁴²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴²⁶ El art. 37 LRJAPPAC disponía:

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

Este precepto fue justificadamente criticado por la doctrina puesto que, pese a su amplia extensión, consagraba un derecho cuyo objeto no quedaba claro, con una deficiente técnica normativa además de excesivamente limitado. Sobre éste último aspecto cabe destacar que perfila un derecho supeditado a procedimientos terminados y a peticiones individualizadas con lo que se excluyen, con carácter general, las solicitudes genéricas

-
2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.
 3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.
 4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.
 5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:
 - a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.
 - b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.
 - c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.
 - d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.
 - e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.
 6. Se registrarán por sus disposiciones específicas:
 - a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.
 - b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
 - c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.
 - d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.
 - e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.
 - f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.
 - g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.
 7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.
 8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.
 9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.
 10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración”.

sobre materias determinadas. Además, exige la existencia de un interés legítimo para efectuar la solicitud y, por tanto, supedita el derecho a la condición de interesado. Todo esto bajo la inclusión de términos vagos e indeterminados que permitían denegar el derecho por “razones de interés público”, abriendo a la discrecionalidad de la administración la interpretación de estos términos.

Así las cosas, aun no tratándose de una norma transversal en la materia, eran normativa en vigor y, como tal, fue el desarrollo de la reserva de ley contenida en el art. 105 CE, pese a sus destacadas carencias, imprecisiones y defectos⁴²⁷. En general como indica POMED SÁNCHEZ, la regulación expuesta “dejaba entrever una consideración del ciudadano que trataba de ejercer su derecho de acceso como alguien cuya conducta perturbaba el buen funcionamiento de la Administración y ponía en riesgo la buena marcha del aparato burocrático al tratar de hacer valer algún interés egoísta”⁴²⁸.

Esa falta de calidad normativa, unida a su parquedad⁴²⁹, así como al hecho de que apenas otorgaba lugar a la transparencia y limitaba la naturaleza del derecho de acceso, hacía necesaria una nueva regulación. Así sucedió años más tarde a tenor de la Disposición Final primera de la LTAIBG, que modifica los arts. 35 y 37 LRJAPPC.

A tal efecto, dicha modificación se justifica en el Preámbulo de la LTAIBG en que lo dispuesto en la LRJAPPC:

“(…) adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos

⁴²⁷ Entre las críticas efectuadas por la doctrina, cabe destacar, por todos, Vid. SENDÍN GARCÍA, M. A. “Transparencia y acceso a la información pública”, en RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ., y SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014, p. 103. GUICHOT, E. “El sentido, el contexto...”, cit., p. 19. Vid. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...”, cit., p. 96. Vid. MIR PUIGPELAT, O. “El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma”, *Revista catalana de dret públic*, nº 55, 2017, págs. 52 y 53. SÁNCHEZ MORÓN, M. “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista catalana de dret públic*, nº 37, 2008, págs. 236 y ss.

En cualquier caso, como ha puesto de manifiesto Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, cit., p. 226, lo que sucedía con esta regulación es que “como ha demostrado la experiencia, la insuficiente y deficiente regulación de la Ley 30/1992 estaba por completo desprovista de la fuerza imprescindible para quebrar la tradición secular de la opacidad en la Administración, de modo que el derecho de acceso a la información se perdió en los meandros laberínticos de las praxis administrativas”.

⁴²⁸ Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia...”, cit., págs. 199 y 200.

⁴²⁹ En esta línea, precisa Cfr. PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia...”, cit., p. 20, que “De ahí que esta parca regulación pasara desapercibida y fuera incapaz de generar una cultura de la transparencia”.

contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica⁴³⁰.

Resta decir que antes de la aprobación de la LTAIBG el único apoyo con el que años más tarde contaría la cuestionada LRJAPPC en materia de transparencia sería el art. 3.5 de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando prescribe que: “en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”. Son destacables también como apoyos en materia de publicidad activa el Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁴³¹, y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. No obstante, según señala el Preámbulo de la LTAIBG, “esta regulación resulta insuficiente en la actualidad y no satisface las exigencias sociales y políticas del momento⁴³²”.

Además, con carácter claramente sectorial, deben mencionarse algunas normas que también reconocen el derecho de acceso en su ámbito objetivo como la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y relacionada con ésta última, aunque fuera del marco de la Directiva que transpone, también la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. A la citada normativa se suman algunas disposiciones específicas de determinadas normas sectoriales como sucede con el art. 5 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, o el art. 1.3. h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del estatuto básico del empleado público (hoy actualizado como texto refundido a través del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

⁴³⁰ Preámbulo de la LTAIBG (II).

⁴³¹ Dicha norma quedó derogada con efectos de 9 de marzo de 2018, por la disposición derogatoria de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁴³² Preámbulo de la LTAIBG, II.

Este panorama normativo plural y disperso no sirvió para sistematizar debidamente la transparencia, sino para parcelarla con carácter sectorial, sin entender que se trataba en realidad de un fenómeno transversal, falto de una regulación más ambiciosa capaz de recoger sus bases constitucionales. Había un cierto continuismo respecto de la situación anterior, a la que ahora se sumaba un confuso marco normativo. Esta situación, lejos de mejorar la situación normativa en la materia impidió la consecución de una visión constitucional integral, completa y cohesionada del derecho de acceso a la información pública y la transparencia.

5. La aprobación de la LTAIBG

Desde la citada regulación contenida en la LRJAPPC de 1992 hubo que esperar al año 2013 para la aprobación de una actuación legislativa que cubriera de forma transversal el desarrollo del art. 105 CE. La aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁴³³, supuso un punto de inflexión en España en materia de transparencia.

La aprobación de la norma en este momento no fue casualidad, ya que colmaba una laguna que venía manifestándose desde tiempo atrás. En cualquier caso, como se analizó en el capítulo anterior en relación con la debilidad del contexto político, hubo causas específicas motivadas por la crisis económica que motivaron esta actuación del legislador.

La crisis económica generó graves preocupaciones internas relativas en relación a la sostenibilidad económica y el equilibrio presupuestario, tras la reforma del art. 135 CE en el año 2011. Este precedente dificultó la aprobación de leyes enfocadas en la garantía

⁴³³ Para un análisis sobre la LTAIBG pueden consultarse entre otros, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit. VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2014; FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública en España*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2017. RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ y SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Editorial Comares, Granada, 2014. GUICHOT, E. (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., et al. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., y TARÍN QUIRÓS, C. (Coords.) *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014. TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

de los derechos sociales en tanto tuvieran repercusión económica en el gasto público⁴³⁴. Pero no sólo existió una preocupación por las consecuencias derivadas de la situación económica, sino en la misma medida por la crisis institucional que llevó aparejada⁴³⁵ con ocasión de fenómenos como supuestos de corrupción y la denuncia de falta de representatividad.

Todos estos elementos evidenciaron la necesidad de fortalecer la calidad democrática de nuestras instituciones y de adoptar medidas orientadas a paliar el distanciamiento entre gobernantes y gobernados. No obstante, hasta este momento podría decirse que la transparencia en España no se había percibido por las instituciones como una estrategia democrática, ya que parecía imponerse una visión tecnócrata de la administración, como aparato burocrático del poder. Lo cierto es que incluso podía percibirse un cierto escepticismo hacia la transparencia, vista como un elemento de sobrecarga institucional y enlentecimiento del funcionamiento de las instituciones.

Sin embargo, las circunstancias señaladas propiciaron una toma de conciencia definitiva, reforzando la necesidad de apostar por una cultura de la transparencia. De esta forma, de la convicción de que España debía reforzar su calidad democrática a través de la rendición de cuentas y la participación de la ciudadanía, surge el debate para la tramitación de la LTAIBG. Justamente aquí se inserta el propósito de la LTAIBG, y así se expresa en el Preámbulo:

“La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

Su finalidad apunta claramente a constituirse en clave del cambio, situándose en “un importante avance en la materia”⁴³⁶, al enfocarse hacia la necesidad de rendir cuentas ante

⁴³⁴ Vid. TRONCOSO REIGADA, A. “Presentación” en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p. 77.

⁴³⁵ Destaca el papel especialmente preocupante de esta crisis en tanto que no solo revela una crisis económica sino una crisis institucional de legitimación, Vid. ÁLVAREZ CONDE, E. “El Derecho Constitucional...”, cit., págs. 94 y 95.

⁴³⁶ Preámbulo de la LTAIBG (I).

una sociedad exigente y crítica con los poderes públicos. A esto debe añadirse también el hecho de que España estaba desmarcándose y quedando a la cola de los países europeos que habían aprobado ya normas de tales características, siguiendo la estela internacional⁴³⁷. Este aspecto también queda expresado en el Preámbulo de la LTAIBG al señalar que:

“Desde la perspectiva del Derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya en sus ordenamientos jurídicos con una legislación específica que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. España no podía permanecer por más tiempo al margen y, tomando como ejemplo los modelos que nos proporcionan los países de nuestro entorno, adopta esta nueva regulación”⁴³⁸.

Así es como nace la esperada y tardía LTAIBG⁴³⁹, que despliega su alcance sobre tres ejes fundamentales: 1) el incremento de la transparencia a través de la imposición de obligaciones de publicidad activa a todas las administraciones y entes públicos; 2) reconoce y garantiza el derecho subjetivo de acceso a la información pública a favor de todas las personas; y 3) prevé obligaciones de buen gobierno así como consecuencias que se derivan para los responsables públicos por su incumplimiento⁴⁴⁰.

En general, puede afirmarse que la tramitación de la LTAIBG generó expectativas en un doble sentido: subjetivamente, a tenor de las dificultades y necesidades del momento, y objetivamente, al ser la primera norma en la historia de nuestra democracia dedicada de forma integral y expresa a la materia⁴⁴¹. Esta novedad en el ordenamiento jurídico fue recibida por la doctrina y la sociedad en general de forma positiva como una fuente verdaderamente necesaria para el porvenir democrático del país⁴⁴². Esto es, se vio en ella la ocasión adecuada para cambiar la naturalización de la opacidad por un modelo más

⁴³⁷ Como apunta Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “La transparencia pública: pasado...”, cit., p. 226, “a inicios de esta segunda década del siglo XXI España era el único miembro del Consejo de Europa con una población de más de 1 millón de habitantes que carecía de una Ley específica de transparencia y acceso a la información pública”.

⁴³⁸ Preámbulo de la LTAIBG (II)

⁴³⁹ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L. “Transparencia y derecho de acceso...”, cit., p. 19.

⁴⁴⁰ Estos tres ejes son expresados en tales términos en el Preámbulo de la LTAIBG.

⁴⁴¹ En tal sentido, nota al pie Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 158.

⁴⁴² Por eso, entre otros muchos autores, GUICHOT, E. “El sentido, el contexto...”, cit., p. 33, consideró la tramitación de la LTAIBG como una auténtica oportunidad para “lograr una mejor gestión, una mayor participación y, por ende, un menor grado de corrupción”.

abierto a favor de la transparencia como un verdadero principio de actuación global en el Derecho español.

5.1. Tramitación de la LTAIBG: ¿ley ordinaria o ley orgánica?

Pese a lo esperado de la ley, su proceso de tramitación y aprobación definitiva no fue rápido. Transcurren dos años desde que, a raíz del discurso de investidura del presidente de gobierno en diciembre de 2011 se anuncia la ley, hasta que se produce su definitiva aprobación y publicación en diciembre de 2013⁴⁴³.

Sobre el proceso de gestación de la norma, debe valorarse positivamente que pasara por un procedimiento de consulta pública⁴⁴⁴. Esto permitió a la ciudadanía realizar aportaciones, traducéndose en más de tres mil sugerencias que mejoraron el Proyecto de ley respecto a la versión inicialmente presentada en 2012.

Entre la pluralidad de cuestiones que se planteaban con el intento de aprobación de esta norma, surgía una fundamental de carácter sustantivo en la que se debatía la tramitación de la ley como orgánica u ordinaria en atención a si el desarrollo legislativo previsto iba a dar una nueva concepción al derecho de acceso a la información pública considerándolo una manifestación de la libertad de información, y por tanto, un derecho fundamental, o por el contrario, sistematizaba la previsión del art. 105.b) CE como ley ordinaria⁴⁴⁵.

A modo de paréntesis y para comprender mejor la problemática suscitada al efecto, es importante destacar siquiera brevemente la doctrina del TC sobre la garantía de la reserva de ley orgánica y su relación con la ley ordinaria. Como es sabido, la CE sujeta a reserva de ley orgánica en su art. 81.1 CE la regulación entre otras materias, y por lo que aquí interesa, del “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. En este sentido, cabe señalar que el TC ha realizado una interpretación restrictiva de la

⁴⁴³ Vid. GUICHOT, E. “El sentido, el contexto...”, cit., págs. 19 a 34. Vid. COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., págs. 70 y 71. Cabe destacar que en ese lapso temporal 2011-2013, se pasa resumidamente, por los respectivos Anteproyectos de marzo y mayo de 2012, por la aprobación del Proyecto en julio de 2012, y su entrada y tramitación en el Congreso de los Diputados –desde que se califica en septiembre de 2012-. Para un tratamiento pormenorizado del proceso de tramitación de la ley, véase, DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. “Introducción...”, cit., págs. 74 a 79.

⁴⁴⁴ Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J. “Transparencia y corrupción. Un análisis desde la sociedad civil”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 89.

⁴⁴⁵ Vid. ANTONINO DE LA CÁMARA, M. “Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 4, 2017, p. 3.

reserva de ley orgánica del art. 81 CE, tanto en lo relativo al término “desarrollar” como sobre las materias susceptibles de regulación por ley orgánica⁴⁴⁶.

Cabe recordar que en primer lugar, la expresión “desarrollar” se ha interpretado por el TC de forma restrictiva, para remitir a la ley orgánica solamente el desarrollo directo de los derechos fundamentales⁴⁴⁷. Igualmente sucede con las materias objeto de reserva. Tan inconstitucional sería que una ley orgánica excediera su marco de actuación sobre materias que no le estén específicamente reservadas por la CE, como que la ley ordinaria invadiera materias constitucionalmente reservadas a la ley orgánica⁴⁴⁸.

Además en relación a los derechos sobre los que recae la reserva de ley orgánica cuando el art. 81.1 CE alude a los “derechos fundamentales” y “las libertades públicas”, el TC aclaró también tempranamente que dicha reserva se limita a los derechos comprendidos en la Sección I del Capítulo II del Título I CE, esto es a los arts. 15 a 29 CE⁴⁴⁹.

Dicho esto conviene hacer una serie de precisiones sobre cómo se tramitó la LTAIBG y la problemática que ocasionó desde la dimensión constitucional. La opción del gobierno

⁴⁴⁶ Así lo expresa el TC en la STC 184/2012, de 17 de octubre, señalando en el FJ9 que “nuestra doctrina ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o «restrictivo» para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a «la materia» objeto de reserva”.

⁴⁴⁷ Entre otras, puede destacarse en este punto la STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3, donde el TC aclara que “la expresión “desarrollo” que la Constitución emplea para delimitar en este extremo el objeto de las Leyes Orgánicas ha de recibir una interpretación restrictiva. Así, tal expresión se refiere al desarrollo “directo” de los derechos fundamentales (STC 6/1982, fundamento jurídico 6º), puesto que el instrumento de la Ley Orgánica “no puede extremarse” hasta el punto “de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental”, habida cuenta, además, de que el instrumento de la Ley Orgánica “convierte a las Cortes en constituyente permanente” (Ibidem). Es por ello, por lo que hemos precisado que “el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas...” (STC 140/1986, fundamento jurídico 5º)”.

⁴⁴⁸ La interpretación estricta del TC sobre las materias reservadas a ley orgánica ha sido doctrina reiterada del TC, y entre otras muchas cabe citar las SSTC 160/1987, de 27 de octubre FJ 2; 142/1993, de 22 de abril, FJ 2º; 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3; 124/2003, de 19 de junio, FJ 11.

⁴⁴⁹ El TC aclaró esta cuestión en la STC 76/1983, de 5 de agosto, que planteaba la susceptibilidad de regulación por ley orgánica del art. 14 CE. A propósito de este caso, el TC señaló claramente en su FJ2, que “el art. 53 de la Constitución establece que cualquier ciudadano podrá recabar, a través del recurso de amparo, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección Primera del capítulo II, mientras que el art. 81.1, al definir las materias propias de Ley orgánica, se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección Primera del capítulo II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el art. 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial -«desarrollo de los títulos I y II de la Constitución»- hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley orgánica. Existe, pues, una exclusión expresa del art. 14 en el art. 81. 1 de la Constitución”.

para la tramitación de la norma fue la de acogerse al procedimiento ordinario bajo el prisma de que el mandato contenido en el art. 105.b) CE es de reserva genérica de ley, quedando por tanto fuera del marco orgánico del art. 81.1 CE⁴⁵⁰.

Como apunta el Dictamen emitido por el Consejo de Estado en 2012, la Memoria del Anteproyecto se acogía a ese rango normativo por motivos de ubicación sistemática del precepto, esto es, la Memoria justifica el rango de ley ordinaria sobre la base de que “el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución, desarrollado hasta ahora por un precepto legal de rango ordinario (el ya mencionado artículo 37 de la Ley 30/1992)”⁴⁵¹.

Esta postura ha sido criticada, tildándose de “cómoda ruta de escape”⁴⁵² para evitar afrontar de lleno la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho. El hecho de que se reconozca como derecho legal del ciudadano frente a la administración en el art. 105 CE, no impide que pueda tener carácter fundamental como una manifestación de la libertad de información del art. 20.1.d) CE⁴⁵³. Sobre esta cuestión se volverá al analizar la naturaleza jurídica del derecho de acceso. No obstante, resulta necesario destacar aquí las líneas generales que suscitó la polémica en torno al carácter orgánico u ordinario que debía tener la ley en cuestión.

En definitiva, la aprobación de la LTAIBG reabre el debate en torno a la naturaleza jurídica del derecho. En este caso, el debate estuvo motivado por la necesidad de resolver si la ley debía aprobarse como ordinaria u orgánica, lo que claramente dependería de la

⁴⁵⁰ Vid. ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria: problemática jurídico-constitucional”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 75.

⁴⁵¹ Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, emitido por el Consejo de Estado (Comisión Permanente), nº de expediente 707/2012, de 19 de julio de 2012, p. 5. Disponible en: <http://lawcenter.es/w/file/view/91/dictamen-7072012-el-consejo-de-estado-sobre-anteproyecto-de-ley-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica-y-buen-gobierno>

⁴⁵² Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014, p. 351.

Entre otros muchos autores, critica en este sentido Cfr. RIDAO MARTÍN, J. “Consideraciones ante la futura efectividad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Diario La Ley*, nº 8340, Sección Tribuna, 2014, que “por ello su configuración como ley ordinaria dificulta su homologación con los estándares de otras legislaciones europeas, pues, no en vano, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el Consejo de Europa (Convenio de Tromsø núm. 205, sobre el Acceso a los Documentos Públicos), además del Consejo de Estado en su informe sobre el proyecto de ley, relacionan este derecho a la libertad de información”.

⁴⁵³ Vid. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 351.

naturaleza jurídica del derecho⁴⁵⁴. No obstante, la discusión fue efímera, ya que el Proyecto de Ley no se calificó como orgánico, pese a las recomendaciones y enmiendas propuestas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en tal sentido⁴⁵⁵. De este modo, al mantener el legislativo la opción presentada por el gobierno, no hubo más que añadir, teniendo en cuenta además que la elección del gobierno encajaba en sentido estricto con la doctrina del TC.

En efecto, el art. 105.b) CE no es susceptible por sí mismo de la garantía de la reserva de ley orgánica atendiendo a la doctrina constitucional, pues el derecho a los “archivos y registros administrativos” a los que alude el precepto queda fuera de la Sección I del Capítulo II del Título I. Ciertamente es que existía la posibilidad de anclar el desarrollo legislativo del art. 105 CE en conexión directa con el art. 20 CE, en tanto que el art. 105 CE parece claramente insuficiente para regular, sobre la limitada base constitucional a los archivos y registros de carácter administrativo, un derecho de acceso a la información pública con carácter transversal. No obstante, se aducía como freno a esta opción la imposibilidad de que el legislador suplantara en su caso la opción reservada al TC, para reconocer a través de la interpretación la iusfundamentalidad de un derecho⁴⁵⁶.

No puede olvidarse en este punto el antecedente existente en materia de protección de datos, que de alguna forma rompe con el párrafo anterior. Así, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, se desarrolló por el legislador orgánico sobre la base del art. 18.4 CE, para limitar por ley “el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal

⁴⁵⁴ Puede verse el debate sobre la naturaleza jurídica derecho a propósito de la discusión sobre el carácter ordinario u orgánico con el que debía aprobarse la LTAIBG, en las comparecencias vertidas en los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCP) Comisión Constitucional, nº248, de 23 de enero de 2013; nº 254, de 12 de febrero de 2013; nº 290, de 20 de marzo de 2013; nº 295, de 10 de abril de 2013; nº 301, de 17 de abril de 2013; nº 308, de 24 de abril de 2013.

⁴⁵⁵ Así, Vid. OLMEDO PALACIOS, M. “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre...cit., p. 3, explica como por ejemplo, la OSCE advirtió en 2012 que el Anteproyecto no cumplía con las normas y principios del TEDH, incluido el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Además tilda de “cosméticas” las modificaciones posteriores efectuadas, antes de que el Proyecto se aprobase. Los comentarios de la OSCE al Anteproyecto y sus modificaciones pueden consultarse en <https://www.osce.org/es/fom/90791?download=true>; <https://www.osce.org/es/fom/91312?download=true>; y <https://www.osce.org/fom/104897>

⁴⁵⁶ Se pronuncian críticamente al respecto, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública en España*, 2ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2021, p.42, señalando que “ciertamente el legislador ordinario no está en condiciones de crear derechos fundamentales, función esta exclusiva de la Constitución y, en su caso, de su supremo interprete. Pero no es menos cierto que la propia Constitución, interpretada de acuerdo con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal como exige en art. 10.2 CE, podría (debía más bien) fundamentar una elección bien diversa”.

y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos” (art. 18.4 CE). Al respecto se declaraba en la propia Exposición de Motivos, que

“el desarrollo legislativo de un precepto constitucional se traduce en una protección reforzada de los derechos fundamentales del ciudadano. En este caso, al desarrollar legislativamente el mandato constitucional de limitar el uso de la informática, se está estableciendo un nuevo y más consistente derecho a la privacidad de las personas”⁴⁵⁷.

Este antecedente muestra el desarrollo por el legislador de un “nuevo” derecho fundamental a partir de un precepto constitucional que no lo consagra expresamente, y ello antes de que así lo reconociera el propio TC. En efecto, el TC vino a pronunciarse posteriormente en la STC 154/1993, de 20 de julio, reconociendo que la protección de datos es una garantía derivada del art. 18.4 CE, que constituye un derecho fundamental “en sí mismo”⁴⁵⁸.

Ahora bien, como ha puntualizado ROLLNERT LIERN, la gran diferencia entre un caso y otro estriba en que la base sobre la que se apoyó el legislador en el supuesto de la protección de datos, resulta de una “previsión normativa incluida incontestablemente en uno de los preceptos constitucionales (art. 18.4 CE)” dentro de la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE, frente al caso del derecho de acceso a la información pública cuyo desarrollo como derecho fundamental mediante ley orgánica, “se vería a priori obstaculizado por su identificación con el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos del art. 105.b) CE, emplazado en el Título IV y sujeto a una reserva genérica de ley”⁴⁵⁹. Así pues, podría decirse que el legislador no salvó finalmente la dificultad que añadía en este caso la existencia de una previsión constitucional expresa que remitía al legislador la regulación del acceso a los archivos y registros administrativos en el art. 105.b) CE⁴⁶⁰, por tanto, fuera del marco de acción del art. 81.1 CE.

⁴⁵⁷ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Posteriormente se aprueba la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que ha sido derogada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

⁴⁵⁸ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.

⁴⁵⁹ Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p.359.

⁴⁶⁰ Resulta muy interesante en este sentido la consideración efectuada por ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 360, cuando indica que “el antecedente del reconocimiento legislativo de un derecho fundamental a la protección de datos innominado como tal en la Constitución solo puede avalar la configuración del acceso a la información pública como derecho fundamental si esa misma vía de la interpretación del art. 20.1.d) conforme a los tratados internacionales permite integrarlo en el derecho fundamental a la libertad de información y salvar la dificultad del reconocimiento expreso del derecho de acceso en el art. 105 b) CE como un derecho constitucional no fundamental y de configuración legal (...)”.

En este sentido, la LTAIBG se presenta como una norma de rango legal ordinaria que viene a desarrollar el derecho consagrado en el art. 105.b) CE⁴⁶¹. Esto es, sigue la estela del art. 37 LRJAPPAC al realizar el mismo anclaje constitucional de la materia, sólo que ahora está reconociendo un derecho de acceso a la información pública. En este sentido, llama la atención que aunque la LTAIBG haya modificado los criticados preceptos de la LRJAPPAC, configure legalmente un derecho de acceso más limitado que el que le correspondería *por mor* de su fundamento constitucional, con una tendencia que procede de la normativa anterior⁴⁶².

Cabe no obstante recordar un ejemplo que guarda similitudes con el caso del acceso a la información pública como derecho de configuración legal y que ha tenido un encaje constitucional más sólido. Se trata del caso de la asistencia jurídica gratuita que, siendo un derecho de configuración legal contemplado fuera del Título I CE, remite su desarrollo al legislador. En este sentido, el art. 20 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) contempla la conexidad entre la asistencia jurídica gratuita y la efectividad del art. 24 CE. Con lo que la LOPJ está reconociendo la instrumentalidad de un derecho de configuración legal para hacer efectiva la tutela judicial efectiva en caso de falta de medios económicos. Concretamente, el art. 20.2 LOPJ prescribe que “Se regulará por ley un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar”. Esta labor normativa se ha desarrollado por el legislador ordinario a través de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Con ello nos encontramos frente a un derecho de configuración legal, que ha sido reconocido legalmente, y así avalado por el TC, como garantía instrumental para la efectividad del art.24 CE en caso de falta de medios económicos para litigar. El derecho se reconoce así instrumentalizado en la propia LOPJ, aunque se desarrolla de forma específica en una ley ordinaria.

5.2. Referencia al reparto competencial

La LTAIBG se configura como una ley ordinaria de carácter básico en la mayoría de su articulado, que tal como indica su disposición final 8ª, se dicta al amparo de los títulos competenciales previstos en los arts. 149.1.1ª, 149.1.13ª, 149.1.18ª CE⁴⁶³. De hecho, el

⁴⁶¹ Vid. ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho...”, cit., págs. 73 y 75.

⁴⁶² Vid. BOIX PALOP, A. “Transparencia, participación...”, cit., p. 248.

⁴⁶³ La señalada Disposición final octava, bajo la rúbrica “Título competencial”, dispone que: “La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1.ª, 149.1.13.ª y 149.1.18.ª de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 6, el artículo 9, los apartados 1 y

propio TS califica la LTAIBG como “la normativa básica transversal que regula esta materia, al tiempo que complementa al resto de las normas”⁴⁶⁴.

Sobre la elección de los títulos competenciales escogidos por el legislador, existe acuerdo en que se trata de “títulos expansivos que determinan que prácticamente todo su articulado tenga carácter básico”⁴⁶⁵. Esta opción expansiva del legislador ha sido objeto de crítica por el TC en la STC 104/2018, de 4 de octubre, cuando indica que:

“Desde un prisma formal, la catalogación que efectúa el legislador, dada su imprecisión, no facilita el encuadre competencial al aludir genéricamente, en la disposición final octava de la mencionada ley a los títulos competenciales de los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 CE”⁴⁶⁶.

La doctrina ha justificado principalmente la configuración básica de la materia en el art. 149.1.18^a CE, en lo relativo a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas⁴⁶⁷. Por su parte, el TC en el caso analizado en la citada sentencia, descarta expresamente los títulos competenciales del art. 149.1. 1^a y 13^a CE mencionados en la disposición final 8^a LTAIBG, ciñéndose al art. 149.1.18^a CE y concluyendo al respecto que:

“el título competencial, de entre los citados por la disposición adicional octava de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, en el que puede residenciarse formalmente la referida norma es el previsto en el artículo 149.1.18 CE”⁴⁶⁸.

2 del artículo 10, el artículo 11, el apartado 2 del artículo 21, el apartado 1 del artículo 25, el título III y la disposición adicional segunda”.

⁴⁶⁴ Entre otras, Cfr. SSTS 1565/2020, de 19 de noviembre; 1817/2020, de 29 de diciembre; 257/2021, de 24 de febrero.

⁴⁶⁵ ARAGUÁS GALCERÀ, I. “Los límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en la legislación autonómica de transparencia”, en ARAGUÁS GALCERÀ, I., PÉREZ GARCÍA, I.L., ARTIGAS MONGE, R., et al. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2017, p. 22.

⁴⁶⁶ STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ 4.

⁴⁶⁷ En tal sentido, véase Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, págs. 37 y ss, donde dentro del título competencial del art. 149.1.18^a CE sobre las “bases del régimen jurídico y procedimiento administrativo común”, justifican la inserción de la materia en el título competencial sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, pero no en el procedimiento administrativo común.

⁴⁶⁸ STC 104/2018, de 4 de octubre FJ 4. Para llegar a esta conclusión el TC descarta los otros títulos competenciales mencionados en la LTAIBG, señalando que “Debe descartarse el encuadre en el título competencial previsto en el artículo 149.1.1 CE, al que se refiere la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno —condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles—, pues éste queda necesariamente desplazado, una vez que el precepto puede ser encuadrado en el artículo 149.1.18 CE, «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común», en tanto que regla más precisa que asegura, en este ámbito, la uniformidad normativa que la Constitución ha querido preservar en todo el territorio del Estado (SSTC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5

Puede por tanto señalarse que la configuración de la LTAIBG da paso a la articulación de las “bases-desarrollo” propia del marco de distribución competencial *ex art.* 149 CE, permitiendo así la colaboración normativa entre el Estado y las CCAA. De esta forma, las bases dictadas por el Estado constituirán el común denominador sobre los elementos esenciales a favor de los administrados en sus relaciones con la administración⁴⁶⁹. En consonancia y a partir de tales bases, las CCAA podrán establecer su propia normativa de desarrollo llevando a cabo políticas propias en el marco de sus competencias.

Debe tenerse en cuenta que, según la doctrina del TC, la incidencia y grado de pormenorización de las bases no siempre es el mismo en la medida en que se afecte a aspectos meramente organizativos, o por el contrario, se afecte a “la actividad externa de la Administración y a los administrados”⁴⁷⁰. Sucede en este caso que la legislación estatal está regulando, entre otros aspectos, el ejercicio de un derecho subjetivo de los ciudadanos, por lo que en aplicación de la señalada doctrina constitucional, cabe pensar que opera en favor del legislador básico estatal un mayor grado de intervención dentro de la regulación de las bases. No se entiende en ese sentido la exclusión del art. 149.1.1º CE que hace el TC, pues se trata de garantizar las condiciones de igualdad en todo el territorio nacional en el ejercicio del derecho.

y 251/2006, de 25 de julio, FJ 11). De este modo la cláusula general del artículo 149.1.1 CE, queda desplazada por el título más específico que ostenta el Estado. Por otra parte, la norma estatal tampoco se ampara en el título competencial previsto en el artículo 149.1.13 CE. Al respecto, debemos recordar que «es preciso realizar una interpretación restrictiva del artículo 149.1.13 CE, puesto que una lectura excesivamente amplia del mismo podría constreñir o incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las Comunidades Autónomas» (STC 29/1986, FJ 4). En esta línea, hemos insistido reiteradamente en que el artículo 149.1.13 CE, como regla de carácter transversal en el orden económico, se proyecta sobre los distintos sectores de la economía, pero con el importante matiz de que las normas estatales dictadas al amparo de este título pueden fijar «las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (por todas, STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4). De lo cual deriva que no toda medida, por el mero hecho de tener incidencia económica, puede incardinarse en este título, siendo necesario que tenga «una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de no ser así se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico» (STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5, entre otras muchas)» (STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5 C). En este caso, no es la finalidad del precepto garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado o la unidad económica, ni pretender el logro de objetivos de la economía general o sectorial o incidir en los principios rectores de la política económica y social [STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4 b)]”.

Tras dicha exclusión, el TC centra el título competencial en el art. 149.1.18ª. Pero a diferencia de la doctrina especializada que lo ha hecho centrada en el “régimen jurídico de las administraciones públicas”, el TC parece centrarse a este respecto en el “procedimiento administrativo común”.

⁴⁶⁹ Véase sobre el título competencial *ex art.* 149.1.18ª CE, y la articulación de las “bases- desarrollo” en este supuesto, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3.

⁴⁷⁰ Cfr. STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3

En todo caso debe quedar claro que la dinámica de las “bases-desarrollo” en relación con la LTAIBG hace que ésta no pueda agotar la regulación de la materia, puesto que estaría contraviniendo lo dispuesto en el art. 149.1.18ª CE. Del mismo modo, las respectivas leyes autonómicas dictadas al amparo de las bases estatales deberán en todo caso respetar ese mínimo, sin invadir el espacio de normación constitucionalmente reservado a favor de tales bases⁴⁷¹.

Ello no obsta para que atendiendo al margen normativo reconocido a favor de las CCAA, éstas pueden dictar su propia normativa en la materia⁴⁷². En tal caso, la capacidad normativa de las CCAA no estará limitada a la mera adaptación de lo básico, sino que tendrán la posibilidad de mejorar las garantías en el ámbito de sus respectivas competencias⁴⁷³.

Por lo que respecta a la parte de la LTAIBG dedicada a la “publicidad activa”, cabe señalar que a propósito de los arts. 5.2 y 10.3 LTAIBG, la LTAIBG se constituye en esta materia como una norma de mínimos a partir de la cual las CCAA podrán mejorar y complementar tales bases, estableciendo un régimen más amplio o adoptando medidas complementarias en materia de publicidad⁴⁷⁴. Por su parte, el derecho de acceso a la información pública se reconoce en el art. 12 LTAIBG a favor de todas las personas, y en su párrafo 2º dispone que “Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica”. En los términos señalados, puede decirse que las CCAA tienen cierto margen de desarrollo en el ámbito del derecho de acceso, si bien es cierto que el legislador estatal “opta en este ámbito por establecer una ordenación más acabada”⁴⁷⁵. Esto encaja con la doctrina del TC anteriormente señalada sobre el mayor margen de intervención del legislador básico cuando exista

⁴⁷¹ Véase, Vid. STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3.

⁴⁷² Vid. ALONSO TIMÓN, A. J. “Transparencia...”, cit., p. 208.

⁴⁷³ Vid., FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 43 a 45 y 48 a 49.

⁴⁷⁴ El art. 5.2 LTAIBG prescribe que “Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”. Por su parte, el art. 10.3 LTAIBG señala que “La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local podrán adoptar otras medidas complementarias y de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia recogidas en este capítulo”.

⁴⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 44.

afección a aspectos sustantivos sobre la actividad de la administración y sus relaciones con los administrados, como sucede con el derecho de acceso a la información pública.

Por eso se ha dicho que el margen disponible en este ámbito a favor de las CCAA es en realidad bastante estrecho. Como ha señalado GUICHOT, el ámbito autonómico en materia de acceso a la información pública recae “en la ampliación de las materias sujetas a publicidad activa y la determinación de los medios para llevarla a cabo, en las disposiciones de organización y en las medidas para garantizar la eficacia del derecho (formación del personal, elaboración de guías ciudadanas, etc.) y en la creación de autoridades independientes de transparencia o la atribución de sus competencias a autoridades independientes ya existentes”⁴⁷⁶. En todo caso, ese margen a favor de la regulación autonómica ha sido destacado como una oportunidad para mejorar, dentro de su campo de actuación, aspectos defectuosos de la LTAIBG⁴⁷⁷ o bien simplemente para prever condiciones más favorables en el procedimiento de ejercicio del derecho⁴⁷⁸. Eso sí, la normativa autonómica en ningún caso podrá limitar o restringir el ejercicio del

⁴⁷⁶ GUICHOT, E. “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT, E. (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 49 y 50. En el mismo sentido puede verse Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, cit., págs. 43 y 44.

⁴⁷⁷ Así se refieren entre otros a esta oportunidad de mejora, Vid. COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., págs. 66 y 67. Vid. MIR PUIGPELAT, O. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 51. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso de a la información pública...*, cit., p. 49.

En este sentido puede mencionarse la mejora efectuada en algunas leyes autonómicas (respecto de lo dispuesto en la LTAIBG), por las que se extiende el ámbito de aplicación más allá de la previsión contenida en el art. 2.1.f) LTAIBG que sujeta “(...) el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”. Sin embargo, leyes autonómicas como la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, (en su art. 3.1.b) o la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, (art. 5.1.d), prevén para tales instituciones análogas, su aplicación sin limitarlo a las “actividades sujetas a derecho administrativo”. De este modo, tales leyes autonómicas se ocupan de subsanar en su ámbito de actuación un aspecto que ha sido cuestionado de la LTAIBG.

⁴⁷⁸ En este sentido puede mencionarse la mejora efectuada en algunas leyes autonómicas por las que se extiende el ámbito de aplicación más allá de la previsión contenida en el art. 2.1.f) LTAIBG sujeta “(...) el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”. Sin embargo, leyes autonómicas como la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, (en su art. 3.1.b) o la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, (art. 5.1.d), prevén para tales instituciones análogas su aplicación sin limitarlo a las “actividades sujetas a derecho administrativo”.

⁴⁷⁸ Un ejemplo en este sentido sería la reducción de plazos para la resolución de solicitudes de acceso a la información, respecto del de un mes previsto en la LTAIBG. Tal sería el caso en sus respectivas leyes autonómicas de, Andalucía, Murcia o Madrid.

Sobre la idea expuesta, véase Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Artículo 12. Derecho de acceso a la información pública”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p. 728.

derecho de acceso más allá de lo establecido en la LTAIBG o contravenir lo dispuesto en ella⁴⁷⁹.

A partir de la LTAIBG se han aprobado diversas de leyes autonómicas en la materia. De esta forma, haciendo uso de dicha capacidad autonómica en la materia, “hemos pasado de ser el único país de cierto tamaño de la OCDE desprovisto de una Ley de Transparencia, a ser uno de los países del mundo con mayor número de leyes (...)”⁴⁸⁰.

No obstante, destaca la existencia de algunas Comunidades Autónomas adelantadas al legislador estatal que, notando la tardanza de la LTAIBG, decidieron actuar y dictar su propia normativa autonómica en materia de transparencia y acceso a la información pública con carácter previo a la estatal⁴⁸¹. Entre tales Comunidades Autónomas proactivas se encontraban Galicia, Islas Baleares, Extremadura o Navarra. Posteriormente, una vez aprobada ya la LTAIBG, se suman numerosas Comunidades Autónomas: Andalucía, La Rioja, Canarias, Murcia, Valencia, Cataluña, Castilla y León y Aragón. En esta fase, aquellas Comunidades Autónomas que ya contaban con leyes de transparencia anteriores a la aprobación de la norma estatal, proceden a la modificación y aprobación de nuevas normas actualizadas, como es el caso de Galicia y Navarra, a las que se suma en este tiempo Castilla-la Mancha⁴⁸².

Más recientemente han aprobado leyes de transparencia, el Principado de Asturias, Cantabria y la Comunidad de Madrid. Por el momento País Vasco aún no ha aprobado una ley específica sobre transparencia y acceso a la información pública⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Puede destacarse en este sentido la STC 104/2018, de 4 de octubre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, que establecía un sentido positivo a la regla del silencio, frente al silencio negativo establecido en la ley estatal. Así, aun pudiendo pensar que la estimación del silencio positivo es más favorable al ejercicio del derecho, en este caos contraviene frontalmente lo dispuesto en la ley estatal y por eso el TC estima que el precepto es inconstitucional, por vulneración del art. 149.1.18ª CE.

⁴⁸⁰ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, cit., p. 46. Este dato no ha pasado desapercibido entre la doctrina, ya que hay autores que se muestran críticos en esta línea con la pluralidad normativa existente, cuestionando la existencia de demasiadas leyes de transparencia. Así, Vid. GARMENDIA PÉREZ, G. “Control cívico de la transparencia”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 177, poniendo de manifiesto que no están siendo lo eficaces que deberían por su falta de “alma”.

⁴⁸¹ Así mismo se pronuncia GUICHOT, E. “Transparencia: aspectos...” cit., p. 49

⁴⁸² Para un estudio sobre la regulación autonómica en materia de transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen gobierno, puede consultarse, *Normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016.

⁴⁸³ Para el País Vasco resulta de aplicación, evidentemente, la LTAIBG así como el Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública y Orden de 6 de octubre de

El mapa normativo que encontramos en España en la materia tiene como punto de inflexión la aprobación de la LTAIBG y un el elenco normativo que progresivamente ha ido desarrollándose en el marco autonómico⁴⁸⁴. A esta pluralidad normativa, resultante de la conjugación entre las bases estatales, representadas por la LTAIBG, y las distintas leyes autonómicas (junto con la correspondiente regulación reglamentaria de las mismas que también ha ido aprobándose en diversas CCAA)⁴⁸⁵, debe añadirse la competencia de

2016, del Consejero de Administración Pública y Justicia, por la que se nombra a los vocales de la Comisión Vasca de Acceso a la Información y se da publicidad a la composición de la misma.

No obstante, a fecha de la última consulta realizada (27 de abril de 2022) puede verse a través de la web de Gobierno Abierto vasca que el Proyecto de Ley de Transparencia y Participación Ciudadana está en fase de consulta pública previa para que la ciudadanía pueda realizar sus aportaciones sobre la norma con rango de ley que se plantea. El plazo de presentación para las aportaciones está abierto, según los datos disponibles, desde 21/04/2022-20/05/2022. Transcurrido el plazo se proseguirá con la redacción del Anteproyecto de Ley. Puede encontrarse información disponible en: <https://www.irekia.euskadi.eus/es/debates/1386-proyecto-ley-transparencia-participacion-ciudadana-consulta-publica-previa?stage=presentation>

⁴⁸⁴ Por orden cronológico, las leyes autonómicas que se han ido aprobando tras la LTAIBG han sido: la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana. Se aclara respecto a la ley valenciana que recientemente se ha aprobado la Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, que ha entrado en vigor en mayo de 2022 y que deroga en parte la anterior; Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia; Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (no especifica sobre transparencia, pero sí que contiene un régimen general aplicable a las entidades locales); Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria; Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Navarra; Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés; Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares, que en el marco del Título V “Principios de actuación del Gobierno”, recoge en su Capítulo II disposiciones sobre información y transparencia en la acción de gobierno. Esta ley se complementa con la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares (en parte derogada por la citada Ley 1/2019 del Gobierno balear); Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid.

⁴⁸⁵ Diversas CCAA han aprobado ya reglamentos de desarrollo de sus respectivas leyes autonómicas. Así, la ley catalana de 2014 debe complementarse con el reciente Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, aprobado en el marco de las competencias de la Generalidad de Cataluña. Tal como se especifica en su Preámbulo, el Decreto tiene la finalidad de “garantizar una implementación de la Ley más homogénea, efectiva y exhaustiva, clarificar conceptos jurídicos indeterminados y resolver dudas interpretativas”. Por su parte, Valencia aprobó el reglamento de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana en 2017. No obstante, debe tenerse en cuenta el Decreto 16/2021, de 29 de enero, del Consell, de modificación del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Asimismo, Cantabria que aprobó su ley de transparencia en 2018 también ha aprobado ya el reglamento de desarrollo de la misma. Se trata del Decreto 83/2020, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Cantabria 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública. En este caso, el Preámbulo

las entidades locales para aprobar normas en la materia, en el ejercicio de su capacidad de autogobierno. En este sentido, se ha advertido un riesgo de solapamiento ya que, como advierte COTINO HUESO, “en el ámbito de la transparencia y el acceso a la información, lo habitual es que las normas de Administración local o regional reiteren derechos o reenvíen a la –deficiente– normativa estatal”⁴⁸⁶.

De esta proliferación normativa, se ha criticado además que puede afectar sustancialmente al ejercicio del derecho de acceso en tanto el ciudadano puede verse compelido por la posible aplicación de la ley básica estatal, la ley autonómica y la correspondiente ordenanza municipal⁴⁸⁷. No obstante, es importante puntualizar que esta pluralidad normativa es consustancial e inherente al Estado autonómico. Es, pues, una particularidad subyacente al modelo autonómico de distribución territorial del poder, la conjugación de los intereses generales (a través de las bases) y la elaboración de políticas propias en pos de intereses respectivos de las CCAA (desarrollo)⁴⁸⁸.

En este orden de ideas, la normativa autonómica dictada *ex art.* 149.1.18ª CE sobre la materia se inserta en el marco de las competencias directamente derivadas de la CE que han sido asumidas por los respectivos EEAA. Esto es, se trata del ejercicio de una potestad competencial atribuida originaria y directamente por la Constitución a favor de las CCAA. De ahí que la normativa autonómica dictada al amparo de las bases estatales se constituya en una relación de complementariedad⁴⁸⁹ respecto de aquellas, integrándose en el juego de “la unidad que representa lo básico, y el pluralismo diferenciador que

del Decreto cántabro se justifica en “regular de forma más nítida aspectos que ya la Ley establece de forma amplia”.

⁴⁸⁶ Cfr. COTINO HUESO, L. “Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías XIV, 2013, p. 66. En esta línea se advierte también sobre la posible regulación sectorial que resulte de aplicación preferente, como sucede en materia de medio ambiente, sanidad, urbanismo y educación, entre otras. Al respecto, Vid. BLANES CLIMENT, M. A. “¿No querían transparencia? Tomen 11 leyes”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 132.

⁴⁸⁷ Vid. BLANES CLIMENT, M. A. “¿No querían transparencia?...”, *cit.*, p. 132. El autor califica dicha proliferación normativa como “indeseable”.

⁴⁸⁸ Para profundizar sobre la articulación “bases-desarrollo”, véanse, por todos, los trabajos de MONTILLA MARTOS, J. A. “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006, págs. 105 a 150. MONTILLA MARTOS, J. A. “La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018, págs. 573 a 605.

⁴⁸⁹ En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones”, *Revista de Administración Pública*, nº 100, 1983, p.234, se refiere a la norma autonómica en el marco de las relaciones bases-desarrollo, como “norma complementaria”.

representa lo complementario”⁴⁹⁰. O como diría GARCÍA DE ENTERRÍA, en la conjugación entre “la separación entre ordenamientos” y “su colaboración recíproca”⁴⁹¹.

El problema por tanto no está en la configuración del Estado autonómico. No se trata en este sentido de un problema jurídico-constitucional, sino de adecuada articulación de las políticas que se adopten en los distintos ámbitos territoriales para evitar, precisamente, esos riesgos de solapamiento antes mencionados. Por otro lado, que existan diferencias de una regulación autonómica a otra no permite sostener, por esa razón, que puedan verse afectadas las condiciones de igualdad para hacer efectivo el derecho de acceso. Precisamente, el art. 149.1.1º CE vela por este aspecto. De esta forma, toda intervención autonómica que pueda extralimitarse sobre lo dispuesto en la ley estatal, que establece las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho, deberá sujetarse al control de constitucionalidad por parte del TC. Será, por tanto, la calidad y grado de compromiso de las políticas normativas adoptadas en los respectivos ámbitos autonómicos las que determinen el correcto régimen de aplicación del derecho de acceso en perspectiva territorial.

6. Estudio de la LTAIBG con especial referencia a la publicidad activa y al derecho de acceso a la información pública

Con la LTAIBG, España cumple por primera vez con el compromiso pendiente en materia de transparencia y se suma con ello al resto de democracias europeas. Más allá de las deficiencias y/o carencias de la norma se valora positivamente la aprobación de una ley de tales características. Por primera vez se adopta en nuestro país una ley que sirve como herramienta estratégica para promover el escrutinio público como freno contra la corrupción⁴⁹² e impulso de la rendición de cuentas.

⁴⁹⁰ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.) CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR J. F., BALAGUER CALLEJÓN M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A. *Manual de Derecho Constitucional Vol. I. Constitución y Fuentes del Derecho. Derecho Constitucional Europeo. Tribunal Constitucional. Estado Autonómico*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, p.506

⁴⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El ordenamiento estatal y los ordenamientos...”, cit., p.229.

⁴⁹² Cuestión puesta de manifiesto por Vid. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos y posibilidades. 10 propuestas de reforma para 10 carencias detectadas*, p. 2. Congreso celebrado los días 9 y 10 de noviembre de 2017, organizado por el Centro de Estudios Europeos “Luis Ortega Álvarez” y la Oficina de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. El documento de las conclusiones está accesible en: <https://www.access-info.org/wp-content/uploads/Conclusiones-Congreso-de-Transparencia.pdf>

Así, en esta primera aproximación, puede hacerse alusión a la organización sistemática de la norma, organizada en torno a tres Títulos. En el Título I de la norma que tiene por rúbrica, “Transparencia de la actividad pública”, se encuentran recogidos tres Capítulos: el primero, referido exclusivamente al “ámbito subjetivo de aplicación”⁴⁹³, el segundo a la “publicidad activa”, y el tercero a la publicidad pasiva, rubricada por la ley como “derecho de acceso a la información pública”. Esta sistemática del legislador desdobra el análisis de la transparencia en dos pilares esenciales, representados por la publicidad activa y la publicidad pasiva, identificando esta última con el derecho de acceso a la información de la ciudadanía.

Por su parte el Tít. II de la LTAIBG se refiere al “Buen Gobierno” y en él, además de contener una serie de principios generales sobre integridad y ética pública a la que quedan sometidos los sujetos obligados, se incluye como novedad frente al Tít. I., un régimen de infracciones y sanciones por incumplimiento.

Finalmente el Tít. III de la LTAIBG va dedicado al órgano de garantía instituido por la LTAIBG, que es el “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, para la promoción de la transparencia pública, así como para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la publicidad activa y el respeto del derecho de acceso a la información pública y las previsiones relativas al Buen Gobierno.

Tras esta sistemática, se hará referencia en lo que sigue en el marco de análisis de la ley, a una serie de aspectos concretos vinculados con las obligaciones de publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

6.1. Ámbito subjetivo de aplicación de la ley

6.1.1. Sujetos obligados. Gradación en la sujeción a la LTAIBG

En lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación, destaca el estándar diferido de transparencia que se establece en la LTAIBG según los sujetos obligados. Es decir, la norma parte de una base diferencial en su ámbito subjetivo de aplicación, donde por razón

⁴⁹³ Para un estudio completo sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, me remito a FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia en el sector público. Problemas y disfunciones”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 105 a 134.

del tipo de sujetos obligados va a graduar el nivel de transparencia exigible⁴⁹⁴. Así, en los arts. 2, 3 y 4 LTAIBG, encontramos por orden decreciente de exigencia respecto de las obligaciones de publicidad activa y pasiva, distintos tipos de sujetos. El marco varía desde sujetos públicos a privados. En este último caso, cuando perciban cantidades de dinero público por encima de ciertos umbrales y bajo ciertos requisitos, o presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas⁴⁹⁵.

Respecto a esta graduación en distintos niveles de transparencia, dependiendo del tipo de sujetos, se valora positivamente la inclusión de sujetos no sólo públicos, sino también privados que participan o se vinculan económicamente con administraciones públicas. Dentro del primer grupo o nivel de transparencia previsto en la ley se encuentran obligados por las disposiciones del Título I de la LTAIBG los sujetos referidos en el art. 2⁴⁹⁶. Así, teniendo en cuenta que el Tít. I abarca tanto las obligaciones de publicidad activa (arts. 5 a 11 LTAIBG) como la garantía del derecho de acceso a la información

⁴⁹⁴ Puede verse un análisis detallado de los distintos niveles de transparencia previstos en la LTAIBG en ARES GONZÁLEZ, V. “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014, págs. 11 a 19.

⁴⁹⁵ Alerta sobre el carácter decepcionante que supone la previsión de una sujeción indirecta a la LTAIBG de las entidades privadas, vía art. 4 LTAIBG, debiendo éstas suministrar la información a través de las administraciones a las que se vinculan y no mediante su sujeción directa, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El ámbito subjetivo de la normativa...”, cit., págs. 122 y 123.

⁴⁹⁶ El art. 2.1 LTAIBG incluye entre los sujetos obligados a obligaciones de publicidad activa y a la garantía del derecho de acceso a la información pública a: “a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.

e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.

i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación”.

(arts. 12 a 24 LTAIBG), los sujetos del citado art. 2 quedan vinculados por todas aquellas disposiciones de la ley.

En cuanto a este primer grupo, entre los que se incorporan las administraciones, entidades⁴⁹⁷ y corporaciones públicas, así como otros poderes públicos de naturaleza heterogénea, cabe destacar en primer lugar que no se hace una mención expresa al gobierno. Esto puede generar cierta ambigüedad teniendo en cuenta que a diferencia de esta falta de mención expresa en el Título I LTAIBG, sí hay expresa alusión a los miembros del gobierno en el art. 25.1 LTAIBG relativo al Gobierno Abierto. Esto pudiera hacer pensar que el art. 2.1.a) LTAIBG que hace referencia a “La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local”, no resulta de aplicación al gobierno. Sin embargo, no parece una opción razonable ni así ha sido interpretado por la doctrina, teniendo en cuenta que el gobierno dirige la administración pública (art. 97 CE y art. 1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). De ahí que se entiendan incluidos en el referido precepto, los órganos unipersonales y colegiados del gobierno, a saber, respectivamente, el presidente, vicepresidente y ministros, así como el Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas⁴⁹⁸.

El citado art. 2 LTAIBG plantea especial problema respecto al apartado f) donde se incluyen órganos de naturaleza diversa pero de incuestionable relevancia constitucional, o en todo caso, pública⁴⁹⁹. Este apartado sujeta a la LTAIBG a “la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, pero de forma limitada y exclusivamente en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”⁵⁰⁰. Como puede comprobarse del

⁴⁹⁷ La LTAIBG incorpora específicamente en el art. 2.1.b) a “Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social”, no obstante debe tenerse en cuenta el Criterio Interpretativo 3/2019, de 20 de diciembre del CTBG, sobre “Publicidad activa (2). Ámbito subjetivo”, en el que se interpreta que “Actualmente, existen tres Entidades Gestoras -el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)- y tres Servicios Comunes: la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), la Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS) y el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social (SJSS)”.

⁴⁹⁸ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El ámbito subjetivo de la normativa...”, cit., p. 107.

⁴⁹⁹ A este respecto se suscita la idoneidad sobre la incorporación en el referido precepto del Banco de España, que parece romper la armonía respecto del resto de sujetos de relevancia constitucional y estatutaria incluidos.

⁵⁰⁰ Art. 2.1.f) LTAIBG.

elenco de sujetos referido en el art. 2.1.f) LTAIBG, no hay mención expresa al Ministerio Fiscal. Sin embargo, el CTBG ha interpretado que debe considerarse un órgano investido de relevancia constitucional *ex art. 124 CE*, compartiendo la misma naturaleza jurídica que los sujetos referidos y, por tanto, debiendo entenderse incluido en dicho ámbito subjetivo de aplicación⁵⁰¹.

Con carácter general, debe tenerse en cuenta que el CTBG no tiene competencia para resolver reclamaciones de acceso a la información de los sujetos referidos en el art. 2.1.f) LTAIBG pues el art. 23.2 LTAIBG dispone expresamente que en tales casos no es susceptible el recurso potestativo ante el CTBG, sino que únicamente cabe recurso contencioso administrativo. De ahí que el CTBG haya negado su competencia inadmitiendo a trámite aquellas solicitudes de acceso de información que compelen a los sujetos del referido art. 2.1.f) LTAIBG⁵⁰².

En cuanto a la referencia “(...) en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo” debe precisarse que ha sido identificada en la práctica del CTBG, y la jurisprudencia del TS con “los actos y disposiciones en materia de personal y de administración y gestión patrimonial”⁵⁰³. No obstante esta referencia a las “actividades sujetas a Derecho Administrativo” ha planteado problemas y se ha cuestionado por ser indeterminada⁵⁰⁴ y limitar en algunos casos la capacidad de control respecto a las actividades llevadas a cabo por los mencionados órganos. Pues, pueden darse casos que no estando sujetos estrictamente al régimen propio del Derecho Administrativo, como pudiera ser materia laboral, elaboración de contratos o gestión patrimonial, queden fuera

⁵⁰¹ En tales términos se pronuncia el CTBG a propósito de la resolución 178/2017, de 26 de mayo en la que la Fundación Hay Derecho solicita con base en la LTAIBG, acceso a los viajes realizados a cargo de la Fiscalía durante la Legislatura X y XI, concretamente: el nombre de las personas que han realizado tales viajes, así como objetivo y gastos derivados de los mismos. Tal solicitud lleva al CTBG a pronunciarse señalando que “El Ministerio Fiscal es un órgano constitucional, regulado en el artículo 124 de la Constitución Española de 1978. Esto significa que comparte naturaleza jurídica con las Instituciones recogidas en el artículo 2.1 letra f) de la LTAIBG. Siendo así, este Consejo de Transparencia entiende que el Ministerio Fiscal estaría dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIBG en virtud de este precepto”. Esta interpretación del CTBG ha sido reiterado en el mismo sentido en el Criterio Interpretativo 3/2019 Publicidad Activa (2). Ámbito subjetivo. Así como en resoluciones más recientes, tales como la resolución 425/2020, de 3 de septiembre de 2020.

⁵⁰² De ahí que el CTBG haya negado su competencia inadmitiendo a trámite aquellas solicitudes de acceso de información que compelen a los sujetos del referido art. 2.1.f) LTAIBG. En tal sentido véanse entre otras las Resoluciones del CTBG 484/2017, de 21 de noviembre; 47/2018, de 12 de febrero; 114/2018, de 15 de junio; 412/2018, de 19 de julio de 2018.

⁵⁰³ Entre otras, véase la resolución del CTBG 284/2018, de 26 de julio de 2018, que remite pertinentemente a la STS de 27 de noviembre de 2009 - ECLI:ES:TS:2009:7515, FJ2.

⁵⁰⁴ En tal sentido véase respecto de la sujeción de la Casa de Su Majestad El Rey a la LTAIBG, ARES GONZÁLEZ, V. “Los ámbitos subjetivo y objetivo...”, cit., p.14.

del marco de aplicación de la ley⁵⁰⁵. Se trata de una cuestión incierta, que genera casos dudosos como el planteado por FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ. Estos autores se preguntan “¿es aplicable la LTAIBG a la información sobre las dietas que perciben los parlamentarios? No se trata de actividad auxiliar o materialmente administrativa, pero tampoco es actividad legislativa o de control político”⁵⁰⁶. Por eso, resultaría conveniente evitar cláusulas restrictivas de este tipo, habiéndose plantado a nivel doctrinal otras propuestas que permiten incluir casos susceptibles de sujeción a la ley, a tenor de la expresión “a sus competencias en materia de personal, gestión patrimonial, gestión presupuestaria y contratación pública”⁵⁰⁷.

Lo que resulta evidente es que hubiera sido más clara la inclusión en la ley de aquellas actividades de los sujetos a los que se refiere el art. 2.1.f) LTAIBG que encajan en su ámbito de aplicación. De esta forma, se evitaría tener que entrar a analizar las normas aplicables a cada uno de tales sujetos, viendo en cada caso qué partes de sus actividades quedan sujetas a Derecho Administrativo en función de la norma aplicable⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Alertan sobre esta cuestión entre otros, Cfr. SALAMERO TEXEIDÓ, L. “De la publicidad a la transparencia en las Cámaras Legislativas: análisis crítico”, *Revista Actualidad Administrativa*, Especial «transparencia y lucha contra la corrupción», nº I, 2019, que “en esencia debe sancionarse la dicotomía entre funciones constitucionales y actividad sometida a Derecho administrativo, pues excluye un buen número de actuaciones que quedan al margen de esta clasificación bipartita —al margen de someterse o no a derecho público o privado— y, de este modo, fuera del alcance del principio de publicidad y del de transparencia. (...) Así, por ejemplo, toda la actividad relativa a las agendas de los miembros de las cámaras o las actividades vinculadas con los grupos de interés. Son actividades que ni se entienden comprendidas en el ejercicio de funciones constitucionales, ni tampoco son de índole administrativa (ni mucho menos sometidas a Derecho administrativo) y que, en consecuencia no se someten al clásico principio de publicidad, pero tampoco al de transparencia incorporado por la Ley de 2013”; Señala también Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El ámbito subjetivo de la normativa...”, cit., p.113, que “los términos empelados por el legislador («actividades sujetas a Derecho administrativo») pueden ser equívocos. (...) no toda actividad ancilar de estos órganos constitucionales y estatutarios se sujeta técnicamente a «Derecho administrativo» (por ejemplo, en materia de personal y contratación, se sujeta parcialmente al Derecho Laboral y Privado)”.

⁵⁰⁶ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información...*, cit., p. 139.

⁵⁰⁷ Cfr. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p. 7.

⁵⁰⁸ Vid. BARRERO, C. “Transparencia: ámbito subjetivo”, en GUICHOT, E (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., et al. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, págs.72 y 73. PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia...”, págs. 29 y ss.

Fuera de tales supuestos, lo que resulta de la cláusula “en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo” respecto de los Parlamentos, es que la LTAIBG no les vincula en la función legislativa ni de control al Gobierno. En tales casos, habrá que estar a lo dispuesto por la normativa específica. La previsión en este caso para lo que respecta a otras actividades que no estén sujetas a Derecho Administrativo, implica que seguirán vigentes sus respectivas normas en su ámbito de aplicación. Por lo que debe hacerse una lectura conjunta respecto de la Disposición Adicional 8ª LTAIBG, que dispone que “El Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de esta Ley”.

En cuanto al segundo nivel de transparencia por razón de los sujetos obligados, hay que estar a lo dispuesto en el art. 3 LTAIBG referido a “otros sujetos obligados”. En virtud de dicho precepto quedan obligados sólo al cumplimiento de las disposiciones de la ley sobre publicidad activa, no a las relativas al derecho de acceso, los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, así como también aquellas entidades privadas que perciban subvenciones públicas por encima de ciertos parámetros⁵⁰⁹. Respecto a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales debe destacarse que “es precisamente la importancia de su actividad (...) el hecho de que entre sus fuentes de financiación las subvenciones públicas ocupen un lugar más que destacable, lo que justifica su inclusión en el ámbito de aplicación”⁵¹⁰ de la ley. En concreto en lo que respecta a los partidos políticos debe valorarse positivamente que la LTAIBG les imponga obligaciones de publicidad pues, en efecto, los partidos representan a la ciudadanía y su funcionamiento interno debe ajustarse a reglas democráticas (art. 6 CE) entre las que, sin duda, se incluye la transparencia en su actuación. Nótese que la crisis de representatividad ocasionada en parte por el mal funcionamiento y las malas prácticas en el seno de los partidos, denota la importancia de que actúen con transparencia, y sometidos al escrutinio público⁵¹¹.

Por razones vinculadas a la finalidad de la LTAIBG, dirigida a conseguir un mejor control y fiscalización de los recursos públicos, tiene sentido que se incluyan también entidades privadas que reciben ayudas públicas y, por ello, quedan sujetas al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de la LTAIBG. Esto se hace con razón de un criterio cuantitativo, cuando se supere un umbral económico determinado procedente de recursos públicos⁵¹².

Por último, en el nivel de transparencia más atenuado, se incluyen como sujetos obligados los previstos en el art. 4 LTAIBG. Se utiliza en este precepto un criterio residual referido

⁵⁰⁹ En tal sentido prescribe el art. 3 LTAIBG que: “Las disposiciones del capítulo II de este título serán también aplicables a: a) Los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales. b) Las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros”.

⁵¹⁰ Cfr. ARES GONZÁLEZ, V. “Los ámbitos subjetivo y objetivo...”, cit., p. 16.

⁵¹¹ Véase en tal sentido sobre el funcionamiento interno de los partidos políticos y la transparencia, RUBIO NÚÑEZ, R., y GONZALO ROZAS, M. A. “Artículo 3. Otros sujetos obligados”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs. 389 y ss.

⁵¹² Así, Vid. BARRERO, C. “Transparencia: ámbito...”, cit., págs. 90 y ss.

Debe tenerse en cuenta en relación con el art. 3 LTAIBG el Criterio interpretativo del CTBG 3/2015, sobre “Alcance las obligaciones de transparencia de las entidades privadas”.

a “todas las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas”. A diferencia de los sujetos obligados por los arts. 2 y 3, los incluidos a tenor del art.4 no quedan compelidos directamente por las obligaciones de publicidad activa o del derecho de acceso previstas en la ley, sino sólo a suministrar, previo requerimiento de la administración u órgano al que se le vincule, información determinada.

Este apartado ha sido tildado como el “más decepcionante en relación con el ámbito subjetivo”⁵¹³, ya que en vez de prever una sujeción directa a la LTAIBG para aquellas personas físicas o jurídicas que ejerzan funciones públicas, limita su actuación a la obligación de suministrar la información “necesaria” a la administración con la que se vincula, para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley por aquella⁵¹⁴.

Como puede comprobarse, el ámbito de aplicación subjetiva es muy diverso, no sólo en atención a la pluralidad de sujetos que menciona (de naturaleza muy diversa), sino también en la modulación que establece respecto de la sujeción de los distintos sujetos obligados por la norma. De hecho, la pluralidad de sujetos compelidos por la ley ha sido destacada como argumento para señalar la vinculación de la materia no sólo con el art. 105.b) CE (en lo relativo a la administración pública), sino también y superando el concepto de administración, con el derecho fundamental a la libertad de información⁵¹⁵. Esto es, la insuficiencia del art. 105.b) CE para cubrir las expectativas más ambiciosas que diseña la LTAIBG.

⁵¹³ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El ámbito subjetivo de la normativa...”, cit., p. 123. El autor justifica esa crítica en la p. 124, señalando que “técnicamente el artículo 4 más que determinar el ámbito subjetivo de la ley, hace referencia al ámbito objetivo de la misma, al considerar que la información en poder de tales personas, en el fondo obra <<en poder>> de los sujetos obligados, y, por tanto, es <<información pública>> en el sentido del artículo 13 de la Ley”.

Debe llamarse la atención en este punto que la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, amplía lo dispuesto en este sentido por la LTAIBG, en su art.2. En tal sentido, sujeta al contenido de la ley, la actuación de las personas físicas o jurídicas privadas que gestionen servicios públicos, en el ejercicio de los servicios públicos.

⁵¹⁴ Resulta interesante la crítica efectuada por SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Artículo 4. Obligación de suministrar información”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p.446, al señalar que “lo correcto sería excluir a las entidades privadas de los artículos 2 y 3 e incluirlos en el artículo 4, pues entendemos que la transparencia pública debe predicarse esencialmente de los sujetos públicos y, muy excepcionalmente de los sujetos privados (...)”.

⁵¹⁵ Vid. GUICHOT, E. “Cuestiones generales”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.65.

6.1.2. Titulares del derecho de acceso a la información pública

Un derecho reconocido a favor de todas las personas

Para hacer referencia a la titularidad del derecho de acceso a la información pública según la LTAIBG, debe aludirse primeramente a lo dispuesto en el art. 105.b) CE. Es notable en este sentido que mientras el art. 105.b) reconoce el acceso a los archivos y registros administrativos a favor de “los ciudadanos”, la LTAIBG reconoce el derecho de acceso a la información pública en términos más amplios desde esta perspectiva subjetiva. Concretamente el art. 12 LTAIBG señala que “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”⁵¹⁶.

La dicción literal del precepto, así como la interpretación que ha venido efectuándose sobre el mismo, tanto en sede jurisprudencial⁵¹⁷ como en la aplicación práctica por parte de los Comisionados de transparencia⁵¹⁸, permiten sostener que nos encontramos frente a un derecho de titularidad universal, reconocido a favor de todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras⁵¹⁹. Esta interpretación se ajusta además con lo dispuesto en el Convenio 205 de acceso a los documentos públicos, en cuyo art. 2.1 se establece que cada Estado parte del convenio garantizará “el derecho de cualquiera, sin

⁵¹⁶ Art. 12 LTAIBG.

⁵¹⁷ Entre otras muchas sentencias, se reconoce el carácter amplio del derecho de acceso, por todas, SJCCA 85/2016, de 14 de junio de 2016; SAN 46/2017, de 6 de febrero; STS 1547/2017, de 16 de octubre; STS 1565/2020, de 19 de noviembre; STS 1817/2020, de 29 de diciembre; STS 454/2021, de 25 de marzo.

⁵¹⁸ La referida interpretación del derecho de acceso a la información en términos amplios como derecho de titularidad universal, ha venido reconociéndose en multitud de pronunciamientos tanto del CTBG como de los respectivos Consejos Autonómicos. Caben citar entre otras, por todas, las resoluciones del CTBG 499/2016, de 21 de febrero de 2017, 428/2017, de 12 de diciembre de 2017. Por su parte, entre los pronunciamientos de las Autoridades de transparencia autonómicas en tal sentido, véanse entre otras, por todas, resolución del CTPDA 37/2020, de 12 de febrero; 272/2019, de 8 de octubre.

⁵¹⁹ Esta interpretación ha sido además asumida específicamente en leyes autonómicas de transparencia como en la Ley Foral de Navarra 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyo art. 30.1 se establece que “Cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, ya sea a título individual y en su propio nombre, ya sea en representación y en el nombre de las organizaciones legalmente constituidas en las que se agrupen o que los representen, tiene derecho a acceder, mediante solicitud previa, a la información pública, sin más limitaciones que las contempladas en esta ley foral”. En términos similares también, art. 7 de la Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria.

En cuanto a su concesión a favor de personas extranjeras, lo que ratifica que se trata de un derecho a favor de todas las personas con independencia de la nacionalidad, existen antecedentes jurisprudenciales tales como la SAN de 10 de febrero de 1999 - ECLI:ES:AN:1999:709. En lo relativo al derecho de acceso a la información pública a favor de personas jurídicas puede verse la STSJ de Castilla la Mancha 12/2000, de 24 de enero.

discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas”⁵²⁰.

En lo que respecta a la capacidad de obrar para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, existen leyes autonómicas de transparencia que expresamente lo han conferido a favor de los menores de edad. Varía, en cualquier caso la edad mínima legal prevista a tal efecto que en unos casos se establece en dieciséis años⁵²¹ y en otros en los catorce⁵²². Cuando resulte de aplicación la LTAIBG estatal no existe acuerdo doctrinal sobre la edad mínima requerida, ya que dicha ley no hace referencia expresa sobre este punto. Además, el art 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) señala que los menores tienen capacidad de obrar para el ejercicio de aquellos derechos “cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”⁵²³.

En tal sentido, existe un sector doctrinal que parece sostener una interpretación más restrictiva entendiéndose que la no inclusión expresa en la LTAIBG de este supuesto, lleva a interpretar que no estaría amparado por el ordenamiento jurídico en los términos de la LPAC⁵²⁴. Sin embargo, otro sector doctrinal entiende que de la misma manera que el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor impone la interpretación restrictiva a las limitaciones relativas a la capacidad de obrar del menor, es posible una interpretación más amplia del citado art. 3 LPAC⁵²⁵. Es más, justifican a mi juicio de forma razonable, que si el ordenamiento permite a los menores consentir el tratamiento sobre sus datos personales a partir de los catorce años⁵²⁶, siendo una actividad

⁵²⁰ Art. 2.1 Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

⁵²¹ Así, el art. 18.3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, estipula que “El derecho de acceso a la información pública puede ejercerse a partir de los dieciséis años”.

⁵²² Esta es la edad que fija el art. 25.2 Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, al disponer que “Los y las menores de edad podrán ejercer el derecho de acceso a la información pública a partir de los 14 años”.

⁵²³ Art. 3. b) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵²⁴ Así, sostiene BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Ámbito subjetivo y objetivo”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.102, que “existen, incluso algunas disposiciones autonómicas que reconocen este derecho a menores de edad, una posibilidad que, en Derecho estatal, ha de entenderse, en principio, excluida ante la aplicación del artículo 5.b) LPAC (...), siendo así que la LTAIBG no efectúa ese reconocimiento”.

⁵²⁵ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit, p.160.

⁵²⁶ El párrafo 1º del art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos

potencialmente mucho más lesiva para sus derechos que el acceso a la información, del que no se derivan riesgos, nada impide que puedan ejercitar éste último⁵²⁷.

Este argumento parece razonable pues, en efecto, no tendría sentido ni resultaría justificado que pudiendo prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos, con el riesgo inherente al contexto digital para la protección de los menores, no pudieran ejercer el más inocuo derecho de acceso a la información. Esta última interpretación más flexible parece adecuarse mejor con los términos en los que se reconoce el derecho de acceso a la información en la LTAIBG, esto es, como un derecho ampliamente reconocido a favor de todas las personas, cuya limitación deberá efectuarse en términos restrictivos y siempre de forma justificada y proporcionada.

Un derecho que no requiere interés legítimo para su ejercicio

La cuestión acerca de si se requiere o no un interés específico que legitime al sujeto en el ejercicio del derecho de acceso y, por tanto, condicione su viabilidad a tal circunstancia es un aspecto que la LTAIBG resuelve positivamente. Esta cuestión problemática atestigua los déficits de la legislación anterior, pues los arts. 35 a) y 37 LRJAPPAC de 1992 llevaron en muchos casos a pronunciamientos judiciales dispares. Existían algunos pronunciamientos en los que se efectuaba una interpretación restrictiva de la condición de interesado⁵²⁸, frente a la interpretación mayoritaria según la cual los tribunales debían entrar a valorar la existencia de ese interés específico⁵²⁹. La conclusión general extraída

Personales y garantía de los derechos digitales, dispone en efecto que “El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”.

⁵²⁷ Sostienen esta postura y se pronuncian en tales términos, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 160. MESEGUER YEBRA, J. “Las “mejoras” autonómicas en la regulación del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 90, 2014, p.340. Vid. Informe extraordinario del Síndic de Greuges...”, cit., p.25.

⁵²⁸ Así puede mencionarse la STS de 30 de marzo de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:2206, en cuyo FJ 3, se establece que “la vinculación más fuerte de la Constitución impone una noción de interesado más amplia que la que en principio se infiere de (...) el artículo 31 de la Ley 30/1992), que vincula el reconocimiento de este carácter a la titularidad de un derecho o a la personación en el procedimiento de los titulares de intereses directos afectados. Dichas limitaciones sólo son aplicables a la noción de interesado referida a un procedimiento en concreto ya iniciado y pendiente de resolución o resuelto por la Administración (como prevé hoy el artículo 35.a de la nueva Ley). No lo son al particular que se halla en el trance previo de reunir información necesaria para tomar conocimiento de su situación y derechos frente a los poderes públicos (supuesto que debe hoy remitirse a la regulación separada contenida en el artículo 37 de la nueva Ley, en el cual no se exige ya requisito alguno general de orden legitimador para poder obtener información más que ostentar la cualidad de ciudadano)”.

⁵²⁹ Así por ejemplo resulta llamativo como la STSJ de Castilla y León 131/2004, de 1 de abril de 2004, centra el objeto de pronunciamiento en el FJ5 sobre la siguiente consideración. “Procede (...), enjuiciar si la parte demandante tenía o no derecho a obtener esos documentos e información por aplicación de los arts. 31 y 35, ambos de la Ley 30/92; y la resolución de este punto objeto de discusión se centra en determinar,

por aquel entonces generaba, en cierto modo, una concepción negativa que parecía ligar a intereses espurios las solicitudes de información no vinculada a intereses particulares⁵³⁰.

Con la LTAIBG este aspecto queda fuera de duda. Por un lado, el art. 12 LTAIBG reconoce el derecho de acceso a la información pública ampliamente, a favor de todas las personas. No obstante, la cuestión en concreto queda resuelta en el art. 17.3 LTAIBG⁵³¹. Este precepto resulta relevante ya que disipa la polémica, concluyendo que el solicitante de información no está obligado a exponer los motivos de la solicitud⁵³², lo cual no es óbice para que puedan tenerse en cuenta como un elemento que facilitará la práctica del juicio ponderativo, aportando elementos de juicio que en su caso pueden resultar favorables para otorgar peso al acceso a la información pública. Ahora bien, el precepto deja claro que la ausencia de motivación por sí misma no puede ser causa de denegación, esto es, “una exigencia inicial que fundamente la inadmisión de la solicitud sin entrar en el fondo de la petición”⁵³³.

Este precepto de la LTAIBG se alinea adecuadamente con la interpretación efectuada en sede internacional, tanto en lo que respecta al art. 42 CDFUE como en el Convenio 205

toda vez que la parte demandante no formaba parte del citado expediente en el que se acordó el abono de dichas certificaciones de obra y en el que obra tales certificaciones, el concepto y alcance de la expresión "interesados"; es decir si se puede considerar que la actora tiene la condición de interesada respecto de mencionado expediente, ya que solo en base a ello tendría derecho a obtener copia de los documentos contenidos en el mismo”. En este caso el TSJ de Castilla y León concluye que la denegación del acceso a los documentos solicitados es ajustada a Derecho “al no haber acreditado dicha parte que la misma tenga un interés directo y legítimo en mencionado expediente que le legitime para solicitar dicha información y mencionados documentos”. Además se indica que “tampoco se vislumbra qué ventaja, beneficio cierto, provecho o interés puede derivarse a favor de la demandante con la obtención y conocimiento por parte de la misma de los documentos solicitados, ya ello en nada añade o quita al argumento defendido”. Puede citarse también entre otras la STSJ de Asturias 1093/2002, de 16 de diciembre de 2002, en cuyo FJ 3, se señala que “de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común, tan sólo se desprende una publicidad restringida a los interesados (...)”; STSJ de Madrid 491/2004, de 4 de junio (FJ1).⁵³⁰ En tal sentido puede destacarse la denegación del acceso a los documentos que la STSJ de Castilla y León 131/2004 (como se ha mencionado) confirma ajustada a Derecho, en la que el Ayuntamiento alegaba en contra de la denegación del acceso que “el pago de las certificaciones por las obras realizadas y el acuerdo que lo legitima son cuestiones entre las Administraciones Públicas intervinientes y las empresas adjudicatarias de las obras, y no de terceros "que bajos oscuros pretextos pretenden acceder a la documentación que en nada les afecta", careciendo la actora en este expediente de interés que le legitime para reclamar los documentos que le han sido denegados” (FJ2).

⁵³¹ El art. 17.3 LTAIBG dispone que “El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud”.

⁵³² Entre otras, señala por todas la SAN 29/2017, de 24 de enero, FJ4 que “La Ley 19/2013 ha venido a facilitar y hacer eficaz el derecho a la información de los ciudadanos sin necesidad de motivar la solicitud de información, es decir, la acreditación de un interés legítimo (art.17.3), como se deducía del viejo art.35h y 37 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre del PAC, hasta la nueva redacción dada por dicha Ley 19/2013”.

⁵³³ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 165.

de acceso a los documentos públicos en el marco del Consejo de Europa⁵³⁴. Éste último prescribe en el art. 4.1 que “Un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”⁵³⁵.

Dicho esto, resulta un tanto sorprendente que aun en la actualidad sigan existiendo pronunciamientos judiciales e incluso del CTBG recientes que traten de supeditar el ejercicio del derecho a fines determinados. En este orden de cosas, resulta interesante la STS 1519/2020, de 12 de noviembre de 2020, que casa la sentencia de apelación de la que trae causa el asunto. En tal sentido, tanto la resolución dictada inicialmente por el CTBG como los posteriores pronunciamientos judiciales coincidían en que la solicitud de información objeto de cuestionamiento únicamente respondía a intereses particulares que excedían de la finalidad perseguida por la LTAIBG. La petición de información en el caso consistió en la solicitud por parte de una persona al Ministerio del Interior de un listado relativo a la correspondencia recibida y enviada mientras que había estado preso en un centro penitenciario. Así las cosas, tanto el CTBG como posteriormente los órganos judiciales deniegan el acceso a tal información entendiendo que esta petición de información atiende únicamente a intereses del afectado, que se extralimitan de la finalidad propia de escrutinio público perseguida por la LTAIBG y así expuesta en su Preámbulo⁵³⁶.

Sin embargo, como bien apunta en su sentencia el TS por lo que aquí interesa,

⁵³⁴ La SJCCA 123/2018, de 8 de octubre, apela expresamente al marco internacional en este punto subrayando en el FJ2 que “Los términos amplios y sin restricciones (más allá de los límites del artículo 14) con los que el Capítulo III del Título I de la LTAIPBG configura el derecho de acceso a la información pública no se compadecen con tal planteamiento y, por tanto, no cabe apreciar la alegada falta de legitimación activa. A este respecto, en consonancia con lo dispuesto tanto en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (artículo 42) como en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos (Convenio 205), el artículo 12 LTAIPBG sienta el que “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”. Esto es, ninguna restricción a propósito de tal legitimación se establece, circunstancia ésta que concuerda, además, con el (...) artículo 17.3 LTAIPBG (...).” Dicha sentencia ha sido confirmada en apelación por la SAN de 30 de mayo de 2019 - ECLI:ES:AN:2019:2335.

⁵³⁵ Art. 4.1 Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos.

⁵³⁶ Como queda de manifiesto en la STS 1519/2020, de 12 de noviembre, FJ2, las razones aducidas por el CTBG y luego ratificadas por los mismos motivos en sede judicial, consistieron en que “A juicio de este Consejo de Transparencia, lo solicitado, aunque sea información pública, realmente es una información que difícilmente puede incardinarse dentro de la finalidad citada, ya que persigue la elaboración de un listado que no sirve para comprobar cómo se toman las decisiones en la Administración o cómo actúan los representantes públicos y que no es una finalidad, en resumen, de control público o de rendición de cuentas. De igual modo, conocer el número de registro de documentos que figura en un registro público tampoco se incardina con esta finalidad de control de la actuación pública. La finalidad de la solicitud es establecer una correlación que valga de justificante para su presentación al órgano correspondiente. Se trata pues de un mero interés privado, que no encajaría, a nuestro juicio, con la finalidad perseguida por la LTAIBG”.

“tampoco puede mantenerse que la persecución de un interés privado legítimo, como puede ser en este caso el conocimiento y comprobación de la remisión de correspondencia desde un centro penitenciario a organismos oficiales como autoridades administrativas o judiciales, no tenga cabida en las finalidades expresadas en el preámbulo de la LTAIBG, que entre otras incluye la posibilidad de que los ciudadanos puedan "conocer cómo se toman las decisiones que les afectan", sin perjuicio además de que la solicitud de acceso a una información pública por razones de interés privado legítimo no carezca objetivamente de un interés público desde la perspectiva de la transparencia que fomenta la LTAIBG, pues puede contribuir -de forma indirecta si se quiere- a esa finalidad de la LTAIBG, reseñada en su preámbulo, de fiscalización de la actividad pública que contribuya a la necesaria regeneración democrática, promueva la eficiencia y eficacia del Estado y favorezca el crecimiento económico”⁵³⁷.

Partiendo de tal consideración, el TS casa la sentencia dictada en apelación, entendiendo que la LTAIBG reconoce el derecho de acceso a la información pública ampliamente a favor de todas las personas, sin precisar que deban excluirse solicitudes por concurrir intereses privados. Esto encaja además con lo prescrito en el art. 17.3 LTAIBG cuando señala que el solicitante no está obligado a motivar la solicitud. Así como también con la necesidad de no extraer más límites de la ley que los expresamente previstos en ella⁵³⁸.

Puede, por tanto, concluirse que este pronunciamiento del TS responde razonadamente a los términos en los que debe plantearse la cuestión, esto es, si la LTAIBG no prescribe como obligatorios los motivos de la solicitud, no tiene sentido valorar la motivación (pública o privada) por la que se solicita a efectos de su concesión o denegación. Cuestión distinta es si, a efectos de valorar la hipotética iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información pública, debe o no tenerse en cuenta la finalidad de la solicitud. Esta cuestión se tratará con más detalle en la segunda parte de la investigación.

No obstante, para lo que interesa en este punto hay que subrayar que el único parámetro de confrontación “es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto desvinculado por completo de la cualidad y motivación del solicitante”⁵³⁹. Otra cosa es que resulte recomendable facilitar los motivos de la solicitud, por aportar más elementos de juicio que permitan valorar el interés en la

⁵³⁷ Cfr. STS 1519/2020, de 12 de noviembre, FJ 4, punto 2.

⁵³⁸ En tal sentido, STS 1519/2020, de 12 de noviembre, FJ4.

⁵³⁹ Cfr. GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso a la información”, en GUICHOT, E (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 118.

difusión de la información pública y, por tanto, en la concesión cuando resulten implicados otros intereses legítimos en conflicto.

6.2. La información pública como objeto del derecho

6.2.1. Información pública

Como ha podido verse ya, el art. 12 LTAIBG reconoce que “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”. Radica aquí una de las mayores novedades aportadas por la ley pues el objeto del derecho recae sobre la información pública, frente a las previsiones existentes en la legislación anterior (art. 37 LRJAPPAC) que aludía a los “registros y a los documentos”. En este mismo sentido, el art. 105.b) CE también remite al legislador la regulación del acceso “a los archivos y registros de carácter administrativo”, habiéndose efectuado dicha labor por la LTAIBG.

El art. 12 LTAIBG resultará esencial a la hora de analizar la naturaleza jurídica del derecho porque se vincula directamente con el mandato constitucional impuesto en el art. 105 CE. De ahí que lo prescrito por el art. 12 LTAIBG supere una cuestión de mera formalidad. Se constituye, en realidad, como un aspecto esencial en clave constitucional, al ratificar que el derecho reconocido en esta norma es fruto del ejercicio encomendado al legislador en el art. 105 CE. Esto quiere decir que el legislador identifica el desarrollo del “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” (art. 105 CE), con el “acceso a la información pública” que desarrolla (en la LTAIBG). No obstante, como quedó apuntado anteriormente esta operación de encaje no resulta del todo acertada o suficiente, en tanto genera una discordancia interpretativa entre la base constitucional más limitada sobre la que se asienta y el derecho más amplio que desarrolla legislativamente.

El concepto de información pública se encuentra recogido en el art. 13 LTAIBG. Dicho concepto se configura desde una perspectiva sustantiva de contenido, en tanto que no se limita a identificar por información el soporte físico que la detenta, atendiendo al criterio clásico de documento o archivos y registros administrativos, sino al propio contenido. Por mor de dicho precepto, se entiende por información pública “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de

los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”⁵⁴⁰.

Son varios los aspectos a mencionar de esta definición. No obstante, en esta aproximación inicial conviene situar este precepto como un punto clave y novedoso respecto de la regulación anterior, por cuanto supone una ruptura conceptual en torno al consagrado documento administrativo tal como quedaba configurado en el art.37 LRJAPPAC⁵⁴¹, dando paso al más actualizado acceso a la información pública⁵⁴². No es ésta la única novedad frente al art. 37 LRJAPPAC vigente antes de la LTAIBG, pues, en el marco de este último precepto el acceso se circunscribía a aquella información que estuviera contenida en un expediente administrativo, siendo además requisito que el procedimiento estuviera terminado. Sin embargo, una vez vigente la LTAIBG no es sólo que el objeto del derecho se amplíe sustantivamente, sino que no se hace depender del expediente administrativo ni es requisito que el procedimiento esté terminado para poder acceder a la información⁵⁴³.

Puede verse aquí una clara voluntad del legislador por distanciarse de aquella concepción desfasada, que queda articulada en la LTAIBG a través de un concepto más amplio de información pública. Y ello en tanto que la asunción sustantiva derivada del concepto de información pública resulta más propia de la superación del contexto analógico en línea con el digital. Actualmente, en la sociedad digital no es necesario un acceso físico al documento sino que a través de Internet es posible acceder a la información, entendida en términos sustantivos⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Art. 13 LTAIBG.

⁵⁴¹ El art. 37.1 LRJAPPAC de 1992 bajo la rúbrica “Derecho de acceso a los archivos y registros”, disponía que “Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

⁵⁴² Vid. ARES GONZÁLEZ, V. “Los ámbitos subjetivo y objetivo...”, cit., p.22. Vid. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...”,cit., p.110.

⁵⁴³ En tales términos, véanse, por todos, BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Ámbito subjetivo y objetivo...”, cit., p. 157. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Artículo 13. Información pública”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs.734 y ss.

⁵⁴⁴ Apunta a esta idea en términos similares, GUICHOT, E. “Nuevos retos de la transparencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 49, 2019, p. 22, al señalar que “los ciudadanos no suelen pedir copia de un concreto documento, sino información sobre un asunto, al estilo de las preguntas de los representantes políticos”. Apunta también FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Artículo 13. Información pública...”, cit., p. 744, que “no obstante, las nuevas tecnologías de la información y la generalización de las bases de datos están determinando que la noción de documento pueda ser limitada, aun cuando se interprete en el sentido amplio (...) indicado”.

Como ha declarado el CTBG, de ahí se deriva que “en definitiva, lo que se reconoce en la Ley es el derecho a la información y no al documento, no siendo necesario, por lo tanto, que la información se encuentre previamente recogida en soporte documental para proporcionarla”⁵⁴⁵.

6.2.2. Información existente y en poder de los sujetos obligados

A tenor del art. 13 LTABG el concepto de información sujeta el acceso a los contenidos o documentos a que “obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”⁵⁴⁶. De aquí se derivan varias cuestiones a tener en cuenta:

1) Es necesario que la información esté en poder del sujeto obligado. Esto no significa que exclusivamente tenga que haber sido elaborada (producida) por los sujetos obligados, entendiendo la referencia “en su poder” en términos de autoría. También habría que incluir en la definición aquella información que, aun no habiéndose producido directamente por los sujetos obligados, haya sido adquirida en el ejercicio de sus funciones y, por tanto, esté en su poder. Como pone de manifiesto BARRERO RODRÍGUEZ, tal sería el caso de información que haya sido aportada por los propios interesados en el procedimiento administrativo, siendo información que obra en poder de la administración y que ha sido adquirida en ejercicio de sus funciones⁵⁴⁷.

En tales términos se ha pronunciado el propio CTBG en sus resoluciones, destacando que “la LTAIBG no limita el objeto de una solicitud de información a la que haya sido elaborada por el organismo a la que ésta se dirige, sino a la que pueda tener en su poder”⁵⁴⁸.

2) Por otro lado, hay que tener en cuenta que el presupuesto de que la información esté en poder de los sujetos obligados supone en sí mismo otro requisito, y es que la

⁵⁴⁵ Cfr. Resolución del CTBG 68/2016, de 30 de mayo. En el mismo sentido entre otras, véanse las resoluciones del CTBG 173/2017, de 18 de julio; 718/2018, de 25 de febrero de 2019; 497/2019, de 9 de octubre de 2019.

⁵⁴⁶ Art. 13 LTAIBG.

⁵⁴⁷ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Ámbito subjetivo y objetivo...”, cit., p. 158. En la misma línea, como señalan FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 183, “una información elaborada por un particular, pero en poder de un sujeto obligado en el ejercicio de sus funciones –por ejemplo, una solicitud dirigida a una Administración, una factura por un servicio prestado, una memoria justificativa de una subvención...-, es también información <<pública>>”.

⁵⁴⁸ Resolución del CTBG 692/2018, de 14 de febrero de 2019. Entre otras en el mismo sentido véanse las resoluciones del CTBG, 234/2019, de 1 de julio de 2019 y 265/2019, de 11 de julio de 2019.

información exista en el momento de la solicitud. Como ha señalado el CTBG, esto implica que la LTAIBG protege y ampara el acceso a la información existente en el momento en que se presenta la solicitud y no informaciones futuras⁵⁴⁹.

Ahora bien, debe quedar claro que el hecho de que no pueda solicitarse información a futuro por tratarse de información no existente, no significa que exista un límite temporal respecto de aquella que sí existe. De esta forma, puede accederse a toda aquella información pública con independencia de que hubiera sido generada antes de la entrada en vigor de la LTAIBG. Así ha sido aclarado en la STS 306/2020, de 3 de marzo de 2020, al considerar el TS que no pueden crearse más límites que los expresamente derivados de la LTAIBG, siendo así que ésta no ha expresado ningún límite temporal por razón de si la información fue elaborada antes o después de la entrada en vigor de la ley⁵⁵⁰.

6.2.3. Otras cuestiones vinculadas con la información pública como objeto de la LTAIBG

Deber de conservación de la información

Si, como se ha visto en el apartado anterior, únicamente puede accederse a información pública existente, es importante reparar en la relevancia que se deriva del deber de conservación de la información para evitar el vaciamiento del derecho de acceso por una actuación negligente de los sujetos obligados⁵⁵¹. No se trataría en este caso de que el sujeto obligado alegue la inexistencia de la información, que como se ha visto no es exigible en atención a la LTAIBG, sino de su existencia previa con posterior pérdida o destrucción de la misma.

La cuestión problemática es que en ambos supuestos se produce el mismo resultado, esto es, el condicionamiento del derecho haciendo fácticamente imposible su ejercicio⁵⁵² por falta de objeto en la solicitud. En este sentido, el CTBG ha destacado “que la premisa

⁵⁴⁹ Vid. Resolución del CTBG 262/2016, de 12 de septiembre de 2016. Entre otras, Vid. Resoluciones del CTBG 426/2016, de 27 de diciembre de 2016; 334/2018, de 18 de enero de 2019; 214/2021, de 20 de julio de 2021.

⁵⁵⁰ STS 306/2020, de 3 de marzo, FJ4.

⁵⁵¹ En este sentido, han advertido FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 194, que “el problema se presenta cuando la documentación pública se pierde o es destruida al margen de los procedimientos reglados y garantías previstas en la legislación archivística. A este respecto, en aquellos casos en que la Administración reclamada alega que no encuentra los expedientes solicitados en sus archivos y sólo puede entregar una parte de la información solicitada, el CTBG se ha limitado a desestimar la reclamación por inexistencia del objeto sobre el que ejercer el derecho de acceso a la información pública”.

⁵⁵² Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.193.

para poder garantizar de forma adecuada el derecho de acceso a la información, de anclaje constitucional y reconocido a los ciudadanos por la LTAIBG, es la adecuada ordenación y conservación de la información administrativa y, por ende, una adecuada política de gestión documental y archivos”⁵⁵³.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este deber de conservación no está previsto en la LTAIBG, siendo un aspecto criticado con fundamento por la doctrina especializada como susceptible de mejora a través de una reforma de la LTAIBG⁵⁵⁴. Ciertamente, resulta contradictorio que, siendo la existencia de la información presupuesto para el ejercicio del derecho, pueda resultar efectivo si no es posible acceder a la información como objeto protegido por la LTAIBG.

Causas de inadmisión de la solicitud vinculadas con el carácter de la información

La LTAIBG prevé en su art. 18 un elenco de causas de inadmisión a trámite de solicitudes de acceso a la información por diversos motivos. Entre ellas, interesa mencionar ahora aquellas causas de inadmisión que permiten contemplar una visión global sobre las características de la información pública protegida por la ley. Nótese que este precepto aporta información en sentido negativo sobre determinadas características que no puede tener la información para que su solicitud pueda ser tramitada.

a) Información de carácter auxiliar o de apoyo

El art. 18.1.b) LTAIBG contempla como causa de inadmisión las solicitudes que vayan “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”⁵⁵⁵. Esta causa de inadmisión ha sido criticada por la doctrina en el sentido de que más que una causa de inadmisión debía haberse previsto como un límite⁵⁵⁶. Dicha crítica se fundamenta en la idea de que a diferencia de los límites

⁵⁵³ Resolución del CTBG 107/2018, de 23 de mayo. En el mismo sentido, véase la resolución del CTBG, 106/2018, de 23 de mayo.

⁵⁵⁴ Entre la doctrina especializada que se ha pronunciado críticamente sobre este aspecto, pueden verse, por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, S. A. “Transparencia pública: pasado, presente...”, cit. p.235, al señalar que “en el caso de documentos, debería explicitarse el deber de conservación de los mismos y en qué supuestos y con cuáles garantías es lícito proceder a su eliminación”. Vid, también FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 192 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Ámbito subjetivo y objetivo...”, cit., págs. 164 y 165. Identifica como un problema actual la inexistencia de información en este sentido, GUTIÉRREZ, A. “Tres años de la ley de transparencia: Perspectiva de una activista”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 5, 2017, p.8.

⁵⁵⁵ Art. 18.1.b) LTAIBG.

⁵⁵⁶ Se pronuncian críticamente en el sentido expuesto, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 397, 408 y 409.

que, como se verá con posterioridad, están sujetos a ponderación a través de un test de daño y de ponderación propiamente, las causas de inadmisión actúan como presupuestos previos habilitantes para el ejercicio del derecho. De esta forma, si concurre alguna causa de inadmisión, constituye ya un obstáculo a priori impeditivo para el ejercicio del derecho. Por el contrario, si no concurre causa de inadmisión alguna, se daría el presupuesto para el ejercicio del derecho debiendo en su caso dilucidarse si concurren en su caso límites aplicables.

La cuestión es que a diferencia de los límites, las causas de inadmisión no se sujetan a ponderación, sino que simplemente concurren o no. Este punto es el que lleva a considerar que el supuesto concreto de la causa de inadmisión de información de carácter auxiliar o de apoyo, en realidad debería haberse previsto como un límite y no como una causa de inadmisión, por más que la LTAIBG lo haya tratado de forma incondicionada sin sujetarla a ponderación. El motivo que subyace de fondo en todo esto es que lo que protege dicha causa de inadmisión es que esa información auxiliar no ponga en peligro el libre proceso de toma de decisiones, aspecto éste que habría de valorarse ponderadamente en su caso junto al interés público en la difusión de la información (en línea con el art. 4.3 del Reglamento (CE) 1049/2001). Sin embargo, lo cierto es que se ha previsto como una causa de inadmisión y no como un límite al ejercicio del derecho.

En todo caso, se trata de una causa de inadmisión relevante a tener en cuenta que ha sido objeto de tratamiento por el CTBG a través de la emisión de un criterio interpretativo específico para determinar y precisar su alcance⁵⁵⁷. Al respecto, el CTBG ha determinado que los elementos claves para la aplicación de esta causa de inadmisión son: que por un lado, se atienda al contenido y no a la denominación formal del documento donde se contenga la información. Y, por otro, que la causa de inadmisión debe interpretarse

⁵⁵⁷ Criterio Interpretativo del CTBG 6/2015, “Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo”, 12 de noviembre de 2015. El CTBG ha precisado que este Consejo de Transparencia entiende que una solicitud de información auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, podrá ser declarada inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad.
2. Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final.
3. Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud.
4. Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento.
5. Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final”. También pueden verse entre muchas otras las resoluciones del CTBG 363/2019, de 22 de agosto; 505/2019, de 9 de octubre; 739/2020, de 2 de febrero de 2021.

restrictivamente y aplicarse de forma motivada para evitar que puedan inadmitirse solicitudes que en realidad sean relevantes a los fines de la LTAIBG.

Por su parte, la motivación que subyace en la referida causa de inadmisión va orientada a la preservación de un espacio libre de interferencias para garantizar el proceso interno de toma de decisiones y el buen funcionamiento de los servicios administrativos⁵⁵⁸. De un lado, se aduce que no tiene relevancia a efectos del principio de transparencia acceder a información de carácter auxiliar, que además podría saturar o colapsar el buen funcionamiento administrativo. De otro, se alega que dicho acceso a información de carácter auxiliar puede entorpecer y condicionar el libre espacio de debate y crítica que ha de acompañar la toma de decisiones⁵⁵⁹. Ahora bien, sobre esta causa de inadmisión se ha advertido que el hecho de que sea una práctica común no justifica su estandarización. Pues, la información auxiliar puede servir de complemento intelectual para facilitar la comprensión y racionalidad acerca del proceso de adopción de la decisión⁵⁶⁰.

En este orden de ideas, deben evitarse interpretaciones expansivas que sitúen la información auxiliar como cajón de sastre para denegar el acceso a información pública que fuera relevante para el principio de transparencia. Se cercenaría así de forma indirecta la fiscalización perseguida por la ley para justificar la actuación de los poderes públicos.

b) Información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración

El art. 18.1.c) LTAIBG prevé como causa de inadmisión las solicitudes de “Información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”⁵⁶¹. Habría que interpretar qué se entiende por “reelaboración” para justificar en su caso una causa de

⁵⁵⁸ Es la misma motivación que subyace en relación con la limitación del derecho de acceso a la información pública cuando el acceso supusiera un perjuicio para la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en los procesos de toma de decisiones (art. 14.1.k LTAIBG). Sobre esta limitación ha señalado el TS en la STS 235/2021, de 19 de febrero, FJ2 que “este límite debe entenderse referido al contenido literal de las opiniones, intervenciones y manifestaciones de cada uno de los integrantes del órgano colegiado durante la deliberación, pues, salvo que las sesiones sean públicas, el debate previo a la toma de decisión debe preservarse del conocimiento público, manteniendo una cierta reserva y confidencialidad como garantía del correcto funcionamiento del órgano y de la libertad de sus miembros en su actuación interna”.

⁵⁵⁹ Vid. Resolución del CTBG 94/2018, de 21 de mayo.

⁵⁶⁰ Vid. MUÑOZ SORO, J. F., y BERMEJO LATRE, J. L. “La redefinición del ámbito objetivo de la transparencia y el derecho de acceso a la información del sector público”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p.233.

⁵⁶¹ Art. 18.1.c) LTAIBG.

inadmisión por este motivo sin que resulte desorbitada para el legítimo ejercicio del derecho de acceso⁵⁶².

El concepto así previsto en la ley es ciertamente indeterminado, lo que lleva a valorar cuál ha sido su interpretación en la aplicación práctica para delimitar el concepto de reelaboración. En tal sentido, el TS se ha referido a la reelaboración como una “vuelta a elaborar” la información⁵⁶³. Más concretamente, el CTBG ha interpretado por reelaboración la actividad dirigida a dar un nuevo tratamiento a la información, que puede tener lugar porque tenga que producirse *ad hoc* para dar una respuesta confeccionada, o bien cuando el organismo obligado no ostente los medios técnicos necesarios para extraer la información solicitada⁵⁶⁴.

Es importante destacar que la reelaboración como causa de inadmisión responde a la idea del derecho de acceso a la información como derecho de libertad, que no debe entenderse en términos de obligación de la administración de prestar un servicio informativo, sino simplemente de permitir el acceso a la información⁵⁶⁵. De ahí que aquella solicitud de información en la que se infiera una labor de producción o elaboración *ad hoc* de la misma, quedaría fuera del marco protegido por la LTAIBG⁵⁶⁶.

⁵⁶² Interesa señalar que se trata de una de las causas de inadmisión más esgrimidas por parte de los sujetos obligados para inadmitir las solicitudes, al respecto FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y SIERRA RODRÍGUEZ, J. “Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva Época*, nº 11, 2019, p.66, han puntualizado que “esta causa de inadmisión es una de las que más ha sido esgrimida por los sujetos públicos obligados para rechazar la concesión de información, constituyendo una especie de comodín para aquellos que pretenden esquivar el otorgamiento del acceso. El problema de fondo sobre la «necesidad de reelaboración de información» reside en la adecuada interpretación de las circunstancias que permitan afirmar su concurrencia”.

⁵⁶³ Cfr. STS 454/2021, de 25 de marzo, FJ 2, apartado 4º.

⁵⁶⁴ Véase, Criterio Interpretativo del CTBG 7/2015, “Causas de inadmisión de solicitudes de información: relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. (Artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013”, de 12 de noviembre de 2015.

La falta de medios como motivo de la causa de inadmisión en este caso debe ser tratada con cautela, justificándose debidamente el motivo por el que no se disponen de los medios necesarios para facilitar la información. No bastará pues con la mera referencia a que no se tienen los recursos necesarios a tal fin, sino que deberá justificarse para evitar su utilización como asidero para no facilitar la información, menoscabando injustificada o desproporcionadamente el ejercicio del derecho de acceso a la información. Sobre esta cuestión véase con más profundidad, BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen de impugnaciones”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs.576 y ss.

⁵⁶⁵ Sobre la conceptualización del derecho de acceso a la información pública como derecho de libertad siendo presupuesto para el ejercicio del derecho la existencia misma de la información véase, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.171.

⁵⁶⁶ Puede traerse a colación como ejemplo de dicha percepción del derecho, la SJCCA 60/2016, de 25 de abril, FJ4, que a propósito del art. 13 LTAIBG, aclara “que reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, pero a la información que existe y que está ya disponible, lo que es distinto, de reconocer

Sin embargo, no todo aquello que suponga una actividad dirigida a hacer disponible la información en poder de los sujetos obligados ha de entenderse dentro del concepto de reelaboración en términos de inadmisión. La interpretación de las causas de inadmisión debe efectuarse en términos restrictivos y de forma justificada pues una interpretación amplia en este sentido haría sumamente vulnerable la efectividad del derecho de acceso⁵⁶⁷. Por este motivo, es importante tratar con cautela la causa de inadmisión de la reelaboración ya que “abre una puerta a conductas limitativas del libre acceso a la información eventualmente excusadas en una no siempre justificada intención de someter la información a un reprocesamiento dirigido a su mejor difusión. La reelaboración aparece como un concepto técnico de incierto reflejo jurídico (...)”⁵⁶⁸.

Como se apuntaba anteriormente, no ha de confundirse con la reelaboración otras acciones que pueden conllevar una cierta labor dirigida a hacer disponible la información existente en poder del órgano obligado. No será pues reelaboración, el proceso de manipulación de la información propio del procesamiento de información compleja o voluminosa (excepto que el alcance y objeto de lo solicitado incurra en dicha causa de inadmisión), el proceso de anonimización de datos de carácter personal o el acceso parcial cuando haya afección a alguno de los límites previstos. Del mismo modo, no ha de confundirse la reelaboración con la recopilación de información, pues ésta última puede tener el objeto de “agregar, tratar o adicionar” datos, pero ello no implica una acción de reelaboración en los términos de inadmisión de la LTAIBG⁵⁶⁹.

el derecho a que la Administración produzca, aunque sea con medios propios, información que antes no tenía”. En términos similares, la SAN 29/2017, de 24 de enero, FJ4, dispone que “el derecho a la información no puede ser confundido con el derecho a la confección de un informe por un órgano público a instancia de un particular. Es por ello por lo que el mencionado art.18.1.c permite la inadmisión de una solicitud cuando la información que se solicita requiere una elaboración y tarea de confección por no ser fácilmente asequible acceder a ella, pero sin que ello signifique deba ser objeto de una interpretación amplia”.

⁵⁶⁷ El CTBG ha señalado en este sentido en el Criterio Interpretativo 7/2015 del CTBG, “Causas de inadmisión...”, cit., que “Si por reelaboración se aceptara la mera agregación, o suma de datos, o el mínimo tratamiento de los mismos, el derecho de acceso a la información se convertirá en derecho al dato o a la documentación, que no es lo que sanciona el artículo 12 al definir el derecho como “derecho a la información”.

⁵⁶⁸ Cfr. MUÑOZ SORO, J. F., y BERMEJO LATRE, J. L. “La redefinición del ámbito objetivo...”, cit., págs. 233 y 234.

⁵⁶⁹ Sobre la distinción entre reelaboración como causa de inadmisión y recopilación, véase SJCCA 15/2018, de 14 de febrero de 2018. De forma relevante destaca también, la SAN de 2 de julio de 2018 - ECLI:ES:AN:2018:2944.

Entre otras resoluciones del CTBG en el mismo sentido 483/2019, de 3 de octubre; 276/2019, de 11 de julio.

Resultan de gran interés y actualidad los pronunciamientos del TS en los que profundiza sobre qué debe entenderse por reelaboración como causa de inadmisión. Concretamente, en la STS 306/2020, de 3 de marzo de 2020, considera que la acción previa de reelaboración “anuda una severa consecuencia como es la inadmisión a trámite de la correspondiente solicitud”. Por ello, en línea con la necesaria interpretación restrictiva de los límites al ejercicio del derecho de acceso efectúa una distinción entre una “reelaboración básica o general”, dirigida a suministrar información al solicitante y que no cabe interpretar como causa de inadmisión, y la reelaboración *stricto sensu* como causa de inadmisión que estará vinculada a la complejidad⁵⁷⁰.

Anudado a este pronunciamiento ha de destacarse también la STS 454/2021, de 25 de marzo de 2021. En este caso, el TS reitera en línea con su jurisprudencia anterior que no toda acción de procesamiento de la información debe subsumirse en la causa de inadmisión de la reelaboración. En el caso concreto objeto de pronunciamiento, el TS aclara que el proceso de anonimización de datos para conceder el acceso parcial a la información cuando concorra alguno de los límites previstos en el art. 14 LTAIBG tampoco ha de reputarse como reelaboración⁵⁷¹.

En definitiva, la interpretación restrictiva derivada de esta causa de inadmisión, y en general de todas las previstas en el art. 18.1 LTIABG, parte del presupuesto coherente del que se nutre la LTAIBG, relativo a la configuración y formulación amplia del derecho de

⁵⁷⁰ STS 306/2020, de 3 de marzo, FJ 5. Concretamente en el caso objeto de pronunciamiento el TS entiende que concurre la causa de inadmisión porque “en el caso examinado, por muy restrictiva que sea la interpretación de la causa de inadmisión, como corresponde a este tipo de causas que impiden el acceso, se encuentra justificada por la concurrencia de la acción previa de reelaboración, pues se trata de volver a elaborar a partir de una información pública dispersa y diseminada, mediante una labor consistente en recabar, primero; ordenar y separar, después, lo que es información clasificada o no; sistematizar, y luego, en fin, divulgar tal información” (FJ5).

Sobre este pronunciamiento judicial distinguiendo las categorías de reelaboración mínima y reelaboración que conlleva la inadmisión, señalan en efecto SIERRA RODRÍGUEZ, J., GALDÁMEZ MORALES, A., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Decálogo jurisprudencial español sobre derecho de acceso a la información pública”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 21, 2021, p.240, que “el TS requiere de la construcción de dos categorías que permitan distinguir con nitidez entre las operaciones mínimas que son necesarias para facilitar cualquier información que está disponible, de las que conllevarían efectivamente una reelaboración”.

Vinculada a esta causa de inadmisión debe también destacarse al hilo de este pronunciamiento del TS, la STS 454/2021, de 25 de marzo, en cuyo FJ2, se estipula que “la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1.c/ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información”.

⁵⁷¹ Señala así el TS en la STS 454/2021, de 25 de marzo, FJ 5, que “en un pronunciamiento como el examinado en este recurso, que acuerde el acceso parcial a la información al amparo del artículo 16 LTAIBG, no puede considerarse que la exclusión o anonimización de datos identificativos en la información afectada por un límite del artículo 14 LTAIBG constituya una reelaboración de la información”.

acceso a la información. Es lógico que si el derecho de acceso a la información pública debe entenderse lo más ampliamente posible, la interpretación de aquellas causas que puedan llevar a la inadmisión de las solicitudes de acceso deba efectuarse de forma restrictiva⁵⁷².

6.3. Publicidad activa

Como ha quedado apuntado ya, la LTAIBG divide su Título I relativo a “Transparencia de la actividad pública” en tres Capítulos. El primero, dedicado al “ámbito subjetivo de aplicación”, el segundo dedicado a “Publicidad activa”, y el tercero relativo al “derecho de acceso a la información pública” que, como se vio en partes anteriores del trabajo, viene a asimilarse con la denominada publicidad pasiva.

Por cuestiones orientadas a una mejor comprensión sistemática de la LTAIBG se ha comenzado su análisis haciendo alusión al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, aun cuando esto ha llevado a analizar aspectos del derecho de acceso a la información propios del Capítulo III. Consiguientemente, la referencia que se hará a continuación se enmarca en el Capítulo II, esto es, en la publicidad activa.

Cabe comenzar señalando que la publicidad activa ha sido tildada como “la gran trascendencia revolucionaria en materia de transparencia y acceso a la información, fundamentalmente de la mano de Internet”⁵⁷³. Tal calificativo se justifica en la asunción de la transparencia como una exigencia inherente a las sociedades democráticas modernas, en las que el estándar de rendición de cuentas no viene sólo determinado por la respuesta de los poderes públicos a las solicitudes de acceso a la información, sino en la imposición de obligaciones de publicidad activa por las que estos deben anticiparse y actuar proactivamente. Es decir, se trata de la actuación *motu proprio* de los poderes

⁵⁷² En tal sentido, la STS 1547/2017, de 16 octubre, FJ4, señala que “Cualquier pronunciamiento sobre las “causas de inadmisión” que se enumeran en el artículo 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y, en particular, sobre la prevista en el apartado 1.c/ de dicho artículo (que se refiere a solicitudes “relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”) debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013”. De ahí que el TS sostenga a continuación que “Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1”. Más recientemente en el mismo sentido, véase la STS 454/2021, de 25 de marzo.

⁵⁷³ BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa”, en GUICHOT, E (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 143.

públicos por la que, utilizando los medios de difusión electrónica que facilita Internet, hacen disponible la información pública a la ciudadanía, contribuyendo a generar transparencia en su actividad⁵⁷⁴. Esta es la idea que subyace de la publicidad activa, inferida interpretativamente del Preámbulo y del propio articulado de la LTAIBG, ya que ésta no contiene expresamente una definición de publicidad activa.

En este sentido, el Capítulo II del Título I de la LTAIBG relativo a la “Publicidad Activa”, comprende los arts. 5 a 11, cuyo contenido puede organizarse del siguiente modo. Por un lado, el art. 5 LTAIBG sienta los principios generales a los que deben responder los sujetos vinculados al sector público incluidos en el art. 2.1 LTAIBG. Dicho precepto señala que los sujetos obligados en el art. 2.1 LTAIBG publicarán “la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”⁵⁷⁵. La ley no precisa expresamente en dicho precepto cuál es esa información relevante en pos de la transparencia. No obstante, los preceptos subsiguientes, arts. 6, 7 y 8 LTAIBG, precisan el tipo de información que se entiende sujeta a publicidad activa, por lo que es considerada relevante a los efectos del art. 5 LTAIBG⁵⁷⁶. Así, del art. 6 a 8 LTAIBG se clasifica el tipo de información que deberá ser objeto de publicación, según sea respectivamente, “información institucional, organizativa y de planificación” (art. 6 LTAIBG),

⁵⁷⁴ En tal sentido, Vid. Criterio interpretativo del CTBG 2/2019, “Publicidad activa (1). Concepto y naturaleza”, de 20 de diciembre de 2019. En dicho Criterio Interpretativo puede verse una definición de publicidad activa, que se entiende como, “Obligación de los sujetos que determina la Ley de publicar, de forma proactiva y en las condiciones establecidas, los datos o informaciones que sean relevantes para garantizar la transparencia de su actividad y, en todo caso, los designados expresamente en la norma, con vistas a posibilitar el ejercicio por la ciudadanía de su derecho a la participación y al control de los asuntos públicos”.

Por otro lado, resulta de interés la vinculación efectuada entre la publicidad activa y el uso de medios electrónicos por parte de los sujetos obligados para hacer disponible la información a la que alude CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de los medios electrónicos...”, cit., p. 324, al señalar que “la difusión de información pública –o la publicidad activa (...) constituye en la actualidad el principal mecanismo de transparencia de las administraciones públicas. A través de los medios electrónicos, las administraciones públicas pueden difundir información que está en su poder y que puede ser útil o de interés para la ciudadanía y esta la puede consultar con mayor facilidad. De hecho, la difusión de información pública a través de medios electrónicos ha ido adquiriendo una importancia significativa en los últimos años a medida que el desarrollo de la sociedad de la información ha llevado a que la ciudadanía utilice cada vez más los medios electrónicos en sus actividades económicas y profesionales, en sus actuaciones sociales y cívicas y en sus relaciones con las administraciones públicas”. En términos similares, entre otros por todos, VILLORIA MENDIETA, M. “La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias”, *Colección Govern Obert*, nº 1, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2014, p.10.

⁵⁷⁵ Art. 5.1. LTAIBG.

⁵⁷⁶ Vid. GIRÓN REGUERA, E. “Artículo 5. Principios generales”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p.462.

“información de relevancia jurídica” (art. 7 LTAIBG) o “información económica, presupuestaria y estadística” (art. 8 LTAIBG).

Por su parte, los arts. 9 a 11 LTAIBG van encaminados a la función de control. Específicamente, el primero de ellos atribuye la función de control de las obligaciones de publicidad activa al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. El art. 10 LTAIBG prevé la creación de un Portal de Transparencia en el ámbito de la Administración General del Estado donde se publique y facilite la información al ciudadano en lo relativo a los artículos anteriores. Y, por último, el art. 11 LTAIBG establece los principios a los que debe someterse el funcionamiento de dicho Portal de Transparencia: accesibilidad, interoperabilidad y reutilización.

6.3.1. Principios a los que se sujeta la difusión de información pública

En lo que respecta a los principios generales sobre publicidad activa, el art. 5 LTAIBG precisa de qué forma deberán proceder los sujetos obligados al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa. De ahí que el art. 5.1 LTAIBG exija que la publicación de la información de relevancia para garantizar la transparencia en su actividad debe efectuarse “de forma periódica y actualizada”⁵⁷⁷. Tampoco concreta el precepto el plazo al que ha de sujetarse dicha periodicidad, pero en todo caso se entiende ligada a una actualización permanente de la información publicada en sus páginas webs⁵⁷⁸.

En cuanto a la vinculación de los poderes públicos sobre lo dispuesto en la LTAIBG en materia de publicidad activa, debe tenerse en cuenta que la ley opera como una “ley de mínimos”⁵⁷⁹ en tanto que el apartado 2 del art. 5 LTAIBG abre la puerta de forma expresa a regulaciones autonómicas o bien específicas, que amplíen las obligaciones derivadas de la publicidad activa⁵⁸⁰. De esta forma, la publicidad activa en la LTAIBG queda autodefinida como el mínimo común que los poderes públicos deben publicar, sin perjuicio de regulaciones más exhaustivas que amplíen las obligaciones de publicidad activa, reforzando el nivel de transparencia sobre las previsiones básicas que dispone la LTAIBG.

⁵⁷⁷ Art. 5.1. LTAIBG.

⁵⁷⁸ Vid. GIRÓN REGUERA, E. “Artículo 5. Principios...”, cit., p. 462. BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa...”, cit., p.155.

⁵⁷⁹ Cfr. GIRÓN REGUERA, E. “Artículo 5. Principios...”, cit., 462.

⁵⁸⁰ Señala el art. 5.2 LTAIBG que “Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad”.

El art. 5.4 LTAIBG va expresamente referido a la forma y principios que deben respetarse para la publicación de la información. En este sentido, el precepto impone la publicación de la información sujeta a publicidad activa en las correspondientes páginas web, indicando en cuanto a la forma que debe hacerse “de manera clara, estructurada y comprensible (...) y preferiblemente, en formatos reutilizables”. Pero, además, añade que debe facilitarse “la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización”⁵⁸¹. Dicho apartado se complementa directamente con lo dispuesto en el art. 5.5 LTAIBG y 22.4 LTAIBG que establecen la gratuidad en el acceso a la información, debiendo facilitarse de forma accesible y comprensible a favor de las personas con discapacidad, puesto que parte expresamente de un principio de accesibilidad universal⁵⁸².

Estas características que debe reunir la difusión de información son de suma importancia para hacer efectivo el escrutinio y fiscalización del poder público. Toda vez que la accesibilidad de la información, tanto en términos de fácil acceso como de comprensibilidad, se constituye en presupuesto imprescindible para hacer efectiva la participación en los asuntos públicos. De ahí que esta característica haya sido estudiada en el Capítulo II de esta parte de la investigación, como un elemento básico vinculado a la esencia misma de la transparencia.

Con esta disposición queda claro que no basta con la publicación en bruto de datos, o con la mera publicidad, sino que la difusión de información debe reunir unas condiciones de calidad orientadas a la efectiva realización de la transparencia en términos de calidad, comprensión y accesibilidad. Ahora bien, la difusión de información sujeta a publicidad activa queda en todo caso sujeta a los límites del derecho de acceso a la información pública previstos en el art. 14 y 15 LTAIBG (art. 5.3 LTAIBG).

⁵⁸¹ El art. 5.4 (párrafo 1º) LTAIBG dispone que “La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización”.

⁵⁸² Prescribe el art. 5.5 LTAIBG que “Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos”. Asimismo señala el art. 22.4 LTAIBG que, “El acceso a la información será gratuito. No obstante, la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente al original podrá dar lugar a la exigencia de exacciones en los términos previstos en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, o, en su caso, conforme a la normativa autonómica o local que resulte aplicable”.

6.3.2. Sujetos obligados a publicidad activa por razón del tipo de información pública

Como pudo analizarse a propósito del ámbito subjetivo de aplicación de la ley, existe una gradación en cuanto a la vinculación de los sujetos obligados por la ley. En lo que respecta a la publicidad activa, quedan obligados directamente los sujetos del art. 2 y 3 LTAIBG, sin perjuicio de la obligación indirecta que recae sobre las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos cuando la administración a la que queden vinculadas les requiera suministrar determinada información para el cumplimiento por ésta de sus obligaciones de transparencia y garantía del derecho de acceso a la información pública (art. 4 LTAIBG).

En este sentido, la LTAIBG establece obligaciones de publicidad activa en función del tipo de información de que se trate, eso sí, sin afectar homogéneamente a los sujetos obligados. El primer tipo de información sujeta a tales obligaciones de publicidad activa es la prevista en el art. 6 LTAIBG⁵⁸³, relativa a “información institucional, organizativa y de planificación”. Dicha obligación de difundir información recae sobre todos los sujetos obligados en este título para la información a la que se refiere el art. 6.1 LTAIBG, esto es, información institucional y organizativa “relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa”⁵⁸⁴. Sin embargo, la obligación de difundir la información referida en el art. 6.2 LTAIBG, que es propiamente la información de planificación, únicamente vincula a las administraciones públicas (entendiendo por éstas las referidas en el art. 2.2 LTAIBG)⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Sobre esta disposición puede verse ampliamente el comentario efectuado por DE MARIANO SÁNCHEZ-JÁUREGUI, M.J. “Artículo 6. Información institucional, organizativa y de planificación”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs. 470 a 502.

⁵⁸⁴ Dispone el art. 6.1 LTAIBG que “Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa. A estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional”.

⁵⁸⁵ El art. 6.2 LTAIBG prescribe que “Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente.

En el ámbito de la Administración General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas”.

Como han puesto de manifiesto BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa...”, cit., págs. 164 y 165, el art. 6 LTAIBG no contempla otros posibles contenidos que hubiera sido recomendable incluir en el marco de las obligaciones de publicidad activa, sobre todo en lo que respecta a las agendas de las reuniones de los ministros y altos cargos en el marco regulatorio del *lobby*. No obstante

De otro lado, el art. 7 LTAIBG⁵⁸⁶ sujeta a las administraciones públicas a deberes de publicidad activa en lo relativo a “información de relevancia jurídica”. Dicha información se despliega en una serie de contenidos heterogéneos que incluyen directrices u otro tipo de decisiones que conlleven una interpretación del Derecho o desplieguen efectos jurídicos, Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda cuando se soliciten dictámenes. En el mismo sentido, los Proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda, así como memorias e informes que constituyan los expedientes de elaboración de los textos normativos y aquellos documentos que durante su tramitación deban someterse a un periodo de información pública⁵⁸⁷.

Por su parte, el art. 8 LTAIBG⁵⁸⁸ se ocupa de un aspecto sustancial para la efectividad misma de la transparencia, al referirse a “información económica, presupuestaria y estadística”. La difusión de esta información por parte de los sujetos obligados encarna un aspecto sustancial para la satisfacción de los fines de la ley, orientados al escrutinio y rendición de cuentas, así como al control de los fondos públicos. Por un lado, permitirá controlar a qué se destinan dichos fondos y si la actividad desarrollada por los responsables públicos ha resultado útil y eficaz. Por otro lado, el deber de publicar este

como bien apuntan los autores, la LTAIBG ostenta un carácter básico, susceptible de ampliación por la respectiva normativa autonómica. Además debe tenerse en cuenta a modo orientativo el Criterio Interpretativo emitido conjuntamente por el CTBG y la Agencia Española de Protección de Datos, 2/2016, sobre “Información relativa a las agendas de los responsables públicos”, de 5 de julio de 2016, aunque según su consideración adicional a) vaya dirigido “exclusivamente al ejercicio del derecho de acceso a la información pública mediante solicitud y no es directamente extrapolable al supuesto de publicidad activa de la información (...)”.

⁵⁸⁶ Puede verse ampliamente sobre el art. 7 LTAIBG, MEDINA GUERRERO, M. “Artículo 7. Información de relevancia jurídica”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs. 503 a 521.

⁵⁸⁷ Dispone el art. 7 LTAIBG que “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán: a) Las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos. b) Los Anteproyectos de Ley y los proyectos de Decretos Legislativos cuya iniciativa les corresponda, cuando se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes. En el caso en que no sea preceptivo ningún dictamen la publicación se realizará en el momento de su aprobación. c) Los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda. Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública. d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. e) Los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación”.

⁵⁸⁸ Puede consultarse para mayor profundidad sobre este artículo, DE MARIANO SÁNCHEZ-JÁUREGUI, M. J. “Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs. 522 a 573.

tipo de información actuará como un importante freno para la comisión de malas prácticas, disuasorio pues contra el fenómeno de la corrupción⁵⁸⁹.

La obligación de publicar esta información se modula en el art. 8 LTAIBG por razón de los sujetos obligados, según los casos. Así, la información mencionada en el art. 8.1 LTAIBG debe ser la que se publique en la materia “como mínimo” por expresa referencia del precepto, vinculando en este caso a todos los sujetos comprendidos en este Título. Se trata de la información relativa a materia contractual, convenios suscritos, subvenciones y ayudas públicas que hayan sido concedidas, presupuestos, cuentas anuales, retribuciones anuales percibidas por altos cargos y máximos responsables de las entidades a que se refiere este título, indemnizaciones percibidas por abandono del cargo, resoluciones relativas al régimen de compatibilidad que afecte a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de la actividad privada una vez cesen en el ejercicio de los altos cargos de la administración, declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, así como información estadística sobre el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos.

No obstante, el art. 8.2 LTAIBG establece de entre el listado de materias anteriormente referido en el art. 8.1 LTAIBG, las que resultan de aplicación a los “otros sujetos obligados” referidos en el art. 3 LTAIBG. En este caso, los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como aquellas entidades privadas que perciban subvenciones por encima de ciertos umbrales deben publicar a tenor del art. 8.2 LTAIBG los contratos o convenios que hayan celebrado con la administración pública, así como las subvenciones percibidas cuando igualmente procedan de la administración pública. Finalmente, el art. 8.3 LTAIBG obliga a las administraciones públicas, y sólo a ellas, a la publicación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o de aquellos respecto de los que ostenten algún derecho real.

⁵⁸⁹ Vid. BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa...”, cit., p. 173. Vid. DE MARIANO SÁNCHEZ-JÁUREGUI, M. J. “Artículo 8. Información económica...”cit., p.523.

6.3.3. Control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa

El art. 9 LTAIBG⁵⁹⁰ sujeta el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por parte de la Administración General del Estado (AGE), al control del CTBG. En el marco de esta función de control, el precepto estipula que el CTBG podrá dictar resoluciones donde acuerde medidas dirigidas al cese del incumplimiento así como el inicio de las actuaciones disciplinarias que correspondan. En todo caso, el apartado 3 del art. 9 LTAIBG señala como infracción grave según lo previsto en la correspondiente normativa reguladora de régimen disciplinario, el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa.

Este precepto plantea una serie de inconvenientes y problemas derivados de su indeterminación, que merece la pena destacar siquiera brevemente. En primer lugar, debe llamarse la atención sobre el hecho de que este precepto es de los pocos de la LTAIBG excepcionados del carácter básico, por aplicación de la Disposición Final octava, relativa al título competencial. Al no tener carácter básico en lo relativo al apartado 3, destinado a la tipificación como infracción grave del incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa, habrá que atender a la heterogeneidad normativa derivada de las respectivas regulaciones autonómicas. Esta situación, que en otros ámbitos puede darse sin mayor conflicto, suscita una cierta inseguridad jurídica al ir referida en definitiva a la casuística normativa en una materia como es el régimen sancionatorio. Cabe destacar que parte de la doctrina ha situado la negación de carácter básico al precepto como “un defecto de técnica legislativa”⁵⁹¹ injustificado, en tanto que su homónimo en materia de acceso a la información, esto es, el art. 20.6 LTAIBG sí que tiene carácter básico.

Dicho lo cual, nos encontramos ante una situación de heterogeneidad en la que puede que una misma conducta sea sancionada en una CA y no en otra, o bien se incurra en una laguna derivada de que una CA no regule el control de las obligaciones de publicidad

⁵⁹⁰ El art. 9 LTAIBG prescribe que: “1. El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

2. En ejercicio de la competencia prevista en el apartado anterior, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan.

3. El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

⁵⁹¹ BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa...”, cit., p.198.

activa⁵⁹². Nótese como segundo punto cuestionable a tener en cuenta que la competencia del control de la publicidad activa del CTBG se limita exclusivamente al ámbito de la AGE, lo cual lleva a que en este último supuesto destacado en donde una CA no regule tal situación, el CTBG no podría actuar por no referirse a la AGE.

Por otro lado, del precepto se derivan una serie de conceptos jurídicos indeterminados o remisiones ambiguas, como: la duda que genera la redacción del art. 9.2 LTAIBG, al referirse a la potestad del CTBG para “dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan”⁵⁹³ pues no queda claro si respecto a estas últimas puede o no ejercerlas propiamente. Es decir, si el CTBG es sólo competente para instar la acción disciplinaria, o por el contrario puede ejercerla por sí mismo⁵⁹⁴. No obstante, la práctica ha situado este aspecto como uno de los déficits puestos de manifiesto en cuanto a la configuración del CTBG en la LTAIBG. Y ello en tanto que carece de potestad sancionadora⁵⁹⁵, con las limitaciones y problemas que ello supone para la efectividad de la LTAIBG.

Además, debe destacarse una cuestión aún pendiente de determinar en relación con el art. 9.2 LTAIBG. Este precepto remite el ejercicio de la competencia de control de la

⁵⁹² En tales términos, Vid. LOBATO GÓMEZ, J. M., y CARPINTERO SUÁREZ, A. “Artículo 9. Control”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs. 602 y 611. Vid. VILLORIA MENDIETA, M. “La publicidad activa en la Ley...”, cit., p.58.

⁵⁹³ Art. 9.2 LTAIBG.

⁵⁹⁴ Dicha duda se plantea en la doctrina, entre otros, Vid. BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa...”, cit., p. 198. Se está de acuerdo con los autores en la consideración de que a la luz de una interpretación sistemática del resto de preceptos, (en concreto del art. 38.2.c) LTAIBG que atribuye al Presidente del CTBG la función de “Velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad contenidas en el capítulo II del título I de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de esta Ley”), parece dirigirse más bien a la primera opción planteada, esto es, a que el CTBG pueda instar la iniciación del régimen disciplinario. Además como bien han señalado LOBATO GÓMEZ, J. M., y CARPINTERO SUÁREZ, A. “Artículo 9...”, cit. p. 603, “no existe una atribución legal de ejercicio de la potestad sancionadora lo que impide el inicio de expedientes de esta naturaleza. Por tanto, el Consejo únicamente podrá instar al órgano competente a iniciar el mismo sin que exista consecuencia alguna para el caso de que no lo haga (...)”.

⁵⁹⁵ Dicha problemática ha sido puesta de manifiesto entre muchos otros, por la Fundación CIVIO, “Las costuras de la Ley de Transparencia: cuando las administraciones ignoran al Consejo”, 28 de septiembre de 2018. Más recientemente puede verse la recomendación efectuada por Access Info Europe, en sus “Comentarios al Plan Estratégico 2022 – 2025 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, de 3 de septiembre de 2021. En tal sentido recomiendan “que se profundice en la necesidad de impulsar en la futura reforma de la Ley de Transparencia el establecimiento de un régimen sancionador aplicable para aquellos que incumplan las obligaciones que estipula la ley y las resoluciones del CTBG”. Pues en este orden de cosas, consideran necesario tener en cuenta que “un régimen sancionador reduciría en gran medida el incumplimiento de las obligaciones legales y resoluciones del CTBG, pudiendo incluso traducirse en una disminución de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los organismos públicos en contra de las resoluciones del CTBG”.

publicidad activa al CTBG “de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente”⁵⁹⁶ y aún no se ha aprobado el reglamento de desarrollo de la LTAIBG.

De otro lado, se plantea como concepto jurídico indeterminado la sujeción de la infracción grave en el art. 9.3 LTAIBG al “incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa”. El precepto no detalla cuándo hay que entender que se incurre en reiteración. Y de este precepto surge la cuestión de si sólo serían sancionables tales infracciones graves, por hacer referencia expresa sólo a ellas, o también las infracciones leves⁵⁹⁷. Asimismo, para apreciar la concurrencia de infracción grave se hace una remisión indeterminada y abierta al “régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”⁵⁹⁸.

La apertura excesiva de estos preceptos que inciden en una cuestión tan relevante como es el control sobre el cumplimiento de las obligaciones de la ley y la consiguiente aplicación a sus responsables del régimen disciplinario por incurrir en infracciones graves refleja una técnica legislativa inapropiada que genera excesiva ambigüedad e inseguridad en su interpretación.

6.3.4. Portal de Transparencia

Finalmente, dentro del Capítulo II “Publicidad activa”, del Título I de la ley, hay que tener en cuenta la previsión efectuada en el art. 10 LTAIBG⁵⁹⁹ por el que se establece la creación de un Portal de Transparencia dependiente del Ministerio de la Presidencia, en el que la AGE deberá facilitar el acceso a la información a favor de la ciudadanía.

Por un lado, a tenor del apartado 1 del art. 10 LTAIBG, el Portal de Transparencia deberá contener la información sujeta a publicidad activa en su respectivo ámbito de actuación (AGE). Pero además, según el apartado 2 del art. 10 LTAIBG también se publicarán en

⁵⁹⁶ Art. 9.2 LTAIBG.

⁵⁹⁷ Plantean dicha duda en términos similares, BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa...”, cit., p. 198.

⁵⁹⁸ Art. 9.3 LTAIBG

⁵⁹⁹ Puede consultarse ampliamente sobre el art. 10 LTAIBG, FIGUEROA DOMÍNGUEZ, M.V. “Artículo 10. Portal de la Transparencia”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs. 622 a 654. Sobre el Portal de Transparencia y sus principios técnicos, Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de los medios electrónicos...”, cit., págs. 333 y ss.

dicho Portal “en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información de la Administración General del Estado, cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia”⁶⁰⁰.

Además, el propio Portal de Transparencia se constituye como uno de los mecanismos habilitados, en este caso telemáticamente, para ejercer el derecho de acceso a la información pública en este ámbito de actuación a través de un sistema de identificación del solicitante. Encaja así la función del Portal de Transparencia con la difusión de información a través de Internet como “servicio público a través del que la ciudadanía puede tener conocimiento de la información (...)”⁶⁰¹.

La lectura del precepto debe llevarse a cabo en conexión con el art. 11 LTAIBG⁶⁰², donde se recogen los principios técnicos a los que debe responder dicho Portal de Transparencia, a saber: accesibilidad, interoperabilidad y reutilización de la información. Al respecto, cabe señalar que siendo el Portal de Transparencia un recurso de acceso disponible a través de Internet tiene sentido y resulta razonable que la LTAIBG sujete su funcionamiento a una serie de principios técnicos que faciliten adecuadamente la información, en el contexto digital donde viene a desarrollar su función.

Ambos preceptos coinciden en el hecho de no ostentar carácter básico, a tenor de la Disposición Final octava LTAIBG. Pues, en efecto al ir dirigidos expresamente con carácter imperativo al ámbito de la AGE, el Portal de Transparencia se sitúa como un recurso centralizado y único en dicho marco de actuación.

6.4. Límites del derecho de acceso a la información pública

Como reiteradamente ha afirmado el TC en su jurisprudencia, “no existen derechos ilimitados”⁶⁰³. La vocación de plenitud a que está llamado el ordenamiento jurídico, hace que las pretensiones subjetivas de los individuos no puedan entenderse de forma absoluta, sino en un marco de convivencia y coexistencia con otros derechos, principios y valores así como otros bienes o intereses tutelables, que han de ser igualmente efectivos⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Puede accederse al Portal de Transparencia a través del siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/>.

⁶⁰¹ Cfr. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de los medios electrónicos...”, cit., p. 329.

⁶⁰² Para un tratamiento en profundidad sobre el art. 11 LTAIBG, HERNÁNDEZ DÍEZ, J. “Artículo 11. Principios Técnicos”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, págs.654 a 692.

⁶⁰³ Por todas, STC 2/1982, de 29 de enero de 1982.

⁶⁰⁴ Al respecto, Vid. CÁMARA VILLAR, G. “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la constitución española”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.) CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR J. F., BALAGUER CALLEJÓN M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A. *Manual de Derecho*

El derecho de acceso a la información pública tampoco puede entenderse en términos absolutos⁶⁰⁵. De hecho la propia CE garantiza en el art. 105.b) CE el acceso a los archivos y registros “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”⁶⁰⁶.

En un Estado social y democrático de Derecho, el buen funcionamiento de las instituciones, la sana crítica y el escrutinio público a que deben estar sujetas, exigen que la transparencia y el acceso a la información operen como regla general, y sólo en casos debidamente justificados puedan ceder frente a otros intereses o bienes jurídicos también dignos de protección por el ordenamiento⁶⁰⁷. Esta premisa democrática justifica que el propio Preámbulo de la LTAIBG apele a la configuración amplia con la que se reconoce el derecho de acceso a la información pública en el art. 12 LTAIBG. Asimismo, por lo que respecta a la aplicación e interpretación judicial del derecho, ha sido defendido ampliamente a favor de la ciudadanía, llevando consigo como anverso una interpretación restrictiva en la aplicación de los límites. La STS 1547/2017, de 16 de octubre de 2017, expresa bien tal concepción del derecho, cuando argumenta que,

“La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas

Constitucional. Vol.II Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, págs. 67 y ss.

⁶⁰⁵ Como ha señalado MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014, págs.10 y 11, “no es menos cierto que es también exigencia del Estado democrático la pervivencia de otros derechos e intereses con los que pudiera entrar en conflicto. Desde el punto de vista del sometimiento a la ley, un derecho de acceso ilimitado no solo sería incompatible con el ejercicio mismo del poder, sino que en último término haría «transparentes» a los ciudadanos frente a los demás y frente a la propia Administración sobre la base de un pretendido acceso total, lo que resulta incompatible también con el Estado democrático de Derecho”.

⁶⁰⁶ Art. 105.b) CE.

⁶⁰⁷ Esta regla general se expresa además con total claridad en el Preámbulo del Convenio 205 del Consejo de Europa de acceso a los documentos públicos. En virtud de uno de sus considerandos, se señala que “todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos”. Igualmente se contempla en el considerando 11 del Reglamento (CE) 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 el que se establece que “En principio, todos los documentos de las instituciones deben ser accesibles al público. No obstante, deben ser protegidos determinados intereses públicos y privados a través de excepciones”. También se ha expresado la regla general pro acceso sobre la que se configura el régimen de acceso a la información pública en resoluciones de los Consejos de transparencia, pudiendo destacarse entre otras la resolución del CTPDA 481/2018, de 27 de diciembre, FJ5; resolución del CTPDA 788/2021, de 24 de noviembre, FJ 2.

en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información⁶⁰⁸.

Aunque el propio título de este apartado y el contenido vaya enfocado a la conjugación de los límites del derecho de acceso a la información pública, resulta interesante hacer una precisión en relación con el párrafo transcrito del TS. Como puede comprobarse, el TS apela paralelamente a los límites del art. 14 LTAIBG, junto a las causas de inadmisión previstas en el art. 18 LTAIBG.

En mi opinión, esta mención conjunta por parte del TS tiene sentido y opera dentro de la lógica del efecto común que ambos, los límites y las causas de inadmisión, comparten. Las causas por las que pueden inadmitirse las solicitudes de acceso actúan de presupuesto previo habilitante para el propio ejercicio del derecho de acceso, ventilando el cumplimiento de una serie de requisitos o circunstancias formales y/o de contenido, que debe reunir la información para ser objeto del derecho de acceso⁶⁰⁹. De esta forma, la concurrencia de las causas de inadmisión se dilucida con carácter previo a los límites, pues en caso de que concurra una causa de inadmisión ésta obstaculiza el ejercicio del derecho de acceso. Posteriormente, si no concurren causas de inadmisión, se valoran ya en el marco legítimo de los presupuestos para el ejercicio del derecho de acceso, los límites que en su caso puedan concurrir para proteger otros intereses (públicos o privados) con los que entre en conflicto⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ STS 1547/2017, de 16 de octubre de 2017, FJ6. En el mismo sentido, entre otras, pueden verse la SJCCA 85/2016, de 14 de junio, que refiriéndose a la LTAIBG, señala que “la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación. Por tanto, el acceso a la información es la regla general, configurado de manera amplia, y los límites, la excepción”. Vid., también SAN 46/2017 de 25 de julio, FJ2.

⁶⁰⁹ El art. 18 LTAIBG contempla las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información. El precepto señala que “1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:

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

2. En el caso en que se inadmita la solicitud por concurrir la causa prevista en la letra d) del apartado anterior, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud”.

⁶¹⁰ Para una distinción entre las causas de inadmisión y los límites al acceso a la información pública, véase, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 396 y 397.

Por ello, aunque los límites y las causas de inadmisión respondan a distintos propósitos y se sujeten a regímenes distintos, comparten un efecto similar cual es el de provocar una afcción directa en el acceso a la información pública. Ambos inciden en la efectividad del derecho de acceso a la información pública. Por lo que así vistos, los límites y las causas de inadmisión deben ser igualmente tratados con cautela por multiplicar la lista de motivos que, de un modo u otro, pueden terminar afectando o conculcando la viabilidad del derecho de acceso.

Dicho esto, a propósito del mencionado art. 105.b) CE, el legislador ha desarrollado en el art. 14 LTAIBG los límites al derecho de acceso⁶¹¹ junto con el art. 15 LTAIBG. El art. 14 LTAIBG establece un amplio elenco de supuestos vinculados a intereses públicos o privados según los casos, en los que el derecho de acceso a la información pública podrá ser limitado si supone un perjuicio que afecte a: “a) La seguridad nacional; b) La defensa; c) Las relaciones exteriores; d) La seguridad pública; e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) Los intereses económicos y comerciales; i) La política económica y monetaria; j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; l) La protección del medio ambiente”⁶¹². Por su parte, debe estudiarse conjuntamente con este precepto el art. 15 LTAIBG que va dedicado al supuesto de colisión del derecho de acceso a la información con el derecho a la protección de datos, operando éste como un límite específico al acceso.

Como quiera que el estudio pormenorizado de cada uno de tales límites llevaría a hacer demasiado extenso el objeto de la investigación, se apuntarán en este apartado una serie de cuestiones de relevancia que han de tenerse en cuenta con carácter general para la legítima aplicación e interpretación de los límites previstos por la LTAIBG.

Cabría comenzar señalando que el listado de límites enumerados en el art. 14 LTAIBG coincide en gran medida con lo dispuesto en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, en cuyo art. 3 se establece una lista tasada similar

⁶¹¹ Como se señala en la STS 1768/2019, de 16 de diciembre, FJ4, “Los límites que el artículo 105 b) impone al acceso a la información en manos de los poderes públicos son los derivados de la afectación de la seguridad y defensa del Estado, de la averiguación de los delitos y de la intimidad de las personas. A su vez, la Ley 19/2013 desarrolla esos límites en su artículo 14”.

⁶¹² Art. 14 LTAIBG.

de posibles límites al acceso a la información pública⁶¹³. Esto quiere decir que en líneas generales, el legislador español ha trasladado el listado del Convenio 205, sin contemplar la reducción que permitiría la propia redacción abierta en que se formula el art. 3 Convenio 205⁶¹⁴. De hecho, la larga lista de supuestos que pueden limitar el acceso a la información pública ha sido una de las cuestiones criticadas por la doctrina⁶¹⁵. En todo caso, dicha previsión del Convenio 205 resulta un asidero importante por lo que concierne no sólo a los bienes jurídicos que pueden hacer ceder el acceso a la información, sino en lo relativo a la forma en que dichas limitaciones deben llevarse a cabo. En tal sentido, constituye una garantía importante que el art. 3 del Convenio 205 sujete los límites a tres requisitos: 1) deben estar previstos por ley; 2) deben ser necesarios en una sociedad democrática; 3) deben tener como objetivo la protección de alguno de los bienes jurídicos o intereses contemplados expresamente en el precepto.

Es decir, el derecho de acceso a la información pública estará sujeto a límites como cualquier derecho. Pero tales límites no pueden imponerse al margen de una serie de reglas que conjuguen debidamente los intereses en conflicto para evitar vaciar de contenido el derecho de acceso. Es por ello que como se ha visto ya anteriormente, se impone la interpretación restrictiva de los límites al acceso a la información. Dicha interpretación restrictiva debe entenderse alineada con un presupuesto básico y propio de toda sociedad democrática, según el cual los límites deben entenderse circunscritos a la regla básica y general de divulgación de la información pública en pos de la opinión pública libre⁶¹⁶.

Esa interpretación restrictiva se traduce en una serie de cuestiones que deben ser tenidas en cuenta y que han ido matizándose desde la aprobación de la LTAIBG con la práctica

⁶¹³ Como ha destacado al respecto, GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., p.103, “apenas hay diferencias significativas, siendo la única aparentemente relevante el trueque de la noción de <<otros intereses privados legítimos>>, utilizada en el CEADP, por la de <<el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial>>”.

⁶¹⁴ Vid. GUICHOT, E. “Límites”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.191.

⁶¹⁵ Puede destacarse entre otros, la crítica efectuada por SENDÍN GARCÍA, M.A. “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº33, 2014, p. 4, sobre el amplio listado de materias recogidas como límites al acceso a la información, llegando a tildarlo de “arsenal de armas de destrucción de transparencia, que podrían en caso de ser objeto de una aplicación restrictiva del acceso dejar nuestra querida transparencia en poco más que una declaración carente de contenido”⁶¹⁵.

⁶¹⁶ Desarrolla esta idea en términos similares en relación con la seguridad nacional como límite al acceso a la información pública, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. *Inteligencia y seguridad...*, cit., p.380.

de las autoridades de transparencia⁶¹⁷ y la interpretación judicial durante estos últimos años.

En primer lugar, los límites deben estar previstos por ley, esto es, no pueden constituirse en ejercicio de una suerte de potestad discrecional⁶¹⁸. De ahí que la STS 306/2020, de 3 de marzo de 2020, afirme taxativamente que “el reconocimiento del derecho de acceso es, por tanto, general y los límites expresos y específicos”⁶¹⁹. Queda claro por tanto que los límites no pueden aplicarse de forma genérica, y ello por más que en el art. 14 LTAIBG, donde se contiene el listado de bienes susceptibles de limitar el acceso, se contemplen como conceptos jurídicos indeterminados de alcance claramente abstracto. Este aspecto ha llamado la atención por la contrariedad que supone dotarse de una ley de transparencia y acceso a la información pública, basada en la regla general del acceso a la información frente a la interpretación restrictiva de los límites, y que, por el contrario, la redacción que se da a estos últimos se formule de forma indeterminada⁶²⁰. En cualquier caso, si los límites no pueden aplicarse de forma genérica resulta imprescindible su justificación y ponderación según las circunstancias concretas⁶²¹.

⁶¹⁷ Pueden consultarse entre otras sobre la interpretación restrictiva y no hipotética de los límites de los que se derive un perjuicio real y efectivo, las resoluciones del CTBG 28/2016, de 25 de mayo de 2016; 171/2018, de 7 de junio de 2018; 158/2021, de 30 de junio de 2021; 394/2019, de 28 de agosto de 2019; 898/2019, de 12 de marzo de 2020.

⁶¹⁸ Afirma en este sentido la STS 1547/2017, de 16 de octubre, FJ5, que “la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración (...), pues hemos visto que aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley”.

⁶¹⁹ STS 306/2020, de 3 de marzo, FJ3.

⁶²⁰ Sobre dicha contrariedad llama la atención, MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p.20. En general, sobre la indeterminación en la redacción de los límites al acceso a la información pública, también puede verse GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., p. 109. ARAGUÁS GALCERA, I. “Los límites al acceso a la información...”, cit., págs. 29 y 33. GARROS FONT, I. “La intimidad y los demás derechos privados legítimos”, en *Los Límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, p.281. PALOMARES HERRERA, M. “A vueltas con los límites al derecho de acceso a la información pública en España: mención especial a la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46, 2017, p. 18. En materia de límites al derecho de acceso a la información téngase en cuenta como obra de referencia reciente, COTINO HUESO, L., y BOIX PALOP, A. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁶²¹ Resulta sumamente aclaratoria en este sentido la SJCCA 60/2016, de 18 de mayo, FJ4, al señalar que “no puede tratarse de un potestad discrecional desde el momento en que, como se ha dicho antes, la ley consagra la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurren causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14. Tales causas constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia deben ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto, como la norma indica, de tal modo que frente a los actos típicamente discrecionales, que admiten varias soluciones justas, en el caso objeto de análisis solamente permite una solución justa”. Posteriormente en el mismo sentido pueden verse entre otras, las SSJCCA 98/2017, de 22 de junio de 2017, FJ 4; 11/2019, de 31 de enero de 2019, FJ 6.

Sobre la necesidad de que los límites se regulen por ley hay que advertir una cuestión de interés vinculada a la configuración de la LTAIBG como ley ordinaria. En efecto, el hecho de que la LTAIBG no fuese aprobada como ley orgánica suscitó la cuestión de si una ley ordinaria aprobada con posterioridad podría ampliar el elenco de límites previstos en la ley estatal. Así, por más que pueda parecer contraproducente y sea objeto de reticencia por la doctrina, se admite en el marco de nuestro sistema de fuentes que una ley estatal ordinaria pueda adicionar límites al derecho de acceso fuera de lo previsto en la LTAIBG. Tal sería el caso, por ejemplo, del art. 95.1 de la Ley General Tributaria que prevé el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria obtenidos por la administración tributaria en el desempeño de sus funciones. En todo caso, la cuestión se suscita respecto de otra ley estatal ordinaria quedando fuera obviamente, según el carácter básico de la LTAIBG, la posibilidad de que las leyes autonómicas de transparencia amplíen o reduzcan los límites más allá de lo dispuesto por la LTAIBG. En ese supuesto se estaría afectando al reparto competencial al tratarse de un precepto de la LTAIBG de carácter básico⁶²².

Dicho esto, y siguiendo con los límites previstos en la LTAIBG, el art. 14.2 LTAIBG exige correlativamente que la aplicación de los límites se efectúe de forma “justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”⁶²³. Este precepto viene a concretarse en la necesaria aplicación de un test de daño, así expresado en el propio Preámbulo de la LTAIBG, en virtud del cual habrá de valorarse la existencia de un perjuicio derivado de la difusión de la información para el interés “racional y legítimo”⁶²⁴ con el que entra en conflicto. A tal efecto, será requisito imprescindible la motivación, orientada a justificar la existencia del

⁶²² Sobre la crítica referida a la debilidad que supone que otras leyes estatales ordinarias puedan adicionar límites al derecho de acceso, y por contra, se trata de una opción vedada para las leyes autonómicas que desarrollan la LTAIBG en atención al carácter básico, por todos, Vid. GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., p.112. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.203.

⁶²³ Sobre la especificación que hace el precepto entre interés público o privado superior que pueda hacer prevalecer el acceso a la información, debe tenerse en cuenta la crítica que ha generado por parte de la doctrina, por el difícil encaje que parece tener con el propio art. 17.3 LTAIBG, que no exige la necesidad de acreditar una motivación de ningún tipo para solicitar el acceso a la información. En tal sentido, Vid. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p.12. GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., págs. 118 y 119.

⁶²⁴ Cfr. Resolución CTBG 296/2018, de 12 de febrero de 2019, FJ4.

daño⁶²⁵ y la relación de causalidad existente entre éste y la divulgación de la información⁶²⁶.

Una vez valorado el daño, habrá de realizarse un juicio ponderativo atendiendo a las concretas circunstancias del caso para determinar el bien que ha de prevalecer en el conflicto, esto es, el interés público derivado de la difusión de la información, o por el contrario, el interés público o privado protegido por el límite con el que colisione. En el marco de esta operación se inserta el llamado test del interés. De forma que aun habiéndose constatado en el test del daño la existencia de un perjuicio cierto para uno de los intereses protegidos por los límites al acceso, es necesario acreditar que no existe un “interés público o privado superior” *ex art.* 14.2 LTAIBG, que lleve a justificar la concesión del acceso a la información⁶²⁷.

Esto quiere decir que los límites no operan de forma automática ni absoluta⁶²⁸o, como ha señalado GUICHOT, “en bloque o por materias”⁶²⁹. En el sentido de que no por afectar a una materia de las incluidas en el listado de límites, la respuesta deba llevar automáticamente a la denegación del acceso. De hecho, en línea con lo anteriormente expuesto, aunque se constate la existencia de un perjuicio para alguno de los bienes protegidos por los límites, puede resultar de las circunstancias del caso que exista un interés superior que haga ceder la balanza en favor de la difusión de la información⁶³⁰. Al respecto puede destacarse la STS 1768/2019, de 16 de diciembre de 2019, en la que el TS aclara que los límites previstos en la LTAIBG no son “causa de exclusión del acceso sino solamente de limitación justificada y proporcionada”⁶³¹.

⁶²⁵ Sobre la necesidad de motivación en la aplicación del test de daño, entre otras, por todas, Vid. SJCCA 85/2016, de 14 de junio, FJ3; Resolución CTBG 510/2017, de 26 de junio de 2018, FJ 7.

⁶²⁶ Entre otras, por todas, Vid. Criterio Interpretativo CTBG 1/2019, sobre aplicación del artículo 14, número 1, apartado h), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: perjuicio para los intereses económicos y comerciales, de 24 de septiembre de 2019.

⁶²⁷ Vid. Criterio Interpretativo del CTBG 1/2019..., cit.

⁶²⁸ La dicción del art. 14.1 LTAIBG ratifica esta idea al señalar que “El derecho de acceso podrá ser limitado cuando (...)”.

⁶²⁹ GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., p. 98.

⁶³⁰ En tal sentido se expresa, GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., págs. 98 y 112. Sobre la imposibilidad de aplicar los límites en relación con un determinado ámbito material o bloque de materias, también se han pronunciado el CTBG y la AEPD en su Criterio Interpretativo conjunto CI/002/2015, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24 de junio de 2015, al disponer que en relación con la existencia de un perjuicio en el marco del test de daño que, “este, además no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información”.

⁶³¹ STS 1768/2019, de 16 de diciembre, FJ 4 c.

En cuanto al mencionado test de daño debe puntualizarse que no basta con la realización de un juicio abstracto o hipotético que apele de forma genérica a los límites para poder restringir el derecho de acceso a la información. De la dicción del art. 14.1 LTAIBG queda claro que debe acreditarse la existencia de un perjuicio real, sin que basten meras suposiciones de peligro⁶³². Como se señala en la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo (SJCCA) 42/2018, de 3 de abril de 2018, la justificación del daño “debe referirse a un perjuicio real y efectivo y no a una simple hipótesis o posibilidad de afectación”⁶³³. En palabras del CTBG y de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), debe tratarse de un “perjuicio (...) concreto, definido y evaluable”⁶³⁴.

La interpretación restringida de los límites lleva también a que el art. 16 LTAIBG ofrezca como opción alternativa, la concesión del acceso parcial a la información pública omitiendo aquellos datos que estén afectados por los límites del art. 14 LTAIBG. Eso sí, la aplicación del acceso parcial quedará sujeta a que la información no quede distorsionada o carezca de sentido, debiendo indicarse al solicitante que hay información que ha sido omitida⁶³⁵.

Pese al atractivo de esta opción intermedia como beneficiosa para el acceso a la información en casos de colisión con los límites legales, cabe advertir, en línea con MORETÓN TOQUERO, que puede ser una ventaja más aparente que real para el fin

⁶³² Se han pronunciado en este sentido FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 209 y 210, puntualizando que “del tenor literal del artículo 14.1 (<<suponga un perjuicio>>) se desprende que no basta que el acceso a la información <<pueda>>, de forma hipotética, suponer un perjuicio a uno de los bienes jurídicos protegidos por la Ley, sino que se requiere que ese perjuicio sea cierto e inequívoco”. Vid. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p.14.

⁶³³ Cfr. SJCCA 42/2018, de 3 de abril, FJ4.

⁶³⁴ Criterio Interpretativo conjunto del CTBG y la AEPD CI/002/2015, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24 de junio de 2015.

⁶³⁵ Esta ha sido la interpretación efectuada por el CTBG sobre la referencia del precepto “deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida”. Pues cabe la opción, en línea con el Convenio 205 sobre acceso a los documentos públicos de que en verdad haya que expresar la información que ha sido omitida, no la indicación de que el acceso concedido es objeto de acceso parcial. No obstante la interpretación efectuada por el CTBG va en línea con la literalidad del precepto, pudiendo destacarse entre otras su resolución 21/2017, de 5 de abril de 2017, en la que señala que “si bien el artículo 16 de la LTAIBG prevé la posibilidad de conceder el acceso parcial a la información solicitada, los términos del precepto son claros al disponer que se deberá mencionar que el acceso concedido es parcial (esto es, indicar que parte de la información ha sido omitida) pero no indicar cuál es la información que se ha omitido (es decir, no qué parte de la información ha sido excluida del acceso). Lo contrario, además de no corresponderse con la literalidad de la Ley, no sería congruente con los motivos que amparan ese acceso parcial, que ciertamente quedaría sin efecto y, por lo tanto, se produciría el perjuicio que se pretende evitar con el mismo, si se identificara la información que no se concede”.

GUICHOT, E. “Límites...”, cit., p. 237, ha criticado esta interpretación asumida por el CTBG, al entender que “se trata de una interpretación, por tanto, literal (a la vista de la falta de tilde) y contraria al CEADP y al espíritu de maximización del acceso”.

informativo al que va dirigido el acceso. Pues, en definitiva, es el órgano que está en poder de la información el que puede ponderar si el acceso parcial distorsiona o no la información, quedando en todo caso la pretensión subjetiva del ciudadano sujeta a la decisión del órgano obligado⁶³⁶.

Llegados a este punto conviene hacer una mención especial a la protección de datos como límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Tal colisión ha sido expresamente prevista por el art. 15 LTAIBG (a continuación del listado de límites tratados de forma conjunta en el art. 14 LTAIBG⁶³⁷). No en vano, para el caso de colisión con el derecho fundamental a la protección de datos, el legislador ha establecido reglas específicas de ponderación tendentes a establecer los adecuados mecanismos de equilibrio entre ambos derechos.

Por lo que respecta al tratamiento autónomo de la protección de datos como límite al acceso a la información frente al resto se ha dicho que lejos de ser casual, ese deparado específico de la ley trae causa de la alta incidencia cuantitativa con la que ambos derechos colisionan. A la que, además, habrá que añadir la problemática distinción cualitativa a efectos de ponderación entre el carácter fundamental del derecho a la protección de datos y la configuración legal que adopta el derecho de acceso a la información pública⁶³⁸.

Precisamente éste es uno de los aspectos que ha preocupado a la doctrina, y que se vincula a la tentativa debilitadora que puede resultar para el acceso a la información pública si la ponderación con la protección de datos se hace pivotar sobre la posición constitucional de cada uno de ellos⁶³⁹. Sobre este punto, se ha sostenido que la única forma de compensar

⁶³⁶ Efectúa dicha crítica en el sentido expuesto, Vid. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., págs. 14 y 15. Advierte también en este mismo sentido sobre el posible abuso que puede derivarse en la decisión del órgano obligado para decidir si la información se distorsiona o no, Vid. GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., p.117. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.221, lo critican como “un claro ejemplo de paternalismo del legislador, y cuya aplicación queda a la exclusiva interpretación del sujeto obligado”. En tal sentido, los autores proponen que “si no existe lesión a un interés legítimo que justifique la denegación, debería ser el solicitante el que valore la calidad de la información suministrada”. En idéntico sentido, GUICHOT, E. “Límites...”, cit., p. 238.

⁶³⁷ En cambio, en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos de 2009, la protección de datos se trata conjuntamente junto al resto de límites previstos en su art. 3.

⁶³⁸ Sobre este particular, véase Vid. GARCÍA MUÑOZ, Ó. “La protección de los datos de carácter personal”, en *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017, p. 228.

⁶³⁹ Entre otros, puede verse sobre este punto, Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p.242.

la “posición de prevalencia exagerada” de la protección de datos es corrigiéndola “por una interpretación jurídica que tenga en cuenta el carácter fundamental del acceso a la información pública”⁶⁴⁰. No obstante, dado que ningún derecho ha de entenderse en términos absolutos, la posición especial que ocupa la protección de datos no puede constituirse en un obstáculo para la realización de la transparencia como exigencia del Estado social y democrático de Derecho. Si realizáramos tal aproximación estaríamos deformando el derecho de acceso a la información pública pues siempre estaría supeditado a la potencial prevalencia que ostentaría la protección de datos⁶⁴¹. De ahí que la ponderación y el juego de equilibrio entre tales derechos cobre especial importancia en este caso, siendo así que el propio art. 15 LTAIBG prevé reglas específicas para conjugar la necesaria armonización entre ellos⁶⁴².

De otro lado, el Preámbulo de la LTAIBG, señala que “el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales”, de esta forma, atendiendo a la Disposición Adicional segunda LOPD, resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 5.3 y 15 LTAIBG cuando la solicitud de acceso a la información pública contenga datos personales. Existe acuerdo en entender que las leyes de transparencia y acceso a la información (LTAIBG y respectivas autonómicas), resultan de aplicación para este caso, conforme al principio de *lex specialis*, frente a la LOPD. De tal forma, deberán regirse por las leyes de transparencia las solicitudes de información amparables en su ámbito de aplicación, en que se contengan datos personales⁶⁴³.

Conviene hacer notar no obstante la puntualización efectuada por TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15. Protección de datos personales”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p.961, cuando señala que “el acceso a la información y la transparencia administrativa tienen una cara fundamentación constitucional que va más allá de la previsión contenida en el art. 105.b) CE porque se encuentra enraizada en otros derechos y principios constitucionales. Así el derecho a “recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” reconocido en el art. 20.1.d CE también supone un derecho a recibir información de la Administración Pública”.

⁶⁴⁰ Cfr. COTINO HUESO, L. “La nueva ley de transparencia y acceso a la información”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 7, 2014, p.252.

⁶⁴¹ Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “De la opacidad a la casa...”, cit., págs. 244 y 245.

⁶⁴² Esa necesaria ponderación encaja perfectamente con lo señalado por el CTPDA, en su resolución 42/2016, de 22 de junio, en cuyo FJ 6, aclara que “cuando un operador jurídico afronte un eventual conflicto entre el derecho fundamental a la protección de datos personales y el derecho al acceso a la información pública, no puede decantarse apriorísticamente por uno de ellos, atribuyéndole así una primacía casi automática. Antes de acordarse una precipitada realización de uno de ellos a costa del otro, debe procurarse la armonización entre los derechos que colisionan a fin de que ambos alcancen la máxima efectividad posible. Es en este sentido en el que ha de realizarse la ponderación a la que alude el art. 15.3 LTAIBG”.

⁶⁴³ Por todos, Vid. GUICHOT, E. “Límites a la transparencia y el acceso...”, cit., p.130. GARCÍA MUÑOZ, Ó. “La protección de los datos...”, cit., p. 234. Federación Española de Municipios y Provincias. “Los datos de carácter personal como límite al derecho de acceso a la información pública”, en *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 204.

En todo caso, el régimen de acceso será más o menos estricto en función de si trata de acceder a información que afecte a datos más o menos protegidos⁶⁴⁴. En este sentido, el art. 15 LTAIBG distingue varios supuestos en razón de que la información solicitada contenga categorías de datos especiales, datos meramente identificativos o se trate del resto de datos personales no incluidos en la categoría de especiales. Pueden así distinguirse tres categorías de datos que como han señalado FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ, confluyen en “un modelo a modo de círculos concéntricos”⁶⁴⁵, donde cada uno de ellos representa una esfera de datos más protegida según se acerquen al núcleo.

Así, la esfera nuclear o más protegida sería la representada por la categoría de datos especiales (siguiendo la terminología del art. 9 LOPD tras la aprobación de la ley en 2018, anteriormente identificados en el art. 7 LOPD de 1999 como “datos especialmente protegidos”), que son los referidos en el art. 15.1 LTAIBG. Dentro de esta tipología de datos es necesario hacer una subdivisión. Primeramente, estaría el acceso a la información pública que afecte a datos “que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias”⁶⁴⁶, a los que sólo puede accederse con consentimiento expreso del titular y por

Disponible en: <http://femp.femp.es/files/3580-1775-fichero/COMENTARIOS%20ASPECTOS%20CLAVE%20ACCESO.pdf>

No ha de confundirse el acceso a la información pública en que se vean implicados datos personales, caso para el que como se ha visto, resulta aplicable la legislación de transparencia y acceso a la información pública, con el “derecho de acceso” previsto en el art. 13 LOPD, referido al derecho a acceder a los datos de carácter personal que puede ejercer el titular de los mismos en atención a la LOPD. El propio art. 13 LOPD remite el ejercicio del derecho de acceso a los datos por parte del titular al art. 15 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Dicho precepto prescribe en su apartado 1º que “El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información: a) los fines del tratamiento; b) las categorías de datos personales de que se trate; c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales; d) de ser posible, el plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; e) la existencia del derecho a solicitar del responsable la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento de datos personales relativos al interesado, o a oponerse a dicho tratamiento; f) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control; g) cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen; h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado”.

⁶⁴⁴ Así, cabe destacar entre otras la resolución del CTPDA 42/2016, de 22 de junio de 2016, FJ 4, al señalarse respecto del art. 15 LTAIBG, que “Este artículo establece un régimen más o menos estricto de acceso a la información en función del mayor o menor nivel de protección del que disfruta el específico dato cuya divulgación se pretende”.

⁶⁴⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 311.

⁶⁴⁶ Art. 15.1 LTAIBG.

escrito. La única excepción prevista para poder acceder a tales datos sin el referido consentimiento del titular recae en el supuesto de que éste hubiera hecho pública tal información previamente de forma manifiesta. De ahí que esta categoría se identifique con el “régimen más severo”⁶⁴⁷ por requerir en todo caso consentimiento expreso y por escrito del titular de los datos.

En segundo lugar, si la información a la que se pretende acceder contuviera datos también comprendidos en la categoría de especiales, “que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor”⁶⁴⁸, existe ya una modulación sobre las exigencias para el acceso a la información frente a los anteriores.

Para este supuesto, el art. 15.1 LTAIBG exige a efectos del acceso, bien consentimiento expreso del afectado, (que, a diferencia de los anteriormente referidos, no exige ya que dicho consentimiento se exprese por escrito); bien que una norma con rango de ley habilite el acceso. Vemos pues como aun tratándose de categorías especiales de datos, aquí ya se permite que una norma con rango de ley habilite dicho acceso. No obstante, el eje vertebral sobre el que se constituye el acceso a información que contenga datos especiales en ambos casos mencionados gira esencialmente en torno al consentimiento del titular. Se trata por tanto de supuestos excepcionales en los que quedan fuera la aplicación del test de daño y el juicio de ponderación, que operan para el resto de límites. En otras palabras, estamos frente al único supuesto de exclusión del principio pro acceso, que ha de regir en la materia con carácter general, operando en este caso como “una zona de certeza negativa”⁶⁴⁹. Esto significa que la categoría de datos especiales actúa como “la única limitación absoluta (...) de aplicación automática e imperativa”⁶⁵⁰ pues la mera concurrencia de tales datos impide su publicación, sin admitirse ponderación en contrario al haber una presunción del daño en caso de difusión de esta categoría de datos sin consentimiento del titular⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Cfr. GARCÍA MUÑOZ, Ò. “La protección de los datos...”, p. 245.

⁶⁴⁸ Art. 15.1 LTAIBG.

⁶⁴⁹ En tales términos se ha referido a la exclusión de la regla general pro acceso *ex* art. 15.1 LTAIBG, Cfr. TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15...”, cit., p. 1011.

⁶⁵⁰ “Los datos de carácter personal como límite...”, cit., p. 206.

⁶⁵¹ En tal sentido, Vid. GARCÍA MUÑOZ, Ò. “La protección de los datos...”, p. 247.

Por su parte, la categoría que contempla el art. 15.2 LTAIBG a efectos de acceso a la información es aquella en la que el acceso afecta a datos meramente identificativos pero que estén relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano⁶⁵². En realidad, aun tratándose de la segunda categoría de datos mencionada en el art. 15 LTAIBG, se corresponde con la tercera esfera de datos que sería la más alejada del núcleo en lo tocante a la afección a la protección de datos, (y así podrá comprobarse con el análisis de la segunda esfera de datos que se mencionará posteriormente). Para este supuesto del art. 15.2 LTAIBG, se prevé el acceso como regla general, a partir del interés público que subyace en la difusión de esa información principalmente por dos motivos: el escaso impacto que tiene sobre la protección de datos, por ir referido a datos meramente identificativos y, de otro lado, el elevado interés público de la información que contiene tales datos, al estar vinculada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano⁶⁵³.

Tal como reza el art. 15.2 LTAIBG, la regla general es la concesión del acceso a la información. Así las cosas, se produce en este supuesto una inversión respecto de la categoría de datos especiales del art. 15.1 LTAIBG⁶⁵⁴. Mientras la regla general en aquel supuesto es la prevalencia de la protección de datos frente a la comunicación de la información, en este caso opera el principio de máxima difusión como regla general⁶⁵⁵. No obstante, se incluye una cláusula indeterminada de excepción a dicha regla general cuando “en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos

⁶⁵² Es notable la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en lo que respecta al entendimiento de “datos meramente identificativos”. Debe traerse a colación el Criterio Interpretativo del CTBG y de la AEPD, 4/2015, sobre publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita, de 23 de julio de 2015, en el que se concreta que “El apartado 2 del artículo 15 se refiere a datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. Sí bien no existe una definición clara de qué datos tendrían esta consideración, podría defenderse la interpretación de que se trataría del nombre, apellidos, dirección o teléfono. Tal interpretación sería respaldada por el artículo 2.2. del Reglamento de desarrollo de la LOPD que, al excluir su aplicación a determinados ficheros que recojan datos de trabajadores de personas jurídicas, menciona expresamente “*nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales*”. Igualmente, podría incorporar otros datos que identifican la posición del afectado dentro de la organización administrativa, como los relacionados con la identificación de su cargo o puesto de trabajo, tal y como ambas instituciones han puesto ya de manifiesto en sus dictámenes conjuntos de 23 de marzo y 21 de mayo de 2015 sobre el alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc. y las retribuciones de sus empleados o funcionarios”.

⁶⁵³ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 333.

⁶⁵⁴ Sobre la inversión en este caso de la regla general, Vid. GARCÍA MUÑOZ, Ò. “La protección de los datos...”, p. 251.

⁶⁵⁵ Vid. “Los datos de carácter personal como límite...”, cit., p. 209.

constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación”⁶⁵⁶ que impida el acceso. Esto es, habrá que ponderar en el caso concreto si ha de prevalecer el interés público derivado de la difusión de la información en línea con el principio general pro acceso o, por el contrario, puede haber una afección desproporcionada del derecho a la protección de datos u otros derechos protegidos que hagan ceder el acceso a la información⁶⁵⁷. Ahora bien, se ha hablado para este supuesto de una “ponderación rápida”, teniendo en cuenta la presunción de que “la injerencia en el derecho es menor por la tipología de datos –se desarrolla en la zona de (...) presunción favorable a la transparencia–”⁶⁵⁸.

Por su parte, el art. 15.3 LTAIBG se correspondería con la esfera intermedia, que hace referencia por exclusión al acceso a la información que “no contuviera datos especialmente protegidos”. En tal caso, se prevé que el órgano al que se solicita la información “concederá” el acceso, eso sí, “previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”⁶⁵⁹.

A diferencia del supuesto planteado en el art. 15.2 LTAIBG, se parte aquí de la necesidad de efectuar “una ponderación lenta”⁶⁶⁰, identificada con la expresión “suficientemente razonada” del precepto. De ahí que, el propio art. 15.3 LTAIBG contenga reglas específicas a las que debe atender en este caso el juicio de ponderación. Toda vez que, aunque no se estemos ante datos especialmente protegidos, tampoco son sólo meramente identificativos, pudiendo haber una afección a la protección de datos que justifique una especial cautela en el juicio ponderativo.

Así las cosas, el art. 15.3 LTAIBG contempla como criterios orientativos que deberán tenerse especialmente en consideración por el órgano al que se dirija la solicitud: a) el menor perjuicio a los afectados como consecuencia del transcurso de los plazos previstos

⁶⁵⁶ Art. 15.2 LTAIBG.

⁶⁵⁷ Se ha criticado esa cláusula indeterminada que introduce la ponderación entre los intereses en conflicto, al haberse señalado, por todos, GARCÍA MUÑOZ, Ó. “La protección de los datos...”, p. 252, que “lo que realmente viene a introducir el legislador en realidad es un deber de tener que ponderar entre los dos intereses en juego, lo que acaba convirtiendo este supuesto de información contenedora de datos personales en una limitación de carácter relativo, por lo que esta solución resultaría ser, pues, redundante con la prevista en las mismas leyes de transparencia para la generalidad de los datos personales”.

⁶⁵⁸ Cfr. TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15...”, cit., p. 1014.

⁶⁵⁹ Art. 15.3 LTAIBG.

⁶⁶⁰ Cfr. TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15...”, cit., p. 1014.

en el art. 57 de la Ley de Patrimonio Histórico; b) que los solicitantes justifiquen el acceso en el ejercicio de un derecho o bien en su condición de investigadores, motivando el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos; c) el menor perjuicio derivado para los afectados derivado de la difusión de la información por contenerse datos meramente identificativos; d) por contraposición al supuesto anterior, la mayor garantía que deba derivarse para los derechos de los afectados por la difusión de la información que contenga datos que puedan afectar a su intimidad, seguridad o vaya referidos a menores de edad.

Al margen de críticas concretas, que han llevado a la doctrina a considerar estos criterios en ocasiones como inadecuados, dispares, incompletos o reiterativos entre otros⁶⁶¹, sí que se comparte la falta en la LTAIBG de un tratamiento más profundo y específico sobre el juicio ponderativo⁶⁶². Más allá de la referencia contenida en el art. 14.2 LTAIBG sobre la aplicación justificada de los límites conforme a criterios de proporcionalidad, tales criterios pasan inadvertidos para el caso del art. 15 LTAIBG en la colisión con la protección de datos. En mi opinión resultaría conveniente un tratamiento más profundo sobre la ponderación en sentido estricto, (incidiendo en la necesidad, calidad y proporcionalidad) para la valoración de la difusión de la información. Y ello no sólo por lo que respecta a la dotación a favor de los operadores jurídicos de criterios interpretativos que permitan solventar con éxito el juicio ponderativo, sino porque con ello dicho juicio revestiría una mayor certeza, previsibilidad y objetividad, aportando seguridad jurídica, apego y confianza ciudadana en lo que resulte de la ponderación.

Restar mencionar que el art. 15.4 LTAIBG prevé la posibilidad de dejar al margen lo dispuesto en los apartados anteriores, coincidiendo con lo dicho hasta ahora, en la medida en que los datos personales sean objeto de disociación. Esto es, se contempla el posible acceso a la información pública previa disociación de los datos personales en conflicto, siempre que se evite la identificación de la persona afectada. En realidad, este supuesto no es un caso de acceso parcial de la información *ex* art. 16 LTAIBG, pero aplicable a la protección de datos⁶⁶³. Una vez utilizado en su caso el mecanismo de disociación de los datos personales, estaríamos ya fuera del marco de aplicación de la normativa de

⁶⁶¹ Se pronuncia en tal sentido, TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15...”, cit., p. 1015.

⁶⁶² Se pronuncia en tal sentido críticamente respecto a los criterios ponderativos contenidos en el art. 15.3 LTAIBG, TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15...”, cit., p. 1015. Este mismo autor en la p. 1024, se pronuncia en el sentido expuesto sobre la necesidad de profundización de la LTAIBG en la ponderación.

⁶⁶³ Vid. GARCÍA MUÑOZ, O. “La protección de los datos...”, p. 257.

protección de datos en lo relativo al acceso a la información, puesto que justamente se omite a través de la disociación el tratamiento de datos personales⁶⁶⁴.

De cualquier modo, la técnica de la disociación se constituye como una herramienta útil de equilibrio entre el acceso a la información pública y la protección de datos, que de ser aplicable, permite conjugar en base a la proporcionalidad dos derechos que en otro supuesto entrarían en conflicto directo, debiendo sacrificar uno en pos del otro⁶⁶⁵. Esa proporcionalidad que lleva ínsita, evita la carga derivada del ejercicio de ponderación para justificar qué derecho ha de ceder en su caso según las circunstancias.

A modo conclusivo es importante reiterar la cautela con la que han de aplicarse e interpretarse en el juicio ponderativo los límites del derecho de acceso a la información, derivados tanto del art. 14 como 15 LTAIBG. Nótese que, en virtud de ambos preceptos, la ley contempla una larga lista de supuestos ciertamente abstractos, que pueden llegar a recortar en exceso el derecho de acceso a la información si no se pone especial énfasis en el juicio ponderativo. De ahí que el test de daño y el juicio ponderativo analizados en este apartado sean la clave de bóveda en cada supuesto concreto para identificar el adecuado equilibrio en el ejercicio de los derechos en conflicto, evitando sacrificios injustificados.

6.5. Algunas consideraciones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública

La Sección II del Capítulo II del Título I de la LTAIBG (arts. 17 a 22 LTAIBG) va específicamente dirigida al “ejercicio del derecho de acceso a la información pública”. Esta parte de la ley contempla en su mayoría aspectos de carácter procedimental que han sido ampliamente estudiados por la doctrina administrativa especializada, en lo relativo a todos los pormenores del procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. En lo que aquí interesa, se destacarán algunos de los aspectos que se consideran más relevantes a efectos de esta investigación.

⁶⁶⁴ Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “De la opacidad a la casa...”, cit., p.270. Como han señalado FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 308, “en realidad este precepto era (...) innecesario, pues si la información que se obtenga no puede asociarse a persona identificada o identificable, sencillamente no nos encontraremos ante datos de carácter personal”.

⁶⁶⁵ Así, autores como FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 309, tildan la disociación como una técnica “de enorme importancia práctica, pues permite en muchos casos cohonestar ambos derechos (...) sin sacrificio ni merma de los derechos en potencial conflicto”.

6.5.1. Solicitud de acceso a la información

Debe comenzarse haciendo hincapié en el art. 17 LTAIBG, que va dedicado a la solicitud de acceso a la información pública. Como quiera que el art. 13 LTAIBG define qué se entiende por información pública a efectos de su solicitud, dicho precepto debe complementarse con el ahora señalado art. 17 LTAIBG que detalla los términos en que ha de plantearse la solicitud de acceso.

Desde una perspectiva formal, el art. 17 apartados 1, 2 y 4 LTAIBG se refiere a una serie de requisitos que afectan a la forma de la solicitud de información. Así, el procedimiento para ejercer el derecho de acceso a la información se inicia, como no puede ser de otro modo, con la presentación de la solicitud que habrá de dirigirse al titular del órgano que posea la información o, en su caso, a la administración a la que se vincule la persona física o jurídica que preste servicios públicos o ejerza potestades administrativas, cuando sea ésta la que posea la información⁶⁶⁶. Ahora bien, si el solicitante de información se dirigiera a un órgano que no tuviera la información en su poder, esto no ha de entenderse como una causa eximente para conceder el acceso, sino que en la medida en que el órgano reclamado conozca quién es el sujeto competente, es su deber remitírselo en virtud del art. 19.1 LTAIBG. Otra cosa es que el órgano reclamado no supiera cuál es el órgano competente, en cuyo caso nos encontraríamos frente a una causa de inadmisión de la solicitud, prevista en el art. 18.1.d) LTAIBG.

Dicho esto, el art. 17 LTAIBG contempla a continuación unos requisitos que deben constar en la solicitud, como son: la identificación del solicitante⁶⁶⁷, la información solicitada, una dirección de contacto a efectos de notificaciones, y en su caso, la modalidad de acceso que se prefiera para acceder a la información⁶⁶⁸. Pues, tal como señala el art. 22 LTAIBG el acceso se efectuará preferentemente por vía electrónica, “salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Vid. Art. 17.1 LTAIBG.

⁶⁶⁷ Que no se permitan las solicitudes anónimas ha sido una cuestión ampliamente criticada por la doctrina y señalada como un aspecto de interés ante una modificación de la LTAIBG. Por un lado, el derecho de acceso a la información se reconoce a favor de todas las personas, y por otro, el art. 17.3 LTAIBG exime de la obligación de motivar la solicitud. De ahí que no se comprenda bien la necesaria identificación del solicitante, cuando en otro caso también sería posible satisfacer los fines a los que se destina la ley. En tal sentido, véase, por todos, Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., págs. 518 y ss.

⁶⁶⁸ Vid. Art. 17.2 LTAIBG.

⁶⁶⁹ Art. 22.1 LTAIBG.

Asimismo, la solicitud podrá efectuarse en cualquiera de las lenguas cooficiales del territorio donde radique la administración requerida (art. 17.4 LTAIBG).

Desde una perspectiva material, el art. 17.3 LTAIBG identifica un aspecto sustantivo vinculado a la propia esencia del derecho de acceso a la información pública. Como ha tenido ocasión de analizarse ya en el apartado relativo a la información existente y en poder de los sujetos obligados, el art. 17.3 LTAIBG deja fuera de duda que el ejercicio del derecho de acceso a la información no depende de la motivación del solicitante. Por un lado, esto lleva a recordar como ya se estudió anteriormente, que el derecho de acceso a la información no exige la acreditación de un interés legítimo, porque no sólo se reconoce ampliamente a favor de todas las personas (*ex art. 12 LTAIBG*), sino que en virtud del art. 17.3 LTAIBG, no es obligatorio motivar la solicitud de información. La motivación se prevé por tanto como una opción voluntaria. Así, si bien reconoce el precepto la posibilidad de valorar la motivación cuando ésta haya sido aportada, resulta determinante en lo que sigue, al señalar que “la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud”⁶⁷⁰.

Es importante resaltar entonces que la motivación no puede entenderse como un “requisito de procedibilidad”⁶⁷¹. Ahora bien, que la no aportación de los motivos de la solicitud no pueda entenderse como causa de rechazo de la misma no ha de llevar a minusvalorarlo como un elemento de valor para el juicio ponderativo. En este sentido, es necesario llevar a cabo un entendimiento integrador de la motivación como un elemento que puede resultar beneficioso y recomendable para brindar al derecho de acceso de mayores posibilidades de éxito en la aplicación del juicio ponderativo, cuando resulten de aplicación los límites legalmente previstos⁶⁷².

⁶⁷⁰ Art. 17.3 LTAIBG

⁶⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información del sector público”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 303.

⁶⁷² Vid. Entre otros, COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora de la normativa del derecho de acceso a la información”, *Dilemata, Revista Internacional de éticas Aplicadas*, nº 27, 2018, p. 274. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 369. Resulta interesante en tal sentido, lo dispuesto por FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, cit., págs. 301 y 302, cuando señala que “sin dejar de razonable el tono general de esta regulación (...) la Administración Pública (...) debe valorar mediante un juicio que no implica, en sentido estricto, el ejercicio de un poder reglado –como es el caso– debe, en vía de principio, encontrar un fundamento suficiente en el ordenamiento jurídico y tal fundamento se aporta a la Administración Pública, de ordinario, mediante la oportuna justificación o motivación contenida en la solicitud. (...) De hecho, puede decirse que, en la gran mayoría de las ocasiones, las decisiones en materia de ejercicio del derecho de acceso a la información pública conllevarán necesariamente dicho juicio de

6.5.2. Causas de inadmisión

A continuación, en el art. 18 LTAIBG encontramos las llamadas causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información, que como se ha dicho ya con anterioridad, actúan a modo de presupuesto habilitante para el ejercicio del derecho de acceso. Se trata, en definitiva, de causas que no han de concurrir para que la solicitud de acceso a la información pública pueda seguir su curso sin verse obstaculizada por esta fase previa de admisibilidad⁶⁷³. Toda vez que la consecuencia que produce la aplicación de cualquiera de las causas de inadmisión es la finalización del procedimiento sin que exista pronunciamiento sobre el fondo del asunto⁶⁷⁴.

Como se dijo con anterioridad, aquí radica una diferencia fundamental respecto de los límites del derecho de acceso que operan a posteriori, una vez superada esta fase de admisibilidad. De manera que, los límites son resultado de la tramitación de la solicitud de acceso a la información y requieren un pronunciamiento sobre el fondo aplicando el correspondiente test de daño y test del interés.

Cuando se analizó la información pública como objeto del derecho de acceso se mencionaron las causas de inadmisión de la solicitud que se entienden más vinculadas con el carácter de la información pública y que, además, resultan más problemáticas. Se mencionaron así las causas de inadmisión relativas a información de carácter auxiliar o de apoyo e información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. No obstante, éstas no son las únicas causas previstas por la LTAIBG como susceptibles de inadmisión de las solicitudes de acceso. El art. 18 LTAIBG prevé un amplio elenco de causas de inadmisión incluyendo, además de las anteriores: aquella información que esté en curso de elaboración, así como las solicitudes que se dirijan a órganos que no tengan la información solicitada en su poder y no conozca quién es el competente (en conexión con lo dispuesto en el art. 19.1 LTAIBG), y las solicitudes de información que sean manifiestamente repetitivas o abusivas no pudiendo justificarse en los fines de la ley⁶⁷⁵.

ponderación, para cuya verificación la justificación de la solicitud para el ejercicio del derecho de acceso resulta sencillamente insustituible”.

⁶⁷³ Sobre la identificación de las causas de inadmisión como causas de admisibilidad que se sustancian previamente a la consideración sobre el fondo, véase entre otras la Resolución del CTBG 308/2019, de 5 de agosto, FJ 5.

⁶⁷⁴ Así, Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., p. 537.

⁶⁷⁵ Art. 18.1 LTAIBG.

Teniendo en cuenta la amplia lista de causas que pueden hacer decaer el derecho⁶⁷⁶, así como el protagonismo que ostenta el uso de conceptos jurídicos indeterminados en la redacción de las causas de inadmisión, deben tenerse muy presentes los distintos criterios interpretativos que ha ido dictando el CTBG para precisar el alcance y contenido de las mismas. Tales criterios resultan de gran utilidad para restar abstracción a las causas de inadmisión consagradas en la ley⁶⁷⁷. Si bien se ha dicho que las causas de inadmisión contienen conceptos jurídicos indeterminados que “confieren a los sujetos que han de aplicarlas un importante margen de apreciación”⁶⁷⁸, es importante subrayar que ese margen no puede confundirse con una potestad en blanco para aplicar sin límites las causas de inadmisión. Se recuerda en este punto la importancia de la interpretación restrictiva que ha de hacerse no sólo de los límites, sino de las causas de inadmisión, tal como han señalado los tribunales⁶⁷⁹ y el CTBG⁶⁸⁰, en línea con la vocación general pro acceso que debe presidir el derecho.

Además, según proclama el art. 18.1 LTAIBG la motivación de la resolución que inadmita la solicitud resulta de aplicación necesaria y general a todas las causas de inadmisión. Dicha motivación permite entender la justiciabilidad de la causa de inadmisión al reflejar la subsunción del caso concreto en alguna de las causas de inadmisión⁶⁸¹. Tal como ha señalado el CTBG, la finalidad de la motivación en este sentido va dirigida a evitar que pueda considerarse como causa de inadmisión, información que sea relevante para el escrutinio público y la rendición de cuentas⁶⁸².

En particular sobre estas últimas causas de inadmisión mencionadas debe destacarse el Criterio Interpretativo del CTBG 3/2016 sobre “Causas de inadmisión de solicitudes de información: solicitud de información repetitiva o abusiva”, de 14 de julio de 2016.

⁶⁷⁶ En sentido crítico sobre la amplitud de causas de inadmisión previstas por la LTAIBG, cabe citar, por todos, COTINO HUESO, L. “La nueva ley de transparencia...”, cit., p. 250.

⁶⁷⁷ En términos similares, Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., págs. 538 y 539.

⁶⁷⁸ Cfr. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., p. 538.

⁶⁷⁹ Así se ha expresado entre otras el TS en la STS 1547/2017, de 10 de octubre. En el mismo sentido, Vid. SJCCA 88/2018, de 10 de julio.

⁶⁸⁰ Entre otras muchas, por todas, Vid. Resoluciones CTBG 585/2018, de 2 de enero de 2019. 45/2019, de 8 de abril de 2019. 343/2021, de 7 de septiembre de 2021. 414/2021, de 24 de septiembre de 2021.

⁶⁸¹ Como ha señalado el CTBG en su Criterio Interpretativo 6/2015, de 12 de noviembre de 2015, la motivación de la inadmisión permite justificar “que no responda a un criterio arbitrario ajeno a toda justificación o control, sino a circunstancias y situaciones reales y fundamentadas”. Criterio que ha sido reiterado en resoluciones posteriores como la resolución del CTBG 453/2018, de 29 de octubre.

⁶⁸² Se ha pronunciado en este sentido por todas, el CTBG en su resolución 585/2018, de 2 de enero de 2019, donde señala que “debe tenerse en cuenta que la motivación que exige la Ley 19/2013, para que operen las causas de inadmisión tiene la finalidad de evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas, y su aplicación”.

6.5.3. Tramitación de la solicitud

El art. 19 LTAIBG da paso a la regulación de situaciones concretas que habrán de tenerse en cuenta para la tramitación del procedimiento de acceso a la información. Por lo que más interesa aquí, cabría destacar los apartados 2 y 3 del art. 19 LTAIBG. El art. 19.2 LTAIBG⁶⁸³ va orientado a evitar solicitudes genéricas o imprecisas de información que trasladaran al órgano requerido una suerte de potestad discrecional para escoger o interpretar a su criterio cuál es la información cuyo acceso ha sido solicitado⁶⁸⁴. En esta línea, el precepto prevé la subsanación de la solicitud por el motivo expuesto. No obstante, ha sido interpretado por los tribunales y por el CTBG como extensible a cualquier otro supuesto que conlleve defectos en la solicitud, como puede darse en caso de falta de identificación del solicitante⁶⁸⁵. Por su parte, el art. 19.3 LTAIBG consagra la audiencia a terceros que estén debidamente identificados y que pudieran verse afectados como interesados por la concesión del acceso a la información pública solicitada. De ahí que se les dé traslado para que en plazo de quince días aleguen lo que estimen pertinente.

Debe aquí hacerse una precisión para evitar una interpretación del precepto que pudiera terminar banalizando el derecho de acceso a la información pública. Una cosa es la intervención en el procedimiento de acceso a la información pública por parte del afectado en sus datos de carácter personal especialmente protegidos, *ex* art. 15.1 LTAIBG, en cuyo caso se requiere el consentimiento expreso e incluso por escrito del mismo, y otra distinta la intervención de aquella otra persona en la que pudiera concurrir un derecho o interés personal en excluir el acceso a la información solicitada. Este último podría ser el caso de concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el art. 14 o en el art. 15 LTAIBG, excluido el art. 15.1 LTAIBG⁶⁸⁶.

⁶⁸³ El art. 19.2 LTAIBG prescribe que “Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución”.

⁶⁸⁴ En tales términos, señala la SAN de 12 de febrero de 2018 - ECLI:ES:AN:2018:353, FJ 3, que “el derecho de acceso a la información no se está negando al recurrente, pero debe tener en cuenta que no es un derecho ilimitado y que cuando solicita la información esa solicitud no debe ser genérica, y debe estar determinada sin que se brinde al organismo público al que se solicita la información la posibilidad de decidir qué información le han solicitado. Por ello, es necesaria la determinación de la solicitud de información”.

⁶⁸⁵ En tales términos resulta expresiva la SAN de 24 de septiembre de 2018 - ECLI:ES:AN:2018:3608. Entre los pronunciamientos del CTBG en tal sentido, pueden verse entre otras las resoluciones del CTBG 106/2016, de 14 de junio de 2016. 84/2016, de 6 de junio de 2016.

⁶⁸⁶ Vid. DE LA SERNA BILBAO, M. N. “Artículo 19. Tramitación”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p.1273.

En este último supuesto, que es el referido en el art. 19.2 LTAIBG, se trata de dar audiencia a dichas personas pero sin que éstas reúnan la posición “absolutamente privilegiada”⁶⁸⁷ que ostentan los titulares de los datos personales especialmente protegidos a los que se refiere el art. 15.1 LTAIBG. La posición del interesado en el caso ahora comentado debe verse en situación de paridad respecto del propio solicitante de información. Lo contrario situaría al solicitante de acceso en una clara situación de desventaja, en tanto que, cualquier persona que alegara un interés particular para que primara el resguardo sobre tal información, conseguiría tal objetivo con independencia del interés público de la información⁶⁸⁸. Por eso, el CTBG ha dicho que las alegaciones de terceros deben ser tenidas en cuenta, pero en ningún caso pueden interpretarse como un “derecho de veto a la concesión del acceso a la información”⁶⁸⁹.

6.5.4. Resolución sobre la concesión o denegación de la solicitud

El art. 20 LTAIBG va dirigido ya a la fase de terminación del procedimiento de acceso a la información pública. Concretamente, el art. 20.1 LTAIBG estipula un plazo de resolución para la concesión o denegación del acceso de un mes desde la recepción de la solicitud por parte del órgano competente para resolver. Este plazo contempla posibilidad de prórroga por otro mes adicional en el caso de que el volumen o la complejidad de la información solicitada así lo requieran⁶⁹⁰. El supuesto de prórroga ha dado lugar al Criterio Interpretativo del CTBG 5/2015, de 14 de octubre que subraya la necesidad de que tales excepciones sobre el plazo de resolución generalmente previsto en la ley deban notificarse al interesado y, además, dicha prórroga “habrá de ser motivada, con expresión

⁶⁸⁷ Cfr. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, cit., p. 306.

⁶⁸⁸ Sobre esta cuestión desarrolla una crítica en términos similares, Vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, cit., págs. 306 a 309. Indirectamente parece pronunciarse en tal sentido también al efectuar tal distinción en función de si los interesados intervienen, *ex* artículos 15 o 19 LTAIBG, BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., págs. 640 y ss.

⁶⁸⁹ Entre otras, por todas, véase la resolución del CTBG 132/2015, de 17 de julio. En dicha resolución, señala el CTBG que “las alegaciones de terceros deben ser adecuadamente valoradas por el órgano tramitador, que debe motivar su aplicación al procedimiento y, concretamente en el supuesto de una solicitud de acceso a la información, no puede suponer en ningún caso un derecho de veto a la concesión de la información solicitada. De otro modo, nos encontraríamos con la circunstancia de que la mera negativa a suministrar la información por parte del tercero interesado, sin más argumento por su parte, (...) nos llevaría a asumir tal negativa como un impedimento absoluto para suministrar la información, sin más argumento que dicho rechazo, veto o falta de autorización”. En el mismo sentido se ha pronunciado el CTBG en resoluciones más recientes, tales como la resolución 659/2018, de 1 de febrero de 2019.

⁶⁹⁰ El art. 20.1 LTAIBG estipula que “La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante”.

de las circunstancias concretas que justifiquen la ampliación del plazo general, sus causas materiales y sus elementos jurídicos”⁶⁹¹.

Debe tenerse en cuenta que el plazo de un mes de resolución acogido por la norma básica estatal ha sido generalmente el asumido por la mayoría de regulaciones autonómicas. No obstante, existen algunos supuestos en los que la respectiva normativa autonómica sobre transparencia ha reducido dicho plazo de resolución, en la medida en que resulta beneficiosa para el ejercicio del derecho de acceso⁶⁹².

La resolución en plazo por parte del órgano obligado no responde a un aspecto menor o de mera formalidad, sino que más bien ha de concebirse como el deber de los sujetos obligados de sujetar su actuación al principio de legalidad y eficacia de la administración. Con base en dicha premisa, deberán atender al derecho de acceso a la información pública como un derecho de relevancia constitucional, llamado a la consecución de fines de interés general⁶⁹³. De ahí que el art. 20.6 LTAIBG sancione como infracción grave “el

⁶⁹¹ Cfr. Criterio Interpretativo del CTBG 5/2015, sobre actuación ante solicitudes complejas o voluminosas, de 14 de octubre de 2015.

⁶⁹² Tal es el caso de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, que en su art. 32 reduce el plazo de resolución a 20 días hábiles desde la recepción de la solicitud. En el mismo sentido se suman a esta tendencia de reducción del plazo de resolución a 20 días, respecto del previsto en la LTAIBG, la Región de Murcia y la Comunidad de Madrid. Así, respectivamente véase, el art. 26.2 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, así como el art. 42 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid.

Sobre la reducción del plazo de resolución debe tenerse en cuenta, tal como señala la Federación Española de Municipios y Provincias. *Guía de procedimiento de acceso a la información pública local*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p.91, que “la legislación autonómica podrá reducir, pero en ningún caso ampliar, el plazo máximo previsto por el artículo 20.1 LTAIP para dictar y notificar la resolución que ponga fin a un procedimiento de acceso a la información pública”.

⁶⁹³ Sobre la importancia y obligatoriedad de resolver en plazo en el sentido expuesto, Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., págs. 648 y ss.

Como ha reiterado el CTBG en sus resoluciones, (se menciona a título de ejemplo la resolución CTBG 648/2018, de 31 de enero de 2019), “sobre esta ausencia de tramitación de la solicitud por parte de la Administración, llegando a la conclusión de que este lapso de tiempo, no achacable al solicitante sino a la Administración, corre en contra de los intereses del primero, lo que contradice el principio de eficacia administrativa del artículo 103.1 de la Constitución española, según el cual “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. La categorización como principio por la Constitución del deber de ser eficaz, comporta que la Administración ha de ajustarse en su actuación, no sólo al principio de legalidad, sino que, además, deberá poner todos los medios materiales y humanos para llevar a cabo el fin que la propia Constitución le asigna: la consecución del interés general”. Incidiendo sobre esta misma cuestión pero específicamente sobre la demora en la contestación por parte de la administración, debe verse complementariamente con lo anterior, lo dicho por el CTBG en su resolución 100/2016, de 14 de junio. A propósito de esta resolución señala el CTBG sobre el supuesto de demora injustificada por parte de la administración que “contradice el espíritu de la LTAIBG, destinada a establecer un procedimiento ágil, con un breve plazo de respuesta, disponiendo la creación de unidades de información en la Administración General del Estado, lo que facilita el conocimiento por parte del ciudadano del órgano ante el que deba presentarse la solicitud así como del competente para la tramitación”.

incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo (...) a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”⁶⁹⁴.

De la visión expuesta en párrafos precedentes resulta cuanto menos cuestionable la lógica impuesta por el art. 20.4 LTAIBG al derivar una interpretación negativa del silencio administrativo, para el caso de que transcurra el plazo sin haberse dictado la resolución⁶⁹⁵. A continuación tratará de explicarse dicha crítica siendo, no obstante consciente, de que se trata de un aspecto controversial que ha llevado a la doctrina a dividirse (e incluso a la normativa estatal y autonómica a mantener criterios distintos) sobre cuál debería ser el sentido del silencio en este caso.

Existen argumentos que reflejan problemas aplicativos tanto del silencio positivo como del negativo y hay ejemplos que así lo reflejan⁶⁹⁶. Así, las regulaciones autonómicas de transparencia de Cataluña, Valencia y Navarra, han previsto la regla inversa a la consagrada en el art. 20.4 LTAIBG. Esto es, en una interpretación más favorable para el ejercicio del derecho⁶⁹⁷ han consagrado el silencio positivo reflejándose, por tanto, en la estimación de la solicitud en caso de silencio de la administración sin resolver en plazo. Ahora bien, esa interpretación no se ha efectuado en términos absolutos o

⁶⁹⁴ Art. 20.6 LTAIBG.

⁶⁹⁵ El art. 20.4 LTAIBG señala que “Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada”.

⁶⁹⁶ Es numerosísima la doctrina especializada que ha puesto de manifiesto la problemática (pros y contras), derivada tanto de la regla del silencio positivo como del negativo, y que se han pronunciado críticamente. A título de ejemplo, véanse por todos, entre otros, LIZCANO ÁLVAREZ, J. “Transparencia y corrupción...”, cit., p. 92. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, cit., págs. 309 y ss. BALLESTEROS MOFFA, L. A. “La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública, ¿el caballo de Troya de la transparencia?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 161, 2014, págs. 75 y ss. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 468 y ss. COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p. 267. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 4, 2017, p.45 y ss. GUICHOT, E. “Nuevos retos...”, cit., p. 23. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., págs.658 y ss. SIERRA RODRÍGUEZ, J. “Competencia estatal y silencio administrativo autonómico”, *Actualidad Administrativa. Especial Transparencia y Corrupción*, nº I, 2019.

⁶⁹⁷ Se muestra contrario a esta posibilidad por vulneración de las competencias básicas estatales, GUICHOT, E. “Nuevos retos...”, cit., p. 23, en el entendido de que “el silencio negativo con carácter básico en la LTBG, lo que a mi juicio no permite interpretar que el legislador autonómico de desarrollo o las ordenanzas locales puedan transformar el silencio en positivo bajo la argumentación de «ir más allá» o ser «más generoso», porque la supuesta «generosidad» con el solicitante de información se troca en «más acá» y en «rigor» con los intereses públicos o derechos individuales afectados por un silencio positivo”. En sentido contrario a este autor, se muestra favorable a la opción estimatoria “condicionada” del silencio adoptada por la normativa autonómica de transparencia, FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El silencio administrativo en el ejercicio del derecho...”, cit., p.57.

incondicionados sino que en determinados supuestos se prevé la denegación total o parcial, como resulta de la colisión con otros derechos o cuando así lo imponga la ley⁶⁹⁸.

Resulta destacable que los propios Comisionados de transparencia autonómicos en este caso, tanto el catalán como el valenciano, hayan reconocido la dificultad práctica y la perplejidad que genera aplicar el sentido estimatorio del silencio en los supuestos en los que el solicitante cuenta con esa interpretación que, en principio, le es claramente favorable por estimación presunta, pero que llegado el trascurso del plazo sigue sin tener la información y la administración sigue sin facilitarla⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Es decir, se trata en realidad de un silencio positivo “condicionado”, tal como han expresado y explicado a tenor de la idea desarrollada en el texto, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 477 y ss. Así por ejemplo, dispone el art. 35 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, en sus dos primeros apartados que, “1. Si la Administración no resuelve y notifica dentro del plazo establecido, la solicitud se entiende estimada, salvo que una norma con rango de ley establezca expresamente un efecto desestimatorio, total o parcial, con relación a una determinada información. 2. No se puede adquirir por silencio administrativo el derecho de acceso si concurre alguno de los límites establecidos por esta u otras leyes para tener acceso a la información pública”.

⁶⁹⁹ Resulta sumamente expresivo de tal problemática, el Criterio Interpretativo adoptado por el Pleno de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) sobre reclamación en caso de silencio administrativo, de 7 de enero de 2016, en la que se señala entre otras cuestiones que, “En la medida que la persona reclamante alega estimación presunta por silencio administrativo positivo, la GAIP ha tenido que recordarle que, según los artículos 35.3 y 36.1 LTAIPBG, el silencio administrativo positivo, si bien supone la estimación presunta de la solicitud de información, no conlleva por sí solo que la Administración quede obligada a entregarle efectivamente la información solicitada, ya que esta obligación no nace automáticamente de la producción del silencio, sino de un segundo escrito que debe hacer la persona interesada a la Administración, pidiéndole la entrega efectiva de la información solicitada y estimada presuntamente. Y sólo si esta demanda de entrega efectiva de la información no es atendida en el plazo de treinta días, queda abierta la posibilidad de presentar una reclamación ante la GAIP o un recurso contencioso administrativo”. Dicho esto, apunta efectivamente la GAIP que “la regla del silencio administrativo positivo del artículo 35.1 LTAIPBG, en principio favorable a la ciudadanía, se muestra menos favorable y causa una cierta incomprensión y frustración en las personas interesadas, cuando se dan cuenta que a pesar de tener con el transcurso de un mes una resolución presunta estimatoria de su solicitud de información, siguen sin tener la información, y antes de poder recurrir o reclamar deben volver a recabar la información presuntamente obtenida y esperar treinta días (...)”.

Por su parte, entre otras muchas resoluciones cabe destacar a título de ejemplo la resolución del CTCV 19/2019, de 14 de febrero, donde se reconoce en efecto que, “la ley autonómica ha cambiado el sentido del silencio negativo de la ley estatal, optando por el “silencio positivo”. Esta opción debe ser interpretada como una voluntad legislativa clara a favor del solicitante de información pública. Sin embargo, este silencio positivo opera con complejidad en la práctica. Transcurrido el plazo para resolver la solicitud de información, el solicitante tendría prima facie reconocido su derecho a acceder a la misma, pero la realidad es que no ha accedido efectivamente a dicha información. Por ello, una vez transcurrido el referido plazo, el solicitante tendría una primera opción, que es dirigirse a la misma Administración a la que solicitó la información y requerirla, expresando ahora que quiere hacer valer el silencio positivo ante la falta de respuesta a su solicitud. En dicho momento el órgano competente deberá valorar si la información solicitada puede “entrar en conflicto evidente con otros derechos protegidos, o aquella cuya denegación total o parcial, viniera expresamente impuesta en una ley”. Pero, tal y como ha interpretado este Consejo en diversas ocasiones (entre otras, resolución 14/2016, de 6 de octubre), el establecimiento del silencio positivo en aplicación de la Ley 2/2015 valenciana no puede dejar a los solicitantes de información en peor situación que si resultara de aplicación la regulación del silencio negativo que establece la Ley 19/2013 estatal que, teóricamente, es más restrictiva del derecho de acceso a la información. Quedar en peor situación en razón del silencio positivo sería contrario a los objetivos perseguidos por la legislación valenciana. Por ello, debe

Así, para evitar la paradoja de que el solicitante termine viéndose más perjudicado por la estimación presunta de la solicitud que con el silencio negativo, los señalados Consejos autonómicos han interpretado, en línea con la respectiva regulación autonómica, no sólo la posibilidad de pedir la entrega material de la información solicitada y estimada por silencio positivo (para lo que la administración tendrá nuevamente plazo de treinta días) sino la posibilidad de presentar una reclamación ante el Consejo autonómico de transparencia si en este segundo supuesto tampoco se atiende a su pretensión⁷⁰⁰.

No es ésta la única polémica ligada al sentido del silencio. Esta cuestión ha generado también polémica desde la perspectiva competencial al plantearse la siguiente cuestión: ¿Puede la legislación autonómica despegarse del criterio seguido por la LTAIBG previendo un sentido positivo del silencio, bajo el entendiendo de que constituye una mejora *pro libertate* en favor del ejercicio del derecho o, por el contrario, dicha opción afecta al carácter básico de la LTAIBG?

Esta problemática, desde la perspectiva competencial, se ha visto reflejada en la STC 104/2018 de 4 de octubre de 2018. Dicha sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, por la posible vulneración del artículo 149.1.18º CE. El problema estriba en esencia en la posible inconstitucionalidad del referido art. 31.2 de la ley autonómica aragonesa, por otorgar un sentido distinto (positivo) a la regla del silencio negativo establecida en la ley estatal al amparo de las competencias que le son propias. Así, el TC después de afirmar

considerarse que el solicitante de información también puede optar por reclamar directamente ante este Consejo”.

Asimismo, el razonamiento expuesto en el texto es precisamente en el que se basan autores como MESEGUER YEBRA, J. “Artículo 22. Formalización del acceso”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p. 1364, para mostrar su reticencia por el sentido estimatorio y condicionado del silencio, entendiendo que acarrea un silencio “de doble efecto”, al llevar en la mayoría de casos al solicitante a “la necesidad de intimar nuevamente al sujeto competente para resolver para que le informe del sentido del silencio producido en cada caso”.

⁷⁰⁰ Así, señala la GAIP en su Criterio Interpretativo sobre reclamación en caso de silencio administrativo, de 7 de enero de 2016, que “si el solicitante entiende que el silencio administrativo producido es positivo, puede dirigirse de nuevo a la Administración pidiendo que le entregue efectivamente la información estimada por resolución presunta (artículo 35.3 LTAIPBG), lo que la Administración debería hacer en el plazo de treinta días (artículo 36.1 LTAIPBG). Si vencido este segundo plazo el solicitante sigue sin tener la información pública solicitada, puede presentar una reclamación a la GAIP”.

que el art. 20.4 LTAIBG tiene como título competencial el art. 149.1.18º CE, reservado al Estado con carácter exclusivo, señala que:

“Esta conclusión lleva a que rechazemos los argumentos expuestos por la representación procesal de (...), que justifica el silencio positivo establecido en la Ley de transparencia de Aragón, en la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón de disponer normas propias en materia de funcionamiento de las Administraciones aragonesas, o en la fijación de un régimen más favorable para el derecho de acceso, pues la previsión del artículo 31.2 de la ley aragonesa se estaría adentrando en criterios sobre la estructura general del procedimiento administrativo cuya competencia le corresponde exclusivamente al legislador estatal, ex artículo 149.1.18 CE (STC 166/2014, FJ 6)”⁷⁰¹.

De lo expuesto, el TC concluye que existe una incompatibilidad insalvable derivada de la contradicción de la norma autonómica respecto de la estatal, declarando finalmente inconstitucional y nulo el artículo 31.2 de la ley aragonesa. Más allá de la solución emitida por el TC, la dificultad y discrepancia en la materia queda patente en la misma sentencia al observarse el interesante voto particular disidente de CONDE-PUMPIDO.

Dicho magistrado cuestiona la solución a la que llega la mayoría por no estar de acuerdo con el criterio utilizado para la distribución de competencias en lo relativo al sentido del silencio y que merece la pena destacar por la relevancia de fondo que plantea su argumento. El magistrado entiende que,

“el procedimiento de acceso a la información pública no constituye un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos [siendo estos los casos en los que se entiende competencia exclusiva del Estado la atribución del sentido del silencio], sino un procedimiento administrativo específico. (...) la norma estatal no está regulando un tipo de actividad administrativa, sino el ejercicio de un derecho público-subjetivo, del que son titulares todas las personas, consistente en el acceso a la información pública”⁷⁰².

Por lo que, según su criterio, el art. 149.1.18º CE resulta insuficiente tanto a los efectos de la amplia regulación contenida en la LTAIBG, como en orden a establecer el silencio negativo. Concluye así el magistrado con una interesante reflexión, señalando que,

⁷⁰¹ STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ 5.

⁷⁰² Voto particular emitido por el magistrado CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en la STC 104/2018, de 4 de octubre.

“incluso concibiendo la regla del silencio negativo contenida en el artículo 20.4 de la Ley 19/2013 como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas, su condición de “mínimo común denominador legislativo” no debería impedir que las comunidades autónomas, mediante el establecimiento de reglas de silencio positivo, reforzaran el acceso de sus ciudadanos a la información pública y el cumplimiento de la obligación de la Administración de resolver en plazo”⁷⁰³.

Tras lo expuesto puede comprobarse cómo los criterios señalados no llegan a saldarse de forma unánime, existiendo una gran complejidad y reticencias en ambos sentidos. Aun cuando existan legítimas razones para entender que el silencio negativo se justifica entre otros motivos, en garantía de otros intereses y derechos protegidos (arts. 14 y 15 LTAIBG) que pudieran verse afectados, lo cierto es que como ha señalado VALERO TORRIJOS, “la regulación legal no establece salvedad alguna para aquellos casos en los que, por el contrario, dicho conflicto no existe”⁷⁰⁴.

No considero que la opción del silencio negativo se ajuste a los parámetros y fines perseguidos por la ley desde una perspectiva constitucional sustantiva. Al margen de las dificultades que genera el silencio positivo para el procedimiento y para su adecuada aplicación, que no han de minusvalorarse pues suponen un factor disuasorio práctico por las complejas situaciones a las que avoca, el silencio negativo también tiene debilidades.

Parece contradictorio con los fines, la ponderación y la motivación que presiden la ley, incluida en relación con ésta última la motivación que exige el art. 20.2 LTAIBG para justificar la concesión o denegación del acceso, que se invierta esa lógica *pro actione* y pro acceso que enmarca la ley por una regla negativa del silencio. La tardanza o dejación del sujeto obligado a cumplir con su obligación de resolver en el plazo fijado por la ley, no debería mermar la pretensión del solicitante de información⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Voto particular emitido por el magistrado CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., en la STC 104/2018, de 4 de octubre.

⁷⁰⁴ Cfr. VALERO TORRIJOS, J. “El uso de los medios electrónicos y la transparencia en el sector público”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 160.

⁷⁰⁵ Como ha destacado críticamente LIZCANO ÁLVAREZ, J. “Transparencia y corrupción...”, cit., p. 92, este silencio “hace que en la práctica, si las instituciones públicas no desean contestar a las solicitudes de información, éstas se entienden simplemente denegadas transcurrido el plazo estipulado de un mes. Debería haberse incluido expresamente en la Ley la obligación de las instituciones públicas a contestar o resolver las solicitudes recibidas en el citado plazo, o aun después de vencido dicho plazo, fijándose alguna sanción disciplinaria (apercibimiento, multa o suspensión de empleo y sueldo, por ejemplo) para el funcionario público o responsable que no cumpliera con la petición en tiempo sin motivo justificado”.

No en vano, cabe recordar que este derecho tiene la particularidad de satisfacer no sólo una pretensión subjetiva individual a favor del solicitante, sino también otra claramente objetiva en su dimensión institucional. Desde esta última, el derecho de acceso a la información contribuye a la libre formación de la opinión pública, reforzando su posición constitucional como elemento integrador clave a favor del interés público, el escrutinio y la rendición de cuentas. En este sentido, si basta con el silencio de la administración para entender denegado el derecho, cuanto menos, se pone en entredicho la vocación de interés público a que está llamado el derecho de acceso a la información.

Para cerrar el art. 20 LTAIBG resta señalar la posibilidad de recurso contra la resolución a la que se refiere su apartado 5. A tenor del art. 20.5 LTAIBG se permite interponer directamente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ello, sin perjuicio, de la opción potestativa de interponer una reclamación ante el Consejo de transparencia, *ex* art. 24 LTAIBG⁷⁰⁶.

Finalmente, el art. 22 LTAIBG trata una serie de formalidades que ya se mencionaron con anterioridad. Respecto del art. 22.1 LTAIBG cabe recordar que establece una regla preferente porque el acceso a la información se efectúe por vía electrónica (salvo en caso de que no sea posible).

Esta preferencia por el formato electrónico resulta lógica y razonable en el contexto de la sociedad digital, facilitándose así en el marco del Gobierno Abierto la agilización y accesibilidad de la información a través del uso de las TIC⁷⁰⁷. Además, el precepto recoge como regla general la facilitación inminente de la información solicitada tras la notificación de la resolución y, en todo caso, en plazo máximo no superior a diez días⁷⁰⁸.

No obstante, se hará referencia en particular a la previsión contenida en el art. 22.2 LTAIBG por tener conexión con la resolución de la solicitud tratada en párrafos precedentes. Dicho precepto contempla una especificidad para el caso de que la resolución haya estimado el acceso y hubiera existido oposición por parte de un tercero.

⁷⁰⁶ Art. 20.5 LTAIBG dispone que “Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24”.

⁷⁰⁷ Se expresa en términos similares, Vid. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, p.311.

⁷⁰⁸ El art. 22.1 LTAIBG dispone que “El acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio. Cuando no pueda darse el acceso en el momento de la notificación de la resolución deberá otorgarse, en cualquier caso, en un plazo no superior a diez días”.

En este supuesto, para evitar que la concesión del acceso pudiera causar un daño irreparable⁷⁰⁹, cercenando intereses legítimos de terceros, se supedita la ejecutividad de la resolución de concesión hasta el momento posterior en que haya expirado el plazo para interponer recurso contencioso sin que éste se hubiera formalizado, o finalmente se haya resuelto confirmándose el derecho de acceso a recibir la información⁷¹⁰.

6.6. Régimen de impugnaciones y Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

La Sección III del Capítulo III sobre el derecho de acceso a la información pública, en el marco de la transparencia del sector público (Tít. I LTAIBG), detalla en los artículos 23 y 24 LTAIBG el régimen de impugnaciones. Ahora bien, para entender la naturaleza de la reclamación consagrada en el art. 24 LTAIBG ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno puede resultar ilustrativo comenzar haciendo una aproximación a dicho órgano. El CTBG ha sido creado y regulado específicamente en el Tít. III de la LTAIBG (arts. 33 a 40 LTAIBG), en garantía del control de las obligaciones de publicidad activa, del acceso a la información pública y de las disposiciones del buen gobierno.

La creación de este órgano constituye una de las grandes novedades aportadas por la LTAIBG puesto que en materia de acceso a la información, una vez que se dicta la resolución de concesión o denegación, es un elemento fundamental que esa resolución sea ajustada a Derecho y responda debidamente a los fines de la LTAIBG. En este mismo sentido es esencial que en su caso pueda recurrirse no sólo frente a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también potestativamente y con carácter pre contencioso

⁷⁰⁹ En tal sentido, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 488.

⁷¹⁰ El art. 22.2 LTAIBG preceptúa que, “Si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información”.

Este precepto no está exento de problemas interpretativos, pues tal como ha señalado Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., págs. 689 y 690, suscita la duda de cuál ha de ser el *modus operandi* por parte del órgano, teniendo en cuenta que la LTAIBG no impone al recurrente el deber de notificar al órgano que ha impugnado la decisión, y por tanto, puede ser que éste desconozca que se ha formalizado un recurso contra la resolución estimatoria. La autora remite en este sentido a las dos opciones aportadas por MESEGUER YEBRA, J. “Artículo 22...”, cit., p. 1349, al apuntar que “interpuesta la reclamación y resulta expresamente o desestimada por silencio, se haría necesario que la Administración oficiase al órgano judicial que procediera en cada caso para que le confirmase que no ha sido interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución estimatoria de acceso. Otra opción, pero esta menos ortodoxa y conciliable con el principio constitucional de seguridad jurídica, supondría dejar transcurrir un tiempo <<prudencial>> desde la finalización del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo y facilitar el acceso en ausencia de comunicación del juzgado o tribunal acerca de la interposición de recurso.

ante un órgano de garantía independiente que vele por el respeto a la transparencia y el acceso a la información pública.

Esta vía pre contenciosa debe entenderse positivamente como una “garantía añadida para los ciudadanos”⁷¹¹ que resulta de especial interés en perspectiva constitucional si, como han destacado FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, se atiende a que el derecho de acceso a la información pública no ha sido regulado como un derecho fundamental y, por tanto, no se despliegan a su favor las garantías jurisdiccionales específicas propias de los derechos fundamentales. De ahí que haya que acudir en su caso ante el proceso judicial contencioso ordinario, con la “lentitud y coste en la resolución del conflicto” que lo caracteriza⁷¹².

De esta forma, la articulación de mecanismos de control a través de un órgano cuyos fines se dirigen al adecuado cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y a garantizar el derecho de acceso en lo que ahora interesa, *ex art. 34 LTAIBG*, es clave para contrarrestar la arraigada visión de la información en poder del Estado en términos de propiedad⁷¹³. Correlativamente, se traslada así a los responsables públicos y a la sociedad la importancia que ostenta la materia para la consecución del Estado social y democrático de Derecho⁷¹⁴.

La LTAIBG define la naturaleza jurídica del CTBG en el art. 33 LTAIBG como un organismo público con personalidad jurídica propia, que actúa con autonomía e independencia en el cumplimiento de sus fines y que queda adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Si bien es cierto que se ha reconocido que tal adscripción puede resultar llamativa e incluso contradictoria con la autonomía e independencia que tiene reconocida a tenor de ese mismo precepto, se identifica como una adscripción orgánica y no funcional. Opción que viene a aclararse posteriormente de

⁷¹¹ Cfr. LIFANTE VIDA, I. *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra Editores, Lima, 2021, p.251.

⁷¹² Así, FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit. p. 508.

⁷¹³ En tal sentido, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.508.

⁷¹⁴ Por ello, FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Los órganos de garantía ante la revisión judicial de su actuación”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 7, 2018, p.21, tacha a esta autoridad de garantía como “pieza angular para el sistema de transparencia pública”.

forma expresa en el art. 4 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del CTBG que señala que dicha adscripción es orgánica⁷¹⁵.

No obstante, se trata de un aspecto controversial que, como ha puesto de manifiesto GARCÍA COSTA, no ha de pasar por alto la falta de idoneidad que se deriva de que el CTBG se constituya como un órgano de garantía a favor del escrutinio público, especialmente focalizado en el gobierno y en la administración como sujetos obligados por la ley llamados a rendir cuentas y que, sin embargo luego, se haga depender orgánicamente de aquel a quien entre otros viene a controlar⁷¹⁶.

Como se ha dicho, sus fines quedan consagrados en el art. 34 LTAIBG. Ahora bien, a modo de aclaración parece difícil la consecución efectiva de tales fines, si se depara en la laguna en que ha incurrido la LTAIBG al no haber dotado al CTBG de una auténtica potestad sancionadora en lo que al control de la transparencia pública se refiere⁷¹⁷.

El art. 9 LTAIBG destina el control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa al CTBG. Pero el problema es que el ejercicio de su competencia para dictar resoluciones que establezcan medidas dirigidas al cese del incumplimiento, se contempla

⁷¹⁵ Al respecto sobre la adscripción orgánica y no funcional del CTBG, véanse, por todos, Vid. ZAMBRANO GÓMEZ, E. “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p.1646. GUICHOT, E. “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en GUICHOT, E (Coord.) *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 340 y 341.

⁷¹⁶ Se pronuncia críticamente en tal sentido, Vid. GARCÍA COSTA, F. M. “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 491. Subraya el autor además una idea comparativa interesante al caso, cuando señala que “esta regulación es absolutamente mejorable, más aun cuando la LOPD no adscribe a ningún departamento gubernamental a la Agencia Española de Protección de Datos, autoridad de garantía en materia de un derecho cuyos sujetos pasivos, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de acceso, no son ni única ni principalmente el Gobierno y la Administración”.

⁷¹⁷ Dicha crítica cobra más fuerza si se atiende a lo dispuesto en el Tít. II de la LTAIBG (arts. 27 a 30) relativo al Bueno Gobierno, donde sí se ha contemplado un régimen de infracciones y sanciones detallado, por incumplimiento de las previsiones del Buen Gobierno. Con este dato, la ausencia de un régimen sancionador por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia (a excepción de la escasa mención contenida en el art. 9 LTAIBG), y del acceso a la información pública, carece aún más de justificación. Se trata de una crítica generalizada por la doctrina, en tales términos consideran FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 584, que “en nuestra opinión, se trata de una injustificable renuncia por parte del legislador básico a cumplir con su función de definición de un marco común de tutela del derecho de acceso”. Vid. por todos, TEJEIRO LILLO, M. E. “El régimen sancionador: una deficiencia pendiente en la Ley de Transparencia estatal”, *Revista Actualidad Administrativa*, Especial «transparencia y lucha contra la corrupción», nº I, 2019. En particular, resulta llamativo que se prevean como infracciones muy graves y graves las relativas con carácter general al incumplimiento del deber de custodia y sigilo de la información a la que se haya accedido por razón del cargo (art. 29.1.d) y e) y art. 29.2. d) LTAIBG), mientras que sin embargo, no se prevé ningún supuesto sancionador para el caso opuesto de que se incumplan las obligaciones de publicidad. A este respecto, véase, Vid. POMED SÁNCHEZ, L. “Transparencia...”, cit., p. 207.

“de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente” y, como se dijo, el reglamento de desarrollo de la LTAIBG no ha sido aprobado. Por otro lado, se le encomienda “el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan”⁷¹⁸ sin explicitarse a su favor la potestad disciplinaria. De esta forma, no quedan claras las consecuencias derivadas del incumplimiento, ni cómo puede el CTBG hacer valer el cese del mismo, así como tampoco el alcance de su capacidad de control en lo que concierne al régimen sancionador⁷¹⁹.

Tampoco se prevé un régimen sancionador para el caso de incumplimiento en materia de acceso a la información pública. Esto no deja de ser una ausencia notable al confirmarse así, en palabras de BAUZÁ MARTORELL, que “*de lege lata* no existen infracciones por la denegación u obstaculización del derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública”. En el fondo, la preocupación que se deriva en este punto es el cuestionable reconocimiento de un derecho sin su consiguiente haz protector, siendo este último “el dato que mide la eficacia de tal derecho”⁷²⁰.

Así las cosas, según la LTAIBG existe la obligación de facilitar la información pero sin preverse el escenario derivado de su incumplimiento. Resulta, por tanto, cuestionable que la efectividad de las obligaciones de transparencia y del derecho de acceso se atempere por la posible dejación de los sujetos obligados en el cumplimiento normativo. No se trata de una ausencia menor ya que es importante que la ley contenga un régimen jurídico completo hasta sus últimas consecuencias, donde también ha de incluirse el régimen sancionador por incumplimiento. Lo contrario traslada al espacio público una crítica

⁷¹⁸ Art. 9.2. LTAIBG.

⁷¹⁹ En tal sentido, Vid. ZAMBRANO GÓMEZ, E. “Consejo de Transparencia...”, cit., p. 1647. Éste ha sido un aspecto generalmente criticado por la doctrina, donde entre otros puede destacarse a GUICHOT, E. “El Consejo de Transparencia...”, cit., p.347, al apuntar que “la redacción está dotada de una indeseable ambigüedad, que no aclara la mera mención del artículo 38.2 a la función de <<velar>>. ¿Cómo se lleva a cabo? El artículo 9 habla del dictado de <<resoluciones con las medidas a adoptar para poner fin al incumplimiento. ¿Se trata de requerimientos o de auténticas órdenes de obligado cumplimiento? ¿Puede ejercer el propio CTBG la potestad disciplinaria como parece sugerir la redacción y la justificación de la enmienda de la que trae causa, o sólo instar a su ejercicio al órgano competente en materia disciplinaria en cada uno de los sujetos obligados? Son cuestiones que deberían haberse resuelto de forma terminante en este apartado, pero no se ha hecho así, con lo que quedarán a lo que pueda precisar el Estatuto de funcionamiento del CTBG o la práctica de la LTBG”.

⁷²⁰ BAUZÁ MARTORELL, F.J. “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, p.465. Como ha señalado el autor en la p. 479, se avoca en una situación indeseable considerando que “existe obligación de facilitar información, pero resulta estéril el incumplimiento de tal deber, de manera que en la práctica el derecho se convierte en relativo. Ninguna sanción es jurídicamente admisible al no existir tipos infractores como tampoco cabe la colaboración reglamentaria”.

sobre la efectividad de la ley y, en definitiva, sobre si esta ausencia convierte en estériles las pretensiones de la norma⁷²¹. En el marco del Estado de Derecho no es posible sostener el ambicioso cumplimiento de los deberes y fines previstos por la ley con la carga negativa de una ausencia como ésta.

Al margen de esta cuestión controversial, el régimen jurídico del CTBG queda sometido a lo dispuesto en la propia LTAIBG aunque habrá que atender a las remisiones legales que en este punto efectúa el art. 39 LTAIBG. Especialmente habrá que estar a lo dispuesto en el propio Estatuto del CTBG aprobado en 2014⁷²², en el que se establece “su organización, estructura, funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones”⁷²³. No obstante, la LTAIBG contiene los elementos básicos sobre la composición, estructura y funciones del CTBG.

No se profundizará sobre tales cuestiones por exceder del objeto de estudio de la investigación, aunque sí conviene perfilar dicho órgano brevemente. A tenor del art. 35 LTAIBG el CTBG se compone de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y del Presidente del CTBG, que a su vez lo es de la Comisión⁷²⁴. Especial mención merece la composición de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno formada por ocho miembros cuya diversa procedencia (de distintos poderes del Estado o bien pertenecientes a órganos auxiliares de los mismos o a autoridades independientes) es un aspecto positivo a remarcar⁷²⁵. Tal como expresa el art. 36 LTAIBG, dicha Comisión se integra por: “a) El Presidente. b) Un Diputado. c) Un Senador. d) Un representante del Tribunal de Cuentas. e) Un representante del Defensor del Pueblo. f) Un representante de la Agencia Española de Protección de Datos. g) Un representante de la Secretaría de Estado de

⁷²¹ Sobre este punto se pronuncia críticamente, BAUZÁ MARTORELL, F.J. “La potestad sancionadora frente...”, cit., p. 478, al apuntar que “la Ley de Transparencia alimenta la nefasta hipótesis –nefasta para el Estado de Derecho– de que la Administración despliega todas sus energías para reprender al ciudadano cuando ella es la primera que no cumple, y en consecuencia el ciudadano pierde su confianza en el Estado”.

⁷²² Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

⁷²³ Art. 39.2 LTAIBG.

⁷²⁴ Sobre el Presidente del CTBG, hay que estar a lo dispuesto en el art. 37 LTAIBG que preceptúa un periodo de cinco años no renovables para el ejercicio del cargo, siendo el candidato elegido entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. El candidato propuesto debe comparecer y su nombramiento ser refrendado ante el Congreso de los Diputados por acuerdo de la Comisión competente por mayoría absoluta. Asimismo el art. 37.2 LTAIBG recoge las causas de cese del Presidente del CTBG, siendo el cargo retributivo según dispone el apartado 3 del precepto.

Por su parte, el art. 38.2 LTAIBG recoge las funciones expresamente atribuidas al Presidente del CTBG que

⁷²⁵ En tal sentido, véanse entre otros, Vid. GUICHOT, E. “El Consejo de Transparencia...”, cit., p. 342. GARCÍA COSTA, F.M. “El Consejo de Transparencia...”, cit., págs. 494 y 495.

Administraciones Públicas. h) Un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal”⁷²⁶.

Las funciones del CTBG quedan fijadas en el art. 38.1 LTAIBG que van desde la adopción de recomendaciones orientadas al cumplimiento de las obligaciones de la ley, a funciones de asesoramiento en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, evaluación sobre el grado de cumplimiento de la ley (que ha de cohonestarse con el art. 40 LTAIBG al estipular que el CTBG debe elevar una memoria anual a las Cortes Generales sobre las actividades desarrolladas y el grado de cumplimiento de la ley), promoción de borradores, recomendaciones, directrices y actividades de sensibilización y formación sobre materias reguladas por la ley, así como funciones de colaboración y aquellas otras que le sean expresamente atribuidas por norma legal o reglamentaria⁷²⁷.

Realizada esta breve aproximación sobre el CTBG como autoridad especializada e independiente para la promoción y garantía de la transparencia pública, el derecho de acceso a la información pública y la observancia de las disposiciones sobre Buen Gobierno, han de hacerse dos precisiones. Una relativa a al régimen de impugnaciones ante el CTBG y otra sobre el reparto competencial en materia de la reclamación.

En primer lugar, por lo que concierne al régimen de impugnaciones ante el CTBG hay que estar a lo dispuesto en los arts. 23 y 24 LTAIBG. El art. 23 LTAIBG distingue entre una regla general y una excepción a la misma. Según la regla general contenida en el art. 23.1 LTAIBG, la reclamación ante el CTBG como autoridad específica en la materia sustituye los recursos administrativos que resultan de aplicación según el art. 107.2 LRJAPPAC (que ha de entenderse hoy en virtud del art. 112.2 LPAC). Sin embargo, a

⁷²⁶ Art. 36.2 LTAIBG

⁷²⁷ El tenor literal del art. 38.1 LTAIBG preceptúa que, “Para la consecución de sus objetivos, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tiene encomendadas las siguientes funciones:

- a) Adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley.
- b) Asesorar en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- c) Informar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen esta Ley o que estén relacionados con su objeto.
- d) Evaluar el grado de aplicación de esta Ley. Para ello, elaborará anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas y que será presentada ante las Cortes Generales.
- e) Promover la elaboración de borradores de recomendaciones y de directrices y normas de desarrollo de buenas prácticas en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- f) Promover actividades de formación y sensibilización para un mejor conocimiento de las materias reguladas por esta Ley.
- g) Colaborar, en las materias que le son propias, con órganos de naturaleza análoga.
- h) Aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario”.

tenor del art. 23.2 LTAIBG dicha regla general se exceptúa cuando la reclamación se presente contra las resoluciones que hayan sido dictadas por los sujetos de relevancia constitucional referidos en el art. 2.1.f) LTAIBG⁷²⁸, en cuyo caso, sólo cabe interposición de recurso contencioso-administrativo⁷²⁹. Es importante precisar que aunque la LTAIBG no lo aclare y, hubiera sido recomendable que lo hiciera, las resoluciones dictadas por el CTBG son ejecutivas. Ya que como ha precisado la doctrina especializada, precisamente del carácter sustitutivo de la reclamación se infiere necesariamente su ejecutividad⁷³⁰.

Por su parte, el art. 24 LTAIBG hace indicación expresa del carácter potestativo de la reclamación que puede interponerse ante el CTBG o su homólogo autonómico, contra toda resolución expresa o presunta en materia de acceso con carácter previo a la vía contenciosa⁷³¹. El plazo para la interposición de la reclamación es de un mes (“desde el

⁷²⁸ Se recuerda que los sujetos enumerados en el art. 2.1.f) LTAIBG como obligados por lo dispuesto en el Tit. I LTABG son “La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”.

⁷²⁹ Dicha exclusión ha sido valorada por la doctrina de forma diversa. Pues hay autores como PALOMAR OLMEDA, A. “El control judicial de las decisiones en materia de transparencia administrativa”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs.511 y 512, que entienden que la decisión del legislador de excluir dichos órganos constitucionales o de relevancia constitucional “es razonable teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (o, razonablemente, el órgano independiente que pudieran fijar las Comunidades Autónomas en virtud de la Disposición Adicional Carta) no deja de ser la de un órgano administrativo y no parece que con esta naturaleza conozca de las reclamaciones que se presenten en relación con la actividad administrativa de órganos constitucionales o, simplemente, que por su estatuto estén al margen de la propia Administración y no parece razonable que en vía de fiscalización de esta actividad pudiera la Administración (...) fiscalizar a órganos que por su papel constitucional o estatutario están fuera de dicho ámbito de dirección y de control”.

Mientras que otros, entre los que cabe citar a FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, cit., p. 319, cuestionan dicha exclusión. A juicio del autor, “a pesar de tratarse de órganos e instituciones de muy diversa índole pero dotados, en el peor de los casos, de una autonomía garantizada al máximo nivel normativo, lo cierto es que las decisiones que podrían cuestionarse por la vía de la reclamación se comprenderían dentro de su <<actividad materialmente administrativa>>. Ello supone que la eventual reconducción de la mayor parte de estas instancias al sistema de tutela especializada que la LTBG inaugura, no supondría, en términos estrictos, una amenaza para la autonomía ni, en general, para el estatuto constitucional o estatutario reconocido a las mismas, precisamente consagrado en atención a las funciones primarias o principales que desempeñan”.

⁷³⁰ Por todos, Vid. GUICHOT, E. “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en WENCES, I., KÖLLING, M., y RAGONE, S (Coords.) *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 75. MORETÓN TOQUERO, A. “Artículo 23. Recursos”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017, p.1379.

⁷³¹ Vid. Art. 24.1 LTAIBG.

Como ha destacado MARTÍN DELGADO, I. “La configuración legal de los Consejos Autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control”, *Dilemata, Revista Internacional de éticas aplicadas*, nº 27, 2018, p. 287 que “con la introducción de medios de reclamación alternativos a los recursos tradicionales no se busca ni la sustitución de las garantías atribuidas al ciudadano ni el desplazamiento del control de legalidad que conlleva toda impugnación. Con ello se pretende mejorar el

día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo)⁷³². Por otra parte, el plazo para resolver la reclamación será de tres meses, entendiéndose desestimada si transcurre el plazo sin contestación⁷³³. No obstante, en tal supuesto queda abierta la vía judicial a través del recurso contencioso-administrativo.

Por último, conectando lo dicho hasta ahora con el aspecto competencial en materia de reclamaciones, debe tenerse en cuenta que según el art. 24.6 LTAIBG, la competencia para la resolución de la reclamación se otorga efectivamente en favor del CTBG, excepto en aquellos casos en los que las Comunidades Autónomas hayan otorgado dicha competencia a favor de la autoridad específica autonómica, atendiendo a la Disposición Adicional cuarta de la LTAIBG⁷³⁴.

Llegamos así a la cuestión competencial en materia de reclamaciones. Tal como se advierte en la Disposición Adicional cuarta de la LTAIBG, el CTBG no es la única autoridad independiente habilitada para resolver las reclamaciones *ex art. 24 LTAIBG*, sino también los respectivos homólogos autonómicos con competencias en materia de transparencia⁷³⁵ para resolver reclamaciones contra resoluciones dictadas por las administraciones, su sector público autonómico, así como los entes locales en su respectivo ámbito territorial. No obstante, se brinda la opción a las Comunidades Autónomas de otorgar dicha competencia al propio CTBG. Para ello habrán de suscribir con la AGE un convenio para estipular las condiciones para el sufragio de gastos, derivado de la asunción de la competencia por el CTBG⁷³⁶.

sistema de impugnación en vía administrativa, atribuyendo el conocimiento del recurso, con carácter gratuito para el ciudadano, a un órgano independiente y especializado”.

⁷³² Cfr. Art. 24.2 LTAIBG.

⁷³³ Vid. Art. 24.4 LTAIBG.

⁷³⁴ Vid. Art. 24.2 LTAIBG.

⁷³⁵ Puede accederse fácilmente a los Consejos de Transparencia Autonómicos creados en sus respectivas Comunidades Autónomas, o en su caso, a los Convenios suscritos con el CTBG por el que éste asume la competencia para resolver las reclamaciones contra resoluciones dictadas en el ámbito autonómico, https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/transparencia/transparencia-en-espanya.html

⁷³⁶ La citada Disposición Adicional cuarta, prescribe que “1. La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, contra las resoluciones dictadas por las Asambleas Legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en el caso de esas mismas reclamaciones sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

2. Las Comunidades Autónomas podrán atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A tal efecto, deberán celebrar el

6.7. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública

Un análisis completo sobre las previsiones de la LTAIBG en lo tocante al derecho de acceso a la información pública exige tratar la problemática Disposición Adicional Primera de la LTAIBG (DA1^a), relativa a las “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”. El apartado segundo de la misma dispone que, “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”⁷³⁷.

Dicha DA1^a ha dado lugar a polémica desde diversas perspectivas, así como a una disparidad de criterios interpretativos en lo relativo a la supletoriedad de la LTAIBG que contempla cuando exista un régimen específico de acceso. En este sentido, la aplicación de la regla de la supletoriedad y la concurrencia de regímenes especiales de acceso con la LTAIBG han suscitado dificultades que merecen ser tratadas con cierto detenimiento.

Así pues, teniendo en cuenta que dicha DA1^a será un elemento importante para profundizar en el estudio de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, tratarán de reflejarse a continuación los problemas que ha suscitado su interpretación.

Por un lado, el apartado segundo de la DA1^a no incorpora la exigencia de rango de ley para que la normativa específica pueda en su caso desplazar a la LTAIBG. En tal sentido, se advirtió ya tempranamente incluso por el Consejo de Estado en fase de Anteproyecto de la ley que podía incurrirse en el riesgo de “vaciar de contenido la normativa recogida al respecto”⁷³⁸. Ahora bien, existe jurisprudencia reciente del TS (STS 66/2021, de 25 de

correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.

3. Las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán designar sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, celebrando al efecto un Convenio en los términos previstos en el apartado anterior”.

⁷³⁷ Cfr. Disposición Adicional Primera de la LTAIBG, apartado 2º.

⁷³⁸ El Dictamen del Consejo de Estado nº707/2012, sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 19 de julio de 2012, señaló que “en conexión con ese carácter horizontal de la Ley en proyecto, se hace necesario destacar la importancia de articular adecuadamente y de forma clara y precisa su relación con otras normas actualmente vigentes que regulan muchas cuestiones que el anteproyecto aborda. Esta relación no siempre aparece claramente perfilada o construida, lo que en algunos casos puede llegar a provocar un solapamiento o duplicidad de regímenes, cuando no una verdadera colisión normativa, sin que el anteproyecto ofrezca criterios sólidos para alcanzar una solución pacífica. Pues, en efecto y como consecuencia del juego conjunto de las remisiones contenidas en el anteproyecto y las cláusulas que salvaguardan la vigencia de ciertos regímenes especiales, así como de la ausencia de disposiciones derogatorias, no resulta sencillo determinar en todos los casos cuál es la norma de aplicación preferente, lo que permite albergar ciertas dudas en relación con el pretendido alcance general de la

enero de 2021) que, apelando a la LTAIBG como “normativa básica transversal que regula esta materia, al tiempo que complementa al resto de las normas”, fundamenta su desplazamiento como norma supletoria cuando “otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información”⁷³⁹. Tal pronunciamiento del TS debe valorarse positivamente. Nótese que al exigir rango de ley al régimen específico de acceso que concorra con el general, previsto en la LTAIBG, se resuelve el riesgo derivado de interpretaciones restrictivas que admitieran que una regulación específica de rango inferior a la legal pudiera desplazar, en su caso, la LTAIBG. Con ello, el TS solventa la falta de claridad en el tenor de la DA1ª, sin obviar que lo más adecuado habría sido su especificación por parte de la propia LTAIBG.

Por otra parte, como ha destacado GUICHOT, se echa en falta que la DA1ª de la LTAIBG hubiera especificado que la normativa específica que concorra en el caso concreto con la LTAIBG será de aplicación preferente, pero compatible con la LTAIBG en todo lo que resulte beneficioso⁷⁴⁰. En este sentido, si la LTAIBG hubiera especificado cómo ha de operar la regla de la supletoriedad se habrían resuelto muchos problemas aplicativos⁷⁴¹.

disposición proyectada y, por ende, con su efecto innovador del ordenamiento jurídico. (...) Se ha mencionado ya el riesgo de que una cláusula de estas características pueda en cierto modo vaciar de contenido la normativa recogida al respecto en el anteproyecto remitido en consulta”.

⁷³⁹ Cfr. STS 66/2021, de 25 de enero, FJ 4, apartado 5. En el mismo sentido puede verse la STS 748/2020, de 11 de junio, FJ2, al señalar a este respecto que “El desplazamiento de las previsiones contenidas en la Ley 19/2013 y, por lo tanto, del régimen jurídico general previsto en dicha norma, en todo lo relativo al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades existentes en un ámbito o materia determinada, creando así una regulación autónoma en relación con los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse”.

⁷⁴⁰ En tal sentido se pronuncia, Vid. GUICHOT, E. “Regulaciones especiales”, en GUICHOT, E y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.762.

⁷⁴¹ La problemática interpretativa sobre la Disposición Adicional 1ª, se refleja bien entre otras en la SAN 29/2019, de 21 de octubre, en la que se trata la posible aplicación de la Disposición Adicional 1ª de la LTAIBG sobre la existencia de un régimen de acceso específico que desplace la LTAIBG, así como la confusión entre transparencia activa y pasiva, esto es, entre el deber de difundir información y el derecho a acceder a ella, entendiéndose que concurre un régimen legal específico (en virtud de la Ley 3/2015, de 30 de marzo reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado que concurre en el caso), que por tanto, desplazaría la LTAIBG. La cuestión problemática radica en que la norma específica alegada contenía un régimen previsto para publicidad activa, pero no un procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información solicitado, y aun así, se consideró aplicable al caso como régimen especial. El problema de fondo subyace en la falta de adecuación de la citada norma específica con el ejercicio del derecho de acceso a la información. Pues se produce un error interpretativo por el juzgador al considerar que la norma contempla un régimen específico completo por el hecho de regular el régimen de publicidad de las obligaciones de los altos cargos, cuando en realidad no se contempla una regulación específica y clara para el ejercicio del derecho de acceso. Se suscita por tanto la cuestión de si esa alusión a las obligaciones de publicidad activa que hace la norma, pueden identificarse con la publicidad pasiva y dar con ello por satisfecha la regulación del derecho de acceso a la información. La confusión entre publicidad activa y pasiva genera serias consecuencias que pueden verse con aplicación práctica en este caso. Pues, no advirtiéndose tal error interpretativo de base, lo cierto es que se produciría una total

En mi opinión, la interpretación más plausible a tenor de los fines de la ley y del principio pro acceso no debería ser la más restrictiva (entendiendo desplazada en todo la LTAIBG si concurre un régimen específico). Por el contrario, atendiendo a su consideración de ley básica, transversal y de mínimos sobre el acceso a la información debe aplicarse para todo aquello en lo que resulte beneficioso para el ejercicio del derecho de acceso.

La ausencia de esta aclaración por parte de la ley se ha visto reflejada en una disparidad de criterios que han llevado a los Consejos de Transparencia a considerarse o no competentes para conocer de las reclamaciones, en función de la perspectiva interpretativa adoptada sobre la supletoriedad. En este sentido, diversos Consejos de transparencia autonómicos han conciliado la posibilidad de que los representantes políticos soliciten información a tenor de la LTAIBG, con el carácter supletorio que ostenta la norma en tal supuesto, vía DA1^a LTAIBG. En efecto, la concurrencia, nada ocasional, del derecho de acceso a la información pública con el derecho fundamental de participación política habilita la aplicabilidad del apartado 2 de la DA1^a.

Esto quiere decir que el rol del solicitante (que en este caso actúa como representante político) hace concurrir la LTAIBG, como normativa general dirigida a proteger el acceso a la información pública, y el marco normativo específico que regula el derecho fundamental del representante político enmarcado en el art. 23 CE. Este último se desarrolla legalmente en el ámbito local por el art. 77 de la Ley de Bases de Régimen Local y por los arts. 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF). De otro lado, para los parlamentarios resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados, reconocido en términos similares en el art. 20 del Reglamento del Senado, así como en los respectivos Reglamentos de los Parlamentos autonómicos.

El problema que deriva de esa concurrencia normativa es la interpretación que ha de efectuarse sobre el carácter supletorio de la LTAIBG cuando exista normativa específica aplicable. En este sentido, se plantea la cuestión de si la referida DA1^a puede

desprotección del derecho de acceso a la información al desplazar la LTAIBG por la aplicación de una norma que en realidad no contiene un régimen específicamente dirigido al derecho de acceso. Así pues, planteada la problemática y las cuestiones esenciales que suscita el caso sobre la aplicabilidad de la disposición adicional 1^a y la confusión entre publicidad activa y pasiva, concluye la AN en el FJ 6 que, "para que pueda aplicarse lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, la regulación específica debe señalar con claridad que la información sobre la materia que regula solo podrá obtenerse en la manera que en ella se especifica". Cosa que la AN entiende que no concurre en el presente caso.

compatibilizarse con que los representantes políticos se beneficien de las reclamaciones ante los Consejos de transparencia como órganos de garantía, a tenor de la legislación estatal o autonómica de transparencia⁷⁴² o, por el contrario, la supletoriedad de la LTAIBG imposibilita recurrir a esa vía.

La doctrina ha alertado sobre la necesidad de reformar la referida DA teniendo en cuenta que genera gran discrepancia, al haber provocado posiciones contrapuestas por parte del CTBG y de los homólogos autonómicos⁷⁴³. En este sentido, hay autoridades de transparencia que se han considerado competentes para resolver las reclamaciones por parte de representantes políticos haciéndoles extensibles las garantías del derecho de acceso previstas en la normativa general de transparencia y otras que, por el contrario, rechazan su competencia entendiendo que dicha normativa no resulta aplicable, al existir un régimen específico a tenor de la DA1^a.

Una de las interpretaciones sostenidas es la del CTBG estatal que, en principio, parece efectuar una interpretación abierta de la regla de la supletoriedad. En este sentido, ha expresado en reiteradas resoluciones que no cabe hacer de peor condición a los representantes políticos y de los trabajadores que a los ciudadanos de a pie negándoles la posibilidad de solicitar información conforme a la LTAIBG⁷⁴⁴. No obstante, si se ahonda

⁷⁴² En este sentido, como indica GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia”, *Real. Nueva Época*, nº 8, 2017, p.30, se plantea “la posibilidad de los representantes locales de hacer uso de la nueva vía de garantía del derecho de acceso creada por la normativa sobre transparencia: un recurso ágil, gratuito y eficaz ante una Autoridad independiente especializada”.

⁷⁴³ Se muestran críticos con la DA1^a LTAIBG, entre otros, por todos, Vid. COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p. 271. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., págs. 60 y ss. GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., págs. 27 y ss. GIFREU FONT, J. “La configuración del derecho de acceso a la información pública de los electos locales en el marco de la normativa sobre transparencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 181, 2016. MARTÍN DELGADO, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, *XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 2016. Disponible en: http://www.ctcyl.es/archivos/documentos/1_1461669900.pdf; págs. 46 y ss. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid, 2022, págs. 125 y ss. De otra parte, aun estando de acuerdo con la interpretación restrictiva de la DA1^a, se muestra crítica con su redacción JIMÉNEZ PLAZA, M. I. “La Disposición Adicional 1^a de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 49, 2018, p. 39

⁷⁴⁴ Entre otras, puede destacarse por todas, la resolución del CTBG 71/2016, de 12 de julio, FJ 5, que refiriéndose al acceso a la información pública por parte de los representantes (en este caso locales) indica que tienen dos alternativas de acceso, o bien acudiendo a la específica según la normativa de régimen local, o bien una vez entrada en vigor la LTAIBG, pueden solicitar el acceso a la información a través de dicha

en la interpretación del CTBG sobre el carácter supletorio de la LTAIBG, se aprecia una interpretación más restrictiva de la que parece a priori. En este sentido, el CTBG ha venido entendiendo en sus resoluciones que el representante político tiene dos vías de acceso a la información: una específica, determinada por la normativa que desarrolla su derecho fundamental en su condición de representante, y otra que nace a partir de la LTAIBG y de la que puede beneficiarse por ser aplicable a favor de toda la ciudadanía.

No obstante, en caso de que el representante opte por la aplicación de este último régimen jurídico alegando las disposiciones de la normativa de transparencia, el CTBG ha venido interpretando que accede en su condición de ciudadano y no de representante político, pues

“la determinación del régimen jurídico aplicable a la solicitud de referencia resulta indispensable a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar cualquier confusión en el uso de las distintas vías de acceso a la información de que disponen los cargos representativos locales”. Así, “tomando en consideración la distinta naturaleza de tales vías cabe advertir que ambas disponen de un régimen jurídico completo y acabado caracterizado por la regulación de un procedimiento de ejercicio del derecho de acceso – solicitud, plazos, formalización del acceso, etc.–, y la previsión de diferentes técnicas para garantizar el ejercicio del derecho de acceso que incorporan –garantías procesales y jurisdiccionales–. De este modo, este Consejo considera que no resulta posible acudir por el ciudadano o por la administración a la técnica del “espiguo” consistente en seleccionar las normas más favorables de distintos cuerpos normativos para dotarse, así, de un régimen jurídico ad hoc y desvinculado de los cauces legalmente establecidos para la creación de un derecho”⁷⁴⁵.

norma (en tanto en cuanto el art. 12 LTAIBG reconoce el derecho a favor de todas las personas). Más recientemente desarrollado puede verse la alternancia con la que se presenta el régimen de acceso por parte de los representantes políticos por mor de la LTAIBG frente a la vía especial que concurre en tales supuestos, en la resolución del CTBG 386/2020, de 21 de septiembre, FJ4.

En sentido similar sobre los representantes sindicales, véanse entre otras las resoluciones del CTBG 9/2017, de 6 de abril de 2017; 28/2017, de 18 de abril de 2017, FJ 4, al indicar que “siendo el derecho de acceso a la información pública un derecho constitucional con un régimen de ejercicio específico sometido a reserva de Ley, queda al margen de la negociación entre la Administración y los Sindicatos y, por tanto, sus acuerdos no impiden que ese derecho se ejerza de manera autónoma e independiente de éstos, cuyos efectos vinculan únicamente a las partes intervinientes. No dar la información a los representantes sindicales conforme a los preceptos impuestos por la LTAIBG supondría hacerlos de peor condición que si la información la solicitaran ciudadanos ajenos a la organización administrativa, a los que debería proporcionarse la misma, salvo existencia de límites o causas de inadmisión”.

⁷⁴⁵ Resolución 258/2016 del CTBG de 23 de enero de 2017, FJ 6. Se expresa en el mismo sentido en muchas otras resoluciones, por todas, 51/2016, de 15 de junio, FJ 4., 203/2016, de 28 de diciembre, FJ 3., 782/2019, de 9 de enero de 2020, FJ 6., 125/2020 de 17 de junio, FJ 6.

Esto es, el CTBG sólo se considera competente para resolver las reclamaciones de acceso a la información interpuestas por representantes políticos cuando precisamente no aleguen su condición de tal y actúen, por tanto, acogidos a la normativa de transparencia como ciudadanos de a pie. De este modo, la actuación como representantes políticos veda la posible garantía de reclamación ante el CTBG y ante aquellas Autoridades autonómicas que comparten dicha interpretación.

La paradoja a la que se llega con esta solución es que los representantes que quieran verse beneficiados con el régimen de garantías del derecho de acceso, a tenor de la normativa de transparencia, deben hacerlo en calidad de ciudadanos. En otro caso, si alegan su condición de representantes el CTBG entiende que sería de aplicación lo dispuesto en la DA1ª, inadmitiendo a trámite la solicitud de acceso a la información⁷⁴⁶.

Esta interpretación ha sido igualmente sostenida por la Comisión de Transparencia de Galicia (CTG)⁷⁴⁷ y por el CTPDA, que se aproxima a esta cuestión en la Consulta 1/2016, de 11 de mayo de 2016. En ella, el CTPDA aclara que tras la entrada en vigor de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA) existen dos regímenes alternativos de acceso a la información por los representantes locales: 1) Uno en el que actuando en su

⁷⁴⁶ Como bien apunta en este punto GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., p. 30, “he asistido con perplejidad a cómo parte del CTBG y de algunos Consejos autonómicos se ha interpretado que la garantía de la que goza cualquier ciudadano de interponer una reclamación ante las autoridades independientes especializadas les queda vedada, salvo que oculten su condición de representantes políticos y no aludan a su normativa especial, sino a la normativa general sobre acceso a la información”.

Sobre la mencionada técnica o doctrina del espiguelo, interesa señalar una crítica efectuada por Cfr. GUICHOT, E. “Límites...”, cit., p. 217, al poner de manifiesto la incongruencia que implica dicha técnica al suponer entrar a valorar el interés que concurre cuando *a sensu* contrario, la LTAIBG no obliga a motivar la solicitud ni acreditar un interés específico. Concretamente señala el autor que “esta doctrina resulta muy problemática. Por de pronto, por cuanto la LTAIPBG no exige motivar las solicitudes ni acreditar un interés, de tal modo que el juicio sobre la finalidad de la solicitud por parte del CTBG incurre en un peligroso subjetivismo. Y, adicionalmente por cuanto precisamente –a nuestro juicio, incoherentemente (...)- la propia LTAIPBG introdujo como criterio de ponderación la obligación de conceder el acceso cuando, pese a afectarse a un límite, concurre un interés «público o *privado* superior», de tal modo que, a falta de una reforma legal, el razonamiento se hace inconsecuente con la literalidad de la Ley. En definitiva, la referencia al «interés privado» de la LTAIPBG dificulta justificar una solución argumental basada en la finalidad «privada».

⁷⁴⁷ Aunque la Comisión de Transparencia de Galicia ha sido situada en ocasiones por la doctrina como una autoridad de transparencia sin una postura definida en cuanto a su competencia para resolver las reclamaciones de acceso a la información por parte de representantes políticos, se pensaba que su postura era más bien favorable a su competencia, por la existencia de antecedentes como las resoluciones 25/2016, de la CTG, de 15 de diciembre, FJ 4., o 61/2017, del CTG, de 11 de noviembre, FJ 1. Sin embargo, en pronunciamientos posteriores como los dictados en las resoluciones 14/2019, de la CTG, de 2 de febrero, FJ 4., o 132/2020, de la CTG de 27 de enero de 2021, FJ 4., queda claro que su posición es restrictiva en la interpretación de la DA1ª. En este sentido, diferencia claramente el régimen jurídico aplicable por razones de seguridad jurídica, según se haya alegado la condición de concejal al amparo de la normativa de régimen local o la normativa de transparencia, como bloque normativo diferenciado.

condición de cargo público ejerce su derecho de participación política, art. 23 CE, conforme a la normativa de régimen local, con el que se vería beneficiado de la tutela jurisdiccional prevista para los derechos fundamentales. 2) Otro en el que actuando como ciudadanos podrían acudir a la vía potestativa prevista a tenor de la LTPA para ejercer su derecho de acceso a la información, conforme a la normativa de transparencia⁷⁴⁸.

En línea con la argumentación del CTBG, el CTPDA ha declarado que

“una solicitud de información sustanciada en el marco de la LRBRL, y por tanto en ejercicio del derecho fundamental ex art. 23.2 CE, no puede denegarse aplicando una causa de inadmisión prevista en la legislación de transparencia (Resolución 56/2016, de 13 de julio); y, paralelamente, hemos considerado que no procede acudir a este Consejo frente a la denegación de una petición de información que un concejal ha tramitado, en su condición de cargo representativo, con base en la LRBRL”⁷⁴⁹.

No obstante, la postura cercana del CTPDA respecto de la del CTBG va incluso más allá, “endureciendo la doctrina estatal”⁷⁵⁰. Como se ha visto, según el CTBG los representantes políticos pueden optar por el régimen jurídico aplicable, agotando hasta sus últimas consecuencias el bloque normativo (especial o general) escogido para solicitar el acceso. No obstante, para el CTPDA dicha libertad queda limitada a que no se solicite por vía de la normativa de transparencia lo que previamente no se obtuvo por el régimen especial, actuando en calidad de representante político. Así pues, para el CTPDA queda vedada la posibilidad de plantear una reclamación ante dicho órgano de garantía en régimen normal de ciudadanía, y ello pese a ser un derecho ejercitable a favor de cualquier persona, cuando previamente se hubiera solicitado como representante político, a cargo de la vía específica concurrente y le hubieran denegado el acceso⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Según aclara el CTPDA Consulta 1/2016, de 11 de mayo de 2016, Consideración Jurídica 1ª, “la primera de las mencionadas puede considerarse la vía habitual y ordinaria a seguir por los concejales, pues, además de ejercerse a través de ella el repetido derecho fundamental con la aplicación de las correspondientes garantías jurisdiccionales, conduce a un régimen de acceso más amplio en cuanto no está sujeto a las específicas restricciones establecidas en la legislación de transparencia en relación con las solicitudes de información”.

⁷⁴⁹ Resolución del CTPDA 89/2016, de 14 de septiembre, FJ 3. Véanse en el mismo sentido entre otras, Resolución del CTPDA 56/2016, de 13 de julio, FJ4. Resoluciones del CTPDA 82/2016, de 3 de agosto, FJ2., 86/2016, de 7 de septiembre, FJ 2., 89/2016, de 14 de septiembre., 18/2017, de 8 de febrero., 66/2017, de 10 de mayo, FJ 4., 111/2018, de 6 de abril, FJ 5., 204/2018, de 30 de mayo, FJ 5.

⁷⁵⁰ GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., p. 34.

⁷⁵¹ Sobre esta cuestión se pronuncia GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., p. 34, señalando que “para el Consejo andaluz hay una limitación a dicha libertad, conforme a la cual éste no puede solicitar por la vía de la normativa de información que no obtuvo por la vía de la normativa local o de las peticiones de información a través de

Como ha subrayado GUICHOT, esto no deja de ser una ambigüedad y paradoja añadida pues, en definitiva, cuando un representante político exponga en su solicitud de acceso, vía LTAIBG, que acude a ésta porque el acceso le ha sido previamente denegado en su condición de representante político, su derecho se verá obstaculizado. Esto es, el CTPDA ha interpretado restrictivamente, como una especie de causa de inadmisión, el intento previo y fallido de acceso por la vía del régimen especial concurrente. Como puede observarse, el problema no radica aquí en el espiguelo o en la alegación de garantías propias de un régimen cuando el acceso se ha solicitado en virtud de otro, sino en que la negativa que previamente hubiera obtenido en virtud de la solicitud efectuada en su condición de representante político condiciona el ejercicio del derecho. Es más, resulta así una interpretación doblemente negativa, al cerrarse con la primera denegación la vía de acceso prevista en favor de cualquier persona según la normativa de transparencia⁷⁵².

la Mesa del Parlamento, en el caso de los parlamentarios autonómicos. Y ello, incluso, si la no obtención no fue debida a la concurrencia de un límite legal, sino a la falta de contestación”. En tal sentido y como expresa el autor en la p. 30, se inadmiten “las solicitudes formuladas por los representantes políticos apelando a la normativa general y «ocultos» como ciudadanos de a pie si llega a advertir que primero solicitaron infructuosamente la información en su condición de representantes conforme a la normativa especial”.

En este punto cabe mencionar las resoluciones del CTPDA 96/2016 y 97/2016, de 19 de octubre, FJ 3, en las que se dilucida por primera vez “un caso relativo a una petición de información formulada por un miembro del Parlamento que reproduce una cuestión que ya había dirigido al Gobierno en ejercicio de sus funciones parlamentarias. En consecuencia, el interrogante previo que hemos de resolver estriba en determinar si resulta de aplicación al presente supuesto lo previsto en el segundo apartado de la Disposición adicional cuarta de la LTPA”. La fundamentación que da el CTPDA para inadmitir la solicitud de información se basa en que “con la solicitud de información formalmente presentada al amparo de la LTPA no se pretendía sino proyectar, prolongar o extender artificialmente a un ámbito institucional ajeno la función de control político del gobierno que corresponde a la ahora reclamante en cuanto miembro del Parlamento. Así se desprende ya del propio escrito de reclamación, en donde se revela explícitamente que la presentación de la solicitud responde a la ineficacia mostrada por las diversas iniciativas que había emprendido la solicitante en su condición de Diputada del Parlamento de Andalucía para acceder a la información pretendida (...) esta circunstancia ya pone de manifiesto una inadecuada utilización del derecho de acceso ex art. 24 LTPA ajena a su finalidad institucional, por cuanto la solicitud vendría a insertarse como un elemento más en la actuación de control del gobierno” (FJ 6).

⁷⁵² Sobre esta cuestión se pronuncia GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., p. 37, señalando que, “el dato de haber acudido previamente sin respuesta a la vía parlamentaria, expuesto por la propia solicitante en sus alegaciones para justificar el porqué de su posterior uso de la vía general, el que se utiliza argumentalmente para inadmitir la solicitud, de tal modo que, y he aquí el salto, la proscripción de ambigüedad ya no se predica de la normativa invocada por el solicitante, como hasta ahora, sino que el haber acudido previamente a la vía de acceso a la información como representante político (la «habitual y ordinaria», en palabras del propio Consejo, y supuestamente más garantista), sin resultados, por un reiterado incumplimiento de la obligación de dar información necesaria para el control político, lo que se convierte ahora en un impedimento para el ejercicio del derecho de acceso a la información que al representante político le está abierto, como a cualquier persona –nacional o extranjero, pública o privada, física o jurídica, ni siquiera necesariamente ciudadano– por la normativa sobre transparencia. Inadmite, en fin, la reclamación”.

Por el contrario, la Comisión Vasca de acceso a la información aun manteniendo una posición favorable a la distinción de los bloques normativos aplicables según se acuda en calidad de representante o ciudadano, ha admitido su competencia para conocer de asuntos en los que se acreditaba la condición de representante

Por otra parte, el criterio interpretativo asumido por el CTBG ha sido también sostenido “acríticamente, sin aportar un razonamiento propio”⁷⁵³ por el Comisionado de Transparencia de Castilla y León (CTCYL) que hasta 2019 acude en sus resoluciones a la doctrina sentada por el CTBG para sumarse a su interpretación⁷⁵⁴. No obstante, desde este año cambia de postura, sosteniendo que

“esta Comisión de transparencia (...) se aparta de la postura que venía manteniendo hasta la fecha (según la Comisión de Transparencia de Castilla y León cual el cargo representativo local para poder acudir a este órgano debía hacerlo como ciudadano y no en su calidad de representante electo), y se une a otros organismos de garantía de la transparencia en la adopción del criterio de admitir su competencia para tramitar y resolver estas reclamaciones”⁷⁵⁵.

En contraposición a la postura más restrictiva expuesta hasta ahora, se encuentra la de aquellas Autoridades de transparencia que se consideran competentes para resolver las reclamaciones de acceso a la información de los representantes políticos, a tenor de la LTAIBG, sin considerarlo incompatible con la DA1^a. En este caso, la lógica utilizada por esta línea interpretativa difiere de forma sustantiva con la expuesta anteriormente.

La Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) se identifica como precursora de esta posición interpretativa a partir de sus resoluciones 3/2016, de 10 de marzo y 4/2016, de 11 de febrero, en las que el solicitante

pese a que la información se había solicitado a tenor de la normativa de transparencia. En tal sentido, véase la resolución de la Comisión Vasca de acceso a la información 11/2017, de 26 de junio, FJ 1.

⁷⁵³ GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., p. 33.

⁷⁵⁴ Entre otras, cabe destacar las Resoluciones del CTCYL 12/2016, de 9 de junio, FJ 3., 13/2016, de 9 de junio, FJ 3., 21/2016, de 21 de julio, FJ 3., 25/2016, de 8 de agosto, FJ 3., 30/2016, de 7 de septiembre, FJ 3., 9/2017, de 23 de enero, FJ 3., 60/2017, de 14 de junio, FJ 3., 27/2018, de 16 de febrero, FJ 3., 32/2018, de 16 de febrero, FJ 3., 124/2018, de 8 de junio, FJ 3., 121/2018, de 1 de junio, FJ 3.

⁷⁵⁵ Resolución 86/2019 del CTCYL, de 29 de abril, FJ2.

La fundamentación que aporta al caso la CTCYL para distanciarse de la línea interpretativa acogida hasta el momento va de la mano de la jurisprudencia del TS, en la que se apoya para justificar su cambio de postura. Concretamente señala la CTCYL que “el derecho de acceso a la información de los concejales es un derecho constitucionalmente privilegiado respecto al mismo derecho del que son titulares el resto de ciudadanos, compadeciéndose mal con este carácter reforzado el hecho de que se pudiera privar a los cargos locales de la posibilidad de utilizar el mecanismo de garantía consistente en la interposición de la reclamación ante las autoridades de garantía de la transparencia (Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno u órganos autonómicos análogos allí donde se hayan creado). En este sentido, la propia LTAIBG permite que también los cargos representativos locales, a pesar de contar con un régimen jurídico específico de acceso a la información, puedan utilizar este concreto mecanismo de garantía a través de la aplicación supletoria de aquella” (FJ 2).

Posteriormente la CTCYL ha ratificado su postura, entre otras en las resoluciones 209/2020, de 6 de noviembre de 2020, FJ 2., 216/2020, de 20 de noviembre, FJ 5., 235/2020, de 18 de diciembre, FJ2., 37/2021, de 19 de marzo, FJ 2.

había actuado expresamente en su condición de electo local. Así, la GAIP resuelve la controversia sobre su competencia en sentido favorable. De este modo, resuelve las reclamaciones provenientes de solicitudes de acceso a la información interpuestas por representantes políticos

“con la condición de que para la resolución de estas reclamaciones la GAIP debe aplicar preferentemente el derecho a la información regulado (...) por las (...) disposiciones de la legislación de régimen local que sean de aplicación, especialmente si son más favorables al acceso, y sólo supletoriamente las disposiciones de la LTAIPBG (esto no quita que, si se diera el caso, en virtud de la especial relevancia que nuestro ordenamiento jurídico vigente da al derecho de acceso a la información pública, seguramente habría que aplicar las disposiciones de la LTAIPBG, que son posteriores, más favorables al acceso, con preferencia a las de (...))”⁷⁵⁶ la legislación de régimen local.

La consecuencia que se deriva de esta otra perspectiva es que, así entendida la supletoriedad, hace extensible a favor de los representantes políticos la garantía adicional de la reclamación de la solicitud de acceso a la información ante las Autoridades de transparencia. De otro modo, no podría acudir a esta posibilidad pues es una garantía potestativa prevista en la normativa de transparencia, pero no en virtud del régimen específico aplicable.

En definitiva, bajo este parámetro interpretativo “la condición de representante político juega en sentido favorable a una mayor posibilidad de acceso a la información”⁷⁵⁷. Lo que ha de reforzar la idea de que no tiene sentido que el representante político, en ejercicio de un derecho fundamental, se vea más constreñido o cuente con menos garantías a su favor que las que operan en favor de cualquier persona⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Resoluciones de la GAIP 3/2016, de 10 de marzo, FJ 2 y 4/2016, de 11 de febrero, FJ 2.

⁷⁵⁷ GUICHOT, E. “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa...”, cit., p. 40.

⁷⁵⁸ Asimismo, véase Resolución de la GAIP 4/2016, de 11 de febrero, FJ 2, donde se especifica que “no tendría ningún sentido que los concejales, en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la artículo 23 de la Constitución, tuvieran menores garantías para ejercer su derecho específico de acceso que el resto de ciudadanos, que sí cuentan con la protección adicional y gratuita de la GAIP”. En el mismo sentido se expresa, GUICHOT, E. “Regulaciones especiales...”, cit., p.805.

Cabe puntualizar respecto de lo señalado en el texto que, tratándose de un derecho reforzado ha puntualizado el Consejo de Transparencia de Aragón (CTAR) en su resolución 6/2017, de 27 de febrero, FJ 2, que “precisamente por esta razón, el de los electos locales es un régimen especial de acceso a la información reforzado, al que le son de aplicación supletoria las mejoras en el régimen de acceso a información pública que haya innovado la regulación de la transparencia”.

Además, en resoluciones posteriores la GAIP se ha apoyado en la jurisprudencia del TS para reafirmar su postura⁷⁵⁹. En este sentido, acude a las SSTs de 15 de junio de 2015, que refiriéndose a los parlamentarios señalan que

“(…) a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto al acceso a la información y a los documentos públicos no sólo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer el plus añadido imprescindible”⁷⁶⁰.

Tales pronunciamientos del TS han servido de argumento para fortalecer el criterio de la GAIP y del resto de Autoridades de transparencia autonómicas que han seguido esta misma posición, en una interpretación amplia de la DA1ª de la LTAIBG⁷⁶¹. Además, debe subrayarse que esta opción interpretativa se ha visto definitivamente avalada en sentido favorable por el TS en su reciente STS 312/2022, de 10 de marzo de 2022, que justamente resuelve como asunto de interés casacional objetivo la polémica apuntada sobre la DA1ª. Concretamente resuelve si la existencia de un régimen especial excluye la posibilidad de acudir a la normativa de transparencia y, por tanto, impide que los representantes políticos se beneficien de la garantía de la reclamación ante los Consejos de transparencia⁷⁶².

Debe valorarse muy positivamente el pronunciamiento emitido por el TS en esta sentencia. Ya que, en contra de interpretaciones restrictivas sostenidas por algunos Consejos de transparencia, el TS ha sabido advertir el peligro derivado de una excesiva interpretación restrictiva de la citada DA1ª. En definitiva, dicha interpretación restrictiva implica consecuencias negativas para el derecho de acceso a la información, máxime

⁷⁵⁹ En tal sentido, véanse las resoluciones 22, 24, 25, 26, y 31 a 45, de la GAIP de 7 de junio y 7 de julio de 2016, FJ 1, posteriormente confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en STSJ de Cataluña 1074/2019, de 18 de diciembre.

⁷⁶⁰ STS de 15 de junio de 2015 - ECLI:ES:TS:2015:2870, FJ 8. STS de 15 de junio de 2015 - ECLI:ES:TS:2015:2876, FJ 8.

⁷⁶¹ Entre otras, resolución 6/2017 del CTCV de 9 de febrero, FJ 7., resolución 7/2017 del CTCV, de 9 de febrero, FJ 5., resolución 116/2019 del CTCV, de 12 de septiembre, FJ 5., resoluciones del Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias (CTC) 75/2016, del, de 12 de abril, FJ 5., 24/2018, de 26 de octubre, FJ 6.

⁷⁶² Tal como se expone en la STS 312/2022, de 10 de marzo, FJ 4, la cuestión a dilucidar “consiste en determinar si la existencia de esa regulación específica en la normativa sobre el régimen local excluye la aplicación de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno; y, más en concreto, si debe considerarse excluida la posibilidad de que contra la resolución que dicte el correspondiente órgano de la Administración Local (...) cabe interponer la reclamación que se regula en los artículos 24 de la Ley estatal 19/2013 y 39 y ss de la ley catalana 19/2014”. Se apunta esta misma solución ya en la STS 311/2022, de 10 de marzo de 2022, FJ 4.

cuando se trata de un derecho cualificado al ejercerse en el marco del *ius in officium*. En este sentido, no es de recibo imponer condiciones más gravosas al ejercicio del derecho de acceso, tratándose de un supuesto especialmente cualificado por ejercerse como manifestación de un derecho fundamental, que cuando se trata del derecho de configuración legal que ordena la LTAIBG⁷⁶³.

Resulta interesante hacer una aclaración sobre las consideraciones que llevan al TS a concluir que, en modo alguno, la concurrencia de un régimen especial puede interpretarse como excluyente de la posible interpretación de un recurso a tenor de la normativa de transparencia. En este sentido, alega la recurrente el argumento (igualmente sostenido por los Consejos de transparencia que efectúan una interpretación restrictiva de la DA1^a) de que admitir que el representante interponga un recurso ante el respectivo Consejo de transparencia, supone recurrir a la técnica del espiguelo para beneficiarse *ad hoc* de los aspectos del régimen especial y general que le sean más favorables. Sin embargo, el TS concluye que dicho argumento no puede asumirse en lo que interesa porque la reclamación ante los Consejos de transparencia es potestativa y, por tanto, no ha de entenderse como una carga sino, en todo caso, como una garantía adicional y voluntaria. Con todo, el TS esclarece finalmente la interpretación de la discutida DA1^a que ha de efectuarse, concluyendo que

“el hecho de que en la normativa de régimen local exista una regulación específica, en un plano sustantivo y procedimental, del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la Corporación en modo alguno excluye que, con independencia de que se haga uso, o no, del recurso potestativo de reposición, contra la resolución que deniegue en todo o en parte el acceso a la información el interesado puede formular la reclamación que se regula en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (y, en el caso de Cataluña, en los artículos 39 y siguientes de la ley autonómica 19/2014, de 29 de diciembre)”⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Como bien ha señalado COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso...”, cit., p. 30, “un régimen privilegiado de acceso a la información no se puede convertir en un régimen especialmente castigado e incluso inferir de su regulación especial que tiene unos límites mayores que los del ordinario derecho de acceso a la información”.

⁷⁶⁴ STS 312/2022, de 10 de marzo, FJ 4. A continuación de la cita transcrita en el texto completa su argumentación el TS de forma interesante y relevante, señalando que “en contra de las resoluciones que mantiene la Diputación recurrente, que invoca como respaldo de su tesis las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (...) esta viabilidad de la reclamación prevista en el artículo 24 de la Ley 19/2013 no es fruto de ninguna técnica de “espiguelo” normativo, sino consecuencia directa de las previsiones de la propia Ley de Transparencia y Buen Gobierno, en la que, como hemos visto, se contempla su aplicación supletoria incluso en aquellos ámbitos en los que existe una regulación específica en materia de acceso a la información, y, de otra parte, se establece que la reclamación prevista en la normativa sobre

Cabe también incluir como Autoridades de transparencia que han seguido esta interpretación amplia de la DA1^a, en favor de su competencia para resolver las reclamaciones por parte de representantes políticos: el Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana (CTCV)⁷⁶⁵, el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia (CTRM)⁷⁶⁶, el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias⁷⁶⁷ (CTC), el Consejo de Transparencia de Navarra (CTN)⁷⁶⁸ o el Consejo de Transparencia de Aragón (CTAR)⁷⁶⁹. Este último, ha señalado además en sus resoluciones que

“a juicio del CTAR y por razones de carácter pragmático, la competencia para conocer de una reclamación no puede quedar condicionada por la cuestión formal del bloque normativo alegado en la solicitud, pues ello, contrariamente a lo que se afirma en las últimas resoluciones del CTBG y del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, sí que afecta al principio de seguridad jurídica”⁷⁷⁰.

Expuesta la problemática en torno al acceso a la información pública por parte de los representantes políticos, como sujetos cualificados en aplicación de la DA1^a de la LTAIBG, resulta también extrapolable en parte al caso de los representantes sindicales. De la misma forma, para estos últimos el acceso a la información pública se constituye

transparencia y buen gobierno sustituye al recurso de alzada allí donde estuviere previsto (lo que no es el caso del ámbito local al que se refiere la presente controversia), dejando en cambio a salvo la posible coexistencia de dicha reclamación con el recurso potestativo de reposición”.

⁷⁶⁵ Que en efecto ha señalado entre otras en la resolución del CTCV 38/2017, de 20 de abril, FJ 3, que “debe tenerse en cuenta como régimen especial, sin perjuicio de la aplicación supletoria y en lo posible de la ley de transparencia, no en vano, el derecho reclamado es el derecho de acceso a la información reconocido constitucional y legalmente”. Además, tal como subraya en la Resolución del CTCV 7/2017, de 9 de febrero, FJ 5, “en tanto la regulación de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia ofrece y garantiza una mejor tutela del derecho de acceso a la información así como la vía de reclamación ante esta Comisión cosa que no abarca la Ley 6/2010 de Régimen Local, es lógico que el derecho de acceso a la información que se garantiza a cualquier ciudadano no tenga mejores garantías que el derecho reforzado de acceso a la información de los cargos electos en el ejercicio de su función institucional y del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española”. En el mismo sentido, Vid. Resolución del CTCV 26/2017, de 10 de marzo, FJ 6. En términos similares se expresa también el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias, sobre el recurso potestativo ante el comisionado de transparencia, señalando entre otras resoluciones en la 65/2017, de 2 de abril, FJ 5 que se trata de “una vía que mejora y completa un régimen de garantía del derecho de acceso a la información de los cargos públicos, que además es gratuita, rápida y resuelta por un órgano independiente”.

⁷⁶⁶ Entre otras, Vid. Resoluciones del CTRM 30/ 2015 de 17 de mayo de 2016, FJ 5., 30/2016, de 17 de mayo, FJ 5.

⁷⁶⁷ Entre otras, Vid. Resoluciones del CTC 62 y 63 de 1 de abril de 2017, FJ 4 y 5., 65/2016, de 2 de abril de 2017, FJ 4 y 5., 66/2016, de 3 de abril de 2017., 67/2016, de 4 de abril de 2017., 69/2016, de 6 de abril de 2017., 75/2016, de 12 de abril de 2017, FJ 4 y 5., 24/2018, de 26 de octubre de 2018, FJ 6., 26/2018 de 12 de noviembre de 2018, FJ 6., 225/2019, de 6 de marzo de 2020, FJ 6., 233/2019, de 25 de junio de 2020, FJ 6., 114/2020, de 26 de agosto, FJ 6, entre otras.

⁷⁶⁸ Vid. Resolución del CTN 3/2018, de 21 de mayo, FJ 5 y 6

⁷⁶⁹ Resolución del CTAR 6/2017, de 27 de marzo de 2017, FJ 2.

⁷⁷⁰ Resolución del CTAR 6/2017, de 27 de marzo de 2017, FJ 2.

también como manifestación propia del ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical garantizada en el art. 28 CE, por lo que sujetos cualificados⁷⁷¹.

Ahora bien, en aplicación de lo dispuesto en el Criterio Interpretativo 8/2015 del CTBG, de 12 de noviembre de 2015,

“sólo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias”⁷⁷².

Dicho Criterio interpretativo resulta de aplicación en el caso concreto al haber entendido el CTBG para los representantes sindicales que la regulación específica existente no contiene un régimen de acceso a la información específico, por lo que la DA1^a no desplazaría en este caso la aplicación de la LTAIBG⁷⁷³.

⁷⁷¹ Como se indica en la resolución del CTCV 117/2019, de 12 de septiembre, FJ 6 “En nuestro Ordenamiento Jurídico, existe una consolidada jurisprudencia constitucional que, partiendo del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28. 1 de la CE, considera que forma parte de dicho derecho no sólo la organización, sino también la acción sindical y, dentro de los medios de acción sindical, se incluye el derecho de los entes sindicales a obtener información de interés para los trabajadores relativa al conjunto de su ámbito de representatividad y que resulta necesaria para el correcto y eficaz desarrollo de la acción sindical, que en este caso es el ámbito de la función pública (SSTC 94/1995, de 19 de junio, F.4; y 168/1996, de 25 de noviembre, F.6).

⁷⁷² Cfr. Criterio Interpretativo del CTBG 8/2015, sobre aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública, de 12 de noviembre de 2015, criterio interpretativo IV.

⁷⁷³ Sobre esta cuestión puede verse GUICHOT, E. “Límites...”, cit., p. 213 y ss.

Así se reitera entre otras en la resolución del CTBG 9/2017, de 6 de abril, FJ 6. En ella se concreta además que “el acceso a la información para Delegados de Personal y Juntas de Personal que se encuentra regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) no constituye un régimen de acceso específico a la información en los términos señalados. Ello es así porque la mencionada norma tan sólo señala, con carácter general, que dichos representantes de los trabajadores tienen como una de sus funciones la de recibir información sobre la política de personal, así como sobre la evolución de las retribuciones, del empleo y de la mejora del rendimiento (artículo 40.1 a)”.

La postura señalada del CTBG se reitera en otras resoluciones como la 25/2017, de 11 de abril., 28/2017, de 18 de abril., 741/2018, de 1 de marzo de 2019.

En términos similares, señala el TS en STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 2, que “el desplazamiento de las previsiones contenidas en la Ley 19/2013 y, por lo tanto, del régimen jurídico general previsto en dicha norma, en todo lo relativo al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades existentes en un ámbito o materia determinada, creando así una regulación autónoma en relación con los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse. (...) A juicio de este Tribunal, el precepto transcrito [art. 40.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado Real Decreto legislativo 5/2015 de 30 de octubre] no contiene un régimen específico y alternativo que desplace el régimen general de acceso a la información contenido en la Ley 19/2013, ni limita o condiciona el acceso a la información que las Juntas de Personal pueden tener en relación con aquellas materias relativas los empleados que representan y la información que les atañe”.

Esta interpretación ha sido asumida por el TS que ha sostenido que la normativa específica existente para los representantes sindicales no constituye un régimen especial a efectos de la DA1^a. De esta forma, dicha normativa no lograría desplazar el régimen general de acceso a la información de la LTAIBG como “normativa básica transversal que regula esta materia y crea un marco jurídico que complementa al resto de las normas”⁷⁷⁴.

Por su parte, el TS en la STS 748/2020, de 11 de junio de 2020 ha precisado el alcance de la supletoriedad a la que se refiere la DA1^a sobre el aspecto ahora destacado, señalando que

“(…) las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para el acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régimen jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Ello exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse (...)”⁷⁷⁵.

Así pues, a diferencia de lo sostenido para los representantes políticos respecto de los que sí concurre normativa específica aplicable, aun cuando pueden optar por interponer reclamación de acceso ante el Consejo de transparencia, entiende el CTBG y, en la misma línea, la jurisprudencia dictada⁷⁷⁶ para el caso de los representantes sindicales que

“no dar la información a los representantes sindicales conforme a los preceptos impuestos por la LTAIBG supondría hacerlos de peor condición que si la información la solicitaran ciudadanos ajenos a la organización administrativa, a los que debería proporcionarse la misma, salvo existencia de límites o causas de inadmisión”⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Cfr. STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 2.

⁷⁷⁵ Cfr. STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 4.

⁷⁷⁶ En tal sentido se han pronunciado la SJCCA 49/2018, de 27 de marzo, posteriormente confirmada por la SAN 53/2018, de 23 de noviembre, FJ 1. Así como la STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 2, especialmente relevante en tal sentido.

⁷⁷⁷ Resolución del CTBG 9/2017, del CTBG, de 6 de abril, FJ 7. No obstante, no debe obviarse la precisión efectuada por el CTBG en resoluciones como la 475/2017, de 23 de enero de 2018, FJ 7, en la que aclara que “si bien la LTAIBG configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas, incluidos los miembros o representantes de los trabajadores, derecho que

Cabe también destacar en el mismo sentido al CTCV que se ha declarado competente para resolver las reclamaciones de acceso a la información interpuestas por representantes

podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud y que solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información – derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos, no debe perderse de vista que esta norma no está pensada, en ningún caso, para ejercer la actividad sindical, que dispone de sus propios cauces procedimentales específicos y que, en último extremo, puede ser defendido ante los organismos de arbitraje existentes o los Tribunales de Justicia competentes, no debiendo utilizarse la vía de la Reclamación ante este Consejo de Transparencia como medio usual para el ejercicio de esos derechos de representación laboral”. En todo caso, la GAIP se pronuncia sobre esta resolución del CTBG, señalando en la resolución de la GAIP 331/2018, de 15 de noviembre, FJ 2, que “lo que se afirma en la Resolución 485/2017 CTBG (...) es que no debe utilizarse como medio usual la vía de la reclamación ante el órgano de garantía para el ejercicio de los derechos a la representación laboral. Evidentemente, no es la vía apropiada para el amparo de otros derechos relacionados con la representación laboral diferentes del acceso a la información, y ciertamente sería deseable que no se convierta en un recurso habitual y usual de los sindicatos para obtener información relacionada con su actividad. Pero debe recordarse que la vía de reclamación es empleada cuando no hay respuesta de la administración o cuando la respuesta es restrictiva del derecho de acceso, de forma que si la Administración hubiera satisfecho la petición del sindicato reclamante a través "del órgano competente en materia de relaciones sindicales de esta Dirección General de Función Pública", (...), la reclamación ante esta Comisión no se habría producido o no se tramitaría, por falta de objeto”. Más recientemente la GAIP se ha pronunciado en la resolución 244/2021, de 12 de marzo, precisando que “desde el punto de vista del marco legal aplicable al caso, hay que decir que la regulación del derecho a la información de los representantes de las personas trabajadoras contenido en el EBEP y en el ET asociado al ejercicio de sus funciones no tiene la entidad suficiente para poder ser considerado un régimen jurídico especial de acceso, a los efectos de la Disposición adicional primera LTAIPBG, ya que más allá de dibujar un régimen reforzado de acceso a información necesaria y pertinente para el control de la legalidad en el ámbito laboral y la defensa de los derechos de las personas trabajadoras, no contiene un sistema jurídico completo que regule de manera específica un procedimiento de acceso a la información que desplace a una aplicación supletoria el régimen general de acceso de la LTAIPBG. Así lo estableció la Sentencia del Tribunal Supremo 3195/2020, de 15 de octubre de 2020”. En el mismo sentido pueden destacarse entre otras las resoluciones de la GAIP, 189/2017, de 7 de junio, FJ 1., 331/2018, de 15 de noviembre, FJ 2., 145/2021, de 4 de febrero, FJ 2., 294/2021, de 25 de marzo, FJ 2. En este sentido y en referencia específica a la DA1ª puntualiza el CTCV en su resolución 131/2020, de 23 de octubre de 2020, FJ 3, que “En el ámbito de la Administración, el acceso a la información para Delegados de Personal y Juntas de Personal, se encuentra regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (...) así las cosas, nos encontramos ante un régimen jurídico específico y privilegiado del acceso a la información. Ahora bien, este régimen privilegiado y especial por la libertad sindical no implica que no se aplique a este caso supletoriamente (DA. 1º Ley 19/2013) la normativa general que regula el procedimiento de acceso a la información prevista en la Ley estatal 19/2013, y en la Ley 2/2015 valenciana. Como ya hemos señalado en otras resoluciones (Res. exp. 21/2016, 3.4.2017) en su FJ 3º se acude a la Disposición Adicional primera Ley 19/2013 para articular el régimen jurídico aplicable cuando el acceso a la información solicitada amparado tanto por derechos fundamentales cuanto el régimen legal de transparencia. Así, se considera que la protección constitucional y el desarrollo legal del derecho fundamental es una regulación especial que no excluye la aplicación supletoria de la normativa de transparencia. En este sentido, hay que tener en cuenta la Disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”, que en su apartado 2º dispone que “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.” En consecuencia, las especialidades en el régimen de acceso a la información pública que se deban darse por la concurrencia de un derecho fundamental (derecho de acceso de protección de datos, derecho de acceso en razón del derecho a participar en asuntos públicos, libertad de expresión e información, etc.) deben tenerse en cuenta como régimen especial, sin perjuicio de la aplicación supletoria y en lo posible de la ley de transparencia, no en vano, el derecho reclamado es el derecho de acceso a la información reconocido constitucional y legalmente por esta ley y que esta autoridad garantiza”.

sindicales⁷⁷⁸. De hecho, ha estimado que cuando la reclamación por parte del solicitante de información se interpone en calidad de representante sindical conforme a la normativa específica, el derecho de acceso a la información pública del que gozan todas las personas se va a ver reforzado en el caso por la condición de representante sindical del solicitante⁷⁷⁹.

Por su parte, el CTPDA acepta las reclamaciones interpuestas por representantes sindicales, si bien acotando su rango de acción exclusivamente a que se haya alegado la normativa de transparencia. En este sentido, la aproximación respecto del CTCV es algo distinta ya que este último considera reforzado el derecho de acceso a la información, atendiendo a la especial cualificación del solicitante de información, aun cuando

“este refuerzo no implica (...) que no se aplique a este caso la normativa general que regula el procedimiento de acceso a la información pública prevista en la Ley estatal 19/2013, y en la Ley 2/2015 valenciana”⁷⁸⁰.

En sentido contrario, el CTPDA atiende su tarea revisora a expensas de lo dispuesto en la normativa de transparencia

“máxime cuando se trata de un derecho cuya titularidad se reconoce por igual e indistintamente a “todas las personas” (...) En suma, las peculiares posibilidades o limitaciones del derecho a la información que se pueda ostentar en cuanto titular del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE) constituyen una cuestión ajena a la esfera funcional de este Consejo”⁷⁸¹.

Esta consideración del CTPDA marca un criterio claramente más restrictivo que las autoridades de transparencia autonómicas anteriormente mencionadas, al no considerarse competente para resolver las reclamaciones cuando se haya alegado la normativa

⁷⁷⁸ Entre otras resoluciones de la CTCV en tal sentido, véanse 23-Bis, de 3 de noviembre de 2016, FJ 2., 31/2017, de 20 de abril, FJ3., resolución 117/2019, de 12 de septiembre, FJ 8., 73/2020, de 10 de junio, FJ 3 y 4., 131/2020, de 23 de octubre, FJ 3.

⁷⁷⁹ En tales términos se pronuncia por ejemplo el CTCV en la resolución 131/2020, de 23 de octubre de 2020, FJ 3.

⁷⁸⁰ Resolución del CTCV 31/2017, de 20 de abril, FJ3.

El CTCYL se expresa en términos similares y sustenta una postura similar al señalar por ejemplo en la resolución del CTCYL 99/2020, de 15 de mayo, FJ 1, que “el hecho de que una solicitud de información sea presentada por representantes de los empleados públicos, como ocurre aquí, no excluye que se ejerza a través de la misma el derecho de acceso a la información pública reconocido a todas las personas en la LTAIBG, ni restringe, por tanto, su objeto a las competencias propias de tales representantes”. En términos similares, se pronuncia el CTCYL entre otras en la resolución 37/2017, de 6 de abril, FJ 6.

⁷⁸¹ Resoluciones del CTPDA 423/2018, de 19 de noviembre, FJ 4., 451/2018, de 27 de diciembre, FJ 4, entre otras.

específica como representante sindical, en vez de la general de transparencia⁷⁸², procediendo directamente a la inadmisión por aplicación de la DA1^a.

Por tanto, de los diversas opciones interpretativas adoptadas por los Consejos de transparencia y de la reciente jurisprudencia dictada por el TS en orden a clarificar la interpretación de la DA1^a, cabe subrayar su complejidad y la conveniencia de su reforma para evitar la inseguridad que genera.

6.8. Valoración global de la LTAIBG

Tras el análisis efectuado es indiscutible el avance y, más aún, el cambio de paradigma que ha supuesto la aprobación de la LTAIBG en nuestro país. Es cierto que hemos sido uno de los últimos países europeos en aprobar una ley específica y transversal sobre transparencia y acceso a la información pública, en línea con la tendencia internacional de nuestro entorno.

Durante muchos años, ha imperado una cultura del secreto dominada por una concepción de la información en poder del Estado en términos de propiedad. Desde esta perspectiva jerarquizada y reacia a la rendición de cuentas, el ciudadano que pretendía adoptar un rol de vigilante público solicitando información era visto como un ciudadano molesto. Al igual que paralelamente la transparencia era vista en términos burocráticos, como un trámite entorpecedor de la actividad y funcionamiento estatal⁷⁸³.

Sin embargo, la aprobación de la LTAIBG subraya un importante cambio de concepción, en la que no se duda ya de la condición del Estado como prestatario legítimo de la información pública en su poder, pero no más que eso. Esa jerarquización, que tiempo atrás colocaba al poder público en una posición claramente superior frente a la ciudadanía, ha tratado de reducirse a través de distintos mecanismos que apuestan por reforzar el principio de transparencia. Por un lado, a través de la imposición de obligaciones de publicidad activa a los sujetos obligados por la LTAIBG, para favorecer la rendición de

⁷⁸² En este sentido el CTPDA desestima la reclamación presentada por un representante sindical que había alegado su normativa específica aplicable, en resoluciones como 221/2019, de 16 de julio, FJ 6., 322/2019, de 20 de noviembre de 2019, FJ 4., 220/2020, de 1 de junio de 2020, FJ3., 304/2020, de 9 de octubre, FJ 2., En contraposición, el CTCV por ejemplo admite su competencia y estima la reclamación interpuesta en un caso similar en la resolución 31/2017, del CTCV, de 20 de abril de 2017.

⁷⁸³ Esta visión manifiesta una percepción amenazante en la transparencia, ya que como ha señalado Cfr. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 381, “consiste (...) en hacer de dominio público lo que anteriormente era información reservada a unas pocas personas. Esto que parece tan sencillo resulta muy complicado porque puede poner en evidencia la mala gestión de los asuntos públicos”. Y ahí, en la incomodidad que genera la sanción inherente a la fiscalización de la demos es donde el ocultismo público tiende a hacerse hábito.

cuentas mediante la publicación de oficio de información. Por otro, a través del reconocimiento de un derecho de acceso a la información pública ampliamente reconocido a favor de todos los ciudadanos. El reconocimiento de este derecho a favor de todo individuo ha permitido reforzar la bilateralidad con el poder público, dando protagonismo al que hasta ahora ha sido sujeto pasivo en el proceso de comunicación e información pública.

A propósito del análisis de la ley cabría plantearse hasta qué punto ha llegado a construirse una adecuada configuración legal del derecho de acceso a la información pública, partiendo de los ambiciosos propósitos y fines expuestos en el Preámbulo de la norma. Posiblemente radique aquí el mayor escollo que encuentra la LTAIBG y la crítica generalizada sobre la oportunidad perdida de haber optado por una configuración más ambiciosa del derecho que, superando el art. 105 CE, lo reconociera como iusfundamental, *ex art. 20 CE*. Es evidente que la configuración del derecho de acceso no sólo tiene relevancia para determinar su naturaleza jurídica y, consiguientemente, su régimen de garantías, sino que actúa como premisa y condicionante del mayor o menor acierto en las previsiones de la LTAIBG dedicadas al derecho. De ahí que siendo una cuestión sustantiva y dogmáticamente no resuelta, se dedique la segunda parte de la investigación a la discusión constitucional sobre la naturaleza jurídica del derecho.

En una breve recopilación de los déficits más destacables detectados en la LTAIBG, se subrayan:

a) En general, la configuración legal del derecho de acceso efectuada por la LTAIBG ha sido un aspecto sustancial ampliamente criticado por la doctrina. Se ha afirmado, en este sentido, que la LTAIBG “queda muy lejos de colmar las expectativas de una sociedad ávida de una transformación en la aplicación del principio de transparencia en nuestro país”⁷⁸⁴. Pues en definitiva, dicha configuración impide hacer beneficiario al derecho de acceso a la información pública del régimen de garantías cualificado que le correspondería como derecho fundamental a tenor del art. 53.1 y 53.2 CE.

b) Se detecta un carácter excesivamente abierto en la consagración de algunos límites establecidos por el art. 14 LTAIBG. Esto puede acarrear problemas de

⁷⁸⁴Cfr. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 188.

delimitación cuando se trate de llevar a cabo la ponderación de bienes jurídicos en conflicto⁷⁸⁵.

c) Igualmente preocupante parece la plasmación en la LTAIBG de las causas de inadmisión. No sólo por la cantidad de supuestos previstos, sino por la ambigüedad con que algunas de las causas de inadmisión han sido consagradas⁷⁸⁶. Al margen de que los Criterios Interpretativos del CTBG han dado pautas para la interpretación de las causas de inadmisión, deben valorarse de forma restrictiva para evitar su utilización como una carta en blanco que impida conceder (en fase de admisibilidad) el acceso a la información. En este sentido, cuanto más tasadas y específicamente detalladas estén dichas causas, menor riesgo existirá de incurrir en criterios discrecionales para denegar el acceso.

d) Resulta cuestionable el doble silencio administrativo negativo que ha previsto el legislador, pues no sólo lo aplica a la resolución de concesión o denegación, sino también a la reclamación. El sentido desestimatorio del silencio resulta cuanto menos cuestionable con la finalidad de la norma y con los propios derechos del ciudadano⁷⁸⁷. Incluso si el silencio se ha producido por simple dejación de la administración en contestar, se entiende desestimada la petición de información una vez transcurrido el plazo para resolver. Cabe destacar que se trata no obstante de una compleja cuestión que cuenta con defensores y detractores en las consecuencias derivadas tanto del silencio negativo como positivo. La complejidad de la cuestión no se ha reflejado sólo en el debate doctrinal, sino que también queda patente, desde una perspectiva práctica, en la aplicación de la normativa estatal y autonómica por parte de los Consejos de transparencia.

⁷⁸⁵ Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 634. Vid. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p.3. Se comparte la opinión de VELASCO RICO, I. “Hacia una reforma de la Ley estatal de transparencia: retos y propuestas de mejora”, *Anuario de Transparencia Local*, nº 2, 2019, p.59, al señalar que los límites previstos en la LTAIBG “rebasan claramente los previstos por el artículo 105.b de la CE. En este artículo se reconocía el derecho de acceso a los archivos y registros excepto si este, con este acceso, afectaba a la seguridad y la defensa del Estado, al esclarecimiento de los delitos y a la intimidad de las personas. Con todo, el legislador no podía actuar de otra manera, ya que, más allá de los límites constitucionalmente previstos, existe un amplio conjunto de bienes y derechos que merecen protección y que también pueden colidir con el derecho de acceso. Lo que constituye un elemento que claramente es mejorable en la redacción actual de la Ley es que los límites al derecho de acceso están únicamente mencionados, sin que la norma haga una definición exhaustiva de qué hay que entender en cada uno de los supuestos. Es decir, los límites están planteados de manera abstracta”.

⁷⁸⁶ Vid. VELASCO RICO, I. “Hacia una reforma de la Ley estatal...”, cit., págs. 54 y ss. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p. 3.

⁷⁸⁷ En tal sentido, por todos, Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J. “Transparencia y corrupción...”, cit., p. 92; VALERO TORRIJOS, J. “El uso de los medios electrónicos...”, cit., p. 160.

e) El cumplimiento de las disposiciones de publicidad activa se encomiendan principalmente al cumplimiento de obligaciones de difusión de información, pero esto debe complementarse con una mejor comprensión por parte de la ciudadanía. Una de las vertientes vinculadas a la efectividad de la transparencia se identifica en efecto con la claridad y sencillez, en orden a garantizar tanto la comprensibilidad de la información como la accesibilidad del procedimiento de solicitud de información. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que la excesiva formalización en trámites identificativos del ciudadano a través del Portal de Transparencia para llevar a cabo solicitudes de acceso a la información, entorpece el ejercicio del derecho. En este sentido, es importante maximizar los recursos aprovechando el impulso que brindan las TIC para otorgar mayor facilidad, agilidad y eficacia en el procedimiento, y así promover la accesibilidad y comprensión a favor del ciudadano⁷⁸⁸.

f) Otro de los aspectos cuestionables que derivan de la LTAIBG es la inexistencia de un régimen sancionador que otorgue una potestad coercitiva a favor de los Consejos de Transparencia como órganos habilitados a controlar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia así como del derecho de acceso a la información. Únicamente se encuentra una remisión genérica y especialmente dirigida al caso de incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa en el art. 9 LTAIBG, así como la calificación genérica como infracción grave del incumplimiento reiterado de resolver en plazo las solicitudes de acceso a la información (art. 20.6 LTAIBG). No obstante, en ningún caso se estipula un régimen claro de infracciones y sanciones por incumplimiento⁷⁸⁹. Esta ausencia condiciona en negativo el cumplimiento de la ley, así como de las resoluciones impuestas por los órganos de control. Pues, en vez de generarse un efecto llamada que impulse el cumplimiento de la norma, parece quedar inerte al no preverse reproche legal para los casos de incumplimiento⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸ Vid. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p. 3. Tal como ha advertido Cfr. VELASCO RICO, I. “Hacia una reforma de la Ley estatal...”, cit., p. 62, “la Ley estatal ha incorporado simplemente un listado (artículos 6 a 8) –ni siquiera exhaustivo (puesto que ha podido ser ampliado por las comunidades autónomas)– de informaciones, documentos y datos que deben ser difundidos de forma proactiva, es decir, sin esperar a que se presenten solicitudes de acceso por parte de los ciudadanos. Esta previsión, por lo demás, bastante parecida a las contenidas en el resto de las normas autonómicas que regulan la transparencia activa, ha provocado que en los portales de transparencia se cuelgue un aluvión de información, en ocasiones poco estructurada u organizada, lo que dificulta la localización y el acceso, así como la comprensión de dicha por información por la ciudadanía”.

⁷⁸⁹ Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J. “Transparencia y corrupción...”, p. 92.

⁷⁹⁰ Vid. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p. 4.

h) En el marco del Estado autonómico es coherente que exista una pluralidad normativa derivada en este caso de la concurrencia entre la LTAIBG, como norma básica, y las respectivas leyes autonómicas que desarrollan y amplían tales bases. No obstante, cabría plantearse en relación con los órganos de garantía hasta qué punto la existencia de interpretaciones distintas, a veces incluso contradictorias, sobre ciertas cuestiones que afectan al régimen de ejercicio del derecho de acceso (en concreto, se está pensando en la DA1ª LTAIBG), pueden provocar una desigualdad de trato. Evidentemente, dicha responsabilidad no se atribuye a la propia configuración del Estado autonómico, sino a la articulación de las políticas públicas y de las interpretaciones que, en el concreto ámbito territorial, adopten los respectivos Consejos de transparencia. Pues, si como regla general opera un principio *pro acceso* y *pro libertate* del derecho de acceso, los Consejos de transparencia deben verse compelidos a través de sus interpretaciones para garantizar el ejercicio del derecho de la forma más garantista y favorable posible.

A esto se añade, además, el aspecto controversial de que, aunque en el plano teórico los órganos de control sustituyen el régimen ordinario de recursos administrativos, no siempre agotan en la práctica dicha sustitución, pues “no llevan a cabo un control de legalidad en sentido estricto, con anulación de resoluciones administrativas por incumplimiento de la Ley de transparencia, sino que se sitúan más bien en la posición de árbitros y, en ocasiones, mediadores (...)”⁷⁹¹. A lo que se suma, como se ha mencionado ya, la falta de poder sancionador para imponer la ejecución de sus resoluciones en cumplimiento y garantía de la transparencia y el acceso a la información. No obstante, dicha crítica debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa para hacer valer su pretensión en sede judicial.

i) A tenor de la Disposición Adicional 1ª de la LTAIBG cualquier regulación especial en materia de acceso desplaza la aplicación de la LTAIBG como norma supletoria⁷⁹². Dicha Disposición Adicional facilita críticas insostenibles para la credibilidad de la LTAIBG al calificarse como “válvula de escape” para saltar la aplicación de la LTAIBG⁷⁹³. Y, además, conlleva serios problemas interpretativos que

⁷⁹¹ MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p. 4.

⁷⁹² Vid. COTINO HUESO, L. “Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia...”, cit., p. 60.

⁷⁹³Cfr. MARTÍN DELGADO, I. *Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos...*, cit., p.4. Sobre esta misma cuestión de la Disposición adicional 1ª se refiere al peligro que supone, aunque destaca también la oportunidad que entraña para la mejora de la regulación en

han sido criticados reiteradamente por la doctrina en la medida en que no existe unanimidad por parte de las autoridades de transparencia para interpretar la regla de la supletoriedad de la LTAIBG cuando concurra con un régimen especial.

j) Cabría reforzar la independencia política del Consejo de Transparencia, como órgano responsable al que se le atribuye la función de control en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno⁷⁹⁴. Pues, por un lado, la presidencia del CTBG es nombrada por el propio gobierno, concretamente a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Eso sí, el candidato propuesto debe comparecer ante la Comisión competente del Congreso que deberá refrendar la propuesta de nombramiento por mayoría absoluta (art. 37.1 LTAIBG). Por otro lado, a tenor del art. 33 LTAIBG que regula la naturaleza jurídica del CTBG, éste se presenta como un organismo público dotado de personalidad jurídica propia, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Dicha adscripción resulta criticable porque aunque se entienda limitadamente a términos orgánicos, y no funcionales, la ley no resulta del todo clara en este punto. Correlativamente genera cierta perplejidad que quede adscrito a uno de los poderes del Estado cuya actuación va a controlar en su función de garante.

En esta aproximación encuentran fundamento muchas de las críticas efectuadas sobre la valoración global de la ley, habiéndose calificado de “gatopardesca”⁷⁹⁵, o incluso habiéndose inferido de ella un “carácter más administrativo que constitucional y más propagandístico que efectivo”⁷⁹⁶. Los déficits señalados de la LTAIBG deben ser tenidos en cuenta para mejorar la norma a través del desarrollo reglamentario aún pendiente de aprobación, así como a través una reforma de la LTAIBG que cumpla con las expectativas del IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024⁷⁹⁷.

el ámbito autonómico y local, Vid. COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p. 67.

⁷⁹⁴ Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 634.

⁷⁹⁵ Cfr. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. “Introducción...”, cit. p. 57.

⁷⁹⁶ Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El «día después» de la Ley de transparencia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014, p. 5.

⁷⁹⁷ En el IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024, la aprobación del reglamento de la LTAIBG se establece como clave para completar “la regulación en lo que se refiere a aspectos relativos al Portal de Transparencia, como punto que posibilite el acceso a la información facilitando el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y favoreciendo el ejercicio del derecho de acceso a la información por las personas interesadas con las máximas garantías”. Así, aunque el Plan se refiere expresamente a su “avanzado estado de tramitación”, no ha sido aún aprobado por el momento. Por su parte, también se contempla el compromiso de reformar la LTAIBG, señalando que “se plantea la reforma de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. El alcance de esta reforma deberá perfilarse en los procesos de

La cultura de la transparencia y, en su seno, el Estado social y democrático de Derecho, hacen imperativa la adopción de medidas para evitar que los preceptos de la LTAIBG tengan “un peligro real de crear una apariencia de garantía que se quede, simplemente, en la mera aprobación de una norma cuya aplicación real no sea realmente efectiva”⁷⁹⁸. De ahí que las carencias detectadas no deban quedar en obstáculo para el progreso, sino en pretexto de mejora para una auténtica consolidación de la transparencia y de mecanismos de control del poder desde la perspectiva informativa.

La inexistencia de un régimen sancionador a favor del CTBG y sus homólogos autonómicos, así como fenómenos tales como la corrupción pública exigen combatir patrones ocultistas o de dejación propios de una época anterior. Aunque hoy es más clara la necesidad de que el poder público comparta espacios con el ciudadano que antes le eran exclusivos, sigue siendo una necesidad democrática mejorar la visibilidad del ejercicio del poder y garantizar el escrutinio como garantía de un debate público robusto. Hoy se habla incluso de la información como “servicio público”⁷⁹⁹, situándose la transparencia en el horizonte de la legitimidad democrática en el ejercicio del poder.

En este sentido, “las Administraciones deben ser valoradas desde la sociedad a la que sirven, y sus servidores –los funcionarios– deben reconceptualizarse como servidores civiles antes que como servidores del Estado”⁸⁰⁰. Aquí subyace la necesidad de concebir la democracia como “aquella que exhibe sin tapujos lo que en tiempos permanecía oculta y, en consecuencia, propugna la desmitificación permanente del decoro estatal”⁸⁰¹. Por ello, la rendición de cuentas y el escrutinio de la actuación pública deben ser una máxima

consulta y audiencia pública, si bien se considera necesario profundizar en las cuestiones más demandadas por la ciudadanía tales como la ampliación de las obligaciones de publicidad activa, las máximas garantías en el ejercicio del derecho de acceso y en la actividad de los órganos garantes y el impulso de la participación ciudadana en los asuntos públicos”.

Puede accederse al texto del borrador del Reglamento en versión para el Consejo de Estado de 2019, en [https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:1ae91a5a-2b8a-4156-9af4-ec2e741ab75f/32-](https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:1ae91a5a-2b8a-4156-9af4-ec2e741ab75f/32-1_TextoVersion_ConsejodeEstado.pdf)

[1_TextoVersion_ConsejodeEstado.pdf](#)

⁷⁹⁸ Cfr. VALERO TORRIJOS, J. “El uso de los medios electrónicos...”, cit., p.160.

⁷⁹⁹ BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., págs. 41 y ss. Asimismo, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La contribución de las TIC...”, p. 712. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de medios electrónicos...”, cit., págs. 329 y ss.

No obstante, sobre la cuestión de la información como servicio público, precisa Cfr. COTINO HUESO, L. “Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia...”, cit., p. 80, que “esta actividad informacional, que se ha intensificado gracias a las TICs, no suele concebirse ni como función ni como servicio público, ni recae obligación jurídica de algún tipo de llevarla a cabo. Como consecuencia, el régimen jurídico que afecta a la actividad informacional de los poderes públicos es un auténtico cajón de sastre heterogéneo sin bases dogmáticas para su tratamiento”.

⁸⁰⁰ PRATS CATALÁ, J. “Las transformaciones de las Administraciones...”, cit., p. 33.

⁸⁰¹ Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de acceso a la información y secretos...”, cit. 194.

democrática de contención frente a la arbitrariedad, la mala gestión y falta de eficacia en la actuación del poder público. En todo caso, tras el análisis efectuado cabe subrayar que esa reconceptualización debe partir de una LTAIBG madura democráticamente y comprometida al máximo nivel con los fines y objetivos que proclama.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

1. Contexto multinivel y diálogo entre tribunales

Tras haber realizado un primer estudio general sobre el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública se pasa a continuación a analizar el derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel.

No hace falta insistir en la idea de que la sociedad de la información actual unida a la globalización han traído consigo nuevos escenarios y dinámicas para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. En este sentido, han aparecido nuevos debates desde el constitucionalismo que entroncan con la realidad evolutiva de los derechos y que en todo caso han de respetar la normatividad constitucional⁸⁰².

Por un lado, los procesos de globalización e integración europea han puesto de manifiesto que la tutela de los derechos fundamentales ha terminado por superar la exclusividad constitucional inherente al ámbito nacional. Esta realidad ha llevado inexorablemente a atender a otros espacios constitucionales⁸⁰³ que integran el llamado constitucionalismo multinivel y que encaminan la estructura metodológica del Derecho Constitucional actual⁸⁰⁴. Por otro lado, estas nuevas dinámicas globales están poniendo de manifiesto

⁸⁰² Sobre la tensión entre normatividad constitucional y la necesaria adaptación del Derecho atendiendo a la realidad social, Vid. CANOSA USERA, R. “La interpretación evolutiva del Convenio europeo de derechos humanos”, en GARCÍA ROCA, J y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 87 y ss.

⁸⁰³ En el mismo sentido se pronuncia, Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel...*, cit., p. 46. Sobre esta misma autora, véase al respecto GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “El Derecho Constitucional Europeo y el proceso de integración europea: paz, democracia y globalización”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y ELÍAS MÉNDEZ, C. *Derecho Constitucional Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 23 y ss. Asimismo, señala Cfr. CASCAJO CASTRO, J. L. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, Biblioteca jurídica online del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 201. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2560/12.pdf>, que “uno de los presupuestos conceptuales que favorecen la óptica multinivel de los derechos fundamentales puede ser, su configuración como el “antisoberano”. De modo que alejándose de las visiones soberanistas clásicas, que acentúan el nexo estatal-territorial de las distintas posiciones jurídicas subjetivas del ciudadano, se pretende buscar otro tipo de legitimidad”; Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson, 2008, p. 134.

⁸⁰⁴ Como referente sobre el constitucionalismo multinivel véase PERNICE, I. “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 17, 2012. Para una aproximación al constitucionalismo multinivel como estructura metodológica, véase HÄBERLE, P. “El constitucionalismo como proyecto científico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 29, 2018.

también la necesidad de replantear el espacio que hoy se deja para el respeto a la normatividad constitucional.

Tales cambios manifiestan que el modelo normativo constitucional estructurado sobre la idea de jerarquía normativa y mecanismos de producción del Derecho, sigue evolucionando. El proceso de integración europea, enmarcado en un contexto globalizado cada vez más intenso, ha hecho que las fuerzas de poder y producción del Derecho se dispersen a la vez que se intensifica el concepto de pluralismo en cuanto a los centros de producción normativa⁸⁰⁵.

En este contexto, ha surgido el debate del posible riesgo para la normatividad del texto constitucional si se liga su significado con la concepción que tradicionalmente le ha estado circunscrita al Estado nación⁸⁰⁶. Sin embargo, viéndose éste último desbordado por la idea de Estado global, en tanto los centros de poder y producción normativa se multiplican y dispersan haciéndose irreconocibles, habría que revisar o adecuar la normatividad constitucional al marco constitucional contemporáneo.

En este orden de cosas, se desarrolla precisamente la teoría del constitucionalismo multinivel⁸⁰⁷, como técnica jurídica constituida para explicar y dar sentido a las relaciones

⁸⁰⁵ Así, GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2019, p. 43, ha señalado que “desde hace décadas, el proceso de integración erosiona la vieja teoría escalonada del Derecho, (...) que ya no sirve para explicar (...) nuevos problemas ligados a algunas fuentes del Derecho y a las relaciones entre una pluralidad de ordenamientos”. Véase también al respecto, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007. El autor apela a la fragmentación del principio vertebrador de unidad del ordenamiento a partir de la relación entre el ámbito europeo y respectivos ámbitos internos. Apunta en este sentido que, “la ruptura se deriva de la inexistencia de Constitución o conjunto normativo de esa naturaleza en donde se definan las condiciones de producción (y por tanto de validez) de los ordenamientos derivados y de sus normas”. En el mismo sentido sobre tal autor, véase entre otros de sus trabajos en la materia, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003.

⁸⁰⁶ Como indica WALKER, M. “Postnational constitutionalism and the problem of translation”, en WEILER, J. H. H., WIND, M. *European Constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, 2003, p.28, “those who see constitutionalism as a state-centred idea in terms of its historical elaboration, preconditions of settled political community and symbolic association (i.e. where there is a constitution, there should be a state) would reject the transposition of constitutionalism to non- state contexts as illegitimate, and perhaps impossible”.

⁸⁰⁷ Dicha construcción surge del debate sobre la necesidad de una Constitución para Europa, y resulta ser un concepto acuñado por PERNICE para entender la UE y salir del acuciante déficit de legitimidad democrática. En este sentido pueden consultarse, PERNICE, I. “A constitution for Europe – Amendments and legal make-up to the convention’s draft”, *European Constitutional Law Network-Series*, nº 5, 2005 págs.33 y ss. PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015, en particular, págs. 541 y 544 y 545. PERNICE, I. “La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización”, *Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, 2012. Disponible en: <https://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%20doc%20%2061%20UE.pdf>

entre los distintos planos constitucionales que garantizan los derechos⁸⁰⁸. Como explica AZPITARTE SÁNCHEZ, “de la aplicación suprema de la Constitución hemos pasado a una aplicación relacional del derecho constitucional”⁸⁰⁹.

La teoría del constitucionalismo multinivel se mueve en la lógica de superación del concepto de Estado nación que acompaña el proceso de integración europea⁸¹⁰ y va dirigida a explicar esta complejidad de “sistemas integrados por subsistemas”⁸¹¹. Además, lleva aparejada el diálogo entre tribunales que puede definirse como “un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de *pluralismo constitucional*”⁸¹², fomentado por la dinámica de interdependencia entre los Estados y entidades regionales a causa de la globalización⁸¹³.

No obstante, el constitucionalismo multinivel no debe entenderse de forma teórico-jerárquica. HÄBERLE se opone a esta estructura y, por eso, acuña el término de “constituciones parciales” para explicar que “el Derecho Constitucional Europeo completa, se superpone y se acumula a las constituciones nacionales (...)”⁸¹⁴. En otras palabras, este entendimiento del constitucionalismo parcial supone aceptar que las normas europeas son materialmente parte de la Constitución nacional, al igual que *ad*

⁸⁰⁸ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales...”, cit., p. 133.

⁸⁰⁹ Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, 2009.

⁸¹⁰ Desarrolla esta misma idea, Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, págs. 165 a 171. Para profundizar sobre el constitucionalismo multinivel, puede verse, MONTESINOS PADILLA, C. *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal: el caso español*, Tirant lo Blanch, 2017.

⁸¹¹ Cfr. FREIXES SANJUÁN, T. “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en FREIXES SANJUÁN, T., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y ROVIRA VIÑAS, A (Dirs.) *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos. Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 41.

⁸¹² Cfr. BUSTOS GISBERT, R. “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95, 2012, p.21. Recurriendo a este autor se pronuncia en términos similares, CARRILLO, M. “Los Derechos Humanos en la jurisdicción española”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 276, 2020, págs. 426 y 431 y 432. Por su parte, LÓPEZ GUERRA, L. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, p. 141, se refiere al diálogo entre tribunales desde la perspectiva de la interacción como “un proceso de influencias recíprocas en el sentido de que un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su conducta haya realizado otro tribunal”. Asimismo, SCHILLACI, A. “Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europea*, nº 17, 2012, se ha referido metodológicamente al diálogo entre tribunales como “un instrumento básico para reconstruir científicamente el proceso de integración europea”.

⁸¹³ Vid. BUSTOS GISBERT, R. “XV proposiciones generales para una teoría...”, cit., p.18.

⁸¹⁴ Cfr. HÄBERLE, P. “El constitucionalismo como...”, cit.

extra, las normas constitucionales internas interaccionan y se proyectan en el plano europeo⁸¹⁵.

En cualquier caso, las aproximaciones anteriormente mencionadas coinciden en la idea de que el constitucionalismo se nutre y evoluciona gracias a la conexión en red y al diálogo entre tribunales⁸¹⁶.

El influjo entre el TEDH en el ámbito del Consejo de Europa, el TJUE en la UE y sus Estados parte, así como el diálogo entablado con otros espacios regionales adquiere reflejo práctico en la jurisprudencia de los tribunales donde se encuentran referencias a doctrina y jurisprudencia procedente de otros espacios constitucionales para motivar las sentencias⁸¹⁷. De hecho, se ha hablado en la doctrina de “*cross fertilization*”⁸¹⁸ para destacar “el enriquecimiento mutuo de ambos tribunales en la búsqueda de soluciones acordes con el respeto de los derechos fundamentales”⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “La contribución de Peter Häberle...”, cit.

⁸¹⁶ Expresión utilizada en la doctrina constitucional, por todos, véanse entre otros sobre el diálogo entre tribunales, DE VERGOTTINI, G. “El diálogo entre Tribunales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011. GARCÍA ROCA, J. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 30, 2012. LÓPEZ GUERRA, L. “El diálogo entre el Tribunal Europeo...”, cit, págs.139 y ss. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013. OLLERO TASSARA, A. “Diálogo de tribunales en el marco europeo”, en DE LUCAS MARTÍN, J., VIDAL GIL, E., FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., y BELLVER CAPELLA, V (Coords.) *Pensar en el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 911 y ss. XIOL RÍOS, J.A. “El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 33, 2020.

⁸¹⁷ Como pone de manifiesto Cfr. SCHEECK, L. “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ZaöRV*, nº 65, 2005, p.868, “the ECourTHR has not only intruded into the EU, but some of its judgements have also helped to strengthen its supranational architecture. As for the ECJ, its increasing references to Strasbourg’s case law have given new meaning to its approach to the ECHR – despite the Court’s will for institutional autonomy. Moreover, Strasbourg also increasingly refers to Luxembourg’s case law. These dynamics of cross-fertilization have not only led to a considerable enrichment of their respective means to protect human rights, but have also increased both courts’ autonomy with regard to the EU and Council of Europe member states”.

En realidad, este aspecto responde a la lógica destacada por Cfr. CATALÀ I BAS, A. “Diálogo entre tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, 2016, p. 14, cuando puntualiza que “la información fluye y los tribunales, tanto estatales como supranacionales, tienen fácil acceso a las construcciones doctrinales que elaboran otros órganos”.

⁸¹⁸ Idea utilizada por primera vez por JACOBS, F.G. “Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: The European Court of Justice”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, nº 3, 2003, págs. 548 y ss. Esta idea es utilizada por autores como SCHEECK, L. “The Relationship between the European...”, cit., págs. 868 y ss.

⁸¹⁹ Cfr. BUSTOS GISBERT, R. “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p.164.

Esto es lo que se ha dado en llamar diálogo entre tribunales, entendido como una fórmula de articulación de soluciones cuando existen conflictos en materia de derechos⁸²⁰. El estudio del diálogo entre tribunales resulta interesante desde la perspectiva de la legitimidad. Pues se ha visto como un mecanismo de comunicación que maximiza en su conjunto la legitimidad de las decisiones de los tribunales⁸²¹. Podría así afirmarse que el diálogo “no desemboca en una respuesta correcta, sino en una o varias resoluciones legítimas”⁸²². Razón que pugna por el refuerzo del diálogo como una herramienta legitimadora de las posturas adoptadas, fruto del esfuerzo en justificar y hacer comprensible cada una de ellas.

El escenario presentado hasta ahora sobre la deriva multinivel del constitucionalismo y el diálogo entre tribunales ha encontrado también posiciones escépticas sobre los posibles beneficios derivados de tal aproximación⁸²³. En tal sentido, resulta interesante la crítica efectuada por VILLAVERDE MENÉNDEZ, que ha mostrado sus dudas y reticencias acerca del diálogo entre tribunales. Según entiende este autor, estamos experimentando un preocupante proceso de evanescencia del contenido de los derechos declarado constitucionalmente, como consecuencia de un proceso de transformación que pasa de un constitucionalismo sólido a otro líquido⁸²⁴. Respecto a este último, apela el autor

⁸²⁰ Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*. Marcial Pons, Madrid, 2018, p.99.

⁸²¹ Vid. SARMIENTO, D. “El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 77, 2021, p. 30. Esta misma idea también se explica en GARCÍA ROCA, J. “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, en GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E (Eds.) *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2017, p.73, al señalar el autor que “cuando las decisiones e interpretaciones son ampliamente compartidas como decisiones jurídicas responsables, la presencia de un *common background*, un consenso –continental o internacional- permite pensar al intérprete que pisa un basamento seguro. Por el contrario, cuando el intérprete se aísla y descuelga de ese conjunto de decisiones compartidas en la red y establece un estándar contrario habrá que reclamarle un redoblado esfuerzo de argumentación a causa de su solipsismo o tendencia al monologo”.

⁸²² Cfr. SARMIENTO, D. “El Tribunal Constitucional español...”, cit., p. 30.

⁸²³ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del Siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”, en PUNSET BLANCO, R., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L (Coords.) *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2018, p.32. Se complementa la tesis del autor más recientemente en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I “Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional”, en ALÁEZ CORRAL, B. (Coord.) *Reforma Constitucional y defensa de la democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, págs.441 a 464. Da una explicación complementaria a los argumentos de este autor, GÓMEZ MONTORO, A. J. “La obsolescencia de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 115, 2019, págs. 53 y ss.

⁸²⁴ En tal sentido, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El constitucionalismo líquido...”, cit., págs. 43 a 45, apela al constitucionalismo sólido para explicar el Derecho Constitucional de antes del siglo XXI. Es decir, habla en pasado del constitucionalismo sólido, entendiendo por éste aquel para el que la Constitución es un texto normativo que otorga estabilidad y certeza en la aplicación de las reglas jurídicas. Esta aproximación,

críticamente al cambio de paradigma que acontece en el Derecho Constitucional del siglo XXI, para referirse a la vuelta de la moral y a la volubilidad a la que se enfrentan los derechos fundamentales en la actualidad. En este sentido, señala que la Constitución ha pasado a convertirse “en el «pretexto» para legitimar interpretaciones de sus preceptos que tiene más que ver con su uso alternativo en función de las necesidades y circunstancias del momento, que con el recto sentido de sus palabras”⁸²⁵.

En base a dicho pretexto, el autor cuestiona el diálogo entre tribunales y en general la lógica *ad extra* de los derechos hacia un “*ius commune*” a escala global. En este sentido, atribuye al diálogo entre tribunales la generación de un “proceso de mistificación” y de pérdida de normatividad constitucional, en el que se banaliza la teoría general de los derechos fundamentales al dejarse a un lado la literalidad constitucional para dotar de contenido a los derechos según el criterio y circunstancias del momento⁸²⁶.

Subyace en este discurso una cuestión clásica relativa a los límites de la mutación constitucional. Para este autor, la interpretación de los derechos –sita en este contexto multinivel y de diálogo entre tribunales– hace que la normatividad constitucional desvanezca a través de interpretaciones vacuas que puentean el tenor de la norma suprema con justificación en la adaptación a la realidad y/o contexto social⁸²⁷. Sin embargo, no toda innovación ha de entenderse como una mutación. Tal como ha señalado HESSE, la mutación constitucional debe situarse allí donde ya no cabe la interpretación⁸²⁸. Fuera por

que es además la defendida por el autor, se mantiene fiel y apegada a la literalidad del texto constitucional. Lucha por mantener al margen el factor humano con el fin de evitar que el capricho del subjetivismo interfiera en la recta aplicación de las normas, haciéndose usos alternativos y volubles de las mismas según las circunstancias. En estos términos, el autor se vale de la Constitución como sólida, como positiva, destacando que la positivación de las reglas constitucionales es una garantía de seguridad jurídica y certeza del Derecho que permite anticiparse a las consecuencias que tendrá nuestro comportamiento.

⁸²⁵ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El constitucionalismo líquido...”, cit., p. 41. A continuación, el autor habla de la vuelta del “«constitucionalismo sociológico» según el cual, las normas constitucionales pueden y deben cambiar su significado en función de los tiempos en los que se las deba aplicar, de manera que la constitucionalidad de un acto o una norma depende más de la realidad social en la que debe aplicarse la CE que no de lo que ésta diga”.

⁸²⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El constitucionalismo líquido...”, cit., p. 47, 48 y 51.

⁸²⁷ Sobre los límites de la mutación constitucional, véase entre otros, HESSE, K. “Límites de la mutación constitucional”, en HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional* (Eds. CRUZ VILLALÓN, P., AZPITARTE SÁNCHEZ, M). Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, págs. 95 a 114.

⁸²⁸ En tal sentido, HESSE, K. “Límites de la mutación constitucional...”, cit., p. 112, sitúa la mutación allí “donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma, y con ello, las posibilidades de una mutación constitucional”

tanto de esos supuestos, es posible entender nuevas interpretaciones en el marco de la norma constitucional, sin que de ello se derive una mutación constitucional⁸²⁹.

Expuestas sucintamente las reflexiones de VILLAVERDE MENÉNDEZ cabe hacer alguna puntualización⁸³⁰, puesto que no se comparte la postura del autor. Ciertamente, el contexto en el que se desarrolla el constitucionalismo contemporáneo es distinto de aquel constitucionalismo sólido al que apela el autor⁸³¹. Es posible cuestionar que, en efecto, el carácter plural, fragmentado y volátil en que se desenvuelve el constitucionalismo en la actualidad, pueda generar espacios conflictivos donde se cuestione la normatividad constitucional y la garantía efectiva de los derechos fundamentales. De hecho, tal complejidad se ve reflejada si se repara en la imposibilidad de trasladar al paradigma actual las reglas de juego que antes servían para dar respuesta a los desafíos propios de aquel constitucionalismo sólido estatalista. En este sentido, si intentamos trasladar a este contexto difuso los mecanismos de resolución de conflictos (entre normas, entre ordenamientos o inclusive, entre derechos), propias de aquel constitucionalismo sólido, se verifica su ineficacia para responder a los desafíos actuales. “La desconexión entre

⁸²⁹ Al respecto ha señalado ROLLNERT LIERN, G. “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 101, 2014, p. 150, que “cuando el nuevo sentido de la norma constitucional no es incompatible con su literalidad (ni con el sentido general de todo el conjunto normativo) no se produce una mutación constitucional por cuanto la Constitución no ha mudado su ser ni su naturaleza, siendo ésta la esencia del concepto de mutación. Lo que habrá, en este caso, es interpretación de la Constitución, que en atención a su alcance podrá calificarse fundadamente como transformadora, adaptativa o evolutiva pero que seguirá siendo interpretación y no mutación en la medida que no desborde los límites de la actividad interpretativa”.

⁸³⁰ Las reflexiones de VILLAVERDE MENÉNDEZ son utilizadas como base argumental por GÓMEZ MONTORO, A. J. “La obsolescencia de los derechos...”, cit., p. 55, para plantear que ese retorno al iusnaturalismo del que habla VILLAVERDE en realidad se deben a una confusión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Pues a su juicio, se da el problema más concreto en la actualidad de tratar “los derechos fundamentales como si fueran derecho humanos”. Además, en las págs. 51 y ss, el autor cuestiona en su trabajo la conveniencia de asentar una tendencia a la “inflación de los derechos”, ampliando la categoría dogmática de derechos fundamentales a través de la incorporación de nuevos derechos al ordenamiento. Las reticencias del autor en este sentido se sostienen sobre la base de que calificar un derecho como fundamental implica sustraerlo del debate democrático, imponiendo como garantía su contenido al legislador. Además, cuando desarrolla su idea sobre la inflación de los derechos como una dinámica actual, cuestiona críticamente que la expectativa depositada en la ampliación de los derechos pueda servir para dar respuesta a lo esperado de ellos, sino es desnaturalizándolos o afectando a otros elementos constitucionales relevantes.

⁸³¹ Esta idea ha sido expresada por GUILLÉN LÓPEZ, E. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y realidad Constitucional*, nº 42, 2018, p. 337, donde señala que “La perspectiva metodológica del Derecho constitucional europeo parte de los inexorables cambios que se han producido en los modelos jurídico-políticos en los Estados que en el contexto europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial emprendieron el inaudito camino de despojarse de ámbitos tradicionalmente tenidos por soberanos. En estos, y tras su periplo, la Constitución ya no es no es reconocible bajo la forma de instrumento normativo preciso y excluyente que es aprobado en su seno por el llamado poder constituyente como expresión de una soberanía inalienable”.

Constitución y estatalidad es una realidad jurídica indiscutible fácilmente comprobable cuando ponemos el foco en los descriptores primarios del primer término”⁸³².

De esta forma, si nos remontamos al estudio de elementos básicos del Derecho Constitucional como el sistema de fuentes del Derecho, la supremacía constitucional en el marco de la Constitución normativa, la teoría general de los derechos fundamentales o la distribución de competencias sobre la base del Derecho nacional, resulta que todas éstas son cuestiones a las que hoy no puede darse respuesta, si de lo que se trata es de trasladar los presupuestos teóricos en base a los fundamentos estatales sobre los que fueron desarrolladas.

En tales términos, acontece una “deslocalización estatal de la materia constitucional”⁸³³ basada en la deconstrucción entre el constitucionalismo sólido, (utilizando el término expresado por el autor) y el concepto hoy relativizado de Estado nación. Por ello, el contexto fragmentado, global y pluriconstitucional que domina el proceso evolutivo de integración europea es una llamada a la adaptación. No obstante, aquí no se defiende la idea de adaptación como una vuelta al iusnaturalismo o moralismo, en los términos expresados por VILLAVERDE MENÉNDEZ, pues la adaptación que emana de la interpretación efectuada por los tribunales no es ajena a las normas. La interpretación de los tribunales y el discurso generado entre ellos no proviene de un voluntarismo injustificado, sino de las normas que resultan aplicables y por las que quedan vinculados. Así pues, la adaptación se defiende aquí como un mecanismo para sostener la normatividad en un proceso de cambio⁸³⁴.

En este sentido, el constitucionalismo multinivel y el diálogo entre tribunales no habrían de entenderse como una distopía de lo que fue y ya no es. Anhela el autor citado un “sueño constitucional”⁸³⁵ basado en presupuestos que hoy se ven ensombrecidos por la laxitud e indeterminación de los tiempos actuales. Sin embargo, considero que es posible entender

⁸³² Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, E. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo...”, cit., p. 337. En términos similares se pronuncia, Vid. GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J. “Algunas reflexiones en torno al Derecho contemporáneo y la globalización”, en BAYOD LÓPEZ, C. (Dir.) *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 331. Por su parte, BRASIL MENEZES, P. *Diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020, págs. 61 y ss, apela en este sentido a una crisis de identidad derivada del proceso de desmonopolización del poder estatal.

⁸³³ Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, E. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo...”, cit., p. 337.

⁸³⁴ En este sentido, RIDOLA, P. *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli Editore, Turín, 2006, págs. 18 y ss, señala claramente que es la propia Constitución la que dispone de elementos abiertos como lo valores y los principios y la obligación de interpretación conforme al contexto internacional.

⁸³⁵ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El constitucionalismo líquido...”, cit., p. 43.

el diálogo entre tribunales como una metodología interpretativa que procura la adaptación del Derecho Constitucional a la actualidad. En este sentido, no parece que la tendencia globalizadora esté en manos del constitucionalismo, pero sí es exigible su adaptabilidad a dicho fenómeno para seguir garantizando los elementos basilares del Derecho Constitucional. Esta visión permite sostener que el multinivel es un recurso adaptativo que surge como respuesta al contexto líquido, voluble, y transitorio, al que en mi opinión, le es más propia la atribución de responsabilidad sobre la pérdida de normatividad. Con todo, el diálogo entre tribunales sería la respuesta jurídica a ese hecho fenomenológico que necesita ser compensado.

Así, aunque las respuestas que hoy brinda el constitucionalismo multinivel operen en términos eminentemente distintos a como lo hacía el constitucionalismo propio del Estado nación, no necesariamente ha de atribuírsele una carga negativa a esta técnica. Los recursos se han extendido y tienden a dar una visión integradora por conexión entre distintos planos constitucionales, en tanto que los problemas y desafíos del constitucionalismo, –en particular cabe citar la distorsión del poder–, también han dado un salto ampliándose más allá de los recursos propios del Estado.

Por ello, que el constitucionalismo hoy esté llamado a compartir distintos espacios de debate no debe entenderse como una pérdida de normatividad del texto constitucional. Con todo, aunque puedan encontrarse “connotaciones jurídicamente preceptivas”⁸³⁶ en la Constitución, no puede obviarse que ésta, a su vez, se constituye como un sistema integrado por valores y principios. Ambos coincidentes en una textura abierta y flexible para garantizar su vigencia aún con el transcurso del tiempo, a través de la interpretación.

Hecha esta anotación, es posible entender el dialogo multinivel como un mecanismo integrador importante para articular la normatividad-supremacía constitucional en los distintos espacios a los que se abren las relaciones y los conflictos sociales.

Concretamente, en el espacio regional europeo la interrelación a tres niveles, esto es, Consejo de Europa, UE y Estados miembros, ha consolidado un espacio tendente a la armonización de pautas compartidas en materia de derechos. De esta forma, cuando se hace referencia al diálogo entre tribunales se alude en realidad al “trabajo en red”⁸³⁷

⁸³⁶ Cfr. GARCÍA TOMA, V. “Valores, principios, fines e interpretación constitucional”, *Derecho & Sociedad*, nº 21, 2003, p. 190.

⁸³⁷ Cfr. GARCÍA ROCA, J. “La transformación del Convenio europeo de derechos humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 18, 2018. p. 9.

efectuado por parte de los tribunales nacionales, TEDH y TJUE, para conformar un sistema armónico en la interpretación de los derechos con la puesta en común de un mínimo intangible que ayude a perfilar su contenido. No obstante, este diálogo ha sido identificado también como un apelativo para endulzar⁸³⁸ en cierto modo las dificultades propias del sistema multinivel.

En Europa existe un sistema dual de protección de los derechos entre dos organizaciones muy distintas –Consejo de Europa y Unión Europea–, que no goza de plena integración⁸³⁹. Por su parte, el TEDH se eleva como garante que estandariza el mínimo común denominador de protección de los derechos en el espacio regional europeo. Su posición además resulta estratégica en la lectura interpretativa efectuada sobre los derechos garantizados en el CEDH⁸⁴⁰. Como ha señalado DE CARRERAS, el TEDH ha concretado

⁸³⁸ Vid. OLLERO TASSARA, A. “Diálogo de tribunales...”, cit., p. 912.

⁸³⁹ Un ejemplo claro en este sentido resulta de la reticencia europea en adherirse como parte al CEDH, pues dicha falta de adhesión muestra el temor del TJUE por perder su monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión. Resulta interesante observar dicha negativa de adhesión al CEDH por parte del TJUE desde una perspectiva de diálogo fallido entre dichos tribunales. No en vano, cabe recordar que la ratificación del CEDH por parte de la UE no se prevé como una potestad facultativa, sino con carácter imperativo, vía art. 6.2 TUE. Por tanto, nos encontramos frente a una tarea aún pendiente para el constitucionalismo europeo que no sin dificultades, favorecería una mayor armonización en la protección de los derechos. Más aún, redundaría en la lógica del proceso de integración pues con ella y tal como ha afirmado VAN DE HEYNING, C., LAWSON, R. “The EU as a part to the European Convention of Human Rights: EU law and the European Court of Justice case law as inspiration and challenge to the European Court of Human Rights jurisprudence”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Eds.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011, p.60, “la jurisprudencia de Luxemburgo podría tener un rol más visible como inspiración en relación a la interpretación de los derechos y libertades del Convenio”.

Entre otros muchos autores sobre la falta de adhesión de la UE al CEDH, pueden verse entre otros, por todos, Vid. GARCÍA ROCA, J. “La transformación del Convenio europeo...”, cit., págs. 6 y 8. Sobre este mismo autor, véase GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio...*, cit., págs. 33 y ss.

⁸⁴⁰ Como ha indicado GUILLÉN LÓPEZ, E. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo..., cit., págs.343 y 344, “lo que el CEDH representa en el marco jurídico europeo es incomprensible sin reparar en la importancia estructural atribuida desde su inicio (...) del TEDH. Efectivamente el bloque normativo que es objeto de regulación en el seno del Consejo de Europa tiene dos focos principales: los derechos y el ordenamiento específicamente destinado a garantizar los derechos. La pieza fundamental de éste es el TEDH como institución que «asegura el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos» (art. 19 CEDH); cuya competencia «se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos» (art. 32 CEDH); y que dicta sentencias de obligatorio cumplimiento (art. 46 CEDH), con el objeto de reparar perfectamente la violación del derecho en cuestión (art. 41 CEDH)”.

La posición estratégica otorgada al TEDH se ha visto recientemente reforzada con la entrada en vigor del Protocolo nº16 del CEDH, el 1 de agosto de 2018⁸⁴⁰, también conocido como “Protocolo del diálogo”, en palabras del propio presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DEAN SPIELMAN, en su discurso emitido en el 123º período de sesiones del Comité de Ministros, de 16 de mayo de 2013. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130516_Spielmann_CM_FRA.pdf. Dicha calificación del Protocolo 16 se justifica, en palabras de PASTOR PALOMAR, N. “La entrada en vigor del Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 47, 2019, p.236, en que “crea una plataforma para el diálogo judicial que facilita la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo por parte de los órganos nacionales jurisdiccionales y que permite también una resolución más rápida de los casos similares a nivel nacional, fortaleciendo así el principio de

“los preceptos del Convenio para convertirlos en derecho vivo, rellenando estos preceptos de la realidad social y logrando así extraer de los textos legales auténticas normas de Derecho vía interpretación jurídica”⁸⁴¹.

De este modo, constituido en referente y espejo para el resto de ámbitos, el TJUE atenderá como punto de partida a la doctrina del TEDH sobre los derechos garantizados en el CEDH⁸⁴², a tenor de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 6 TUE. Dicho artículo resulta vital para la articulación de las relaciones de diálogo entre el TEDH y el TJUE, pues a tenor del art. 6.2 TUE, la UE “se adherirá” al CEDH. Por su parte, el art. 6.3 TUE también resulta esencial para evitar contradicciones en el marco Consejo de Europa-UE, al prever que los derechos del CEDH y las tradiciones constitucionales de los Estados forman parte del Derecho de la UE como principios generales. Esta misma cuestión queda expresamente reflejada y detallada en el art. 52.3 CDFUE, al señalar que cuando la CDFUE contenga derechos garantizados en el CEDH su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este último, aunque ello sin perjuicio de que el Derecho de la UE conceda una mayor protección⁸⁴³. En el ámbito del CEDH también encontramos una

subsidiariedad”. Y se adecúa además a lo afirmado por RUIZ RICO, J. J. “El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, p.453, cuando señala que “el Protocolo 16 puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes de Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la UE y TEDH”. Vid. ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una jurisdicción en permanente reforma”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 67, 2020, p. 789.

⁸⁴¹ Cfr. DE CARRERAS, F. “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 60, 2000, págs. 331 y 332.

⁸⁴² En este sentido señala Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015, p. 255, que “en la práctica el TEDH se ha convertido en un referente esencial y el Tribunal de Justicia suele optar entre identificar la jurisprudencia relevante de aquél y aplicarla al caso, o proponer un determinado alcance del derecho fundamental en cuestión y luego valorar si respeta el canon marcado por el TEDH”. En la misma línea puntualiza CARMONA CONTRERAS, A. “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016, p. 27, que “partiendo de la eventualidad del reconocimiento de una serie de derechos similares en ambos textos, se va a tender un puente hacia la asimilación por parte de la Carta. En efecto, el sistema de la UE, en una muestra de máxima deferencia y respeto, recibe y hace suyos el contenido de los derechos proclamados por el Convenio y la interpretación que de estos lleva a cabo su máximo intérprete, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) Ahora bien, tal adopción no es incondicional ni tampoco absoluta (...) los derechos de la UE se identifican con los existentes en el CEDH como punto de partida necesario e inexcusable, una suerte de contenido esencial cuyo respeto vincula a modo de umbral mínimo a la norma europea”.

⁸⁴³ Sobre el significado del art. 52.3 CDFUE, señala GARCÍA ROCA, J. “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 50, que “hará inevitable que el TEDH acabe operando como intérprete

disposición de tales características al salvar en su art. 53 la posibilidad de que los Estados parte puedan otorgar mayores niveles de protección.

Esto resulta indicativo de que, en efecto, pueden darse casos de “geometría variable de los derechos”⁸⁴⁴. Por un lado, tanto el CEDH como la jurisprudencia del TEDH constituyen referencias para delimitar el contenido de los derechos de la Carta, aunque, resulta necesario admitir un margen a favor del TJUE para modular y adaptar dichas interpretaciones al Derecho y fines de la UE⁸⁴⁵. Por otro lado, debe añadirse también una posible variabilidad constructivista derivada de la colisión, no siempre reconciliable, que puede originar la relación entre el principio de primacía en el Derecho de la UE y el principio de supremacía constitucional que preside el ordenamiento estatal⁸⁴⁶.

supremo de buena parte de la Carta de Niza”. Asimismo apunta Cfr. CARRASCO DURÁN, M. “Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la declaración de derechos contenida en la Constitución”, en GORDILLO PÉREZ, L. I (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 58, que “lo que viene a decir el art. 52.3 es, en realidad, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pasa a incorporarse, automáticamente, al acervo *jurisprudencial* relativo al Derecho de la Unión, en calidad de imprescindible referencia para interpretar el contenido de los derechos de la Carta”. Este mismo autor señala en la p. 60 que, “los derechos del Convenio, para el Tribunal de Justicia, operan en una doble dirección. Por una parte, la referencia al Convenio refuerza la legitimación del Tribunal de Justicia para llevar a cabo una interpretación autónoma del ordenamiento de la Unión. Por otra parte constituyen elementos básicos para su argumentación sobre derechos fundamentales, cuya interpretación, sin embargo, puede requerir adaptaciones para enmarcar aquellos en la naturaleza funcional y finalista del Derecho de la Unión. Así, el Convenio, para el Tribunal de Justicia más que punto de llegada, parece estar convirtiéndose en punto de partida para la interpretación de los derechos de la Carta”. Profundiza ampliamente sobre el art. 52.3 CDFUE, entre otros, BRITAIN, S. “The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis”, *European Constitutional Law Review*, vol 11, nº 3, 2015, págs. 496 y ss. Vid. CALLEWAERT, J. “Do we still need article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences”, *Common Market Law Review*, nº 55, 2018, págs. 1691 y ss.

⁸⁴⁴ Entre otros, Cfr. CARRASCO DURÁN, M. “Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales...”, cit., p. 66. Cfr. JIMENA QUESADA, L. “Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humanos”, en ALÁEZ CORRAL, B (Coord.) *Reforma Constitucional y defensa de la democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p.176.

⁸⁴⁵ En tal sentido, Vid. CARRASCO DURÁN, M. “Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales...”, cit., p. 66; A este mismo respecto señala Cfr. AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales de la Unión...”, cit., págs. 256 y 257, que “la independencia interpretativa parece haberse extendido al análisis de los derechos fundamentales”, y que “en definitiva, la convergencia de contenidos a través de un sustrato interpretativo compartido parece estar dejando paso a la autonomía conceptual, potenciada tanto por la estructura y contexto en el que se desenvuelven los derechos fundamentales, como por la intensidad normativa de la Unión al abordar la regulación de éstos. Ocurre así un sutil desplazamiento del equilibrio clásico. Frente a la tradicional separación de jurisdicciones dulcificada por el sustrato común de los derechos y la garantía última de la mayor protección, el Tribunal de Justicia comienza a diseñar contenidos propios resistentes incluso frente a ámbitos de protección estatales más amplios”.

⁸⁴⁶ En efecto, como bien señala Cfr. CARRASCO DURÁN, M. “Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales...”, cit., p. 70 sobre dicha situación, “el conflicto se produce a causa de la vocación de exclusividad que tienen tanto la Constitución, a partir de la condición que le presta el ser la norma de mayor rango en el ordenamiento nacional, que la lleva a excluir cualquier solución contrapuesta a ella que provenga de otra norma, ya derive del interior del ordenamiento nacional o de un ordenamiento distinto,

La dificultad que puede generar la conjugación de dichos principios no siempre resulta fácil de resolver cuando en cada uno de dichos planos se imponen estándares distintos de protección respecto de un mismo derecho⁸⁴⁷. Este conflicto aún resulta más difícil cuando el distinto grado de protección se impone entre jurisdicciones constitucionales, siendo la jurisdicción nacional la que aporta mayor nivel de protección que la dispensada por la aplicación del estándar europeo⁸⁴⁸. Tal ha sido el caso de los conocidos asuntos *Akerberg y Melloni*⁸⁴⁹ en los que el TJUE profundiza sobre la interpretación de los arts. 51 y 53 CDFUE⁸⁵⁰. En este sentido, se muestra taxativo al interpretar que el art. 53 CDFUE “no permite a los Estados aplicar en todo caso frente al Derecho europeo un estándar nacional de protección de los derechos más intenso, excepcionando una obligación comunitaria

como el Derecho de la Unión Europea, a partir de sus notas de efecto directo y primacía, que fuerzan a excluir la aplicación de cualquier norma nacional que resulte incompatible con las normas integrantes del propio ordenamiento de la Unión”; En cualquier caso, lo que late en el fondo de la relación primacía vs. supremacía constitucional, es el carácter normativo de la Constitución. En tales términos se expresa, Vid. CRUZ VILLALÓN, P. “Human Rights in Europe: the Crowded House”, *King’s College London, Center of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012*, p. 12, al señalar que “in Spain at least, there is frequent talk of ‘supremacy’ (of the constitution), in opposition to the ‘primacy’ (of the EU legal order), but the truth is that what really concern constitutional courts is the ‘normativity’ of the constitution, the ‘supremacy’ of the same coming only as a natural consequence. And that’s the main and possibly the only concern of constitutional courts”. Disponible en <https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/research/CELWPEL012012FINAL.pdf>

⁸⁴⁷ Sobre esta cuestión resulta interesante la afirmación de Cfr. JIMENA QUESADA, L. “Reforma constitucional y estándares...”, cit., p. 177, que señala que “la entrada en escena de los estándares internacionales puede ganar complejidad en el caso de divergencias exteriores, por ejemplo, en el supuesto de «dos verdades europeas» (es decir, de soluciones paralelas y contradictorias entre el TEDH y el TJUE) que conduzcan a un dilema prácticamente irresoluble para los operadores jurídicos internos y, por tanto, supongan la articulación de soluciones interinstitucionales a nivel internacional (entre otras, la todavía pendiente adhesión de la UE al CEDH impuesta por el Tratado de Lisboa –art. 6 TUE- y prevista asimismo por el Protocolo núm. 14 al CEDH”.

⁸⁴⁸ Vid. SARMIENTO, D. “El Tribunal Constitucional español...”, cit., p.23.

⁸⁴⁹ STJUE (Gran Sala) asunto *Melloni*, C-399/11, de 26 de febrero de 2013. Se trata de la primera cuestión prejudicial que el TC español plantea ante el TJUE en aplicación de la Decisión marco 2009/299/JAI por la que se modifican otras tres anteriores, a saber las Decisiones 2002/584/JAI, 2005/214/JAI y 2006/783/JAI. El asunto trae causa del recurso de amparo interpuesto por *Melloni*, condenado en rebeldía en Italia. Una vez cursada una orden de detención europea contra él, y habiendo sido detenido en España, el solicitante de amparo entiende que su entrega a Italia vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías al haber sido condenado en situación de rebeldía. El problema deviene del hecho de que el estándar de protección emanado de la jurisprudencia del TC en lo relativo al derecho fundamental en cuestión, es superior del que deriva en aplicación de la Directiva europea que resulta aplicable al caso. Es decir, la consecuencia a la que se llega conforme al Derecho de la UE aplicable al caso, era distinta y menos garante con el derecho a un proceso con todas las garantías que en aplicación del mayor estándar de protección existente en el España, a tenor de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 24.2 CE. En este caso, el TJUE entiende en lo que aquí interesa, que los Estados no pueden otorgar una mayor protección según lo dispuesto en el art. 53 CDFUE porque ello supondría “poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco” (STJUE (Gran Sala) asunto *Melloni*, C-399/11, de 26 de febrero de 2013, párrafo 66).

⁸⁵⁰ Puede verse un estudio del art. 53 CDFUE a propósito de tales asuntos, entre otros, TORRES PÉREZ, A. “*Melloni* in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law Review*, nº 10, 2014.

para evitar una interpretación lesiva o limitativa de los derechos fundamentales”⁸⁵¹. De manera que, si la actuación del Estado queda predeterminada por la aplicación del Derecho de la UE, será éste el que marque el estándar de protección del derecho en cuestión, con independencia de que la protección otorgada en sede nacional sea más elevada que la derivada del Derecho europeo aplicable⁸⁵². Ahora bien, en *Akerberg*⁸⁵³ el TJUE tiene una postura matizada y pacificadora⁸⁵⁴, en el sentido de que si la normativa europea aplicable no agota la regulación de la materia dejando margen de maniobra a los Estados, podrá entonces aplicarse el estándar estatal de protección del derecho, siempre que con ello no se cuestionen los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE⁸⁵⁵.

Con otras palabras, prima el Derecho de la UE aun cuando en los Estados se den mayores niveles de protección de los derechos, en tanto se ponga en pugna la uniformidad y unidad del Derecho europeo. Subyace “la aplicación incondicionada del principio de primacía en

⁸⁵¹ Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p.95.

⁸⁵² Véase en tal sentido, AGUILAR CALAHORRO, A. “La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011, págs. 471 y ss.

⁸⁵³ En la STJUE asunto *Åkerberg Fransson*, C-617/10, de 26 de febrero de 2013, párrafo 29, se señala que “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apartado 60)”. Sobre la problemática derivada de las distintas intensidades de protección de los derechos, a propósito de los asuntos *Melloni* y *Åkerberg Fransson*, véase AGUILAR CALAHORRO, A. *Naturaleza y eficacia de la Carta...*, cit., págs. 229 y ss.

⁸⁵⁴ En este sentido, véase AGUILAR CALAHORRO, A. “La aplicación nacional de la Carta de derechos fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 61, 2018, p.987, nota al pie 32. Vid. SARMIENTO, D. “El Tribunal Constitucional español...”, cit., p.25.

⁸⁵⁵ Entre otros, Vid. AGUILAR CALAHORRO, A. “La aplicación nacional de la Carta...”, cit., págs. 987 y ss. Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p.95. Vid. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, págs. 391 y ss, en concreto p. 410. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 327. Vid. CRUZ VILLALÓN, P. “Qué hacer con la Carta: Rubio Llorente en diálogo con la CDFUE”, en BIGLINO CAMPOS, P., BASTIDA FREIJEDO, F. J (Coords.) *Reflexiones sobre la forma del poder. Estudios sobre la obra de Francisco Llorente*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 37. Sobre los principios de primacía y aplicación directa de la UE, véase también entre otros, LÓPEZ BASAGUREN, A. “El Derecho primario de la UE. La protección de los derechos fundamentales en la UE”, en LÓPEZ CASTILLO, A (Dir.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. II, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 34 y ss.

este tipo de supuestos a sabiendas de las reticencias que encuentra en los Estados y de la confrontación que puede provocar con sus normas constitucionales”⁸⁵⁶. Sin profundizar más en los casos destacados, pues exceden del objeto de estudio, resulta destacable entre otras críticas relativas a la conclusión a la que llega el TJUE que, “se ha colocado en una lógica distinta a la del diálogo entre tribunales. Una lógica de “*juego de tronos*”⁸⁵⁷ que parece traer causa de que, en definitiva, cada tribunal defiende y se debe a la norma que justifica su propia existencia”⁸⁵⁸.

En este sentido, entiendo que las discrepancias entre dichos tribunales son en gran medida consecuencia de la metáfora “*the crowded house*”⁸⁵⁹, utilizada por CRUZ VILLALÓN, para referirse a Europa como una “casa abarrotada” en la tutela de los derechos por la interacción de diversos niveles de protección⁸⁶⁰. En definitiva, el multinivel lleva aparejado en su propia esencia la generación de zonas de confluencia entre los espacios que lo conforman. A veces, esas zonas convergen en construcciones interpretativas donde

⁸⁵⁶ Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p.114.

⁸⁵⁷ Cfr. CARRASCO DURÁN, M. “Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales...”, cit., p. 77. O como indica REQUEJO PAGÉS, J. L. “Identidad nacional e integración europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 100, 2014, p. 433, apelando críticamente al diálogo entre tribunales, puede convertirse en un “pulso” entre tribunales.

En línea con la idea expuesta en el texto, ha señalado REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p.101, en relación al asunto *Melloni*, que este caso “puede ser también indicativo de como bajo la apariencia de diálogo, ni el Tribunal de Justicia renuncia a su idea de primacía incondicionada, mostrándose abierto a buscar una solución que, sin ponerla en ultimo termino en riesgo, dé cabida a una cierta diversidad y al reconocimiento de especificidades estatales, ni el Tribunal Constitucional español admite tampoco convertirse en juez comunitario «aplicado» de la CDFUE, como aquel pretende, aunque sí asume las obligaciones de fondo que de ella se derivan, por mucho que intente disimularlo conservando su imagen de juez de constitucionalidad”. La autora realiza una crítica a la respuesta del TJUE en las págs. 112 y ss.

Entre otros muchos autores entienden criticable la respuesta del TJUE, por todos, MATÍA PORTILLA, F.J. “De primacía, derechos y tribunales”, en GORDILLO PÉREZ, L. I (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs.150 y 151. PUNSET BLANCO, R. “Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso *Melloni* (con el sorprendente epílogo del caso *Taricco*)”, en PUNSET BLANCO, R., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L (Coords.) *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2018, págs. 447 y ss.

⁸⁵⁸ En tales términos ha expresado MATÍA PORTILLA, F. J. “De primacía, derechos...”, cit., p. 154, que tal discrepancia “es acaso algo inevitable, puesto que ningún tribunal dejará de proteger la norma que justifica, entre otras muchas cosas, su propia existencia”. Por su parte, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales de la Unión...”, cit., p. 265, que “los derechos fundamentales del Estado, del CEDH y de la Unión se desenvuelven en entidades (contextos) que persiguen propósitos distintos: el Estado la construcción de la comunidad política; el CEDH la definición de una razón pública; y la Unión la compensación, sobre todo en materia económica, de los excesos del Estado nación. Y si entre esos propósitos cabe la yuxtaposición, nunca la mixtificación, sus derechos fundamentales tendrán contenidos comparables, nunca sustituibles”.

⁸⁵⁹ Cfr. CRUZ VILLALÓN, P. “Human Rights in Europe...”, cit., p. 3.

⁸⁶⁰ Vid. LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, págs. 129 y 130.

rige la armonización, que no la homogeneización⁸⁶¹, y a veces friccionan generando conflicto⁸⁶². Este último no procede de que la interpretación derivada del diálogo tenga que mostrar soluciones idénticas, sino de que aun dando soluciones distintas resulten compatibles entre sí⁸⁶³. De manera que la diferencia aportada por cada plano constitucional no puede alcanzar un grado tal que haga disfuncional la relación entre los distintos ordenamientos por desembocar en una contradicción irresoluble⁸⁶⁴.

En esta línea, resulta de interés la identificación que efectúa SÁNCHEZ BARRILAO sobre los problemas derivados de las dificultades de la interacción entre distintos espacios de protección de los derechos. Por un lado, subraya la imposibilidad de sistematizar la pluralidad normativa que deriva del sistema en red. Y ello no sólo por la cantidad sino por la diversa procedencia que se le atribuye a cada norma respondiendo a distintas reglas de validez y eficacia, en función de si nos encontramos frente a una norma interna estatal, de la UE o propia del Consejo de Europa⁸⁶⁵. En segundo lugar, considera el autor que tales disonancias pueden derivar en último término de la falta de reglas para

⁸⁶¹ En tal sentido apunta Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, A. “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 244, que “el entendimiento conjunto de la existencia de un estándar mínimo europeo y la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH lleva a concluir que este sistema implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, que no de uniformización, (...) y que alcanza a todos los sistemas de garantía existentes en Europa, incluido el propio sistema de protección de derechos y libertades fundamentales del ordenamiento comunitario”. En la misma línea, véase, FERRER MAC-GREGOR, E., y QUERALT JIMÉNEZ, A. “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, en GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E (Eds.) *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2017, p.150. Véase también, ELÍAS MÉNDEZ, C. “Current trends and perspectives regarding constitutional jurisdiction in the Member States of the Eu”, *Rivista di Studi Politici Internazionali*, vol. 80, nº 4, 2013, p. 573. ELÍAS MÉNDEZ, C. “La jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011.

⁸⁶² En tal sentido, Vid. LÓPEZ BASAGUREN, A. “La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 5, 2003, p. 183.

⁸⁶³ Se refiere en la misma línea sobre el art. 10.2 CE a la interpretación conforme como ausencia de contradicción o compatibilidad, SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 221 y ss. En línea con esta misma idea, véase SAIZ ARNAIZ, A. “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p.136, puntualiza que “el diálogo, en fin, no se concibe como un medio para acabar con el conflicto, para eliminarlo. Lo que se pretende es administrarlo en el tiempo en un proceso de constante adecuación”.

⁸⁶⁴ Vid. BUSTOS GISBERT, R. “XV proposiciones generales para una teoría...”, cit., p. 39. Se refiere en el mismo sentido al diálogo entre tribunales en términos de compatibilidad, Vid. GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio...*, cit., p.47.

⁸⁶⁵ Vid. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un Derecho global sobre derechos humanos”, *Anales De Derecho*, nº extraordinario 1, 2020, p. 5.

dotar de unidad a la relación entre dichos planos, así como a la resolución de conflictos entre ellos⁸⁶⁶.

No obstante, la clave para entender e incluso asumir la existencia de disonancias sobre las mismas materias en la relación triangular que une a dichos tribunales, procede de la falta de equilibrio que deriva de la “tendencia centralizadora” del TJUE, la “proclividad expansionista” del TEDH y el “solipsismo” de los tribunales constitucionales⁸⁶⁷. De ahí que esta técnica o teoría del constitucionalismo multinivel, aun siendo guía paradigmática del constitucionalismo actual y del estudio de los derechos fundamentales⁸⁶⁸, no resuelva en toda su dimensión esos espacios de convergencia y/o divergencia en la interpretación de los derechos⁸⁶⁹. No obstante, pese a las dificultades que pueda generar en ocasiones, se asume como guía metodológica de este estudio, en tanto no puede obviarse que es una técnica que afronta desde el ámbito jurídico constitucional la realidad actual.

Así pues, pretende profundizarse en el alcance y contenido de un derecho concreto a la luz del contexto actual, atendiendo a los estándares internacionales establecidos en la materia. Para ello, se hará una referencia de alcance general sobre el papel hermenéutico del artículo 10.2 CE, como anclaje para acudir posteriormente al ámbito global de la

⁸⁶⁶ Vid. SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “La delimitación por el TEDH...”, cit., p. 5.

⁸⁶⁷ Cfr. AHUMADA RUIZ, M. “La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones europeas. En busca del equilibrio”, en *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos*, XXV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p.253.

⁸⁶⁸ Refuerza esta idea metodológicamente FREIXES SANJUÁN, T. “Los derechos fundamentales: el enfoque multinivel”, en FREIXES SANJUÁN, T., y GAVARA DE CARA, J.C. *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Primera*, BOE, Madrid, 2016, p.23, señalando que “hoy en día, abordar jurídicamente cualquier tema relacionado con derechos fundamentales, obliga a situarlos en una perspectiva multinivel, ya que el conjunto de normas que inciden en cada uno de ellos deriva de sistemas jurídicos de distinto origen, pero que se subsumen y entrecruzan, inspirándose en los modelos federativos, propios de Estados complejos, como es el caso de Alemania o Estados Unidos, por ejemplo”.

⁸⁶⁹ Sobre la dificultad de integrar los tres niveles de interacción entre el Consejo de Europa, UE y Estados miembros, señala Cfr. GARCÍA GUERRERO, J. L. “La desconstitucionalización de la Constitución...”, cit., p. 309, que “la existencia de tres declaraciones de derechos en la Unión (la propia, la de las constituciones de los Estados miembros y la del Convenio de Roma) origina problemas para integrar esos tres sistemas, a los que se añaden los que resultan del diferente entendimiento del principio de proporcionalidad y que la Carta proclame como derechos fundamentales a simples derechos constitucionales o, incluso, a valores y principios constitucionales”. Resulta interesante la idea de que la fricción entre los planos de protección de derechos que interaccionan en Europa forman parte de la realidad constitucional moderna, puesta de manifiesto por WEILER, J. H. H. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Jean Monnet Working Paper 9/03*, Franz Mayer, Heidelberg, 24-27 de febrero de 2003, p. 48 al señalar que “the challenge for European constitutional legal science is to capture phenomena of European constitutional reality within a modern concept of constitutionalism. Friction between courts and the function of this friction are a part of this European constitutional reality”. Disponible en <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf>

ONU, así como al marco regional europeo. En este capítulo se tomarán como punto de partida las fuentes del Derecho Internacional y la jurisprudencia emanada de los distintos tribunales internacionales sobre el derecho de acceso a la información pública. El objetivo pretendido con ello es extrapolar las consecuencias obtenidas tras la realización de dicho análisis como determinantes en el plano interno nacional, toda vez que sus aportaciones se constituyen *ex art. 10.2 CE* en parámetro interpretativo respecto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

2. Función del art. 10.2 CE en el contexto multinivel

Como anteriormente se ha justificado, el proceso de integración europea en el contexto global ha intensificado la interacción entre ordenamientos, favoreciendo un debate “triangular”⁸⁷⁰ –TEDH, TJUE y Estados miembros–, en la interpretación y tutela de los derechos. No es casual que, en este sentido, el art. 10.2 CE adquiera un papel esencial, de la mano de la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional para cualquier estudio que se preste en la materia.

Como ha señalado VOERMANS, “bajo la influencia de la internacionalización, la globalización y los avances en las tecnologías de la información, la jurisdicción nacional se ha abierto más que nunca, especialmente en Europa, y en particular en lo que respecta a los derechos humanos”⁸⁷¹. En este orden de ideas, podrá verse a continuación el papel esencial del art. 10.2 CE en el contexto multinivel⁸⁷², y en particular, en este proceso de apertura progresivo y de confluencia entre la internacionalización, la globalización y las TIC.

El art. 10.2 CE establece según la propia jurisprudencia del TC, “un principio fundamental de interpretación de la Constitución”⁸⁷³. Este principio se orienta en un sentido aperturista, que se ve materializado en un criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme al contexto internacional. Sobre esta regla de la

⁸⁷⁰ Expresión utilizada por VOERMANS, W. “Protection of european human rights by highest courts in Europe: The art of triangulation”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Dirs.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011, p. 370 para hacer referencia a las complejidades derivadas de la revisión triangular de los derechos derivados de la relación entre ordenamientos constitucionales compuestos o plurales (Estrasburgo, Luxemburgo y Estados miembros).

⁸⁷¹ VOERMANS, W. “Protection of european human rights...”, cit., p. 378.

⁸⁷² Vincula entre otros el sistema multinivel de protección de los derechos a través de la apertura al contexto internacional consagrado en el art. 10.2 CE, CARRILLO, M. “Los Derechos Humanos en la jurisdicción...”, cit., p. 418.

⁸⁷³ Cfr. STC 23/2020, de 13 de febrero, FJ 6.

interpretación conforme, se ha subrayado su función constitucional distinguiendo esencialmente entre dos cualidades que le son propias. Por un lado, la de ser una regla que permite actualizar el contenido de los derechos fundamentales, y por otro, la de que, a su vez, exige una coordinación interpretativa entre el nivel interno y el estándar internacional, que se traduzca en una evolución convergente en ambos marcos de protección de los derechos⁸⁷⁴. De esta forma, lejos de manejarse en términos propios de Derecho nacional, esta opción del constituyente tiende un estratégico puente⁸⁷⁵ hacia la apertura en la interpretación de los derechos. Desde esta perspectiva puede apreciarse en el art. 10.2 CE una “significativa potencialidad normativa, que garantiza la apertura constitucional de nuestro sistema al Derecho internacional de los DDHH”⁸⁷⁶.

Por un lado, la potencial particularidad⁸⁷⁷ del art. 10.2 CE le viene dada por erigirse como la única disposición de la Constitución elevada a canon hermenéutico de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Se constituye así como una cláusula interpretativa paradigmática que recepciona y acoge en el ámbito interno la interpretación de los derechos efectuada en el contexto internacional⁸⁷⁸.

No obstante, es necesario subrayar que la potencialidad del art. 10.2 CE encuentra también una serie de importantes limitaciones que reiteradamente ha destacado el TC en

⁸⁷⁴ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X. “La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005, págs. 63 y 64. En términos muy similares se pronuncia, Cfr. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. “Derechos fundamentales en la Unión Europea e interpretación constitucional”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, 2015, p. 77, al destacar que “dicho precepto persigue, por un lado, la actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales constitucionales; y, por otro, la coordinación de la interpretación interna de los derechos fundamentales con el estándar internacional de protección de esos mismos derechos, de manera que ambos marcos de protección evolucionen de forma convergente y esa convergencia quede consagrada en el más alto nivel del ordenamiento interno, el de la constitucionalidad. En definitiva, puede decirse que esta es hoy la doble finalidad del art. 10.2 CE: la actualización y coordinación respecto del nivel de protección de los derechos fundamentales, lo que podríamos denominar un principio de coordinación en materia de interpretación y protección de los derechos fundamentales”.

⁸⁷⁵ Utiliza la expresión de “norma puente” entre el ordenamiento internacional y el interno, para referirse al art. 10.2 CE, Cfr. CASTELLÀ ANDREU, J. M. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en APARICIO, M. A (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la forma de Estado de la Universidad de Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, p. 142.

⁸⁷⁶ Cfr. PRECIADO DOMÈNECH, C. H. *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 122.

⁸⁷⁷ En este sentido, ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., p. 159, se refiere a que el art. 10.2 CE otorga una “peculiaridad hermenéutica” a las disposiciones de la CE referidas a derechos fundamentales.

⁸⁷⁸ Como ha señalado en tal sentido SCHILLACI, A. “Los derechos fundamentales en la interacción...”, cit., su esencia aperturista pueda situarse en la “interacción como paradigma constitutivo en la edificación de un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales”.

su jurisprudencia y que, en la práctica, predeterminan el marco de acción del precepto. En este sentido, resultan dos límites esenciales del art. 10.2 CE. Por un lado, dicho precepto no permite considerar los tratados sobre derechos humanos como canon autónomo de validez de las normas internas⁸⁷⁹. En último término, serán las normas constitucionales internas las que determinen el régimen de protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, con independencia de la vía más o menos intensa de protección de la que goce el derecho en el ámbito internacional. Por otro lado y derivado de lo anterior, el art. 10.2 CE no sirve para crear *ex novo* derechos fundamentales que no ostenten previo reconocimiento constitucional. Esto es, la maximización y operatividad del art. 10.2 CE despliega sus efectos en relación con derechos fundamentales ya existentes en nuestro ordenamiento interno⁸⁸⁰.

Estas limitaciones constituyen en la práctica un obstáculo para considerar el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental a partir de su interpretación internacional, al no ubicarse entre los derechos fundamentales positivados en la Constitución. De hecho, como se verá más adelante el criterio de la ubicación sistemática ha sido un argumento disuasorio para avanzar en la iusfundamentalización del derecho. No obstante, se pretende materializar esta idea por su vinculación al art. 20 CE, como se expondrá posteriormente.

En todo caso, la función que ampliamente se admite y atribuye en gran medida al art. 10.2 CE, es la de la interpretación evolutiva de los derechos consagrados en el texto constitucional. En este sentido se distingue, a efectos del correcto entendimiento del art. 10.2 CE, entre la fuente normativa (que únicamente corresponde a la Constitución) y la fuente hermenéutica interpretativa⁸⁸¹. Esta última dimensión sería la propia del art. 10.2 CE moviéndose, como ha destacado GUILLÉN LÓPEZ, no como un “mecanismo de

⁸⁷⁹ En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el TC, en sentencias tales como SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5., 118/2019, de 16 de octubre, FJ 6., 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6., 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.

⁸⁸⁰ Es jurisprudencia reiterada del TC que el art. 10.2 CE “no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”. Véanse en tal sentido, por todas, Cfr. SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.

⁸⁸¹ Se expresa en tales términos PUNSET BLANCO, R. “Derechos fundamentales y primacía...”, cit., p.435, al señalar expresamente que “la correcta comprensión del artículo 10.2 requiere distinguir entre la fuente normativa –únicamente la Constitución misma– y la fuente hermenéutica de los derechos”.

creación de derechos fundamentales” sino como “un nuevo criterio para la interpretación de tales normas”⁸⁸².

De lo expuesto en párrafos anteriores pueden destacarse dos ideas. De un lado, cabría señalar que aunque no se admita una alteración en el sistema interno de fuentes, al señalarse taxativamente que los tratados sobre derechos humanos no sirven como parámetro autónomo de validez, sí que cobran una especial relevancia desde la perspectiva interpretativa⁸⁸³. De hecho, los tratados sobre derechos humanos son también normas internas que, si bien no constituyen parámetro autónomo de constitucionalidad, sí que pueden considerarse parámetro indirecto para interpretar los derechos fundamentales⁸⁸⁴. De alguna manera, esto se traduce en que, “su contenido [el de los

⁸⁸² Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, E. “Spain. The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental rights of the European Union on Spanish constitutional law: make a virtue of necessity”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P. (Dirs.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2001, p. 317. Como ha señalado además este mismo autor, en GUILLÉN LÓPEZ, E. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo...”, cit., p. 361, “Sin duda su importancia ha de ser reconocida y valorada sobre todo en la medida en que el TC se ha servido de él para contemplar la interpretación de los órganos de garantía establecidos en los textos, atribuyéndoles la capacidad, incluso, de conmovir el entendimiento que el propio TC haga de los derechos fundamentales”. Como ha afirmado, Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “El recurso al art. 10.2 CE como paradigma de los dos Tribunales Constitucionales”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, nº 5, 2017, págs. 424 y 425, con ello, el TC está colocando el art. 10.2 CE “en la punta de lanza de esta interpretación “evolutiva” (...) de modo que el mandato que contiene se asocia a la existencia de una interpretación constitucional cambiante”, que sirve en todo caso para la resolución de “problemas “nuevos”. Por su parte, el TC ha afirmado entre otras muchas en su STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 9 que, “la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva”.

⁸⁸³ Esta idea es desarrollada en alusión a la teoría de las fuentes del Derecho y la teoría de la interpretación, por Vid. SAIZ ARNAIZ, A. “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, M. E (Dirs.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo I. Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018, p. 252.

⁸⁸⁴ Sobre este aspecto, Cfr. SAIZ ARNAIZ, A. “Artículo 10.2. La interpretación...”, cit., p. 252, puntualiza en relación al comportamiento de los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE que “se podrá, o mejor, se deberá reconducir el juicio de validez a una determinada disposición constitucional, pero si la norma que esta expresa recibe su contenido de las citadas fuentes de producción externa, en la práctica estas integrarán en última *ratio* el parámetro empleado”. Señala además el autor que desde esta segunda visión, “el comportamiento de los tratados internacionales en el ámbito del art. 10.2 CE puede explicarse en su condición de normas interpuestas en el juicio de constitucionalidad (...), en definitiva como parámetro o medida de validez de las normas y actos de los poderes públicos españoles en el terreno de los derechos fundamentales”. Sobre la integración del art. 10.2 CE como parámetro de constitucionalidad, véanse entre otros, Vid. SCHILLACI, A. *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità: Compromisos internacionales y parámetro de constitucionalidad* [Tesis doctoral], Editorial de la Universidad de Granada, 2008, p.258. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después”, *Estudios de Deusto*, vol. 54, nº 1, 2006, nota al pie 7, p. 64. CUENCA GÓMEZ, P. “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, versión electrónica, nº 12, 2012, p.14. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., págs. 31 y 34 y ss. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., págs. 233 y ss.

convenios internacionales que reconocen y protegen derechos humanos] se adhiere al de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales”⁸⁸⁵.

Con ello se llega a la segunda idea a destacar. Y es que es posible aceptar que aunque el precepto no sirve para crear derechos al margen de la Constitución, sí permite actualizar⁸⁸⁶ y dinamizar el contenido de los consagrados en ella, a través del reconocimiento de nuevas dimensiones que dimanen de su evolución en forma, espacio y tiempo⁸⁸⁷. Acorde con el principio *favor libertatis*, el art. 10.2 CE ayuda a “elegir la interpretación más favorable a los derechos y puede ir de la mano de su interpretación evolutiva”⁸⁸⁸, sirviendo así para concretar el alcance y contenido esencial de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Cfr. CASTELLÀ ANDREU, J. M. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon...”, cit., p. 160.

⁸⁸⁶ El precepto ha llegado a definirse como una “cláusula de actualización de los derechos constitucionales” por SÁNCHEZ-MOLINA, P. “Artículo 10”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y (Coord.) *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 82. Sin embargo, cuestiona la capacidad del art. 10.2 CE para convertirse en instrumento permanente de actualización de los derechos fundamentales, Vid. GAVARA DE CARA, J. C. “Los derechos fundamentales: valoración y posibles modificaciones”, en FREIXES SANJUÁN, T., y GAVARA DE CARA, J. C. *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Primera*, BOE, Madrid, 2016, p.41.

⁸⁸⁷ Sobre la capacidad del art. 10.2 CE de ampliar el contenido de los derechos fundamentales a través del reconocimiento de nuevas dimensiones, pueden verse, entre otros, por todos, Vid. SAIZ ARNAIZ, A. “Artículo 10.2. La interpretación...”, cit., p. 233. CUENCA GÓMEZ, P. “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos...”, cit., p. 4. En términos similares aunque sin aludir expresamente al art. 10.2 CE, Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en APARICIO, M.A. (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la forma de Estado de la Universidad de Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, págs. 100 y 101. FLORES MARTÍNEZ, A. “Nuevo criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Constitución Española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2011, p. 145. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., págs. 177 y ss. FOSSAS ESPADALER, E. “«Cosa interpretada» en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82 (2), 2008, p. 179.

⁸⁸⁸ Cfr. CANOSA USERA, R. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 145, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/9.pdf>

⁸⁸⁹ Más aún, FOSSAS ESPADALER, E. “«Cosa interpretada» en derechos fundamentales...”, cit., p. 178, ha señalado que “quizás estemos en condiciones de afirmar que efectivamente nuestro Tribunal Constitucional ha asumido en su jurisprudencia, y con base en el art. 10.2 CE, el principio de «cosa interpretada» implícito en el CEDH. En virtud del mismo, el propio TC estaría vinculado a la jurisprudencia del TEDH en cuanto establece el «contenido constitucionalmente declarado» de los derechos y libertades de la CE que también se encuentran en el Convenio. Corresponde así al Tribunal de Estrasburgo concretar el contenido de los derechos del CEDH que el TC ha de reconocer como contenido esencial o contenido mínimo de los derechos fundamentales de la CE. Si una ley, una resolución judicial o una actuación pública española vulneran o reducen ese contenido mínimo concretado por el TEDH, el TC debería declarar que se ha vulnerado el precepto constitucional que garantiza un concreto derecho fundamental”.

En línea con lo dicho hasta ahora, podría decirse que una de las virtudes reseñables de esta disposición ha de atribuirse a su capacidad para generar un espacio de integración⁸⁹⁰ y adaptación de la normatividad constitucional a la realidad, junto con los procesos de reforma constitucional. Gracias a esa visión de la Constitución como instrumento vivo, se evita la petrificación con la que podría desembocarse en situaciones que desprotejan y desconozcan casos dignos de tutela⁸⁹¹. Es por ello que el art. 10.2 CE puede ayudar a perfilar y a definir el contenido esencial de los derechos fundamentales, y en este sentido “puede –y debe– desempeñar esa *función expansiva, reintegradora y promocional* (...) al ritmo del cambio histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia más altas cotas de libertad, igualdad y solidaridad”⁸⁹².

Esta visión encarna una perspectiva utilitaria⁸⁹³ del art. 10.2 CE que permite acercar el contenido de los derechos reconocidos en los tratados a la Constitución⁸⁹⁴. De esta forma, contribuye a la determinación del contenido esencial de los derechos sobre las formulaciones abstractas de las que parte el texto constitucional⁸⁹⁵. No en vano, la función interpretativa del art. 10.2 CE cumple con “el propósito de actualizar el texto constitucional y adaptar la inmovilidad de su literalidad al trascurso del tiempo”⁸⁹⁶. Y, aquí, el art. 10.2 CE puede servir para colmar e integrar de contenido la desidentificación

⁸⁹⁰ CASTELLÀ ANDREU, J. M. “El artículo 10.2 de la Constitución como canon...”, cit., p.159, se refiere a la interpretación desde la perspectiva de la integración.

⁸⁹¹ En sentido similar, Vid. CANOSA USERA, R. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales...”, cit., p. 145. Al respecto sobre el mismo autor, CANOSA USERA, R. “La interpretación evolutiva del Convenio...”, cit., p. 91. Como apunta LÓPEZ BASAGUREN, A. “Encuesta sobre la reforma de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, 2012, p. 25, “la reforma constitucional no se puede trivializar; (...); pero tampoco se puede demonizar, convirtiendo la Constitución en un texto prácticamente intocable”.

⁸⁹² Cfr. RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J., y RUIZ GIMÉNEZ ARRIETA, I. “Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española”, en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23 de la Constitución española de 1978*, Edersa, 2006, p.87. Cabe destacar en esta línea que la STC 64/1991 de 22 de marzo, FJ4, ha destacado el papel del art. 10.2 CE como “fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide”. En el mismo sentido, se han pronunciado PRECIADO DOMÈNECH, C. H. *Interpretación de los derechos humanos...*, cit., p.104. VILAR GONZÁLEZ, S. “La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la normativa internacional ratificada por España”, en BAYOD LÓPEZ, C (Dir.) *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 431.

Por el contrario, se muestra reacio a la vinculación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y el nivel internacional de protección de los derechos ex art. 10.2 CE, a excepción de un sentido lato que no realice tal vinculación de forma automática, Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., págs. 237 y ss, en particular, págs. 244 y 245.

⁸⁹³ En tal sentido, Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p. 30.

⁸⁹⁴ Vid. BARRERO ORTEGA, A. “La transformación de la Constitución española a la luz del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 2008, p.373.

⁸⁹⁵ Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p. 30.

⁸⁹⁶Cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, I “Reformar interpretando...”, cit., p. 453.

entre el sentido que adquiera el contenido esencial de los derechos atendiendo a la realidad y el desarrollo que previamente pudo haberles dado el legislador⁸⁹⁷.

Todos los matices que subyacen interpretativamente tras el art. 10.2 CE lo sitúan como “una de las disposiciones más emblemáticas”⁸⁹⁸ del texto constitucional. Fruto de esa potencialidad, debe leerse en clave multinivel como un “mecanismo de integración nacional de los derechos”, cumpliendo así “con una función de integración constitucional entre el ordenamiento europeo y el nacional”⁸⁹⁹. En este sentido, el precepto opera como núcleo de la interacción entre planos constitucionales, haciendo de guía interpretativa en el orden interno⁹⁰⁰.

Esta posición clave que adquiere el art. 10.2 CE en un constitucionalismo de textura cada vez más abierta, refleja bien que la consagración de los derechos y sus garantías no puede valorarse aisladamente en cada uno de los espacios constitucionales, sino desde una perspectiva global que integre y haga suyos los matices propios de cada uno. En otras palabras, “la experiencia normativa nacional debe verse como complementaria de la internacional y viceversa, pues la fuente interna y la supranacional se retroalimentan en aras de la «integralidad maximizadora» del sistema global de derechos (...)”⁹⁰¹.

De esta forma, el intérprete constitucional no está solo sujeto al carácter normativo que emana propiamente del contenido directo de la norma suprema pues, las normas internacionales sobre derechos, así como su interpretación por parte de los tribunales internacionales son “materialmente constitucionales”. Con ello, acaban “de una u otra

⁸⁹⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Capacidad creativa y límites...”, cit., págs. 100 y 101.

⁸⁹⁸ Cfr. SAIZ ARNAIZ, A. “Artículo 10.2. La interpretación...”, cit., p. 230.

⁸⁹⁹ Cfr. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. “La tutela judicial de los derechos fundamentales...”, cit., p. 426.

⁹⁰⁰ Así como ha señalado JIMENA QUESADA, L. “La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: Signo de madurez constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018, págs. 827 y 828, el art. 10.2 CE encaja sin angosturas en la concepción de la “creciente realidad del Estado supranacional e internacionalmente integrado”.

⁹⁰¹ Cfr. JIMENA QUESADA, L. “Reforma constitucional y estándares...”, cit., p. 175. Como ha destacado Cfr. CANOSA USERA, R. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales...”, cit., p. 167. “la comprensión actual de los derechos ha dejado de ser un fenómeno puramente estatal para internacionalizarse, diríamos más, es una muestra de la integración supranacional”. En este sentido, Cfr. SAIZ ARNAIZ, A. “Artículo 10.2. La interpretación...”, cit., p. 232, se ha referido al art. 10.2 CE señalando que “expresa con claridad meridiana la radical alteración que se ha producido en el terreno de los derechos humanos en la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional (...), habiendo pasado este último de influir a ser influido; de condicionar en aras a la defensa de la soberanía estatal en un sector particularmente sensible para la misma como son las relaciones entre los ciudadanos y sus poderes públicos, a ser condicionado”.

suerte vinculando al intérprete estatal (...), dando pie a una interpretación conforme a los derechos por el intérprete internacional”⁹⁰².

Lo dicho hasta aquí permite observar la singularidad y el poder de influencia interpretativa del art. 10.2 CE en el orden constitucional interno. Y ello en el entendimiento de que su carácter no sólo se infiere en la apertura *ad extra* del ordenamiento interno, sino que influye en la propia internacionalización del orden constitucional⁹⁰³. Este potencial del precepto se enmarca pues en una “tendencia hacia la europeización del Derecho constitucional”⁹⁰⁴, justificada en la imposibilidad de que éste pueda “permanecer ajeno a los vientos de la mundialización o de la globalización”⁹⁰⁵.

Singular incidencia en el campo de interpretación de los derechos ostentan tanto el CEDH como la CDFUE, y sus correlativos órganos de garantía, a través de la jurisprudencia del TEDH y TJUE. Ya que la jurisprudencia derivada de dichos tribunales actúa como parámetro interpretativo *ex art.* 10.2 CE y hace de corolario en la interpretación de los derechos en el seno del Consejo de Europa y de la UE. Asimismo ha sido considerado por el TC en reiterada jurisprudencia, en la que avala que

“la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que constituyen *ex art.* 10.2 CE un relevante elemento hermenéutico en la determinación del sentido y alcance de los derechos fundamentales que la Constitución proclama [por todas, SSTC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 5 B), y 97/2020, de 21 de julio, FJ 5 D)]”⁹⁰⁶.

Concretamente, en lo que respecta a la importancia del CEDH y la jurisprudencia del TEDH debe tenerse en cuenta que, como órgano de garantía de los derechos consagrados en el Convenio, “constituye, *ex art.* 10.2 CE, un instrumento de obligada consideración en la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales, en

⁹⁰² Cfr. CANOSA USERA, R. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales...”, cit., p. 151. Redunda en esta misma idea, reflexionando sobre el art. 10.2 CE y el diálogo entre tribunales, Cfr. BUSTOS GISBERT, R. “XV proposiciones generales para una teoría...”, cit., p. 32, al precisar que “el art. 10.2 supone (...) un reconocimiento automático de que los tribunales internacionales en materia de derechos fundamentales tienen algo que decir sobre la cuestión cuando es el juez nacional el que aplica las disposiciones de derechos constitucionalmente reconocidos. Esto es, la obligatoriedad del reconocimiento del interlocutor extraño al propio ordenamiento es una prescripción constitucional”.

⁹⁰³ Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden...*, cit., p. 19.

⁹⁰⁴ Cfr. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., p.157.

⁹⁰⁵ Cfr. JIMENA QUESADA, L. “La internacionalización de la Carta Magna...”, cit., p. 859.

⁹⁰⁶ STC 71/2021, de 18 de marzo, FJ3.

la determinación de su sentido y alcance⁹⁰⁷. De hecho, la relevancia de la jurisprudencia del TEDH a nivel interpretativo ha sido destacada por el propio TC, para adecuar la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la CE a los tratados internacionales, con especial consideración del CEDH⁹⁰⁸.

Lo mismo puede decirse del TJUE cuando interpreta los derechos en el marco supranacional europeo. No obstante, en este caso la presencia del art. 10.2 CE comparte escenario con el art. 93 CE. Como es sabido, el Derecho de la UE no constituye en puridad “Derecho internacional al uso”⁹⁰⁹ sino Derecho procedente de la UE como organización supranacional de la que España forma parte, y cuya eficacia deviene del art. 93 CE. Cabe pues distinguir entre el “nivel de aplicación *del Derecho de la Unión* del que la Carta forma parte”⁹¹⁰, –donde entra en juego la eficacia de los derechos, a través del principio de primacía, para resolver posibles conflictos entre el ordenamiento supranacional y el nacional, supuesto en el que el art. 93 CE opera como “norma de conflicto”⁹¹¹, y el “nivel de la interpretación *de los derechos fundamentales de la Constitución*”⁹¹², donde opera el art. 10.2 CE como regla hermenéutica conforme a la que deben interpretarse los derechos fundamentales del texto constitucional. En este último caso, la CDFUE, aun fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, art. 51 CDFUE, ostenta valor interpretativo *ex art.* 10.2 CE. Estas dos aproximaciones no son excluyentes entre sí, de manera que la

⁹⁰⁷ Así se refiere a la jurisprudencia del TEDH, el magistrado CONDE-PUMPIDO en su voto particular a la STC 190/2020, de 16 de diciembre, argumento 3, con remisión a las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7 y 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 15 B. Además, en este sentido ha precisado Cfr. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., p. 171, que “en todo sistema jurídico los conceptos jurídicos significan lo que dicen que significan quienes tienen la obligación de aplicarlos”. De forma complementaria debe tenerse en cuenta lo prescrito por CRUZ VILLALÓN, J. “La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral”, *Temas Laborales*, nº 145, 2018, p. 35, al subrayar que “el hecho de que nuestro texto constitucional declare expresamente que las normas relativas a derechos fundamentales se han de interpretar conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), conduce a reforzar dicha vinculabilidad procesal en el sentido estricto del término. En la medida en que se instituye al TEDH como el mecanismo de control de convencionalidad del texto internacional, se le convierte en el intérprete auténtico de los derechos reconocidos en el Convenio, de modo que para nuestro ordenamiento interno el Convenio no sólo se convierte en orientador de la interpretación, sino que las sentencias del TEDH se convierten en el intérprete auténtico del alcance de estos derechos en el caso concreto”.

⁹⁰⁸ Puede destacarse entre otras, la STC 87/2020, de 20 de julio, FJ3, en la que el TC apunta en efecto que “la necesidad de adecuar la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), de modo especial el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), debe llevarnos a tener en especial consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

⁹⁰⁹ ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., p. 343.

⁹¹⁰ Cfr. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., p. 308.

⁹¹¹ En tal sentido, entre otros, Cfr. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. “Derechos fundamentales en la Unión...”, cit., p. 77.

⁹¹² Cfr. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., p. 308.

aplicabilidad del art. 93 CE no estará reñida con la regla de la interpretación de los derechos constitucionales conforme al contexto internacional –en este caso supranacional europeo–, según lo dispuesto en el art. 10.2 CE a efectos interpretativos⁹¹³.

Con las bondades interpretativas que ostenta el art. 10.2 CE así como con sus visibles y no menores limitaciones en el orden interno, se considera un instrumento hermenéutico de gran utilidad en el constitucionalismo actual. En todo caso, su mayor o menor virtualidad queda en manos del intérprete constitucional y del uso efectuado por el mismo⁹¹⁴.

3. Protección multinivel del derecho de acceso a la información pública: en torno a la cuestión de su naturaleza jurídica

Una vez analizado el contexto multinivel en el que se aplican los derechos fundamentales, así como la importancia hermenéutica del art. 10.2 CE conviene dar un paso más para efectuar un análisis internacional sobre el derecho de acceso a la información pública, como una manifestación esencial del principio de transparencia. Concretamente se estudiará a continuación la configuración multinivel del derecho de acceso a la información⁹¹⁵ dado que como se ha visto anteriormente esta realidad pluriordinamental permitirá conocer cuál es la situación real del derecho y de esta forma podrán extraerse conclusiones sobre su alcance y configuración.

Antes de abordar esta cuestión es necesario realizar dos puntualizaciones metodológicas. Se parte de la base de que la referencia al plano autonómico resulta obligada al ser parte integrante del sistema de producción normativo estatal. Por ello se analiza primeramente de la perspectiva internacional para luego hacer referencia al alcance del derecho en el

⁹¹³ Desarrollan esta idea, entre otros, Vid. AGUILAR CALAHORRO, A. “La primera cuestión planteada...”, cit., p.510. No obstante, el autor precisa que la CDFUE adquiere primacía por vía del art. 93 CE y no del art. 10.2 CE. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, cit., págs. 286 a 291.

⁹¹⁴ Tal como ha destacado, Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “El recurso al art. 10.2 CE como paradigma...”, cit., p. 441, no puede obviarse que el art. 10.2 CE es “un instrumento en manos del interprete, y sólo a partir del uso que haga ese interprete podremos determinar si en nuestro ordenamiento se realiza una interpretación de la Constitución *pro ius Gentium*, o no”.

⁹¹⁵ Sobre el derecho de acceso a la información pública desde una perspectiva internacional completa, pueden consultarse entre otros estudios, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., págs. 154 y ss. MENDEL, T. *Libertad de Información: Comparación Jurídica*, 2ªed, UNESCO, París, 2008. DARBISHIRE, H. “Ten challenges for the right to information in the age of mega-leaks”, en MCGONAGLE, T., DONDEERS, Y. *The United Nations and Freedom of Expression and Information*, Cambridge University Press, 2015, págs. 271 y ss.

ámbito interno, estatal y autonómico, en atención a los estándares internacionales. De lo contrario, el análisis multinivel quedaría incompleto.

Dicho esto, conviene tener en cuenta que las características democratizadoras de este derecho le han otorgado relevancia en el plano regional europeo⁹¹⁶, dando motivos para reflexionar y discutir en el ordenamiento interno español sobre el alcance y configuración constitucional del derecho más allá de lo previsto en la LTAIBG. De hecho, algunos autores han reconocido la existencia de consenso acerca de la iusfundamentalidad del derecho en el ámbito internacional y europeo, y han ubicado el problema en la proyección que de él se ha hecho en el ámbito nacional. De ahí que, como se verá en partes posteriores de la investigación, muchos autores justifiquen su naturaleza fundamental a expensas del art. 10.2 CE al conectarlo directamente con el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE⁹¹⁷.

Tales tribunales se han convertido en auténticos referentes en la materia no sólo por haber apreciado la relación directa entre el acceso a la información y la formación de la opinión pública en democracia, sino por facilitar una perspectiva de las libertades comunicativas que hasta ahora no se había visto desarrollada. Esta aproximación, ha permitido observar a los Estados miembros que existen alternativas dinámicas de los derechos que deberían tener en cuenta a razón de sus propios ordenamientos internos.

Con todo, resultará interesante analizar cómo el avance existente en el ámbito internacional en materia de acceso a la información entronca, con la consideración del derecho de acceso a la información pública en España como un derecho más limitadamente reconocido a expensas del art. 105 CE y el desarrollo efectuado por la LTAIBG.

⁹¹⁶ Puede verse un estudio sobre la importancia democrática de la transparencia y el derecho de acceso a la información desde una perspectiva internacional completa en, BIRKINSHAW, P. "Freedom of information and openness: fundamental human rights?", *Administrative Law Review*, vol. 58, nº. 1, 2006, págs. 204 y ss.

⁹¹⁷ Entre otros, por todos, Vid. COTINO HUESO, L. "El derecho fundamental de acceso...", cit., p. 53. Es importante recordar no obstante que el citado art. 10.2 CE actúa de canon interpretativo respecto de los derechos que la Constitución reconoce, y por ello no permite incluir otros nuevos al margen de los reconocidos en la Constitución. Sobre este aspecto puede consultarse, DE CARRERAS, F. "Función y alcance del art. 10.2...", cit., p. 327.

3.1. En el ámbito de la ONU

Por alusión constitucional expresa a la DUDH en el art. 10.2 CE, el marco global de la ONU constituye un referente de partida en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. Dicha mención resulta “una pieza esencial de esta construcción argumental”⁹¹⁸ ya que tanto el art. 19 DUDH⁹¹⁹ como el art. 19.2 PIDCP⁹²⁰ tienen en común la consagración del derecho acceso a la información dentro de la libertad de expresión e información⁹²¹.

Tales preceptos reconocen como expresa manifestación de la libertad de expresión, la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones⁹²². Como se ha señalado en la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/74/5, de 15 de octubre de 2019 sobre Proclamación del 28 de septiembre Día Internacional del Acceso Universal a la Información, “el derecho a buscar, recibir y difundir información es parte indisoluble del derecho a la libertad de expresión, definido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁹²³.

Además de tales artículos, contamos también en el seno de la ONU con algún instrumento más específico como es el conocido Convenio Aarhus, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente para Europa, de 25 de junio de 1998, ratificado por la Unión Europea en 2005 y por España en 2004⁹²⁴. Este Convenio resulta de especial interés en la materia ya que, aunque con carácter sectorial por referirse al ámbito medioambiental, reconoce el

⁹¹⁸ Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 360.

⁹¹⁹ El art. 19 DUDH establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

⁹²⁰ El art. 19.2. PIDCP prescribe que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

⁹²¹ Para un estudio sobre la libertad de expresión e información en el ámbito global de las Naciones Unidas, véase MCGONAGLE, T. “The development of freedom of expression and information within the UN: leaps and bounds or fits and starts?”, en MCGONAGLE, T., DONNERS, Y., *The United Nations and Freedom of Expression and Information*, Cambridge University Press, 2015, págs. 1 y ss.

⁹²² En la misma línea se pronunció la ONU en la Resolución de la Asamblea General nº 59 (I), de 14 de diciembre de 1946, “Convocatoria de una conferencia internacional de libertad de información”.

⁹²³ Cfr. Resolución de la Asamblea General ONU 74/5, de 15 de octubre de 2019, Proclamación del 28 de septiembre Día Internacional del Acceso Universal a la Información.

⁹²⁴ Sobre el Convenio Aarhus en profundidad puede consultarse actualmente entre otros, SOMMERMAN, K-P. “Transformative Effects of the Aarhus Convention in Europe”, *ZaöRV*, nº 77, 2017. CASADO CASADO, L. “Acceso a la información...”, cit.

derecho de acceso a la información de las personas y el deber de los Estados de implementar las medidas necesarias para su debido reconocimiento y garantía⁹²⁵. Concretamente resulta de interés porque como señala SOMMERMAN parece haber un nexo temporal entre la aprobación de dicho Convenio y la correlativa adopción de leyes sobre libertad de información por parte de los Estados tras su adhesión a aquel⁹²⁶. Además, a partir de dicho Convenio se produce una aceleración en los procesos de reforma y ampliación del derecho de acceso a la información⁹²⁷.

En cuanto a la actividad y reconocimiento del derecho por parte de organismos y expertos de la ONU, cabe destacar la posición de la Relatoría Especial para la protección y promoción de la libertad de opinión y expresión, creada en 1993 por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁹²⁸. Así, el Relator Especial para la protección de este derecho vinculó, expresa y directamente, el derecho de acceso a la información pública con el art. 19 PIDCP en sus Informes de 1998 y 1999⁹²⁹. Esta vinculación se reitera

⁹²⁵ Así por ejemplo el at. 1 del citado Convenio Aarhus prescribe que “A fin 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 información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental de conformidad con las disposiciones del presente Convenio”. Por su parte, el art. 4 garantiza expresamente el “Acceso a la información sobre el medio ambiente”, disponiendo en su apartado 1º que, “Cada Parte procurará que, sin perjuicio de lo expresado en los apartados siguientes del presente artículo, las autoridades públicas pongan a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten, en particular, si se hace tal petición y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) infra, copias de los documentos en que las informaciones se encuentren efectivamente consignadas, independientemente de que estos documentos incluyan o no otras informaciones: a) Sin que el público tenga que invocar un interés particular; b) en la forma solicitada, a menos que: i) Sea razonable para la autoridad pública comunicar las informaciones de que se trate en otra forma, en cuyo caso deberán indicarse las razones de esta opción; ii) la información ya esté disponible públicamente de otra forma”.

⁹²⁶ Así, Vid. SOMMERMAN, K-P. “Transformative Effects of the Aarhus...”, cit., p. 333. En este sentido señala el autor que “As far as access to information is concerned, the adoption of general laws on freedom of information appears to have temporal correlation with the elaboration and adherence to the Convention”.

⁹²⁷ Vid. SOMMERMAN, K-P. “Transformative Effects of the Aarhus...”, cit., p. 334. A tal efecto apunta que “the Aarhus Convention has accelerated the process of reform and notably extended the right to access to information. In addition to further-reaching legal reforms in the countries that had already recognised, to a greater or lesser extent, the right to access to information (...)”.

⁹²⁸ La Comisión de Derechos Humanos decide designar un Relator Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión mediante la resolución 1993/45 de 5 de marzo de 1993.

⁹²⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998 y ONU doc. E/CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999. Concretamente en el Informe de 1998, párrafo 14 destaca la afirmación de que, “a juicio del Relator Especial, el derecho a buscar, recibir y difundir información impone una obligación positiva a los Estados de garantizar el acceso a la información, en particular la información que el gobierno conserva en todo tipo de sistemas de almacenamiento o de recuperación (...)”. Por su parte, en el Informe de 1999, párrafo 125 se concluye que “en cuanto a la información, en particular la información en poder de los gobiernos, el Relator Especial alienta enérgicamente a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para garantizar la plena realización del derecho de acceso a la información”.

expresamente años después, afirmando que “aunque las normas internacionales establecen sólo un derecho general a la libertad de información, el derecho de acceder a ella, en particular cuando se encuentra en poder de las autoridades públicas, se deduce fácilmente de la expresión "buscar [y] recibir... informaciones" contenida en los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁹³⁰.

Posteriormente, destaca la profundización e intensificación en el análisis de este derecho efectuada en el Informe de 18 de enero del año 2000, elaborado por el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. En dicho Informe se reconoce que “el derecho a buscar, recibir y distribuir información no es sólo un corolario de la libertad de opinión y expresión, sino un derecho en sí mismo, uno de los que sustentan las sociedades libres y democráticas”⁹³¹. En el seno de dicho Informe, se contienen además dos Anexos importantes que merecen ser destacados. En el primero de ellos, titulado “Mecanismo internacional para promover la libertad de expresión”, se recogen las conclusiones adoptadas en la primera reunión, celebrada en Londres en 1999, entre el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión (ONU), el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa en la cuestión de la libertad de los medios de comunicación (OSCE) y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la OEA. Entre dichas conclusiones se afirma que la libertad de expresión lleva implícita “el derecho del público a tener acceso libre a la información y a conocer las actividades que el gobierno realiza en su nombre, sin lo cual languidece la verdad y se frustra la plena participación del pueblo en el gobierno”⁹³².

La página que da acceso general a los informes anuales de la Relatoría especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de opinión y expresión es: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>

⁹³⁰ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. E/CN.4/2005/64, 17 de diciembre de 2004, párrafo 39. Esta misma vinculación se reconoce expresamente en los Informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. A/HRC/14/23, 26 de marzo de 2010, párrafo 30 y A/68/362, 4 de septiembre de 2013, párrafo 18.

⁹³¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 enero 2000, párrafo 42.

⁹³² Cfr. Anexo I “Mecanismo internacional para promover la libertad de expresión” del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 enero 2000.

Por su parte, el Anexo II resulta relevante al hacerse eco el Relator Especial de los principios elaborados por la ONG Artículo 19⁹³³, titulados “El derecho del público a saber: Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información”. Dichos Principios se contemplan en el referido Anexo II. Entre ellos se reconocen el principio de máxima divulgación, obligación de órganos públicos de publicar activamente, transparencia y régimen restringido de excepciones, entre otros. Concretamente, respecto del principio de máxima divulgación se afirma que “este principio encierra la razón de ser fundamental del concepto mismo de libertad de información, y lo ideal es que esté consignado en la Constitución para dejar bien claro que el acceso a la información oficial es un derecho fundamental. El principal objetivo de la legislación debe ser el de llevar a la práctica el principio de máxima divulgación”⁹³⁴.

En noviembre del año 2000, los tres Relatores internacionales de la ONU, de la OSCE y de la OEA adoptan junto con otras instituciones los llamados Principios de Lima sobre derecho de acceso a la información. Tales Principios son el fruto del esfuerzo de una diversidad de actores intervinientes. Destaca la consagración del derecho de acceso a la información como un derecho humano, a la vez que como exigencia democrática para fiscalizar la labor de los poderes públicos. Por ello, tales principios fueron un importante refuerzo en el espacio interamericano para la posterior aprobación de leyes de acceso en dicho ámbito, así como para trasladar al ámbito internacional los principios básicos en la materia⁹³⁵.

En 2004 se aprueba la Declaración Conjunta sobre acceso a la información de los tres Relatores especiales de la ONU, de la OSCE y de la OEA para la libertad de expresión, en la que se observa “el reconocimiento cada vez mayor del derecho fundamental al acceso de información en poder de las autoridades públicas (al que a veces se hace

⁹³³ La justificación de dicho respaldo está recogida en el párrafo 43 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 enero 2000, donde se afirma que “(...) El Relator Especial quiere, pues, subrayar en el presente informe que sigue preocupado por la tendencia de los gobiernos y las instituciones gubernamentales a mantener a las personas ajenas a la información a la que tienen derecho, puesto que las decisiones del gobierno y la ejecución de políticas por las instituciones públicas afectan directamente y a veces de manera inmediata a su propia vida y deben contar con su consentimiento informado. El Relator Especial respalda, pues, los principios redactados por la organización no gubernamental Artículo 19 - International Center against Censorship (véase el anexo II)”.

⁹³⁴ Cfr. Anexo II “El derecho del público a saber: Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información”, del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 enero 2000.

⁹³⁵ Vid. COTINO HUESO, L. “El avanzado reconocimiento y regulación del derecho acceso a la información pública y la transparencia en Iberoamérica (y su brecha con la realidad)”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 14, 2017, p. 131.

referencia como el derecho a la libertad de información), en las declaraciones internacionales autorizadas”. Y, más específicamente, definen el derecho de acceso a la información como “un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a Información) basada en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones”⁹³⁶.

Estos tres Relatores internacionales junto con la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), adoptaron en 2019 la Declaración Conjunta sobre Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década en la que, entre otras cuestiones, se establecen medidas para crear un ambiente que permita la libertad de expresión. Concretamente, en su art. 1.c) se sugiere, a tal fin, “la adopción y la implementación de marcos legales eficaces sobre el acceso a la información y la precisa definición de restricciones de contenido autorizadas por el derecho internacional de los derechos humanos”⁹³⁷.

Resulta también necesaria la mención a la actuación del Comité de Derechos Humanos (CDH), al constituirse como órgano encargado de velar y supervisar el cumplimiento del PIDCP por los Estados parte. Así las cosas, respecto del derecho de acceso a la información su actividad ha sido calificada de tardía⁹³⁸, ya que hasta 2011 no se pronunció de forma relevante en la materia. El primer antecedente destacable trae causa del

⁹³⁶ Declaración Conjunta sobre acceso a la información y sobre la legislación que regula el secreto emitida por el Relator Especial de la ONU para la libertad de expresión y opinión, el Representante de la OSCE para Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, de 6 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

Sobre la interpretación conforme a los tratados internacionales, con especial referencia a los instrumentos internacionales mencionados, véase en el mismo sentido Vid. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., págs. 360 y 361.

⁹³⁷ Declaración Conjunta Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Londres, 10 de julio de 2019.

⁹³⁸ En tal sentido, Vid. ESCOBAR ROCA, G (Dir.) *Transparencia e Información Pública*, XIII Informe sobre Derechos Humanos, Federación Iberoamericana de Ombudsmán, Trama Editorial, Madrid, 2015, p. 28; Vid. COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 40, 2017, págs. 283 y 284.

Dictamen que emitió en el caso *Nurbek Toktakunov c. Kirguistán*⁹³⁹, motivado por la petición de información del asesor jurídico de una asociación de derechos humanos que solicitaba información al Ministerio de Justicia sobre personas condenadas a pena de muerte en Kirguistán.

Este asunto constituye la primera ocasión en la que el CDH sienta las bases interpretativas del derecho de acceso a la información pública, enmarcándolo en el art. 19.2 PIDCP⁹⁴⁰. A tal efecto, señala el CDH una serie de ideas esenciales: 1) no es necesario un interés directo⁹⁴¹; 2) el rol de generar debate público sobre asuntos de interés general no sólo atañe a los medios de comunicación sino que esa misión de vigilancia puede también corresponder a asociaciones públicas o a particulares⁹⁴²; 3) precisa en qué consiste la obligación del Estado⁹⁴³.

Después de dicho Dictamen, el CDH aprueba en el mismo año la Observación General n° 34, de 12 de setiembre de 2011, que ratifica el derecho de acceso a la información como manifestación del art. 19.2. PIDCP, señalando que tal precepto “enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos”⁹⁴⁴. Además apunta que para dar efectividad al derecho de acceso a la información pública, “los Estados partes deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del gobierno que sea de interés público (...) deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información (...)”⁹⁴⁵.

⁹³⁹ Comunicación del CDH n° 1470/2006, 28 de marzo de 2011.

⁹⁴⁰ En tal sentido, se señala en el párrafo 6.3 de la Comunicación del CDH n° 1470/2006, 28 de marzo de 2011 que, “la referencia al derecho a “buscar” y “recibir” “informaciones”, que figura en el artículo 19, párrafo 2 del Pacto, incluye el derecho de toda persona a recibir información en poder del Estado (...)”. Dicho encuadre se reitera en el párrafo 7.4. al declarar que, “el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión incluye la protección del derecho de acceso a información en poder del Estado, que también atañe claramente a las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión que han de ser garantizadas simultáneamente por el Estado”.

⁹⁴¹ Así queda reflejado en el párrafo 6.3 de la Comunicación del CDH n° 1470/2006, 28 de marzo de 2011.

⁹⁴² Esta particularidad queda expresamente referida en los párrafos 6.3. y 7.4 de la Comunicación del CDH n° 1470/2006, 28 de marzo de 2011.

⁹⁴³ Obligación que a tenor del párrafo 7.4 de la Comunicación del CDH n° 1470/2006, 28 de marzo de 2011, consistía en que “el Estado parte tenía la obligación de proporcionar al autor la información solicitada, o bien de justificar cualquier restricción del derecho a recibir información en poder del Estado con arreglo al artículo 19, párrafo 3, del Pacto”.

⁹⁴⁴ Continúa señalando la Observación General n° 34 del Comité de Derechos Humanos (doc. CCPR/C/GC/34) de 12 de setiembre de 2011, párrafo 18, que “Esta información comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción”.

⁹⁴⁵ Observación General n° 34 del Comité de Derechos Humanos (doc. CCPR/C/GC/34) de 12 de setiembre de 2011, párrafos 18 y 19. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H1159>

Los criterios sentados en dicha Observación General del CDH, han sido reiterados por el CDH en el Dictamen dictado para el caso *Rafael Rodríguez Castañeda c. México*⁹⁴⁶. Dicho pronunciamiento trae causa de la petición de papeletas sobrantes, válidas y nulas en elecciones presidenciales al haberse denegado la petición por el Instituto Federal Electoral. El CDH señala en este asunto que el derecho de acceso a la información pública abarca la información en poder de los Estados, y que estos “deben esforzarse en garantizar un acceso fácil, rápido, eficaz y práctico a la información”⁹⁴⁷. No obstante, más allá de este caso concreto, no ha habido por el momento otro pronunciamiento del CDH relevante en la materia desde la aprobación de la señalada Observación General n°34 de 2011.

3.2. Referencia al espacio regional latinoamericano

Antes de efectuar el análisis del derecho de acceso a la información pública en el espacio europeo, resulta interesante hacer mención al sistema latinoamericano esencialmente por dos motivos. En primer lugar, por los lazos que conectan el sistema regional latinoamericano con el europeo, existiendo entre ambos una “conexión facilitada por la existencia de un fondo cultural común y por el convencimiento mutuo de convertirse en instrumentos vivos y eficaces de protección de derechos humanos (...)”⁹⁴⁸. En segundo lugar, y más concretamente, porque este espacio regional ha sido una referencia internacional en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública.

De este modo, podría decirse que la labor efectuada en este espacio regional ha sido clave para completar, desde una visión integral, el alcance y contenido del derecho de acceso a la información⁹⁴⁹. Tal afirmación se justifica en la visión aperturista desde la que se ha actuado en Iberoamérica, en tanto que el derecho de acceso ha sido entendido siguiendo la estela marcada por la ONU. Así, el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) de 1948, se alinea con los arts. 19 DUDH y PIDCP, reconociendo el derecho a “libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento”.

[79OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPFdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R](#)

⁹⁴⁶ Comunicación del CDH n° 2202/2012, de 18 de julio de 2013.

⁹⁴⁷ Comunicación del CDH n° 2202/2012, de 18 de julio de 2013, párrafo 7.4.

⁹⁴⁸ Cfr. CATALÀ I BAS, A. “Diálogo entre tribunales...”, cit., p. 43.

⁹⁴⁹ Para un estudio general sobre la importancia y configuración del derecho de acceso a la información pública y la transparencia en el sistema interamericano, puede consultarse RODRÍGUEZ DE LA ROSA, L. G. “El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Ciencias Humanas* vol. 9, n° 1, 2012, págs. 113 y ss.

En este mismo sentido, el art. 13.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH)⁹⁵⁰ ampara el derecho de acceso a la información en el derecho a la libertad de información bajo la expresión “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas”, tal y como ha afirmado la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁹⁵¹. Esta cuestión no ha sido superflua en la interpretación jurisprudencial emanada de la CIDH.

Es más, la CIDH se ha convertido en referente para otros espacios regionales que han tardado más en vincular el derecho de acceso a la información con la libertad de información. La propia CIDH es consciente del rol que ejerce en pro de este derecho al haberse declarado por parte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que “el derecho de acceso a información en poder del Estado está reconocido más explícitamente en el sistema interamericano que en el sistema europeo de derechos humanos”⁹⁵².

Entre los antecedentes más relevantes cabría destacar por orden cronológico la Declaración de Principios sobre libertad de expresión, elaborada en el seno de la CIDH por el Relator Especial para la Libertad de Expresión en el año 2000. En su Preámbulo se declara que la efectiva garantía del derecho de acceso a la información favorece la transparencia del gobierno. No en vano, prescribe en el 4º principio que, “el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley

⁹⁵⁰ El art. 13 CADH prescribe en el mismo sentido que los art. 19 DUDH y PIDCP que, “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

⁹⁵¹ Vid. Relatoría especial para la libertad de expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, OEA, 2007, párrafo 35. Por su parte, el párrafo 27 de dicho estudio indica expresamente que, “la Comisión ha interpretado consistentemente que el artículo 13 de la Convención incluye un derecho al acceso a información en poder del Estado. En este sentido, la Relatoría manifestó que, dado que la libertad de recibir información debe impedir que las autoridades interrumpan el flujo de información hacia los ciudadanos, la palabra buscar, lógicamente, implicaría un derecho adicional. En este sentido, la CIDH ha resaltado que las todas las personas tienen el derecho de solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental oficial”. Disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

⁹⁵² Cfr. Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2003, Capítulo IV, párrafo 28.

para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”⁹⁵³.

En 2001 se aprueba en Lima la Carta Democrática Interamericana por la Asamblea General de la OEA, que con carácter general tiene en cuenta en su art. 4 la transparencia como elemento fundamental para el ejercicio de la democracia⁹⁵⁴. Dos años después se aprueba la importante Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/Res.1932 (XXXIII-O/03), de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, en la que se resuelve ya concretamente que, “toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”⁹⁵⁵. Con el propósito de satisfacer este derecho, se añade además que, “los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”⁹⁵⁶.

Asimismo, un estudio sobre el derecho de acceso a la información pública efectuado por la Relatoría especial de la CIDH, realizó una precisión temporal importante. Señala que no es hasta 2003 cuando los antecedentes internacionales se aúnan y comparten la categorización del derecho de acceso a la información como derecho humano integrado en la libertad de información⁹⁵⁷. Lo cierto es que la mencionada Resolución de la Asamblea General de 2003 abre la vía a futuro para que cada año se emitan resoluciones concretas orientadas al derecho de acceso a la información⁹⁵⁸. Por lo demás, el año 2003

⁹⁵³ Declaración de Principios sobre libertad de expresión elaborada por el Relator Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, 2000.

⁹⁵⁴ Prescribe el párrafo 1º del art. 4 de la Carta Democrática Interamericana, Asamblea General de la OEA, Lima, 2000, que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

⁹⁵⁵ Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/Res.1932 (XXXIII-O/03), de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, párrafo 1.

⁹⁵⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/Res.1932 (XXXIII-O/03), de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, párrafo 2.

⁹⁵⁷ Vid. CIDH, Relatoría especial para la libertad de expresión. *Estudio especial sobre el derecho...*, cit., párrafo 17.

⁹⁵⁸ Así, AG/Res. 2057 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004; AG/Res. 2121 (XXXV-O/05), de 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), de 6 de junio de 2006; AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007; AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08), de 3 de junio de 2008; AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), de 4 de junio de 2009; AG/RES. 2607 (XL-O/10), de 7 de junio de 2010; AG/RES. 2661 (XLI-O/11), de 7 de junio de 2011; AG/RES. 2727 (XLII-O/12), de 4 de junio de 2012; AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), de 6 de junio de 2013; AG/RES. 2842 (XLIV-O/14), de 4 de junio de 2014; AG/RES. 2885 (XLVI-O/16), de 14

resulta clave. En el Informe Anual del Relator de la CIDH para la Libertad de Expresión de ese año, se reconoce que este derecho “no sólo es una herramienta práctica que fortalece la democracia y las normas de derechos humanos y promueve la justicia socioeconómica, sino que es también un derecho humano protegido por el derecho internacional”⁹⁵⁹.

En dicho Informe se precisa, además que, aunque no exista consenso unánime por parte de los países y organizaciones en vincular el derecho de acceso a la información a la libertad de información y expresión, existe una tendencia cada vez mayor a derivar obligaciones positivas de los Estados para hacer efectivo este derecho⁹⁶⁰.

En 2004 se adopta la Declaración de Nuevo León por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, que vincula el derecho de acceso a la información con la participación pública. Concretamente, dispone en el apartado relativo a la gobernabilidad democrática que, “el acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad, es condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos”⁹⁶¹.

En este iter temporal se dicta la paradigmática sentencia de la CIDH, dictada en el asunto *Claude Reyes y otros c. Chile*, de 6 de junio de 2006. Dicha sentencia marca un antes y un después en el reconocimiento jurisprudencial e interpretativo del derecho de acceso, al vincularse como manifestación de la libertad de información del art. 13 CADH y reconocer la existencia de obligaciones positivas del Estado para garantizar su ejercicio⁹⁶². Los hechos relevantes del caso tienen que ver con la negativa del Estado chileno en brindar información previamente solicitada por los demandantes (a saber, representantes de ONG y fundaciones, así como un diputado) sobre las empresas

de junio de 2016; AG/RES. 2905 (XLVII-O/17), de 20 de junio de 2017; AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), de 5 de junio de 2018; AG/RES. 2931 (XLIX-O/19), de 27 de junio de 2019.

⁹⁵⁹ Cfr. Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2003, Capítulo IV, párrafo 8.

⁹⁶⁰ Así, Vid. Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2003, Capítulo IV, párrafo. 26.

⁹⁶¹ Cfr. Declaración de Nuevo León, de 3 de enero de 2004.

⁹⁶² Sobre el caso *Claude Reyes c. Chile* pueden verse entre otros, COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, cit, págs. 284 y ss. COTINO HUESO, L. “El avanzado reconocimiento y regulación...”, cit., págs. 130 y ss. FERNÁNDEZ VIVAS, Y. “Debatiendo: La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 9, 2015, págs. 323 y ss.

encargadas de un proyecto de deforestación que podía conllevar daños al medio ambiente. En este caso, la actuación de la CIDH abanderó modélicamente el reconocimiento del acceso a la información pública, pues, se trata del primer reconocimiento expreso de este derecho como derecho humano vinculado a libertad de información por de un tribunal internacional⁹⁶³.

Entre los argumentos de la CIDH con vocación de internacionalización, destaca en el presente caso la afirmación contenida en el párrafo 77 de la sentencia. En él se afirma que,

“el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla (...)”sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal (...). De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”⁹⁶⁴.

Como se adelantaba, esta sentencia ha servido de precedente internacional a favor de una nueva concepción del derecho de acceso a la información y de guía para otros sistemas regionales como el europeo. Así, ha llegado a afirmarse que la jurisprudencia de la CIDH ha ocupado un papel clave en la evolución jurisprudencial del TEDH sobre este derecho⁹⁶⁵.

Con los antecedentes señalados y a raíz de la evolución jurisprudencial que se produce con el caso *Claude Reyes*, se aprueba en 2010 la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, así como su Guía de Implementación y Comentarios⁹⁶⁶. La

⁹⁶³ En el mismo sentido, Vid. CIDH, Relatoría especial para la libertad de expresión. *Estudio especial sobre el derecho...*, cit., párrafo 29. Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 165.

⁹⁶⁴ SCIDH, caso *Claude Reyes c. Chile*, párrafo 77.

⁹⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ VIVAS, Y. “Debatiendo: La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana...”, cit., p. 322.

⁹⁶⁶ Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública aprobada mediante Resolución AG/RES 2607 (XL-O/10), de 8 de junio de 2010. Los Comentarios y Guía de Implementación para la Ley

influencia de esta norma ha sido ciertamente relevante, afirmándose incluso que es más avanzada que el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2008⁹⁶⁷. Además, también se ha subrayado la importancia de su aprobación al ser un instrumento “que incorpora buena parte de los principios más progresistas que se han ido asentando (...)”⁹⁶⁸.

No obstante, para actualizar y mejorar la referida Ley Modelo, –y en cumplimiento del mandato contenido en Resolución de la Asamblea General de la OEA 2905 (XLVII-O/17) Fortalecimiento de la Democracia⁹⁶⁹–, se aprueba en 2020 la Ley Modelo 2.0 sobre acceso a la información pública. Dicha norma viene a catalogarse como “el más reciente esfuerzo de la Organización para avanzar en el establecimiento de estándares que permitan brindar mayores garantías a los ciudadanos del hemisferio”⁹⁷⁰ y, adicionalmente, cuenta como anexos con una Ley Modelo de Gestión Documental y su Guía de Aplicación. Pero en todo caso la reciente Ley Modelo 2.0 se constituye como una herramienta para la promoción y mejora de los niveles de transparencia y lucha contra la corrupción, así como entre otros aspectos para generar confianza en la ciudadanía. En este sentido, destaca en el diseño de la norma la incorporación de una perspectiva de inclusión social a favor de grupos vulnerables (especialmente en materia de género) para mejorar su calidad de vida mediante el conocimiento de los medios a su alcance y para favorecer su participación e igualdad de oportunidades.

3.3. En el ámbito del Consejo de Europa

Expuestos los antecedentes del derecho de acceso a la información pública en el ámbito global de la ONU, así como la importancia que adquiere en el espacio interamericano corresponde a continuación determinar si este derecho ha seguido la misma suerte en el ámbito regional europeo.

Modelo Interamericana sobre acceso a la información, se encuentran recogidos en el documento CP/CAJP-2841/10, de 23 de abril de 2010.

⁹⁶⁷ Vid. COTINO HUESO, L. “El avanzado reconocimiento y regulación...”, cit., p. 134. Vid. GUICHOT, E. “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales...”, cit., p.187.

⁹⁶⁸ Cfr. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 165.

⁹⁶⁹ Resolución AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) Fortalecimiento de la Democracia, de 20 de junio de 2017. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2905_XLVII-O-17.pdf

⁹⁷⁰ Cfr. Presentación a la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública de la OEA, aprobada en octubre de 2020. Puede accederse al texto completo en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica_2021.asp

El análisis efectuado a continuación parte, en primer lugar, de los instrumentos adoptados en el Consejo de Europa como organización internacional entre cuyos objetivos se encuentra la defensa de los derechos humanos y la promoción y protección de la democracia y el Estado de Derecho⁹⁷¹. Concretamente, la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982, afirmaba que ambas son elementos esenciales para la consecución de los citados principios⁹⁷².

La labor del Consejo de Europa, en especial de la Asamblea y del Comité de Ministros, para progresar en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública comienza en los años 70. Desde entonces, la preocupación del Consejo de Europa por el reconocimiento y garantía de este derecho ha sido una cuestión recurrente⁹⁷³. Si se atiende a un orden cronológico⁹⁷⁴, cabe destacar como punto de partida la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 582, de 23 de enero de 1970, sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos, en la que se instaba al Comité de Ministros a considerar la realización de recomendaciones que ampliaran el contenido del art. 10 CEDH para incluir el derecho a buscar la información, en línea con el art. 19 PIDCP⁹⁷⁵.

Paralelamente, en el mismo año se dicta la Resolución de la Asamblea 428, relativa a una Declaración sobre medios de comunicación y derechos humanos, y posteriormente la Recomendación de la Asamblea 854, de 1 de febrero de 1979, sobre acceso público a los

⁹⁷¹ Vid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid, 2016, p. 34.

⁹⁷² Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982. En dicho documento se señala expresamente que “considering that the principles of genuine democracy, the rule of law and respect for humans rights form the basis of their co-operation, and de freedom of expression and information is a fundamental element of those principles”. Disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680535fad

⁹⁷³ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 180.

⁹⁷⁴ En este mismo sentido, realizan un recorrido en profundidad sobre la labor del Consejo de Europa en la materia Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., págs. 180 a 183. Vid. GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información pública en el Derecho europeo*. Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Madrid, 2011, págs. 38 a 43.

⁹⁷⁵ Concretamente en la Recomendación 582, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 23 de enero de 1970, sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos, se afirma que, “the extension of the right of freedom of information provided for in Article 10 of the European Convention on Human Rights, by the conclusion of a protocol or otherwise, so as to include freedom to seek information (which is included in Article 19 (2) of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights); there should be a corresponding duty on public authorities to make information available on matters of public interest, subject to appropriate limitations”. Disponible a través del siguiente enlace: <http://semantic-pace.net/?search=KjqofHR5cGVfc3RyX2VuOIJlY29tbWVuZGF0aW9u&lang=en>

documentos del gobierno y a la libertad de información⁹⁷⁶. En ellas se incluyen respectivamente la libertad de buscar, recibir o comunicar informaciones e ideas en el derecho a la libertad de expresión⁹⁷⁷ y se insta a que los Estados adopten sistemas de acceso a los documentos públicos pertenecientes al gobierno⁹⁷⁸.

Con tales antecedentes, el Comité de Ministros elabora la primera Recomendación (81) 19, de 25 de noviembre de 1981, dirigida a los Estados miembros, sobre acceso a la información en poder de las autoridades, para que (a través de una serie de principios comunes establecidos en la misma) contaran con un estándar apropiado para garantizar el derecho⁹⁷⁹. Merece la pena señalar la importancia que dicha Recomendación otorga al derecho de acceso a la información como elemento esencial para fortalecer la confianza en la administración, así como al esfuerzo que los Estados deberían hacer para asegurar una disponibilidad más completa de la información pública⁹⁸⁰.

Sin embargo, pese a la relevancia de tal Recomendación, muchos Estados miembros, entre los que se encontraba España, mantuvieron una actitud pasiva sin adoptar leyes internas que reconocieran el derecho de acceso⁹⁸¹. No en vano, el Comité de Ministros siguió su labor y al año siguiente efectúa la Declaración de libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982, en la que expresamente vincula el derecho a la

⁹⁷⁶ Esta última Recomendación se sitúa como “texto pionero” en la materia, Cfr. GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información...*, cit., p. 39, (pie de página). Puede accederse a la Recomendación en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=14888&lang=EN&search=cmVjb21tZW50YXRpb24gODU0>

⁹⁷⁷ Tal afirmación se lleva a cabo en el párrafo A. 7 y 8 de la Resolución 428, de 23 de enero de 1970, al prescribir literalmente que “7. The right to freedom of expression shall apply to mass communication media. 8. This right shall include freedom to seek, receive, impart, publish and distribute information and ideas. There shall be a corresponding duty for the public authorities to make available information on matters of public interest within reasonable limits and a duty for mass communication media to give complete and general information on public affairs”.

⁹⁷⁸ En tal sentido Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., págs. 180 y 181.

Lo expuesto acerca de la Recomendación 582, de 23 de enero de 1970, sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos, se resume del párrafo e.1 de la misma, “the extension of the right of freedom of information provided for in Article 10 of the European Convention on Human Rights, by the conclusion of a protocol or otherwise, so as to include freedom to seek information (which is included in Article 19 (2) of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights) ; there should be a corresponding duty on public authorities to make information available on matters of public interest, subject to appropriate limitations”.

⁹⁷⁹ Dicha Recomendación puede consultarse en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804f7a6e

⁹⁸⁰ Cfr. Recomendación (81) 19, de 25 de noviembre de 1981, dirigida a los Estados miembros, sobre acceso a la información en poder de las autoridades.

⁹⁸¹ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 182.

libertad de expresión garantizado en el art. 19 DUDH con el art. 10 CEDH⁹⁸². A partir del año 2000, el derecho de acceso a la información cobra fuerza en este ámbito. Destaca así la Recomendación del Comité de Ministros, (2002) 2, sobre acceso a los documentos oficiales, de 21 de febrero de 2002. En ella se destaca el papel esencial de la transparencia y la disponibilidad de la información, y se entiende que un amplio derecho de acceso permite a la ciudadanía tener un punto de vista adecuado y una opinión crítica sobre el estado de la sociedad en la que vivimos y de las autoridades que nos gobiernan⁹⁸³.

No obstante, el punto de inflexión en la materia llega en 2009 con el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, firmado en Tromsø, como primer instrumento jurídico vinculante con base en el CEDH. La relevancia que ostenta dicho Convenio puede atribuirse a la configuración amplia que efectúa en favor de un derecho de acceso general a los documentos públicos a favor de las personas sin que pueda mediar discriminación alguna⁹⁸⁴. Dicho Convenio está abierto a la ratificación de los Estados desde el 18 de junio de 2009⁹⁸⁵ y, según indica el art. 16.3 de dicho Convenio, su entrada en vigor queda supeditada a la firma y ratificación de al menos diez Estados miembros del Consejo de Europa⁹⁸⁶. Esta cláusula ha llevado a la entrada en vigor del Convenio a fecha de 1 de diciembre de 2020 tras la ratificación por Ucrania como décimo Estado miembro⁹⁸⁷.

⁹⁸² Vid. Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982, considerando 2. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680535fad

⁹⁸³ Vid. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002) 2, sobre acceso a los documentos oficiales, de 21 de febrero de 2002, Considerando 3. Disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804c6fcc

A esta Recomendación le sigue la (2007) 11, dirigida a los Estados miembros, sobre la promoción de la libertad de expresión e información en el nuevo entorno de la información y la comunicación, de 26 de septiembre de 2007, en cuyo punto IV ii) se insta a los Estados a que se aseguren que las autoridades públicas incrementan la provisión y la transparencia de los servicios online a los ciudadanos y empresas, para permitirles tener acceso individual a la información pública. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d4d0e

⁹⁸⁴ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 183.

⁹⁸⁵ Dicho Convenio es consecuencia directa de la Decisión del Comité de Ministros No. CM/866/0405 de 2005 por la que se encomienda redactar un convenio en la materia.

⁹⁸⁶ Puede accederse a la versión oficial en inglés del Convenio 205, y simultáneamente traducida al español, por SÁNCHEZ DE DIEGO, M., DARBISHIRE, H y ANDERICA, V, en: http://governobert.gencat.cat/web/.content/01_Que_es/05_Normativa/Convention_on_Access_to_Official_Documents_CofE_es.pdf

⁹⁸⁷ Por el momento, a fecha de la última consulta realizada el 22 de mayo de 2022, han ratificado ya el Convenio: Noruega (2009) Hungría (2010), Suiza (2010), Bosnia y Herzegovina (2012), Lituania (2012), Montenegro (2012), Finlandia (2015), Estonia (2016), República de Moldavia (2016), Ucrania (2020) y Armenia (2022). Puede consultarse la actualización sobre los países que han firmado y ratificado el convenio en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=205>

España ha dilatado la firma del Convenio hasta el 23 de noviembre de 2021. Esta tardanza ha sido objeto de crítica y, en efecto, no se comprende bien teniendo en cuenta que gobierno y legislador ya eran previamente conscientes de la importancia democrática de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Ello se suma el hecho de que en el IV Plan de Gobierno Abierto se pone de manifiesto expresamente que no se estaba actuando conforme al canon internacional. Falta aún dar el paso de la ratificación al Convenio 205, pendiente por el momento. No obstante, el IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024 presenta la ratificación de dicho Convenio como uno de los propósitos pendientes, “con el fin de visibilizar el compromiso de España con la transparencia a nivel internacional y provocar un efecto mimético en otros países”⁹⁸⁸. Con todo, ratificar un Convenio internacional de tales características refleja el compromiso por cumplir con lo establecido en la LTAIBG. La consecuencia de lo anterior no sólo se reflejaría en la coherencia de la *voluntas legislatoris* que emana de la norma estatal, sino que permitiría seguir avanzando en la cultura de la transparencia adquiriendo compromisos que refuerzan la credibilidad y confianza de la ciudadanía⁹⁸⁹.

Entre otros aspectos destacables del citado Convenio cabe resaltar que comienza subrayando, en su parte expositiva, la regla general de que los documentos públicos deben estar sujetos a publicidad, salvo causa justificada dirigida a proteger otros intereses legítimos. Es muy importante, además, que en el art. 2 del Convenio se reconoce el derecho de acceso a los documentos públicos a favor de cualquiera y sin discriminación de ningún tipo, a la par que en su art. 4.1 se señala que “un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”. Por ello, el derecho de acceso en el ámbito del Consejo de Europa queda configurado a priori como un derecho a favor de todas las personas procedentes de Estados partes que, con independencia de sus motivos, pueden solicitar acceso a la información sin dar razones de su solicitud.

Más allá de dicho Convenio, resultan destacables por ser recientes y congruentes con lo dicho hasta ahora las siguientes Recomendaciones. En primer lugar, la Recomendación

⁹⁸⁸ Cfr. IV Plan de Gobierno Abierto, España, 2020-2024. Ministerio de Política Territorial y Función Pública, p. 26. Disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:d306cd62-cc0f-40a1-9be8-fe24e10d/IVPlanGobiernoAbierto_ES_vdef.pdf

⁹⁸⁹ Pues en el propio Preámbulo del Convenio 205 del Consejo de Europa justifica entre otros puntos su adopción, considerando la importancia de la transparencia para la sociedad democrática y del derecho de acceso a los documentos públicos para proporcionar una fuente de información pública, ayudar a la formación de la opinión pública libre y fomentar la eficacia y responsabilidad de las autoridades.

de la Asamblea Parlamentaria 2106 (2017) sobre control parlamentario de la corrupción: cooperación parlamentaria con los medios de investigación llama la atención al Consejo de Europa para promover su compromiso con los Estados en orden a que estos mejoren sus respectivas legislaciones sobre transparencia y acceso a la información⁹⁹⁰. En este sentido, la Recomendación del Comité de Ministros (2018) 1, sobre pluralismo en los medios y transparencia en la propiedad de los medios, de 7 de marzo de 2018, destaca por referirse expresamente al derecho de acceso como, “necesario para ejercer la libertad de expresión del art. 10 CEDH”⁹⁹¹. Asimismo, cabría destacar la Recomendación del Comité de Ministros (2018) 4, sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública local, de 21 de marzo de 2018, en la que se compele a los Estados a cumplir con lo dispuesto en el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Oficiales, para que los ciudadanos tengan voz en las decisiones que afectan a su comunidad o les afectan individualmente y se posibilite la transparencia en la toma de decisiones por parte de las autoridades locales, mejorando así la responsabilidad⁹⁹².

Centrándonos ya en el CEDH, y en la labor interpretativa del TEDH, habría que comenzar señalando el importante papel que ambos ejercen en pro de los derechos fundamentales. Por su parte, el CEDH destaca como instrumento jurídico vinculante, constituido como *minimum* para la protección de los derechos en él reconocidos y como referente en la interpretación que de los mismos se lleve a cabo en el ámbito interno⁹⁹³. Por otro lado, el

⁹⁹⁰ En tal sentido véase, Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 2106 (2017) sobre control parlamentario de la corrupción: cooperación parlamentaria con los medios de investigación, de 27 de junio de 2017, punto 1. Disponible en <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbncveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMzkzMyZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIzOTMz>

⁹⁹¹ Recomendación del Comité de Ministros (2018) 1, sobre pluralismo en los medios y transparencia en la propiedad de los medios, de 7 de marzo de 2018, directriz 1.1.2. Expresamente dice, “States have a positive obligation to foster a favourable environment for freedom of expression, offline and online, in which everyone can exercise their right to freedom of expression and participate in public debate effectively, irrespective of whether their views are received favourably by the State or others. Such an environment encompasses the rights to privacy and data protection, and the right to access information on issues of public interest held by public bodies that is necessary for the exercise of the right to freedom of expression”. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680790e13

⁹⁹² Así, véase la Recomendación del Comité de Ministros (2018) 4, sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública local, de 21 de marzo de 2018, Apéndice A.1. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807954c3

⁹⁹³ En el mismo sentido, Vid. CARMONA CONTRERAS, A. “El espacio europeo de los derechos...”, cit. 27. Resulta interesante recordar en este punto la precisión que realiza ESCOBAR ROCA, G. *Nuevos derechos...*, cit., p.69, cuando señala que “los derechos del CEDH o de su interpretación por el Tribunal Europeo no son derechos fundamentales propiamente dichos pero se acercan a ellos, por cuanto nuestro Tribunal Constitucional, pese a señalar que no integran el bloque de constitucionalidad (...), utiliza con relativa frecuencia la autoridad de Estrasburgo (...)”.

TEDH se sitúa como el máximo órgano jurisdiccional encargado de interpretar, supervisar y garantizar el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos adoptados en el ámbito europeo y especialmente del CEDH. En este sentido, puede afirmarse que el TEDH “ejerce desde hace tiempo una decisiva influencia en la conformación europea de los derechos fundamentales”⁹⁹⁴.

Este apartado adquiere una relevancia especial si se atiende al hecho de que la jurisprudencia del TEDH es un factor clave en la interpretación evolutiva de los derechos⁹⁹⁵. La función del Tribunal de Estrasburgo “ha de consistir en realizar una interpretación dinámica del CEDH al que define como «un instrumento vivo que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales»”⁹⁹⁶. En el caso que aquí interesa, será relevante conocer cómo se reconoce el derecho de acceso a la información pública en el CEDH y cuál ha sido el devenir interpretativo del mismo por parte del TEDH⁹⁹⁷. En particular, las llamadas libertades comunicativas se garantizan en el art. 10 CEDH bajo la denominación genérica de libertad de expresión, que ampara “la libertad de opinión” y la “libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”.

El referido art. 10 CEDH no contempla expresamente el acceso a la información pública, sin embargo, ello no ha sido impedimento para que este derecho haya encontrado amparo en el marco de las libertades comunicativas, atendiendo al criterio de la interpretación

En el caso español, como sabemos, el CEDH adquiere gran importancia a tenor del art. 10.2 CE. En este sentido se pronuncia Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. “Acerca de la naturaleza del derecho de acceso a la información pública (A propósito de la STEDH de 28 de noviembre de 2013)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2014, (acceso al recurso en su versión online), p. 1.

⁹⁹⁴ Cfr. CANOSA USERA, R. “La interpretación evolutiva del Convenio...”, cit., p. 79. Tan es así que el TEDH ha sido calificado en su función, de tribunal “cuasiconstitucional europeo”. En tal sentido, Cfr. RIPOL CARULLA, S. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. La influencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007, p.33. En esta misma línea véase, ARNOLD, R. “Reflections on the Universality of Human Rights”, en ARNOLD, R (Ed.) *The Universalism of Human Rights*, Springer, 2013, págs. 6 y 7.

⁹⁹⁵ Como señalan MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “Obligaciones e interpretación (Artículo 1), en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L (Dirs.) *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, p.314, “no hay que olvidar que el rasgo más singular del Convenio Europeo de Derechos Humanos no consiste en su texto de 1950, algo desfasado, sino en su desarrollo normativo y jurisprudencial que se inspira en la evolución de los ordenamientos jurídicos nacionales y en el sistema universal de protección de los derechos fundamentales”.

⁹⁹⁶ Cfr. RIPOL CARULLA, S. *El sistema europeo de protección de los derechos...*, cit., p.31.

⁹⁹⁷ Realizan un interesante y completo estudio sobre el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental analizado en el marco del Consejo de Europa, HINS, W., VOORHOOF, D. “Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, nº3, 2007, págs. 114 y ss.

evolutiva de los derechos⁹⁹⁸. Ha sido gracias a la labor pretoriana del TEDH en esta materia, que el art. 10 CEDH ha adquirido un significativo avance interpretativo y un dinamismo que extiende sus posibilidades a manifestaciones como la que aquí nos ocupa.

3.3.1. Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH

Como ya se expuso en la parte introductoria de este capítulo, la referencia internacional en el ámbito de los derechos resulta obligada en el paradigma del constitucionalismo actual. En el caso presente, dicha mención es especialmente significativa en tanto que la interpretación del art. 10 CEDH realizada por el TEDH es un elemento clave para determinar el alcance y contenido de este derecho a espejo de los Estados. En efecto, como ha destacado CANOSA USERA con carácter general, resulta paradójico que el CEDH se presente como un convenio de mínimos para los Estados cuando muchas veces estos últimos no llegan a la altura de ese mínimo, actuando a resultas de las aportaciones del TEDH⁹⁹⁹.

En el presente caso se suma no sólo una importante labor interpretativa del TEDH, sino además el hecho de que su argumentación en la materia no ha sido lineal. Pueden apreciarse varias etapas evolutivas en la interpretación del derecho de acceso a la información pública a través de la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, las oscilaciones del TEDH convierten su argumentación en un valioso elemento para profundizar en los entresijos del derecho. En una primera aproximación podría decirse, con carácter general, que el TEDH ha pasado de rehuir del reconocimiento del derecho en cuestión a interpretarlo como manifestación de la libertad de recibir información del art. 10 CEDH.

La doctrina ha distinguido tres etapas en la interpretación del TEDH. Primeramente, una etapa inicial, en la que el TEDH es reacio al reconocimiento del derecho de acceso a la información; ni se pronuncia ni ampara tal manifestación en el art. 10 CEDH. En segundo lugar, en una etapa intermedia evoluciona hacia una interpretación más amplia de la libertad de recibir información, dejando abierta la puerta al derecho de acceso como manifestación de aquella. Por último, la tercera etapa de la jurisprudencia del TEDH ya

⁹⁹⁸ Sobre la interpretación evolutiva de los derechos, Cfr. CANOSA USERA, R. “La interpretación evolutiva del Convenio...”, p. 86, señala que “el TEDH, al aplicar el CEDH a una realidad dinámica, forzosamente ha de interpretarlo evolutivamente como un «instrumento vivo». El TEDH es el ejemplo palmario de este modo de entender la evolución del derecho”.

⁹⁹⁹ Vid. CANOSA USERA, R. “La interpretación evolutiva del Convenio...”, cit., p. 82.

es de consolidación, y se caracteriza por dar el paso expreso a reconocer el acceso a la información, el llamado *right to know*¹⁰⁰⁰, como parte de la libertad de información del art. 10 CEDH¹⁰⁰¹.

a) Etapa inicial de la jurisprudencia del TEDH

Los primeros antecedentes jurisprudenciales se sitúan en los asuntos *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, y *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989. El primero resulta de la petición de información personal por parte del afectado al departamento de seguridad del Consejo Nacional de Policía en tanto que disponía de información personal que había impedido su contratación en un museo naval junto a una zona militar prohibida por motivos de seguridad nacional. El TEDH señala en este caso que “la libertad de recibir informaciones prohíbe esencialmente a un Gobierno impedir que una persona pueda recibir información que otros aspiran o pueden consentir en facilitarla”. No obstante, afirma a continuación que “el artículo 10 no concede al individuo el derecho de acceder a un registro en el que figuran informaciones sobre su propia situación, ni obliga al Gobierno a facilitárselas”¹⁰⁰².

En el caso *Gaskin*, el demandante solicita acceso a expedientes personales sobre su propia guarda y custodia cuando era niño, al entender que había sido maltratado en aquel entonces. La finalidad de la petición de tales expedientes era demandar a las autoridades por los daños causados. Curiosamente en este caso el TEDH entendió que se había producido una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH¹⁰⁰³, pero no del art. 10 CEDH. Respecto a este último precepto señala que “no

¹⁰⁰⁰ Sobre esta dimensión amparada en el marco del art. 10 CEDH, véase ERRERA, R. “Freedom of speech in Europe”, en NOLTE, G. (Ed.) *European and US Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2005, p. 30.

¹⁰⁰¹ Sobre las etapas evolutivas de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública pueden consultarse, Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., págs. 184 a 186. Vid. FERNÁNDEZ VIVAS, Y. “Debatiendo: La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana...”, cit., págs. 326 y ss. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., págs. 364 y ss. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 42, 2018, págs. 487 a 502.

¹⁰⁰² TEDH asunto *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, párrafo 74.

¹⁰⁰³ El TEDH entiende vulnerado el art. 8 CEDH en base al argumento reflejado en el párrafo 49 de la TEDH asunto *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989. Señala el TEDH que, “un sistema (...) que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o niega abusivamente su conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el

obliga al Estado demandado a comunicar al interesado las informaciones de que se trata”¹⁰⁰⁴.

Posteriormente, en el asunto *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, el Tribunal trata de dilucidar, en lo que nos interesa, si el art. 10 del CEDH en su modalidad de recibir información, es aplicable a un caso donde las autoridades competentes no facilitaron información a la población afectada por los posibles riesgos de salud y actividades derivadas de una fábrica química. En este supuesto, el TEDH elude pronunciarse sobre la dicotomía entre el acceso a la información y el art. 10 CEDH, recordando que el derecho del público a recibir informaciones se afirma en asuntos relativos a la libertad de prensa y no en supuestos como éste. Así las cosas, el Tribunal zanja el asunto señalando que la libertad contenida en el art. 10 CEDH no puede interpretarse como una obligación positiva para los Estados “de obtención y difusión, *motu proprio*, de las informaciones”¹⁰⁰⁵. En esta situación, y coincidiendo con el caso *Gaskin* anteriormente mencionado, entiende que no hay violación del art. 10 CEDH sino del art. 8 CEDH¹⁰⁰⁶. En efecto, considera el TEDH que el Estado infringe, como obligación positiva dirigida a proteger la vida privada y familiar, el deber de informar a los ciudadanos sobre los posibles riesgos de vivir en las proximidades de dicha área. En concreto, eludir esa obligación suponía impedir en el caso que los afectados pudieran decidir y valorar de manera informada sobre tales riesgos, y en definitiva, la posibilidad de actuar en consecuencia.

En este mismo año y en el mismo sentido que la resolución anterior, se dicta la STEDH *McGinley y Egan c. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998. En este supuesto, se alega la violación del art. 8 CEDH por los demandantes que entienden que se les había ocultado información por parte del Estado que podría haberles sido útil a efectos de determinar si existía nexo causal entre sus problemas de salud y la posible exposición a radiaciones en operaciones militares. El TEDH afirmó que el acceso a la información en el caso podía haber servido para determinar ese posible nexo y valorar los posibles daños. Así,

supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos”.

¹⁰⁰⁴Cfr. STEDH asunto *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, párrafo 52.

¹⁰⁰⁵Cfr. STEDH asunto *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, párrafo 53.

¹⁰⁰⁶ En este sentido la STEDH asunto *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, afirma que “el Tribunal recuerda que los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de las personas y privarlas del disfrute de su domicilio de modo tal que perjudique su vida privada y familiar”. Con esta premisa entiende el TEDH que el Estado no ha cumplido debidamente con sus obligaciones para garantizar el respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, por lo que entiende vulnerado dicho precepto.

existiendo una conexión con la vida privada y familiar, entiende que el caso ha de valorarse a tenor del art. 8 CEDH¹⁰⁰⁷.

De los casos mencionados hasta ahora puede extraerse una conclusión general y es que en esta primera fase el Tribunal no reconoce con carácter general obligaciones positivas hacia los Estados para garantizar la libertad de acceso a la información bajo el amparo del art. 10 CEDH. Por el contrario, mantiene una concepción “liberal”¹⁰⁰⁸ consistente en “prohibir a los Gobiernos que impidan que una persona pueda recibir información que otros aspiran o pueden consentir en facilitarla”, es decir, una dimensión pasiva no integracionista o prestacional. En este periodo, los casos en los que el TEDH discutía la posible vulneración del derecho de acceso a la información, catalizan a través del art. 8 CEDH¹⁰⁰⁹. En otras palabras, durante este periodo el TEDH evitaba tener que pronunciarse sobre si la libertad de recibir información del art. 10 CEDH abarcaba o no un hipotético derecho de acceso a la información pública puesto que los casos de acceso a la información se encauzaban por su relación con otros derechos como la vida privada del solicitante (art. 8 CEDH), o en su caso, con el debido proceso (art. 6 CEDH).

No obstante, pese a que durante esta primera etapa el TEDH no derive obligaciones positivas para los Estados en el marco del art. 10 CEDH, al entender que no están obligados a facilitar información al amparo de dicho precepto, sí acepta en supuestos muy determinados la concurrencia de posibles obligaciones positivas vinculadas a la vida privada. Se trata de casos en los que se reconoce el acceso a alguna información cuando concurrieran circunstancias que pudieran afectar a la vida privada del particular y que implicasen a otros bienes o intereses protegidos como el medio ambiente o la salud¹⁰¹⁰.

b) Etapa intermedia en la jurisprudencia del TEDH

Poco después se abría paso a una fase intermedia, aun cautelosa con el reconocimiento del derecho de acceso a la información, pero más consciente y comprometida con éste. Tradicionalmente, la función democrática de comunicar información se venía

¹⁰⁰⁷ Vid. STEDH *McGinley y Egan c. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998, párrafo III.1.

¹⁰⁰⁸ Se refiere en tales términos a la visión liberal originaria del TEDH en la materia, Vid. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit., págs. 488 y 489.

¹⁰⁰⁹ Esta misma idea se reitera en las STEDH asunto *Odièvre c. Francia*, de 13 de febrero de 2003, párrafo 40; asunto *Sîrbu y otros c. Moldavia*, de 15 de junio de 2004, párrafo 18; asunto *Roche c. Reino Unido*, de 19 de octubre de 2005, párrafo 162.

En la misma línea, Vid. CIDH, Relatoría especial para la libertad de expresión. *Estudio especial sobre el derecho...*, cit., párrafo 52.

¹⁰¹⁰ Vid. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit., p.492.

atribuyendo a la prensa, en calidad de *watchdog* o perro guardián sobre asuntos públicos que contribuyen a la formación de la opinión pública. Ahora bien, en el asunto *Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004, se aprecia una evolución del Tribunal en este sentido. En este caso, el TEDH considera que la ONG implicada en el asunto, que estaba especializada en materia de medio ambiente, ejerce una función democrática de perro guardián similar a la de la prensa, toda vez que llama la atención sobre disfuncionalidades del sector público en un asunto sensible de interés general y contribuye a la transparencia de las actividades públicas¹⁰¹¹.

Sin embargo, encontramos otro caso similar donde también intervenía una ONG solicitando información sobre un proyecto de una central nuclear, asunto *Sdruženi Jihočeské Matky c. República Checa*, de 10 de julio de 2006, en el que el Tribunal falla contra el derecho de acceso a la información pública. La razón que le lleva a tomar tal decisión es que no puede derivarse del Convenio un derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos, limitándolo por razones de respeto a los derechos de terceros, la seguridad y la salud¹⁰¹².

La postura del TEDH no terminaba de estar clara y se advertía una duda de fondo sobre si el derecho de acceso a la información debía o no comprenderse en el art. 10 CEDH. Pero a partir de 2006, el TEDH se inclina favorablemente hacia esa interpretación amplia del art. 10 CEDH. Como apunta FERNÁNDEZ RAMOS, el Tribunal estuvo para ello posiblemente influenciado por la referida sentencia de la CIDH, asunto *Claude Reyes*, de 19 de septiembre de 2006¹⁰¹³. Concretamente, es a partir de 2009 cuando se sitúa de manera definitiva la segunda fase de la evolución interpretativa del TEDH. En este año, la posición del TEDH se muestra ya claramente a favor de una interpretación pro acceso, vía art. 10 CEDH.

Destacan en esta etapa los importantes asuntos *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009 y *Kenedi c. Hungría*, de 26 de mayo de 2009. Respecto al caso *Társaság*, el TEDH afirma en este caso que la función de *watchdog*, propia de la prensa, no sólo ha de limitarse a ésta sino también a las ONG cuando participen en la creación de

¹⁰¹¹ Vid. STEDH asunto *Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004, p. 42.

¹⁰¹² STEDH asunto *Sdruženi Jihočeské Matky c. República Checa*, de 10 de julio de 2006.

Sobre esta sentencia puede consultarse con mayor profundidad, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 13, 2017, p. 198.

¹⁰¹³ Así, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 198.

foros de debate públicos, contribuyendo democráticamente a la formación de la opinión pública¹⁰¹⁴. Los hechos que dan lugar al caso consisten en la denegación de acceso a determinada información a una ONG sobre un recurso de inconstitucionalidad en contra de determinadas enmiendas al Código Penal húngaro en materia de drogas.

Ahora bien, lo verdaderamente interesante de esta sentencia es que cuando el TEDH efectúa el juicio de ponderación, da un paso más vinculando el derecho a recibir información del Convenio y el derecho de acceso a la información pública¹⁰¹⁵. A tal efecto, comienza recordando su jurisprudencia anterior en la materia señalando que el art. 10 CEDH no confiere a los individuos un derecho de acceso a los registros que contienen información de su situación personal, ni conlleva la obligación positiva de los gobiernos de tener que facilitarla. Subraya además que es difícil derivar del Convenio un derecho de acceso general a los datos y documentos administrativos. No obstante, acto seguido reconoce abiertamente que “el tribunal ha avanzado últimamente hacia una interpretación amplia del derecho a recibir información, y por tanto hacia el reconocimiento del derecho de acceso a la información”¹⁰¹⁶.

Por su parte, el asunto *Kenedi* trae causa de la denegación de acceso a determinada información por motivos de seguridad nacional, por parte de las autoridades a un historiador especializado en el funcionamiento de los servicios secretos en regímenes dictatoriales que pretendía publicar un estudio histórico sobre el servicio de seguridad del Estado húngaro. En este caso, el TEDH se reafirma en lo declarado en el caso *Társaság* y señala que el acceso a fuentes de información documental para una legítima investigación histórica es un elemento esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de información, y que la actitud renuente del Estado a facilitar la información puede suponer un tipo de censura previa, vulnerándose el art. 10 CEDH¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ Vid. STEDH asunto *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009, págs. 26 y 27. En este mismo sentido se pronuncia posteriormente el TEDH (Gran Sala) en el asunto *Animals Defenders International c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013, p. 103 y asunto *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Austria*, de 28 de noviembre 2013, párrafo 34.

¹⁰¹⁵ En este mismo sentido véase, Vid. ABAD ALCALÁ, L. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 29; Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., págs. 198 y 199.

¹⁰¹⁶ Vid. STEDH asunto *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009, p. 35. El TEDH afirma literalmente que, “Nevertheless, the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of “freedom to receive information” (see *Sdružení Jiho#eské Matky c. la République tchèque* (dec.), no. 19101/03, 10 July 2006) and thereby towards the recognition of a right of access to information”.

¹⁰¹⁷ Vid. STEDH asunto *Kenedi c. Hungría*, de 26 de mayo de 2009, p. 43.

En línea con ABAD ALCALÁ, L. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 30, de este caso podemos extraer un paralelismo entre el plano internacional europeo y el nacional. Ya que el TEDH en esta sentencia vincula el derecho de acceso a la información y la actividad investigadora con la libertad de información.

En la STEDH (Gran Sala), asunto *Gillberg c. Suecia GS*, de 3 de abril de 2012, el TEDH reitera que “el derecho a recibir e impartir información forma parte explícita del derecho a la libertad de expresión en virtud del artículo 10. Ese derecho básicamente prohíbe a un Gobierno restringir que una persona reciba información que otros desean o pueden estar dispuestos a compartir (...)”¹⁰¹⁸.

Sentados tales precedentes interpretativos, se llega a la importante sentencia asunto *Youth Initiative for Humans Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013. Las circunstancias del caso se desenvuelven en torno a la negativa por parte de la agencia de inteligencia serbia de permitir a una ONG el acceso a información relativa a video vigilancia, aun cuando existía una decisión firme para la entrega de dicha información. En tales circunstancias, el TEDH, apoyándose en los asuntos *Társásag y Kenedi*, recuerda que la libertad de recibir información comprende un derecho de acceso a la información¹⁰¹⁹ y concluye afirmando que la ONG se vio afectada en su derecho a la libertad de expresión por cuanto tenía un interés legítimo en conseguir dicha información para compartirla y contribuir al debate público.

Esta sentencia resulta interesante también por contener una relevante opinión concurrente de los jueces SAJÓ y VUČINIĆ, a la luz de la evolución jurisprudencial del TEDH y del Convenio del Consejo de Europa 205, sobre acceso a documentos oficiales de 2009. Dicha opinión, los jueces llevan a cabo tres precisiones, que contienen orientaciones generales a la luz de los últimos pronunciamientos del TEDH: 1) debido al mundo digitalizado y de Internet, la diferencia entre prensa y otros miembros del público cada vez es menor, debiendo favorecerse a todas las personas en pro de la transparencia en el seno de una sociedad democrática; 2) el caso plantea un problema de obligaciones positivas del Estado, siendo difícil distinguir en supuestos de acceso a la información entre obligaciones positivas y negativas. Es más, en este sentido resaltan que la complejidad en el tratamiento de los datos hace que una prohibición de acceso no baste para suponer satisfecho el efectivo ejercicio del derecho; 3) una eventual distinción artificiosa entre acceso a datos públicos y aquellos de interés particular, puede obstaculizar el acceso a la información pública en virtud del art.10 CEDH¹⁰²⁰.

Nexo que en nuestro ordenamiento interno va muy de la mano con lo establecido en los apartados a, b y c del art. 20.1 CE

¹⁰¹⁸ Cfr. STEDH (Gran Sala), asunto *Gillberg c. Suecia GS*, de 3 de abril de 2012, p. 83.

¹⁰¹⁹ Vid. STEDH asunto *Youth Initiative for Humans Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013, p. 20.

¹⁰²⁰ Vid. Opinión concurrente conjunta de los jueces SAJÓ y VUČINIĆ.

En 2015, aporta un nuevo matiz el asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015. En este caso, la demandante era activista de una ONG que, no obstante, actuó a título particular. La demandante llevó a cabo en distintos momentos tres requerimientos de acceso a información al alcalde de un municipio sobre animales extraviados acogidos, presupuestos municipales destinados a ello y organizaciones de recogida de animales con las que se había contratado. Las solicitudes de información fueron denegadas por el alcalde y, respectivamente, recurridas por la representante de la asociación de animales, concluyendo los tribunales en los tres casos que debía proveerse dicha información por ser de alto interés público. Sin embargo, tal información nunca se facilitó a la demandante.

El TEDH reitera lo señalado hasta ahora pero hace un inciso interesante por razón del sujeto que interpone la demanda¹⁰²¹. Esto es, observa el TEDH que, “la demandante interpone la demanda a título particular como individuo y que la asociación a la que representa no había demandado. Sin embargo, considerando que el propósito por el que se solicitó la información era informar al público, en el contexto de su trabajo para la asociación de animales (...) estaba envuelta en la legítima recopilación de información de interés público con el propósito de contribuir al debate público”¹⁰²². Precisa además el Tribunal que el alcalde era “una autoridad pública que no actuó para implementar las sentencias definitivas a favor de la demandante, pese a estar obligado a hacerlo por ley. Consecuentemente, el rechazo del alcalde a actuar conforme a la resolución final, constituye una interferencia directa con el derecho a recibir información de la demandante y con el derecho a impartir información, consagrado en el art .10.1 CEDH”¹⁰²³.

En este supuesto la clave es que el TEDH “dio un paso más en ampliar la legitimidad activa del art. 10 CEDH desde los informantes profesionales a las sociedades no gubernamentales y a las personas particulares”¹⁰²⁴. Por tanto, se deriva una consecuencia

Cabe también destacar en este mismo año la STEDH asunto *Österreichische Vereinigung Zur Erhaltung, Stärkung y Schaffung c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013. En torno a esta sentencia se ha referido expresamente cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. “Acerca de la naturaleza...”, cit., p. 8, señalando que ha sido “un avance, limitado y concreto, pero destacable, en la integración del derecho de acceso a la información (...) dentro de la libertad de información contemplada en el artículo 10 CEDH”, pues viene a reiterar todo lo dicho hasta ahora por el TEDH.

¹⁰²¹ Parece ser objeto de controversia en el seno del propio TEDH, pues en relación a los intereses en juego en el presente caso, el juez MAHONEY disiente de la opinión de la mayoría considerando que “es difícil entender como la sentencia logra descubrir el art. 10 tal derecho para la presenten demandante sobre la base de su interés mucho más débil y totalmente general como perro guardián público”, p.3.

¹⁰²² Cfr. STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, p. 55.

¹⁰²³ Cfr. STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, p. 56.

¹⁰²⁴ Cfr. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit. p. 503. Tal como expresa el autor “el TEDH extiende esta titularidad a sujetos

determinante a favor del derecho de acceso a la información pública y es su extensión a favor de particulares que de alguna forma realicen actividades vinculadas al debate público.

No obstante, el hecho de que el sujeto legitimado para la solicitud de información tenga que tener cierta cualificación por razón de su actividad, es objeto de una interesante crítica en la opinión disidente efectuada en el caso por el juez WOJTYCZEK. Aun cuando considera que la solución del Tribunal es inconsistente o contradictoria en ciertos puntos, advierte dos ideas esenciales: 1) Que “el rechazo a proveer información solo puede ser considerado una interferencia con los derechos garantizados en el artículo 10 si el derecho a que se proporcione información es aceptado como parte integral del art. 10 CEDH”¹⁰²⁵; 2) Que el Tribunal en la solución aportada al presente caso, implícitamente está realizando una diferenciación obsoleta entre dos grupos o categorías. Por un lado, la prensa y las ONG y por otro el resto de personas, otorgando una protección más fuerte a los primeros¹⁰²⁶. Por eso, en este punto el juez refleja la transición que hemos efectuado de un contexto en el que el derecho de acceso aún no estaba garantizado y la prensa era la que tenía el monopolio en la transmisión de información, a la sociedad de la información actual. Hoy en día el desarrollo de las TIC ha debilitado ese papel monopolizador de guardián a favor de la prensa, siendo en parte ahora todos los ciudadanos vigilantes públicos. Todos tenemos acceso a distintos recursos informativos y participamos en el debate público a través de distintas vías, principalmente a través de Internet¹⁰²⁷.

particulares o individuales, siempre y cuando sus actividades estén relacionadas con la recopilación legítima de información de interés público con el propósito de contribuir al debate público”.

¹⁰²⁵ Cfr. Opinión disidente del juez WOJTYCZEK, p. 6, a la STEDH asunto *Guseva vs. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015. El juez señala expresamente en este punto que “I note that the reasoning in the judgment is inconsistent on the following point. On one hand, the majority recognises in paragraph 35 that Article 10 cannot be read as guaranteeing general access to information. At the same time, no right of access to information, limited to certain specific domains, has been invoked in the instant case. On the other hand, a refusal by the authorities to provide information is considered to be an unjustified interference with Article 10. Yet a refusal to provide information can only be considered to be an interference with the rights guaranteed in Article 10 if the positive right to have information provided is accepted as an integral part of Article 10”.

¹⁰²⁶ Esta puntualización del juez resulta sumamente interesante. Al respecto señalaba Cfr., el juez WOJTYCZEK en su opinión disidente, p. 7, a la STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, que “la sociedad democrática es (...) una comunidad de perros guardianes. La vieja distinción entre periodistas y otros ciudadanos está ya obsoleta. En este contexto, la jurisprudencia hasta ahora sobre las funciones de la prensa parece desactualizada a 2015 y deberá adaptarse a los últimos desarrollos sociales. (...) No veo porque los dos grupos señalados por la mayoría deberían disfrutar de un mejor protegido acceso a la información. El acceso a la información no debería depender del estatus de la persona que requiere la información”.

¹⁰²⁷ Así se expresa, Vid., el juez WOJTYCZEK en su opinión disidente, p. 7, a la STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015.

c) Tercera etapa evolutiva en la jurisprudencia del TEDH

La postura del TEDH con la que se marca la tercera etapa evolutiva en la interpretación del derecho de acceso a la información viene determinada por la paradigmática STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016. Este caso marca la tercera etapa evolutiva en la interpretación del derecho de acceso a la información por parte del TEDH pues ya no sólo considera relevante que la persona busque acceder a la información para transmitirla al público como perro guardián, –ya sea en calidad de prensa, ONG o investigadores académicos y autores sobre cuestiones de interés público–. Ahora también extiende esta misma misión, amparado en el art. 10 CEDH, a los *bloggers* y usuarios populares de las redes sociales, en atención al relevante papel que hoy día juega Internet para facilitar el acceso a las noticias y la difusión de información¹⁰²⁸.

No sólo resulta relevante este asunto por lo señalado en el párrafo precedente sino que, además, el TEDH construye a partir del mismo su doctrina detallada en torno al carácter fundamental del derecho de acceso en conexión con el art. 10 CEDH. Es por ello que el asunto *Magyar* viene considerándose como punto de inflexión en la doctrina del TEDH, actuando de influencia clara en la jurisprudencia posterior. Culmina así el TEDH por sentar su postura tendencialmente positiva a lo largo de los años precedentes, resolviendo la cuestión dogmática sustantiva de si el derecho a recibir información del art. 10 CEDH puede amparar el derecho de acceso a la información pública.

Las circunstancias que dan lugar al presente asunto se desenvuelven en el marco de la solicitud de información efectuada por una ONG (*Magyar Helsinki Bizottság*) a diversas comisarías de policía sobre el nombre de abogados defensores designados de oficio así como a información relacionada con esto. El propósito de tal solicitud de información era realizar un estudio dirigido a mejorar el sistema de designación de los abogados de oficio, y para ello era necesario comprobar si existían discrepancias en dicho sistema con el que se estuviera perjudicando el derecho de defensa de los acusados. Sin embargo, pese a la alegación del interés público subyacente en la solicitud por contribuir al debate sobre un asunto de relevante interés general, dicha información le fue denegada por las autoridades nacionales al considerarse que la información solicitada afectaba a la protección de datos, y su divulgación lesionaba el art. 8 CEDH.

¹⁰²⁸ Vid. STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, p. 168.

En este contexto es donde el TEDH aclara que, bajo determinadas circunstancias, el derecho de acceso a la información pública puede constituirse en presupuesto del derecho a recibir y comunicar información y, por tanto, su denegación conllevar una vulneración del art. 10 CEDH¹⁰²⁹. Así, a partir del caso *Magyar* –como expresamente se ha reconocido en la STEDH, asunto *Bubon c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017–, se establecen los principios generales aplicables en la materia¹⁰³⁰.

En el asunto *Magyar*, el Tribunal profundiza sobre la naturaleza jurídica del derecho en cuestión, elaborando un test de iusfundamentalidad en base a una serie de criterios que determinaran su vinculación o no con el art. 10 CEDH¹⁰³¹. La clave y novedad que aporta el caso radica en que la superación de dichos criterios constituye el parámetro iusfundamental del derecho de acceso a la información por parte del TEDH¹⁰³². Así, aunque inicialmente el Tribunal señala que

“el artículo 10 no confiere al individuo un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública ni obliga al Gobierno a transmitir dicha información” (...) tal derecho u obligación puede surgir, en primer lugar, cuando la divulgación de la información ha sido impuesta por una orden judicial (...) y, en segundo lugar, en circunstancias en que el acceso a la información es instrumental para el ejercicio individual de su derecho a la libertad de expresión, en particular "la libertad de recibir e impartir información" y donde su negación constituye una interferencia con ese derecho”¹⁰³³.

Con esta última afirmación el TEDH está reconociendo que el derecho acceso a la información pública formará parte instrumental del art. 10 CEDH, cuando su denegación pueda suponer efectivamente un menoscabo al derecho a recibir información garantizado en dicho precepto.

¹⁰²⁹ Vid. STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, p. 155.

¹⁰³⁰ STEDH asunto *Bubon c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017, párrafo 38.

¹⁰³¹ Analizan los elementos que constituyen el test de valoración del TEDH en el caso *Magyar*, Federación Española de Municipios y Provincias. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental”, en *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 34 a 35 y 41 a 48; COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., págs. 269 y 270.

¹⁰³² Asimismo, Vid. CORCHETE MARTÍN, M. J. “Artículo 105”, en PÉREZ TREMPES, P., y SAIZ ARNAIZ, A (Dirs.) MONTESINOS PADILLA, C (Coord.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (Preámbulo a artículo 96). Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.1530.

¹⁰³³ STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafo. 156.

A fin de determinar cuándo ha de entenderse que la denegación del derecho de acceso a la información interfiere con la libertad de recibir información del art. 10 CEDH, el Tribunal establece una serie de criterios:

1) Finalidad de la solicitud de información

Conforme a este criterio, el TEDH tiene en cuenta que “la recopilación de la información sea un paso preparatorio relevante en las actividades periodísticas o en otras actividades que creen un foro o constituyan un elemento esencial para el debate público”¹⁰³⁴. A tal efecto, circunscribe el derecho de acceso a la información en el art. 10 CEDH, si la solicitud de información va dirigida a contribuir al debate público permitiendo a los demás el ejercicio de la libertad de expresión e información.

En este orden de cosas, conviene hacer una precisión relativa a la motivación de la solicitud. Como se apuntaba anteriormente, el asunto *Magyar* constituye el referente en la jurisprudencia posterior del TEDH, al ser el punto de inflexión hasta el momento en el reconocimiento del acceso a la información pública como derecho susceptible de garantía en el marco del CEDH. Por ello, no es de extrañar que sus concretas circunstancias hayan determinado la posición del TEDH y, por ende, condicionado en parte el desarrollo dogmático del test de iusfundamentalidad.

Tal como se presentan las concretas circunstancias del caso, la motivación de la solicitud de información efectuada por la ONG adquiere relevancia –siquiera indirectamente– porque sirve en definitiva al TEDH para justificar y entender satisfecho el elemento de la finalidad pública. En este sentido, la ONG sostuvo que la información solicitada iba referida a una cuestión de interés público general, ya que “su objetivo era proporcionar antecedentes para el debate público sobre el funcionamiento del sistema designación de abogados defensores de oficio y, en particular, la distribución de nombramientos (...)”¹⁰³⁵.

El encuadre de la solicitud bajo tal justificación hace, sin quererlo expresamente, que la motivación se instrumentalice para valorar el requisito de la finalidad de la solicitud. Es decir, las concretas circunstancias del caso focalizan la valoración de la finalidad de la solicitud hacia la motivación de la misma. Esta cuestión no queda expresamente manifiesta en el caso *Magyar*, ni tampoco resulta especialmente problemática ni

¹⁰³⁴ STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafo 158.

¹⁰³⁵ Cfr. STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafo 95.

destacada en la argumentación del Tribunal. Sin embargo, como se verá en un caso posterior dictado por el TEDH, ese enfoque apuntado en *Magyar* evoluciona hacia una interpretación estricta acerca de la concurrencia de la motivación. Como habrá ocasión de analizar a propósito del asunto *Studio Monitori y Otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, el Tribunal ya sí presta especial atención a la falta de motivación de la solicitud como elemento determinante para considerar no satisfecho el requisito de la finalidad de la solicitud y, por ende, no superado el test de iusfundamentalidad.

No obstante, a los efectos que ahora interesan conviene apuntar que la aproximación del TEDH en este punto ha sido cuestionada como llamativa¹⁰³⁶. Ya que, aunque la motivación haya adquirido protagonismo en la construcción teórica elaborada por el TEDH, no es un elemento exigido por la normativa del Consejo de Europa en la materia. Concretamente, el art. 4.1 del Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos prescribe que “un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”. En la misma línea, el Comité de Ministros del Consejo de Europa señaló en su Recomendación n.º R (81) 19, que “el acceso a la información no podrá denegarse por el hecho de que el solicitante no tenga un interés específico en el asunto”¹⁰³⁷. Por su parte, la Recomendación (2002) 2 sobre el acceso a los documentos oficiales, reconoce que el solicitante de un documento oficial no debería estar obligado a dar razones para tener acceso a documentos oficiales¹⁰³⁸.

Este aspecto será objeto de valoración personal en la defensa que se efectúe sobre la naturaleza jurídica del derecho. No obstante, resulta interesante hacer una breve comparativa sobre este aspecto atendiendo a la motivación según el test elaborado por el TEDH y el ámbito nacional interno español¹⁰³⁹. A los efectos apuntados, el TEDH ampara

¹⁰³⁶ En este sentido, VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “Studio Monitori and Others v. Georgia: Access to Public Documents Must Be ‘instrumental’ for the Right to Freedom of Expression”. *Strasbourg Observers, Human Rights Centre UGent*, 23 de marzo de 2020, han calificado de sorprendente y extraño el pronunciamiento del TEDH en este punto.

¹⁰³⁷ Recomendación del Comité de Ministros, Consejo de Europa, No. R (81) 19, 25 de noviembre de 1981. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f7a6e>

¹⁰³⁸ Recomendación del Comité de Ministros, Consejo de Europa Rec (2002)2, de acceso a los documentos oficiales, apartado V.1. Disponible en: <https://rm.coe.int/16804c6fcc>

¹⁰³⁹ Sobre este punto resulta interesante la opinión de MIR PUIGPELAT, O. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 60, al puntualizar que “a diferencia del TEDH, condicionado lógicamente por el tenor literal del artículo 10 CEDH y el alcance y configuración que corresponden a un derecho fundamental como el de la libertad de información, las Administraciones, las autoridades de garantía y los jueces españoles que conozcan de solicitudes de acceso a información pública no pueden denegarlas en función de la finalidad perseguida y de su carácter altruista o egoísta, finalidad que puede ni siquiera constar en la

bajo el parámetro de iusfundamentalidad aquella información de interés público que persiga formar la opinión pública y garantizar la libre expresión e información de las personas. Ello es así porque el TEDH construye el estándar de iusfundamentalidad bajo la prescripción del art. 10 CEDH. Sin embargo, el derecho de acceso a la información pública por el momento se configura en España de forma autónoma a la libertad de información, y la finalidad con que se solicite la información queda en principio al margen de la configuración legal del derecho.

La regulación prevista a tenor de la LTAIBG no exige motivar una concreta finalidad en la solicitud de información y, en consecuencia, le son ajenos los fines altruistas, personales o egoístas con los que se solicite. Por ello, la falta de motivación no puede por sí sola ser causa de denegación de la solicitud, si bien puede ser objeto de valoración en caso de que se aporte¹⁰⁴⁰ para resolver la colisión con otros intereses en conflicto. En tal sentido, debe mencionarse la STS 1519/2020, 12 de noviembre de 2020, de la que resulta que no sólo la información de interés público puede contribuir al debate, sino también la información de interés particular –siquiera indirectamente–, puede contribuir “a esa finalidad de la LTAIBG, reseñada en su preámbulo, de fiscalización de la actividad pública que contribuya a la necesaria regeneración democrática, promueva la eficiencia y eficacia del Estado y favorezca el crecimiento económico”¹⁰⁴¹.

2) Naturaleza de la información solicitada

La aproximación efectuada por el TEDH sobre el interés público de la información, parte de la afirmación de que la valoración de este elemento requiere atender a las concretas circunstancias del caso. No obstante, el TEDH facilita una serie de criterios orientativos para proteger la divulgación de información de naturaleza pública en el art. 10 CEDH. Entiende el Tribunal que,

“tal necesidad puede existir cuando, entre otras cosas, la divulgación proporciona transparencia sobre la manera de gestionar los asuntos públicos y sobre asuntos de interés

petición. Solo pueden valorar la concurrencia o no de los límites al acceso previstos en los artículos 14 y 15 (...) y, en su caso, tener en cuenta dicha finalidad (cuando conste) y la naturaleza de la información solicitada (que tenga o no interés público), cuando efectúen el juicio de ponderación y decidan si debe prevalecer el acceso o el bien jurídico que pueda verse perjudicado por el mismo”.

¹⁰⁴⁰ En este sentido preceptúa el art. 17.3 LTAIBG que “El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”.

¹⁰⁴¹ STS 1519/2020, 12 de noviembre de 2020, FJ4, apartado 2º.

para la sociedad en su conjunto, y que por tanto permite la participación en la gestión pública por parte del público en general”¹⁰⁴².

En tal sentido, considera de interés público asuntos relacionados con

“materias que afectan al público hasta tal punto que legítimamente puede interesarse en ellos, que atraen su atención o que lo preocupan significativamente, especialmente porque afectan al bienestar de los ciudadanos o vida de la comunidad. Éste también es el caso respecto a asuntos que pueden generar una controversia considerable, que conciernen a un problema social importante o que conllevan un problema sobre el que el público estaría interesado informarse”. Concreta además que, “el interés público no puede reducirse a la sed del público por información sobre la vida privada de los demás, o al deseo de una audiencia de sensacionalismo o incluso voyeurismo. Para determinar si una publicación se relaciona con un tema de importancia general, es necesario evaluar la publicación en su conjunto, teniendo en cuenta el contexto en el que aparece”¹⁰⁴³.

Estos dos primeros requisitos, esto es, la finalidad de la solicitud de información y el interés público de la misma están claramente vinculados en la interpretación efectuada por el TEDH, en la medida en que la finalidad a la que se destine el acceso a la información va a ir de la mano de su interés público o no¹⁰⁴⁴. No obstante, visto desde el prisma nacional, y según se apuntaba en el apartado anterior, puede suceder que se solicite información en base a fines particulares, que no obstante tuviera interés público por transparentar a la sociedad un asunto que fomenta el escrutinio y control por parte de la opinión pública.

3) Rol del solicitante de la información

Para valorar la concurrencia o no de este elemento subjetivo por razón del solicitante, el Tribunal considera importante que se busque la información como perro guardián con la finalidad de informar al público. Ahí radica la clave para que el TEDH haya otorgado una especial posición a favor de los periodistas para promover el debate público y garantizar el derecho de acceso a la información pública. No obstante, posteriormente ha ido

¹⁰⁴² STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafo 160.

¹⁰⁴³ STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafo 162.

¹⁰⁴⁴ En esta misma línea se pronuncia Cfr. COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, cit., p. 289, al señalar que “la información solicitada por sí misma puede no dar pistas sobre su interés público si no va vinculada con la finalidad que se persigue”.

ampliando esa misma labor a favor de ONG, investigadores académicos y autores de literatura, hasta reconocerla a favor de *bloggers* y usuarios populares de redes sociales¹⁰⁴⁵. De esta forma, el Tribunal cobija el acceso a la información en el art. 10 CEDH cuando el solicitante de la información lleve a cabo tareas de vigilante público, dirigidas a mejorar y facilitar la libertad de expresión e información de los demás. Esto es, el acceso a la información debe hacerse verdaderamente instrumental para el ejercicio de la libertad de expresión e información del solicitante, en tanto que afecta a la labor de escrutinio público que lleva a cabo con su actividad. En esta línea, el propósito de la solicitud de información debe estar dirigido a contribuir a la formación del debate público.

De lo anterior puede observarse una tendencia favorable a ampliar los sujetos que se entienden cualificados para el ejercicio de derecho de acceso a la información pública en el marco del Convenio. Ese salto en reconocer la posición informativa especial de la prensa a favor de *bloggers* y usuarios populares de Internet, no es más que una consecuencia lógica de la deriva tecnológica y del desarrollo de la sociedad de la información. Me sumo en este sentido a las consideraciones que efectuaba en su voto particular disidente el juez WOJTYCZEK a la STEDH *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015. Justamente, lo que pone de manifiesto la sociedad de la información es el desdibujamiento de las fronteras que tradicionalmente otorgaban un estatus cualificado a los profesionales de la información respecto de los ciudadanos de a pie¹⁰⁴⁶.

En la actualidad sin embargo, es cuestionable que solo se otorgue a favor de determinados sujetos ese rol inspector de perro guardián, pues las herramientas que nos brinda Internet y en general las TIC, permiten hablar ya de una “comunidad de perros guardianes”¹⁰⁴⁷. Estas consideraciones, en definitiva, son las que subyacen para que el TEDH haya reconocido en el caso *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, el derecho de acceso a la información pública a favor de una persona que actuaba a título particular, si bien vinculada con una ONG de la que formaba parte. En este mismo orden de cosas, entiendo que es la inercia que permitirá la consolidación del derecho de acceso a la información. De este modo la protección del derecho de acceso a la información *ex art. 10 CEDH* no pueda limitarse a un mero reconocimiento aislado que pase inadvertido, sino

¹⁰⁴⁵ STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafos 164 a 168.

¹⁰⁴⁶ Profundiza sobre esta idea el juez WOJTYCZEK en su voto particular disidente a la STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, párrafo 7.

¹⁰⁴⁷ Cfr. STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, párrafo 7.

generalizarse a favor de cualquier persona que –con independencia del rol o labor que desempeñe– contribuya al debate público como *watchdog*.

En esta línea, VOORHOOF y FATHAIGH, señalan que “la mayoría de las leyes nacionales y las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho de acceso a los documentos públicos son aplicables a “toda persona”, sin necesidad de demostrar un interés específico”¹⁰⁴⁸. Y, en este sentido, remarcan el art. 2.1 del Convenio 205 del Consejo de Europa, de 18 de junio de 2009, sobre el acceso a los documentos públicos, que señala que “cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas”.

Así las cosas, cabría concluir que existe una tendencia aperturista del TEDH, que ha ido extendiendo los sujetos protegibles al amparo del art. 10 CEDH. No obstante, cabe insistir en la relevancia que ostenta en la sociedad de la información actual el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública sin distinción del estatus formal del solicitante. Hoy, los ciudadanos interactúan en el proceso de comunicación pública no solo como receptores de información, sino como comunicantes de la misma. De esta forma, la valoración del requisito del rol del solicitante tendría más sentido desde una perspectiva material donde se valore el interés público derivado del acceso a la información, y no tanto desde una perspectiva formal ligada al estatus personal del solicitante¹⁰⁴⁹.

4) Información lista y disponible

El último de los requisitos desarrollado por el TEDH para valorar la conexión del acceso a la información con la libertad de información del art. 10 CEDH, deriva de la exigencia de que la información esté lista y disponible. Esto es, que no requiera recopilación de datos por el gobierno. Este requisito va además en línea con uno de los principios clásicos del TEDH bajo el que interpreta el art. 10 CEDH. En el sentido de que tal precepto no

¹⁰⁴⁸ Cfr. VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “Studio Monitori and Others...”, cit.

¹⁰⁴⁹ En la misma línea señala COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, cit, p. 289, que “este criterio será fácilmente desbordado en el futuro, puesto que si la finalidad del acceso es pública y se solicita información pública, será bien difícil restringir la protección especial sólo por la naturaleza del sujeto. En cualquier caso, si los solicitantes pertenecen a los colectivos mencionados habrá una presunción favorable a dotar de la protección iusfundamental”.

puede interpretarse como una obligación positiva para los Estados “de obtención y difusión, *motu proprio*, de las informaciones”¹⁰⁵⁰.

En todo caso, si se denegara la información estando disponible sería un criterio a tener en cuenta respecto de la posible interferencia con el derecho a comunicar y recibir información¹⁰⁵¹.

Al respecto cabría también señalar que el TEDH no parece contemplar la posibilidad de una reelaboración básica, que en muchos casos puede ser necesaria para hacer disponible la información siempre que no suponga una carga excesiva para el órgano requerido. Esta consideración ha sido admitida en España, ya que aunque el art. 18.1.c) LTAIBG contempla como causa de inadmisión de la solicitud, las “relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”, ha sido objeto de precisión por la jurisprudencia del TS. Cabe recordar a tal efecto la STS 306/2020, 3 de marzo de 2020, que, como ya se analizó a propósito del estudio de la LTAIBG, clarifica que “ciertamente, el suministro de información pública, a quien ha ejercitado su derecho al acceso, puede comprender una cierta reelaboración, teniendo en cuenta los documentos o los datos existentes en el órgano administrativo. Ahora bien, este tipo de reelaboración básica o general, como es natural, no siempre integra, en cualquier caso, la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013”¹⁰⁵². Por tanto, según el criterio del TS, no toda reelaboración encaja en la causa de inadmisión prevista en la ley.

Esa matización por parte del TEDH podría ser importante a efectos de que el requisito de que la información esté lista y disponible, no termine reduciendo o limitando el derecho de acceso a la información pública en exceso.

Resultan pues determinantes estos cuatro criterios para constituir el estándar de fundamentalidad elaborado por el TEDH a expensas del art. 10 CEDH. Resta decir que la determinación de si concurren o no los cuatro criterios establecidos en el caso *Magyar*, deberá atender a las concretas circunstancias del caso. En este sentido, y una vez superado el estándar establecido por el TEDH para considerar el derecho de acceso a la información pública como manifestación del art. 10 CEDH, habrá que proceder al concreto juicio de ponderación para ver si ha habido una injerencia ilegítima o no en el derecho. Para ello

¹⁰⁵⁰ Cfr. STEDH asunto *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, párrafo 53.

¹⁰⁵¹ Vid. STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafos 169 y 170.

¹⁰⁵² STS 306/2020, 3 de marzo de 2020, FJ5.

habrá que valorar en particular si la posible limitación del derecho está prevista por ley, persigue un fin legítimo y resulta necesaria en una sociedad democrática¹⁰⁵³.

El calado del asunto *Magyar* ha sido indiscutible para el impulso de la labor pretoriana del Tribunal en la materia. En esta línea, ha de considerarse un caso clave en pos de una interpretación más abierta de la libertad de información en el ámbito interno de los Estados parte del Consejo de Europa. Toda vez que su lectura vinculante para las Partes contratantes del CEDH suscita una importante relectura de la libertad de información en el marco constitucional interno de los Estados.

Con este asunto queda claro que el art. 10 CEDH ampara el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de recibir información. Eso sí, supeditado a la superación de los cuatro elementos analizados y que constituyen el test de iusfundamentalidad elaborado por el TEDH (finalidad, interés público, rol del solicitante y que la información esté lista y disponible). No obstante, los avances alcanzados con este asunto no culminan ni cierran el debate sobre la configuración y naturaleza del derecho de acceso a la información. Como ha quedado apuntado, hay cuestiones relacionadas con este derecho susceptibles aun de profundización, en tanto sugieren la cuestión de si hoy resulta suficiente con este reconocimiento. En lo que sigue, se comprobará efectivamente que siguen existiendo aspectos sobre los que profundizar en la jurisprudencia posterior dictada por el TEDH.

En 2017, una vez sentados los parámetros generales a raíz del caso *Magyar*, se produce en mi opinión un distanciamiento ocasional con la interpretación seguida hasta el momento. Tal situación se produce con la STEDH (Gran Sala) asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 27 de junio de 2017, que merece ser analizada con cierto detenimiento. Por un lado, resulta interesante de analizar desde la perspectiva del diálogo entre tribunales y del constitucionalismo multinivel, dado que es fruto de un largo recorrido judicial nacional e internacional, tanto en sede del TJUE como del TEDH.

¹⁰⁵³ Para un análisis sobre la existencia o no de injerencia ilegítima en los derechos fundamentales, a tenor de si la injerencia estaba prevista por ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática en la jurisprudencia del TEDH, véase entre otros, BRAGE CAMAZANO, J. “Aproximación a una Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 74, 2005, págs. 125 a 135.

A raíz de la interposición de una cuestión prejudicial ante el TJUE se llega al TEDH, siendo un ejemplo reciente de las dificultades que emergen de la divergencia entre ambos tribunales para la operatividad práctica y aplicativa de los tribunales nacionales¹⁰⁵⁴. De otro lado, el asunto es interesante en su aspecto material por contener, entre otras cuestiones, un importante voto particular que revela la problemática sobre el fondo del asunto.

El objeto del caso se centra en la ponderación entre la publicación de datos fiscales y económicos de los contribuyentes sobre la base de la transparencia fiscal y la vida privada de aquellos. Los hechos sobre los que versa este asunto consisten en la publicación de datos de carácter fiscal de los contribuyentes por parte de dos sociedades, Markkinapörss y Satamedia, en un periódico titulado Veropörssi. En la legislación finlandesa dicha información tiene carácter público. En tales circunstancias, las empresas recogen datos ya públicos de la administración fiscal finlandesa para, a su vez, publicar extractos anuales sobre dichos datos de los contribuyentes en el periódico.

La problemática deriva del hecho de que en el contenido publicado aparecían el nombre, apellidos e información patrimonial derivada de rentas del trabajo y del capital sobre una gran cantidad de personas. Con tal información pública en su poder, las empresas demandantes acuerdan con una operadora telefónica la transmisión de tal información a aquellos usuarios móviles que, por vía sms solicitasen la información del periódico, al coste de 2 euros el sms. Tal situación, junto con la publicación de los datos en el periódico mencionado, llevó a la interposición de denuncias de particulares alegando la vulneración de su intimidad.

El asunto resulta interesante porque se trata de un caso de tratamiento de datos personales con fines periodísticos. Es por ello que no se discute el carácter público de los datos, sino que el problema radica más bien en el tratamiento posterior de los mismos¹⁰⁵⁵. Con tales antecedentes, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Helsinki decide

¹⁰⁵⁴ Este asunto ha sido destacado en la misma línea, como ejemplo reciente de las complejidades derivadas de la discrepancia entre el TEDH y el TJUE, por JIMENA QUESADA, L. “Reforma constitucional y estándares...”, cit., p.177. Puede verse en el mismo sentido un comentario crítico del asunto en OLIVER, P. “The protection of privacy in the economic sphere before the European Court of Justice”, *Common Market Law Review*, nº 46, 2009, p.1483. Vid. DE WITTE, B. “The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of justice”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Dir.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011, p.30.

¹⁰⁵⁵ Así se reconoce expresamente en la STJUE (Gran Sala), asunto C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, de 16 de diciembre de 2008, párrafo 33.

suspender el procedimiento e interponer una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE). En ellas se pedía al TJCE que resolviera dudas interpretativas sobre la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y libre circulación de datos personales. Concretamente en lo que interesa ahora, la segunda cuestión prejudicial preguntaba al TJCE si el art. 9 de la mencionada Directiva debe interpretarse en el sentido de que las actividades de tratamiento de datos efectuadas por las empresas son ejercidas exclusivamente con fines periodísticos o no. El TJCE determinó que tales actividades “han de considerarse actividades de tratamiento de datos personales efectuadas «exclusivamente con fines periodísticos» en el sentido de dicha disposición, si (...) se ejercen exclusivamente con la finalidad de divulgar al público información, opiniones o ideas, siendo esta apreciación competencia del órgano jurisdiccional competente”¹⁰⁵⁶.

A resultas de esa respuesta, efectivamente, el Tribunal Supremo Administrativo nacional concluyó en sentencia de 23 de septiembre de 2009 que lo decisivo era “determinar si una publicación contribuía al debate público o tenía como exclusiva finalidad satisfacer la curiosidad de los lectores”¹⁰⁵⁷. La respuesta del tribunal nacional en este sentido fue la de considerar que los términos en los que se habían publicado los datos no podían considerarse como actividad periodística a favor de las empresas que difundieron los datos. A más abundamiento, consideró que las excepciones a la protección de datos personales debían interpretarse en términos estrictos o, dicho de otro modo, que era necesario interpretar estrictamente la libertad de expresión de las empresas para proteger el derecho a la intimidad¹⁰⁵⁸.

Dicha resolución dio lugar a que las empresas afectadas recurrieran ante el TEDH considerando que la resolución adoptada por el tribunal nacional violaba el art. 10 CEDH al no ser necesaria en una sociedad democrática. Entienden que los datos ya eran públicos y con la restricción a su derecho a la libertad de expresión se les estaba sometiendo a un

¹⁰⁵⁶ STJUE (Gran Sala), C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, de 16 de diciembre de 2008, párrafo 62.

¹⁰⁵⁷ Cfr. STEDH asunto *Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 21 de julio de 2015, párrafo 17. Sobre tal cuestión se pronuncia en el mismo sentido, RUIZ ZAPATERO, G. G. “El TEDH y la protección de la privacidad de los datos tributarios”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 5, 2006, p. 2.

¹⁰⁵⁸ Así se extrae de la STEDH asunto *Satakunnan Markkinapörssi OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 21 de julio de 2015, párrafos 68, 70 y 71.

tipo de censura previa¹⁰⁵⁹. Así es como se llega a la STEDH (Sección 4ª) asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 21 de julio de 2015.

En esta sentencia el TEDH considera razonable la solución a la que llega el tribunal nacional en cuanto a la restricción de la libertad de expresión e información. Esto es, cuando el TEDH procede a argumentar si la respuesta del tribunal nacional fue ponderada, y una vez reconocido el margen de apreciación a favor de los Estados en esta materia, simplemente se remitió a señalar en su valoración que la restricción del art. 10 CEDH por parte del tribunal nacional había sido razonable en tanto había tenido en cuenta los intereses en juego¹⁰⁶⁰. Esta conclusión le lleva a fallar que no ha habido vulneración del art. 10 CEDH.

Aunque el TEDH parece resolver el asunto sin mayor complicación, resuena con fuerza la discrepancia mostrada por la juez TSOTSORIA en su voto particular a la sentencia. La juez consideró en el presente caso que, “la libertad de expresión es esencial en una sociedad democrática” y, como tal, “el art. 10 CEDH garantiza no sólo el derecho a impartir información sino el derecho a recibirla”. Por ello opina que, “cualquier medida que interfiera con el derecho de los medios a transmitir información, excepto donde las limitaciones hayan sido explícitamente prescritas por ley, hacen un flaco favor a la democracia y con frecuencia incluso la ponen en peligro”. Critica además el hecho de que la sentencia no haya determinado “de forma persuasiva” que las limitaciones de la publicación fueran efectivamente necesarias para salvaguardar el derecho a la vida privada. Por ello entiende que las medidas no eran proporcionadas al fin perseguido. También cuestiona que “la sentencia no siga la jurisprudencia establecida que considera como violación del art. 10 CEDH, los casos en los que los gobiernos han tomado medidas para proteger de su divulgación la publicidad disponible e información conocida sobre asuntos de interés público”. De hecho, llega a afirmar que la restricción de la publicidad en este caso “sirve como forma de censura previa que, como tal, es incompatible con la democracia. Por otra parte, restringir los derechos y deberes de los periódicos a suministrar información que ya está disponible sobre un asunto de legítimo interés

¹⁰⁵⁹ Vid. STEDH asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 21 de julio de 2015, párrafo 35.

¹⁰⁶⁰ Vid. STEDH asunto *Satakunnan...* cit, p. 68 a 74.

público ha sido considerado un peligro para la democracia y una característica propia de un régimen totalitario”¹⁰⁶¹.

Dicha opinión disidente concluye esencialmente poniendo de manifiesto que la decisión del Tribunal Supremo de Helsinki optó por ponderar en favor de la protección de la vida privada “por motivos abstractos y una necesidad hipotética de privacidad”. Pues, “no se identificó ningún efecto negativo o daño infligido sobre ningún individuo, ni la sociedad se había visto amenazada de otro modo por la publicación de esos datos”¹⁰⁶². Y además pone en tela de juicio el amplio margen de apreciación nacional que en este caso se aplica sobrepasando lo permitido por parte de las autoridades nacionales¹⁰⁶³.

La discrepancia mostrada en el presente caso no deriva sólo del mencionado voto particular ni acaba con la referida STEDH de 2015. En efecto, estando las empresas demandantes en desacuerdo con la solución adoptada por la Sección 4ª del TEDH, solicitaron la remisión del asunto a la Gran Sala, llegando así a la STEDH (Gran Sala) asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 27 de junio de 2017. Esta última sentencia contiene las observaciones de organizaciones tales como The European Information Society Institute, Nordplus Law y Media Network y Article 19, que alertaban sobre la relevancia y oportunidad de aclarar las implicaciones democráticas de la libertad de recibir información y, en concreto, del derecho de acceso a la información en el contexto digital actual¹⁰⁶⁴.

Así las cosas, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto la Gran Sala acude al famoso caso *Magyar* para sentar los principios y presupuestos básicos. Esto es, el TEDH reitera su jurisprudencia anterior sobre el papel fundamental de la prensa como perro guardián, la relevancia del derecho a recibir información y la importancia del derecho a recabarla, como paso preparatorio esencial del periodismo, protegido en la libertad de prensa.

En lo que se refiere a la solución de la Gran Sala en el presente caso, se centra específicamente en la cuestión de si la publicación de los datos fiscales favorecía o no el debate público. Sobre este extremo, indica el TEDH que “el acceso del público a los datos

¹⁰⁶¹ Cfr. Opinión disidente particular de la juez TSOTSORIA, a la STEDH asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 21 de julio de 2015, p. 3, 5, 6 y 7.

¹⁰⁶² Cfr. Opinión disidente particular de la juez TSOTSORIA... cit., p. 8.

¹⁰⁶³ Opinión disidente particular de la juez TSOTSORIA... cit., párrafos 10 y 12.

¹⁰⁶⁴ Véase, STEDH (Gran Sala) asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 27 de junio de 2017, párrafos 114 a 118.

impositivos, sujeto a normas y procedimientos claros, y la transparencia general del sistema impositivo finlandés no significa que la publicación impugnada contribuya a un debate de interés público”¹⁰⁶⁵. Este razonamiento lleva al Tribunal a compartir la solución con el Tribunal Administrativo Supremo nacional de que no ha habido vulneración del art. 10 CEDH, en tanto no considera colmado suficientemente el requisito de la contribución al debate público.

El largo itinerario del caso tras agotar los recursos internos del país, recorrer la instancia jurisdiccional del TJCE y culminar en dos pronunciamientos del TEDH revela una gran complejidad. De hecho, las dudas vuelven a manifestarse en el seno de la propia Gran Sala del TEDH que resuelve el asunto, no sin discrepancia. Dicha sentencia cuenta con un interesante voto disidente de los jueces SAJÓ y KARAKAS que contraargumentan el parecer mayoritario con razones de peso que llaman a la reflexión sobre lo que aquí interesa.

En primer lugar, entienden que no se sostiene el intento del TEDH por justificar que no se trata de una actividad con fines exclusivamente periodísticos, porque, a tenor de lo que señalaba el Tribunal Supremo finlandés, la divulgación de todos los datos también podría suponer un intento exclusivo de difundir opiniones o ideas. Así, tachan esa consideración como ilógica, entendiendo que la publicación de datos es razonablemente un intento de expresar información¹⁰⁶⁶.

En cuanto al argumento de que la publicación de los datos no contribuye al debate público y político, los jueces disienten por cuanto la propia legislación nacional finlandesa prevé la publicidad de la información de carácter impositiva. Por ello, entienden que aun adquiere más peso el interés público de la publicidad y la transparencia en los datos impositivos¹⁰⁶⁷.

Igualmente, ponen de manifiesto la contradicción argumentativa del Tribunal cuando justifica que el hecho de que exista interés público en facilitar acceso y se permita la recopilación de datos no tiene por qué significar la existencia de interés público en difundirlos. De ahí que los jueces disidentes afirmen que “la divulgación de información es uno de los propósitos habituales de mantener una recopilación de datos de acceso

¹⁰⁶⁵ Cfr. STEDH (Gran Sala) asunto *Satakunnan*... cit., p. 174.

¹⁰⁶⁶ Vid. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS en la STEDH (Gran Sala) asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 27 de junio de 2017, p. 7.

¹⁰⁶⁷ Vid. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS... cit., p. 9.

público”¹⁰⁶⁸. Por otro lado, sobre la idea de que el caso no contribuye al interés público sino que puede alentar al sensacionalismo o *voyeurismo* de los curiosos, los jueces disidentes sostienen todo lo contrario al entender que son datos de interés público que promueven la transparencia fiscal (motivo por el que incluso tales datos estaban previstos como públicos según la legislación nacional). Y además, afirman que “el hecho de que los datos puedan ser utilizados con fines *voyeuristas* no socava (y menos aún excluye) el interés público de la información publicada”¹⁰⁶⁹.

Además, tachan de imprevisible y no prescrita por ley la prohibición a las empresas de no publicar los datos porque la prohibición se justificó más bien en la extensión y formato utilizado y no en la publicación *per se*. Esta precisión es importante porque se trata de una cuestión formal que no podían prever a la luz de la legislación aplicable. Desde esta perspectiva se cuestiona también como contradictorio y ambiguo que se otorgue margen de apreciación al parlamento finlandés para dictar una norma en base a su legitimidad democrática y luego ese margen se extienda también a los tribunales nacionales para limitar el alcance de lo que previamente se ha debatido y aprobado democráticamente¹⁰⁷⁰.

En lo relativo a la ponderación de intereses, se muestran disconformes con el juicio ponderativo del Tribunal ya que mientras que el daño al público afectado fue especulativo, sí que hubo una carga real que perjudicó a los solicitantes, viéndose obligados a declararse en quiebra. Además, se trata de información pública bajo la propia legislación nacional que faculta a todas las personas a acceder a dicha información¹⁰⁷¹. Por esta razón los jueces consideran que, en realidad, los afectados no podían mantener expectativas legítimas de privacidad. Y, en base a la ausencia de esa confianza legítima sobre una expectativa de privacidad, estiman que el derecho a la información no debería ceder ante el derecho a la privacidad en este supuesto. Por tanto, teniendo en cuenta que “la información publicada en el presente caso ya era accesible para todos y no era de naturaleza íntima”¹⁰⁷², concluyen que la opción de la mayoría de extender los criterios establecidos en el asunto *Von Hannover*, para que el art. 10 CEDH ceda en favor del art. 8 CEDH, no es acertada por parte del Tribunal, al no concurrir esa naturaleza íntima.

¹⁰⁶⁸ Cfr. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS... cit., p. 10.

¹⁰⁶⁹ Cfr. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS... cit., p. 12.

¹⁰⁷⁰ Vid. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS... cit., p. 14, 15, 19 y más específicamente 20.

¹⁰⁷¹ Vid. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS... cit., p. 26 y 27.

¹⁰⁷² Cfr. Opinión disidente de los jueces SAJÓ Y KARAKAS... cit., p. 29.

Sin embargo, a pesar de la consistencia de tales argumentos, en este caso el TEDH utiliza criterios un tanto superfluos e incluso contradictorios, apelando a argumentos como: la cantidad de información publicada, la restricción del significado de la actividad periodística, la supuesta falta de interés público por la hipotética satisfacción de la curiosidad de terceros, la contradicción de que facilitar el acceso a información no tiene por qué significar que haya interés público en difundirla o la limitación de la difusión de información que ya de por sí es pública.

Resta decir que la continua polémica entre protección de datos y el derecho a comunicar y recibir información cobra una motivación especial en el tema de la transparencia fiscal por varias razones. En primer lugar, nos encontramos ante un caso difícil no sólo jurídica, sino políticamente por la sensibilidad social e interés de la materia. En segundo lugar, se trata de un tema que agudiza la idea de secreto y crea una atmósfera hermética en torno a la transparencia fiscal, alejando al ciudadano de información que le concierne como contribuyente de la *res pública*.

La utilidad de la transparencia radica precisamente en asuntos como éste. Es decir, ser transparente en una manifestación de la relación administración-ciudadano como es la materia impositiva, revela el nivel de implicación y apuesta por la formación de la opinión pública libre y la participación efectiva. Llegados a este punto conviene señalar, por un lado, que el largo itinerario judicial nacional e internacional que acompaña el caso es buen ejemplo de la relación de influencias recíprocas entre dichas jurisdicciones internacionales, favoreciendo así un *ius commune* europeo¹⁰⁷³. Por otro lado, y concretamente respecto al caso, debe partirse como presupuesto inicial del difícil juego de ponderación que surge entre las libertades comunicativas y la protección de datos. Comparte la opinión minoritaria de los jueces SAJÓ y KARAKAS que, atentos al carácter público de los datos, a las previsiones de la legislación nacional que reconocen ese carácter público y al incuestionable interés que despierta la materia fiscal para la sociedad, construyen la veda de protección que en el caso merece el derecho a recibir información del art. 10 CEDH.

En cuanto a la cuestión de si este asunto ha tenido repercusión suficiente como para frenar lo avanzado hasta el momento en la materia, hay motivos para entender que la respuesta

¹⁰⁷³ En tal sentido, Vid. CABRERA MARTÍN, M. “Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-agosto 2017”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, 2017, págs. 1123 y 1129.

ha de ser negativa. Pues pese a las dudas que pueda generar la solución del TEDH en este asunto, parece tratarse de un caso puntual que no ha impedido al Tribunal seguir su línea interpretativa. Tal afirmación trae causa de que, como se verá a continuación, el asunto *Magyar* ha sido referente y sus principios aplicados en la jurisprudencia posterior del TEDH.

Del análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TEDH posterior al caso *Magyar* puede observarse cómo desde 2016 a 2019 se utilizan múltiples referencias generales y remisiones a este asunto pero sin llegar a aplicar al caso concreto el test de iusfundamentalidad elaborado a partir de aquel. En este periodo, destacan entre otros casos la STEDH (Gran Sala) asunto *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, que es considerada por algún autor como el nuevo posible reto del derecho de acceso a la información en conexión con el art. 6 CEDH¹⁰⁷⁴. Se trata de un caso que siquiera de manera indirecta, vincula instrumentalmente el derecho de acceso a la información con el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 6.1. CEDH.

La problemática se genera con la retirada de una autorización de seguridad a un viceministro de defensa del gobierno checo. Dicha autorización era “conditio sine qua non no solo para acceder a información protegida, sino también para desempeñar determinados puestos en la administración pública que requerían acceso a esa información”¹⁰⁷⁵. La retirada de dicha autorización sin dar motivos al afectado (en tanto existen intereses nacionales al haber de por medio información clasificada) justificó que el alto cargo del gobierno entendiera que había sufrido indefensión, al no poder acceder a la información que constituía material probatorio contra él.

El TEDH resuelve de manera reñida, 10 votos frente a 7, que no se vulnera el derecho a la tutela judicial del demandante considerando que la igualdad de armas procesales no es absoluta, pudiendo concurrir intereses estatales superiores¹⁰⁷⁶. Sin embargo, los jueces disidentes con esta decisión de la mayoría, RAIMONDI, SICILIANOS, SPANO, RAVARANI y PASTOR VILANOVA, entienden que

¹⁰⁷⁴ En tal sentido se expresa Vid. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit, p. 501.

¹⁰⁷⁵ Cfr. STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, párrafo 2 de la opinión concurrente del juez WOJTYCZEK.

¹⁰⁷⁶ La argumentación del TEDH puede verse en STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, párrafos 147 y ss.

“si bien es cierto que la plena comunicación de las razones que motivaron la decisión de retirar la autorización de seguridad y el acceso a todos los documentos del expediente parece problemática y podría poner en peligro la labor de los servicios secretos, consideramos que la falta total de información, sumada a la denegación del acceso a los materiales del expediente, parece innecesaria de hecho y problemática de derecho”¹⁰⁷⁷.

Los jueces disidentes advierten que la mayoría básicamente no ha tenido en cuenta que la falta de comunicación total a la parte interesada sobre los motivos por los que se le retira la autorización tiene consecuencias en su derecho de defensa, que no necesariamente se justifican por motivos de seguridad¹⁰⁷⁸.

Así, aunque el presente caso no vincule expresamente el art. 10 CEDH como derecho instrumental vulnerado respecto del art. 6 CEDH, es la razón que se discute de fondo y por la que disienten de la mayoría los jueces RAIMONDI, SICILIANOS, SPANO, RAVARANI y PASTOR VILANOVA, así como también el juez SERGHIDES¹⁰⁷⁹. Este último alega, además, una falta de transparencia que perjudica al demandante por cuanto los contenidos objeto de la restricción eran secretos y, por tanto, ni el demandante ni el propio Tribunal conocían los motivos de la restricción. Por el mismo motivo, no era posible que el Tribunal llevara a cabo un adecuado test de ponderación al desconocerse los intereses particulares y generales del caso, desconocimiento que, además, impidió su posible impugnación por parte del demandante¹⁰⁸⁰. Por su parte, el juez SAJÓ manifestó en su opinión disidente que no sólo se veía implicado el art. 6 sino también el derecho a los datos que afectan a la vida privada de una persona en conexión con el art. 8¹⁰⁸¹.

Así, cabría señalar que aunque la mayoría centra la solución en torno al art. 6 CEDH, en efecto, como señala el juez SAJÓ existen implicaciones en la vida privada del demandante a tenor del art. 8 CEDH. Más aun, tratándose de un caso contra un alto cargo del Estado checo cabría plantearse la afección del art. 10 CEDH. Y ello en tanto puede existir ya no sólo un interés particular del afectado, sino un interés general en conocer los

¹⁰⁷⁷ Cfr. STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, opinión disidente conjunta de los jueces RAIMONDI, SICILIANOS, SPANO, RAVARANI y PASTOR VILANOVA

¹⁰⁷⁸ Así, véase Vid. STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, opinión disidente conjunta de los jueces RAIMONDI, SICILIANOS, SPANO, RAVARANI y PASTOR VILANOVA.

¹⁰⁷⁹ Vid. STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, opinión disidente del juez SERGHIDES, párrafos 10 y 13.

¹⁰⁸⁰ Vid. STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, opinión disidente del juez SERGHIDES, párrafo 73.

¹⁰⁸¹ Vid. STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017, opinión disidente del juez SAJÓ, párrafos 6, 32 y 33.

hechos cometidos por el viceministro para la retirada de su autorización. Como puede observarse, el derecho de acceso a la información actúa aquí como corolario del principio democrático y *prius* para el efectivo ejercicio de otros derechos¹⁰⁸².

Cabría destacar también la STEDH asunto *Gîrleanu c. Rumania*, de 26 de junio de 2018¹⁰⁸³, en un supuesto de revelación de información clasificada sobre operaciones militares, que había sido filtrada y posteriormente publicada por un periodista especializado en las fuerzas armadas. La argumentación del TEDH parte del caso *Magyar* para establecer los principios en la materia. Una vez hecho esto el Tribunal señala que cuando existen intereses públicos de por medio, el margen de apreciación nacional debe ser estrecho a la hora de limitar el art. 10 CEDH¹⁰⁸⁴, tras lo que se pregunta si se trataba de un caso de información pública o no.

Para responder a tal cuestión tiene en cuenta el debate público generado en torno a la gravedad de los hechos acontecidos, así como que los documentos en cuestión constituían información que ya había sido filtrada a los medios, y habían dado lugar a una investigación tras la cual la documentación quedó desclasificada. Con tales precedentes, el Tribunal parafrasea un asunto de la CIDH para recordar que la información en poder del Estado ocupa un rol importante en la sociedad democrática, en tanto permite a la sociedad civil controlar sus acciones¹⁰⁸⁵. A la luz de las circunstancias del caso, entiende el Tribunal que la información estaba ya obsoleta, y por tanto, no constituía un peligro para la seguridad nacional¹⁰⁸⁶. Tales razones llevan al Tribunal a estimar que existe violación del art. 10 CEDH en favor del periodista.

Especialmente interesante resulta a los efectos presentes la STEDH asunto *Brisic c. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018. En este caso, el demandante es fiscal jefe encargado de proporcionar información a los medios de comunicación sobre procedimientos penales que guardan relación con asuntos de interés general. El fiscal

¹⁰⁸² Se pronuncia también en tal sentido Vid. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit, p. 502.

¹⁰⁸³ El TEDH en este mismo año, vuelve a remitirse al caso *Magyar* en el asunto *Falzon c. Malta*, de 20 de marzo de 2018, para recordar el papel esencial de perro guardián que debe reconocerse no sólo a favor de ONG, sino también de *bloggers* y usuarios populares de las redes sociales, extendiendo este papel en el caso concreto a un escritor de opinión que hacía publicaciones habitualmente. Así, Vid. STEDH asunto *Falzon c. Malta*, de 20 de marzo de 2018, párrafo 57.

¹⁰⁸⁴ Vid. STEDH asunto *Gîrleanu c. Rumania*, de 26 de junio de 2018, párrafo 84. En el mismo sentido, véase STEDH asunto *Guja c. República de Moldavia (II)*, de 27 de febrero de 2018, párrafo 74 o STEDH *Brisic c. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafo 106.

¹⁰⁸⁵ Vid. STEDH asunto *Gîrleanu c. Rumania*, de 26 de junio de 2018, párrafo 88.

¹⁰⁸⁶ Vid. STEDH asunto *Gîrleanu c. Rumania*, de 26 de junio de 2018, párrafo 89.

puso en conocimiento de los medios de comunicación un caso de interés público sobre tráfico de influencias en la que se veía implicada la judicatura y que estaba siendo investigado. Además, con el antecedente de que dos periodistas que habían presenciado la operación de flagrante delito al haberse producido en lugar público, ya habían publicado artículos relativos al incidente.

El fiscal fue sancionado por la emisión de un comunicado de prensa que daba información sobre un delito de tráfico de influencias, al entenderse que de la forma de redacción del comunicado podía deducirse la implicación de magistrados en el asunto. El fiscal entiende, no obstante, que se está limitando su derecho a emitir información del art. 10.1. CEDH cuando justamente su función era trasladar información a los medios sobre la investigación de casos penales de interés público. Dicho elemento concurría en el caso por tratarse de una cuestión que comprometía el Estado de Derecho al poner en pugna la independencia judicial.

En este supuesto, el TEDH se remite al ya analizado asunto *Satakkunnan* para señalar que “el margen de apreciación de los Estados se reduce cuando se trata de un debate sobre una cuestión de interés público”¹⁰⁸⁷. Y precisa en el caso concreto que “el público tiene un interés legítimo en ser informado sobre los procedimientos penales en curso, y que las observaciones relativas al funcionamiento de la judicatura constituyen un asunto de interés público”¹⁰⁸⁸. En base a tales consideraciones, el TEDH entiende que el fiscal actuaba como funcionario en el marco de sus funciones, informando de un asunto de pleno interés público y procedió sin poner en riesgo el desarrollo de la investigación penal¹⁰⁸⁹. Así las cosas, el TEDH estima que el sacrificio del art. 10 CEDH sobre un asunto de interés público como éste no está justificado en aras a un hipotético perjuicio a la reputación del juez implicado, amparado en el art. 8 CEDH. De este modo, la STEDH concluye que se ha vulnerado el art. 10 CEDH.

A propósito del caso, destacan una serie de ideas reflejadas en el voto particular disidente del juez KŪRIS al que se une el juez YUDKIVSKA. Primero, que el TEDH “al desarrollar su jurisprudencia y mejorar las normas de protección de los derechos humanos, ha interpretado el artículo 10 en el sentido de que también puede invocarse para proteger el acceso a la información (véase *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* [GC],

¹⁰⁸⁷ Cfr. STEDH asunto *Brisic vs. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafo 106.

¹⁰⁸⁸ Cfr. STEDH asunto *Brisic vs. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafo 107.

¹⁰⁸⁹ Vid. STEDH asunto *Brisic vs. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafos 108 y 112.

Nº 18030/11, 8 de noviembre de 2016)”¹⁰⁹⁰. Segundo, que “la libertad de expresión, (...) en el sentido más amplio de la palabra, es un concepto extenso. Que, con el avance de las tecnologías y la globalización no hace más que expandirse”¹⁰⁹¹. Con ello, los jueces critican la excesiva amplitud interpretativa del art. 10 CEDH, aunque, reconocen que la expansión de su alcance constituye una tendencia general indiscutible¹⁰⁹².

Dicho itinerario es congruente con el papel esencial que ostenta el derecho a la libertad de expresión entendido en sentido amplio, como presupuesto democrático que no sólo se debe comunicar sino que además el público tiene derecho a recibir¹⁰⁹³, tal como indica la STEDH *Khadija Ismayilova c. Azerbaijan*, de 10 de enero de 2019.

Hasta este momento, las referencias al caso *Magyar* eran aplicadas para fundamentar con carácter general los presupuestos teóricos y principios generales de la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, en la STEDH *Affaire Cangı c. Turquía*, de 29 de enero de 2019, no sólo se menciona el caso Magyar a modo genérico sino que se aplica exhaustivamente al caso concreto el estándar establecido en aquel. Por ello, conviene profundizar sobre este asunto a efectos de determinar si el acceso a la información supera el test de iusfundamentalidad previsto en el caso Magyar.

En este asunto el demandante de información es abogado y miembro de una ONG que lucha por la protección y conservación de la antigua ciudad termal de Allianoi. Dicho lugar estaba viéndose amenazado como consecuencia del proyecto de construcción de una presa que iba a sumergirlo bajo agua. Antes de que se llevara a cabo la inundación, se produjo una reunión entre los funcionarios miembros de la dirección de obras hidráulicas y los de monumentos y museos adscritos al ministerio de cultura para decidir sobre el proyecto de conservación de Allianoi. Al llegar a conocimiento del demandante que se había celebrado dicha reunión, solicitó a la junta de patrimonio cultural y natural que le facilitara una copia firmada del acta de la misma ya que tenía sospechas acerca de la ilegalidad de las decisiones que autorizaban la inundación de la antigua ciudad. Dicha petición le fue denegada en sendas ocasiones en vía administrativa y judicial, hasta llegar

¹⁰⁹⁰ Cfr. Voto particular disidente del juez KÜRIS al que se une el juez YUDKIVSKA, a la STEDH asunto *Brisca c. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafo 21.

¹⁰⁹¹ Cfr. Voto particular disidente del juez KÜRIS al que se une el juez YUDKIVSKA, a la STEDH asunto *Brisca c. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafo 22.

¹⁰⁹² Así, Vid. Voto particular disidente del juez KÜRIS al que se une el juez YUDKIVSKA, a la STEDH asunto *Brisca c. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018, párrafo 33.

¹⁰⁹³ Vid. STEDH asunto *Khadija Ismayilova c. Azerbaijan*, de 10 de enero de 2019, párrafo 158.

al TEDH por considerar que se había vulnerado su derecho a acceder a la información en calidad de ciudadano y activista de la ONG, vía art. 10 CEDH.

Concretamente, alegaba el demandante que la copia oficial del acta de la reunión que le había sido denegada era de vital importancia para demostrar ante los tribunales administrativos la ilicitud de la decisión adoptada. Además, entendió que se trataba de un asunto que interesaba a la ciudadanía al ser un asunto de interés público que debía ponerse en su conocimiento. En los fundamentos de derecho, el TEDH previene que según la doctrina sentada en el caso *Magyar*

“el derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública y la obligación del Estado de proporcionarla pueden surgir cuando el acceso a la información es decisivo para el ejercicio del individuo de su derecho a la libertad de expresión, en particular "la libertad de recibir e impartir información", y que negar dicho acceso constituye una interferencia en el ejercicio de ese derecho”¹⁰⁹⁴.

Dicho esto, y para determinar si en el caso concreto el derecho de acceso a la información ha de entenderse como presupuesto del derecho a recibir información del art. 10 CEDH, el Tribunal procede a examinar si concurren los elementos que conforman el test del caso *Magyar*, esto es, la finalidad de la solicitud de información, la naturaleza de la información solicitada, el papel del solicitante y la disponibilidad de la información.

En cuanto al elemento de la finalidad de la solicitud de información, el Tribunal enfatiza que el demandante, en calidad de abogado y activista para la protección del lugar en cuestión, no solicita la información sólo para aportarlo como prueba para demostrar ante los tribunales las irregularidades cometidas, sino principalmente para informar al público sobre las decisiones adoptadas por las autoridades sobre este antiguo lugar¹⁰⁹⁵. De ahí que, según el Tribunal, sin la copia oficial requerida

“el solicitante no podría contribuir eficazmente a un debate jurídico o público produciendo información fiable y creíble para los tribunales y el público. Por consiguiente, (...) el documento solicitado era "necesario" para que el solicitante pudiera ejercer su derecho a la libertad de expresión”¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ Cfr. STEDH *Affaire Cangı vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 30.

¹⁰⁹⁵ Vid. STEDH *Affaire Cangı vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 32.

¹⁰⁹⁶ Cfr. STEDH *Affaire Cangı vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 33.

Respecto al segundo elemento relativo a la naturaleza de la información, el TEDH se muestra igualmente contundente en favor de su notable interés público. A tal efecto, señala que

“la reunión en cuestión era, por lo tanto, indudablemente un asunto de interés general, ya que la inundación de un lugar histórico por las aguas de una presa es obviamente un asunto que puede crear una fuerte controversia, que se refiere a un tema social importante, o que se relaciona con un problema del que el público se beneficiaría si se le informara”¹⁰⁹⁷.

En cuanto al tercer elemento relativo al rol del solicitante, resulta que el sujeto actuaba como activista y representante de la ONG de la que formaba parte. Así, el Tribunal estima que el sujeto en el caso presente actúa en calidad de perro guardián con el objetivo de que se anularan las decisiones administrativas que determinaban el sumergimiento del lugar por la creación de la presa, así como su deseo de sensibilizar al público sobre la protección del lugar. Por tal motivo el Tribunal estima que dicha tarea sólo podía realizarse por el sujeto habiéndole proporcionado la información precisa y fiable¹⁰⁹⁸.

Por último, en cuanto a la disponibilidad de la información, previene el Tribunal que “el acta en cuestión estaba disponible y que no se planteó (...) que la comunicación de ese documento hubiera supuesto una carga especialmente pesada para las autoridades (*Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, N° 37374/05, § 36, 14 de abril de 2009)”¹⁰⁹⁹.

Tras el análisis de los cuatro elementos que constituyen el test de iusfundamentalidad a raíz del caso *Magyar*, el Tribunal concluye que al haberse denegado el acceso a la información solicitada las autoridades habían impedido ilegítimamente el ejercicio de su libertad de recibir y difundir información *ex art. 10 CEDH*

Además de lo anterior, el Tribunal entra a resolver la cuestión de si la injerencia en el derecho estaba o no justificada como consecuencia de que estuviera prevista por ley. Justamente este punto era objeto de discrepancia entre las partes, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 26 de la Ley N° 4982 sobre acceso a la información que resultaba aplicable a nivel nacional. A juicio del TEDH, las autoridades nacionales invierten de manera injustificada el principio general favorable al acceso a la información

¹⁰⁹⁷ Cfr. STEDH *Affaire Cangı vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 34.

¹⁰⁹⁸ Vid. STEDH *Affaire Cangı vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 35.

¹⁰⁹⁹ Cfr. STEDH *Affaire Cangı vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 36.

que constituye opiniones, propuestas o recomendaciones emitidas por autoridades públicas, frente a la excepción para restringir dicho acceso¹¹⁰⁰.

Por eso, el TEDH considera “arbitraria o como mínimo manifiestamente irrazonable”¹¹⁰¹ la interpretación realizada por las autoridades nacionales, repercutiendo en el derecho de acceso a la información del solicitante y suponiendo una injerencia no prevista por ley a los efectos del art. 10.2. CEDH. Por tanto, superado el test que vincula el acceso a la información con el art. 10 CEDH, y no dándose el requisito de que la injerencia esté prevista por ley, el TEDH entiende vulnerado el art. 10 CEDH –sin necesidad de valorar si la injerencia persigue un objetivo legítimo y resulta necesaria en una sociedad democrática–. Así pues, con este caso queda claramente sentada la jurisprudencia del TEDH, ratificando los criterios establecidos en el caso *Magyar*.

Cabría detenerse en un interesante asunto para la investigación por su carácter clarificador. Se trata del caso *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019. En este asunto un periodista solicita autorización a la oficina de inmigración y nacionalidad para acceder a un centro de recepción de solicitantes de asilo, con el objetivo de elaborar un informe sobre las condiciones de vida de las personas acogidas. El motivo que le lleva a elegir ese centro en particular es que el Comisionado de derechos humanos de la ONU había considerado que las condiciones de vida del centro suponían tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, la petición de acceso al centro para entrevistarse con los acogidos le fue denegada por las autoridades, al entenderse que dicho acceso colisionaba con la vida privada y seguridad de los solicitantes de asilo. Posteriormente, intentó acceder a otro centro denegándosele también su acceso si bien pudo elaborar un artículo por la información indirecta que recibió por parte de una ONG. Se trata de un caso peculiar e interesante en este estudio en cuanto que la denegación del acceso físico al centro plantea, consecuentemente, un problema de falta de acceso a información.

En este caso resultan claves las alegaciones realizadas por las partes, sobre todo las efectuadas por el gobierno. Este último articula su argumentación en torno al intento de derribo del acceso a la información como manifestación del art. 10 CEDH. Así las cosas, sostiene el gobierno húngaro que: A) La solicitud del demandante se basaba en un derecho de acceso a la información que según expone, no entra en el ámbito de aplicación del art.

¹¹⁰⁰ Vid. STEDH *Affaire Cangı c. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 43.

¹¹⁰¹ Cfr. STEDH *Affaire Cangı c. Turquía*, de 29 de enero de 2019, párrafo 43.

10 CEDH; B) En todo caso, el derecho de acceso a la información pública dentro del art. 10 CEDH sólo puede interpretarse en el sentido de que el Estado no puede impedir el acceso a información que esté disponible al público o que se le facilite voluntariamente, pero no como una obligación positiva; C) El acceso a la información no tiene cabida dentro del marco del art. 10 CEDH, en tanto existe en el ámbito del Consejo de Europa un instrumento autónomo y específico sobre acceso a los documentos públicos oficiales que hace pensar que el art. 10 CEDH no está considerando esta dimensión; D) No se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión e información del demandante ya que no se le impidió formar a la opinión pública porque pudo redactar un artículo sobre las condiciones de vida de los solicitantes de asilo en otro centro sin acceder físicamente al mismo a través de fuentes indirectas de información¹¹⁰²; E) Cuestión con la que justifican que el derecho a la información del art. 10 CEDH puede cubrirse y verse respetado sin necesidad de una forma o medio específico como la que resultaría del acceso al centro de recepción¹¹⁰³.

Por su parte, el demandante alegaba que: A) La información al amparo del art. 10 CEDH no debe limitarse a la que el Estado facilite voluntariamente, sino que debe permitirse observar el funcionamiento de las instituciones e informar sobre ello; B) El hecho de que hubiera podido preparar un solo artículo sobre las condiciones de un centro de recepción no es óbice para que en este caso se haya menoscabado su derecho a informar, dada la gravedad de la situación respecto de la crisis de los refugiados¹¹⁰⁴. Además, precisa el demandante que la información y conocimiento con los que había elaborado el informe mencionado eran indirectos, pues no había sido conocedor del objeto de la información en primera persona¹¹⁰⁵; C) A su juicio, no se trataba tanto de una cuestión de obligaciones positivas del Estado de facilitar información, sino “de en qué medida y en qué condiciones los Estados podían imponer restricciones físicas a la información periodística y a la recopilación de noticias”. Puesto que, con dicha restricción no sólo se ha obstaculizado su derecho sino “la libre circulación de la información. En consecuencia, se había hecho imposible que el público se familiarizara con las implicaciones morales y políticas de la crisis de los refugiados”¹¹⁰⁶. En esta línea, entiende el demandante que el monopolio de

¹¹⁰² Tales alegaciones se desprenden de Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 21, 22, 23, 26, 32, 33.

¹¹⁰³ Así puede verse, Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 37.

¹¹⁰⁴ Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 27.

¹¹⁰⁵ Así, Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 40 y 42.

¹¹⁰⁶ Cfr. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 39.

dicha información pública por parte del Estado priva a la ciudadanía de “una información equilibrada y objetiva sobre los solicitantes de asilo”¹¹⁰⁷.

En este punto resulta esencial dar paso a la argumentación del TEDH puesto que, como deriva de los argumentos del Estado, se está poniendo en cuestión la existencia de un derecho de acceso a la información pública al amparo del art. 10 CEDH, y en su caso, el rol del Estado para garantizar su efectividad. El Estado en este caso pone al TEDH en una tesitura tan compleja como importante. El hecho de que en el fondo los argumentos del Estado discutan la existencia de un derecho de acceso a la información en el art. 10 CEDH, coloca la respuesta del TEDH en el punto de mira. Tan es así que con su solución al presente caso, el TEDH podría seguir construyendo la línea interpretativa enmarcada en el caso *Magyar*, o bien retroceder hacia una interpretación más conservadora.

La respuesta del TEDH ha sido digna de la función garante que se le otorga en favor de los derechos del CEDH. Así, sabiéndose en tal posición estratégica, el Tribunal aclara los interrogantes abiertos, cerrando las brechas que parecían intuirse con el caso. En este sentido, el TEDH ubica claramente el acceso a la información al amparo del art. 10 CEDH afirmando que

“la negativa a autorizar al solicitante a realizar entrevistas y tomar fotografías en el centro de acogida le impidió reunir información de primera mano y verificar la información sobre las condiciones de detención proporcionada por otras fuentes y constituyó una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en la medida en que obstaculizó un paso preparatorio antes de la publicación”¹¹⁰⁸.

Con ello, el TEDH despeja las dudas sobre la aplicabilidad al caso del derecho de acceso a la información como manifestación del art. 10 CEDH. Por otro lado, en lo que respecta a las obligaciones positivas el Tribunal no se pronuncia expresamente pero con lo expuesto anteriormente por el TEDH parece reconocer en el caso presente que no basta con la mera abstención del Estado para ver satisfecho el derecho. Como se verá a continuación, que el Estado no prohibiera el acceso a la información por vías indirectas distintas al acceso personal al centro, no elimina en el caso la vulneración del derecho de acceso a la información, esto es, el Tribunal entiende que “el artículo 10 protege no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas, sino también la forma en que se

¹¹⁰⁷ Cfr. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 41.

¹¹⁰⁸ Cfr. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 54.

transmiten”¹¹⁰⁹. Por tanto, para proteger una determinada “forma” de transmisión de la información –que exigía la aceptación de las autoridades para proceder al acceso al centro–, no basta con la mera abstención del Estado sino que se hace necesario un cierto intervencionismo en supuestos como éste.

Por otra parte, y en orden a evitar arbitrariedades y abusos de poder, el TEDH destaca la importancia de informar sobre la crisis de los refugiados, máxime teniendo en cuenta que el centro de acogida en cuestión había sido objeto de investigación por tratos inhumanos y degradantes. Por ello, destaca el Tribunal que en estos casos “la función de “guardián” de los medios de comunicación adquiere especial importancia en esos contextos, ya que su presencia es una garantía de que se puede pedir cuentas a las autoridades por su conducta”¹¹¹⁰. De ahí que el Tribunal estime que “las autoridades nacionales deberían haber prestado especial atención al interés público vinculado a la solicitud del solicitante”¹¹¹¹.

A partir de ello, el TEDH manifiesta ser consciente de la falta de consenso europeo en materia de acceso de la prensa a los centros de acogida de solicitantes de asilo. No obstante, aun partiendo de un margen de apreciación nacional algo más amplio en la materia, el TEDH manifiesta sus reservas al no estar convencido de que las autoridades nacionales hayan valorado suficientemente, y en función de las circunstancias del caso, la pertinencia de la denegación del acceso al centro por los motivos alegados vinculados a la seguridad y vida privada de los solicitantes de asilo¹¹¹².

En tal sentido, afirma el Tribunal que la finalidad de la investigación no era invadir en modo alguno la vida privada de los solicitantes de asilo sino informar objetivamente sobre las condiciones de vida y el trato que les conferían las autoridades¹¹¹³. De ahí que tales alegaciones no fueran suficientes para restringir el acceso a la información del demandante porque dicho acceso precisamente hacía de *prius* para su derecho a la libertad de información del art. 10 CEDH. Además, subraya el TEDH la importancia de que la restricción del art. 10 CEDH fuese proporcionada y fundada. Sin embargo, tal como se dan las circunstancias, el Tribunal no entiende justificada la adopción de la restricción

¹¹⁰⁹ Cfr. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 74.

¹¹¹⁰ Cfr. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 60 y 61.

¹¹¹¹ Cfr. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafo 63.

¹¹¹² Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 66 y 67.

¹¹¹³ Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 68 y 69.

absoluta llevada a cabo, al no demostrarse que fuera proporcional ni necesaria en una sociedad democrática¹¹¹⁴.

Por lo que respecta al argumento del gobierno de que el solicitante podía haber acudido a otros medios, –como hizo en el caso del informe realizado a través de la información aportada por otros organismos pero sin acceder al centro–, entiende el Tribunal, en línea con el solicitante, que esta vía indirecta puede tener otro objeto o finalidad que en definitiva frustre la investigación o la haga menos fiable¹¹¹⁵.

Este pronunciamiento resulta merecedor de una valoración positiva por la argumentación y aplicación de los criterios efectuados por el TEDH. No obstante, dicho pronunciamiento se ve seguido por una sentencia más problemática en lo que respecta a la interpretación del Tribunal en la materia. Se trata del asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, cuya relevancia ha sido destacada por el propio TEDH, señalando que es uno de los primeros casos que siguen al famoso asunto *Magyar* donde se entran a valorar los límites del derecho de acceso a la información pública bajo determinadas circunstancias que lo coheren con el art. 10 CEDH¹¹¹⁶.

Puede decirse que esta sentencia es fruto y consecuencia directa de las circunstancias que marcaron la elaboración del test de iusfundamentalidad en *Magyar*. Es más, es reflejo de una interpretación estricta de los criterios sentados por el TEDH en el caso *Magyar*, en particular en lo relativo a la motivación de la solicitud, como elemento determinante de la finalidad de la misma¹¹¹⁷. Como se vio a propósito del asunto *Magyar*, las circunstancias del caso y la construcción dogmática del TEDH otorgaron relevancia indirecta a la motivación para justificar la finalidad pública de la solicitud de información. Sin embargo, hasta el momento no se había planteado ante el TEDH la cuestión de qué sucede si no se motiva la solicitud, puesto que, aunque este elemento tiene su origen en la doctrina elaborada en el caso *Magyar*, no resultó problemático en dicho caso.

Con el asunto *Studio Monitori*, el TEDH viene a confirmar el alcance instrumental del derecho de acceso a la información respecto del derecho a recibir información garantizado en el art. 10 CEDH, cuando concurran los criterios establecidos en el caso *Magyar*. Ahora

¹¹¹⁴ Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 74 y 76.

¹¹¹⁵ Así, Vid. STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019, párrafos 72, 73 y 74.

¹¹¹⁶ Vid. STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, párrafo 32.

¹¹¹⁷ En este mismo sentido VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “Studio Monitori and Others...”, cit., tildan el caso de “criatura de la sentencia de la Gran Sala de 2016 en el caso Magyar Helsinki Bizottság”.

bien, el asunto *Studio Monitori* resulta especialmente relevante al plantear por primera vez el problema de hasta qué punto es determinante la motivación de la solicitud de información para entender satisfecho el requisito de la finalidad pública. Como indican VOORHOOF y FATHAIGH, “la consecuencia más importante del fallo en *Studio Monitori* y otros es que las ONG, periodistas u otros *watchdogs* que soliciten acceso a documentos públicos tienen que motivar y aclarar en su solicitud que el acceso a los documentos que solicitan es instrumental, e incluso necesario, para sus reportajes periodísticos y que los documentos requeridos contienen información de interés público”¹¹¹⁸.

La diferencia material entre este supuesto y el caso *Szurovecz*, anteriormente analizado, radica en el carácter instrumental del derecho para otorgarle valor iusfundamental. Mientras en el asunto *Szurovecz* se entiende amparado en el art. 10 CEDH –al considerarse presupuesto imprescindible para el disfrute del derecho a la libertad de información–, no sucede lo mismo en el asunto *Studio Monitori*. En las circunstancias del presente caso cambia radicalmente el hecho de que los demandantes de información no motivan su solicitud, y eso lleva al TEDH a estimar que el acceso a la información no se hace imprescindible, ni por ende instrumental, para el desarrollo de la labor de *watchdog* efectuada por los demandantes. Aquí recae esencialmente la cuestión controvertida del caso.

La sentencia acumula dos procedimientos, el primero de ellos se presenta por parte de dos demandantes: una ONG y una periodista que actúa en nombre de aquella y que tiene el objetivo de realizar investigaciones sobre asuntos de interés público. La cuestión es que se solicita el acceso al expediente de una causa penal a la secretaria de un tribunal de justicia. Éste, considerando que la petición no especificaba por qué ni el para qué de la solicitud, invitó a la solicitante a que justificara la petición de información y especificara qué documentos necesitaba para, una vez realizado, valorar su petición. Sin embargo, la periodista no contestó ni aportó las aclaraciones solicitadas por el tribunal, sino que directamente interpuso una demanda contra la decisión del tribunal alegando la vulneración del acceso a la información. Además, se alegó ante los tribunales que el objetivo pretendido con el acceso a la información solicitada era sentar un precedente judicial favorable al reconocimiento general del derecho de acceso a la información

¹¹¹⁸ Cfr. VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “*Studio Monitori and Others...*”, cit.

pública a favor de todas las personas y sin restricciones en su país. No obstante, en el seno del procedimiento judicial quedó constancia de que la periodista ya no necesitaba acceder al material penal solicitado porque había terminado su investigación y publicado sus resultados, aun sin haberse concluido dicho procedimiento.

En cuanto a la segunda demanda acumulada al caso, el solicitante es un abogado condenado por fraude que, mientras estaba en prisión, pidió al tribunal copia de las órdenes judiciales sobre imposición de medidas preventivas previas al juicio en seis casos penales distintos y no relacionados con el suyo, sin dar motivos de por qué le interesaba dicha información.

Los solicitantes se quejaban de que la denegación por parte de los respectivos tribunales en facilitar la información solicitada vulneraba su derecho de acceso a la información garantizado en el art. 10 CEDH. Con tales antecedentes, el TEDH procede a resolver el asunto sentando como principio general que el art. 10 CEDH

“no confiere al individuo un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública ni obliga al Gobierno a impartir dicha información al individuo. Sin embargo, ese derecho u obligación puede surgir, en primer lugar, cuando la divulgación de la información se haya impuesto por una orden judicial que haya adquirido fuerza legal y, en segundo lugar, en circunstancias en que el acceso a la información sea fundamental para el ejercicio por el individuo de su derecho a la libertad de expresión”¹¹¹⁹.

Respecto a este último supuesto, el TEDH señala que deberá estarse a las concretas circunstancias del caso, valorando la concurrencia o no de los criterios establecidos en el caso *Magyar* para desplegar a favor del acceso a la información la protección derivada del art. 10 CEDH¹¹²⁰. Al realizar dicha operación, el TEDH entiende que no se satisface el criterio de la finalidad de la solicitud de información, por la falta de justificación y dejación de los solicitantes en motivar la necesidad de dicha información. Así pues, en el presente caso la motivación se vuelve un elemento clave para la denegación del acceso a la información como instrumental del art. 10 CEDH. No obstante, debe contextualizarse el pronunciamiento del TEDH en la valoración de si concurren o no los elementos para entender el acceso a la información como una manifestación de la libertad de información y, para ello –para gozar de la máxima tutela amparada por el CEDH y de acuerdo con la

¹¹¹⁹ Cfr. STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, párrafo 39.

¹¹²⁰ Vid. STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, párrafo 39.

configuración del test elaborado por el TEDH–, la finalidad e interés público de la solicitud son requisitos determinantes.

En el primer supuesto, la solicitante elude la invitación del tribunal para aclarar y subsanar la finalidad de la petición, en orden a la valoración de la misma. Directamente interpone demanda por vulneración de su derecho a la libertad de información sin justificación alguna. A juicio del TEDH,

“incluso sin esperar el resultado de los procedimientos pertinentes que ellos mismos habían iniciado contra la autoridad judicial nacional, finalizaron la investigación y facilitaron sus resultados al público (...). En otras palabras, de las circunstancias particulares del caso en cuestión puede deducirse que el acceso que buscaban los solicitantes primero y segundo al material de la causa penal pertinente no fue decisivo para el ejercicio efectivo de sus derechos a la libertad de expresión”¹¹²¹.

Esta cuestión en particular será objeto de comentario posteriormente. Por lo que respecta ahora al solicitante de información que promueve el segundo procedimiento acumulado en el caso, resulta que tampoco justifica la necesidad de las copias referidas y, en su caso, el interés público de las mismas. El TEDH consideró en tal sentido que el demandante “no clarificó en las actuaciones ante el tribunal cómo podía mejorar, mediante la recepción de una copia de las órdenes de detención en seis causas penales que le eran totalmente ajenas, el acceso del público a las noticias o facilitar la difusión de información en interés de la gobernanza pública”¹¹²². Pero, además, respecto de este demandante en particular se suscita otra cuestión destacable basada en la consideración del TEDH de que el solicitante “no era un periodista ni un representante de un "organismo público de control”¹¹²³.

Esa precisión, por más que el TEDH haya presumido una posición especial a favor de los profesionales de la información junto con determinados sujetos vinculados al ejercicio de la libertad de información, plantea la cuestión de cómo casa esta consideración con lo dispuesto en el art. 2 del Convenio 205 que reconoce el acceso a los documentos públicos a favor de todas las personas, sin discriminación¹¹²⁴.

¹¹²¹ Cfr. STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, párrafo 41.

¹¹²² Cfr. STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, párrafo 42.

¹¹²³ STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020, párrafo 42.

¹¹²⁴ En la misma línea, Vid. VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “*Studio Monitori and Others...*”, cit.

En base a tales consideraciones, el TEDH concluye que no existe vulneración del art. 10 CEDH por cuanto las solicitudes de información denegadas que dan lugar a los dos procedimientos acumulados no satisfacen los criterios de iusfundamentalidad previstos en el caso *Magyar*. Concretamente, el TEDH entiende que tales solicitudes no cumplen el requisito de la finalidad, por no resultar probados los motivos de la solicitud –y por ende, tampoco se acredita en qué medida el acceso a la información podía contribuir al debate público–. Por ello, a juicio del TEDH el acceso a la información no se reputa como presupuesto del art. 10 CEDH en el caso presente.

En párrafos anteriores ha quedado apuntada la circunstancia respecto del primer procedimiento acumulado de que pese a que la periodista solicita el acceso a determinada información para llevar a cabo una investigación, y aun no accediendo a ella, publica su investigación. Este hecho lleva al TEDH a considerar que el acceso a la información solicitada no resultaba “decisivo”, esto es, presupuesto para el efectivo ejercicio de su libertad de información, y por tanto el art. 10 CEDH no se veía afectado. Sin embargo, conviene puntualizar que esta interpretación debe acogerse con cautela, en tanto puede disuadir a las autoridades nacionales de facilitar el acceso a la información solicitada si existen otras fuentes de información alternativas con las que pueda publicarse la investigación. En este orden de cosas, el resultado de publicación de la investigación permitiría entonces sostener que el art. 10 CEDH no es aplicable porque el acceso a la información solicitada no ha sido un presupuesto imprescindible para la efectividad de la libertad de información. Sin embargo, con ello podría estar socavándose el acceso a información relevante para la sociedad¹¹²⁵. Ya que, el hecho de que haya podido publicarse la investigación recurriendo a fuentes alternativas, no resta valor al acceso a la información solicitada, ni ha de servir como argumento disuasorio para impedir el acceso a lo solicitado.

Para finalizar con el estudio de la jurisprudencia del TEDH, destaca la STEDH asunto *Centro para la Democracia y el Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de marzo de 2020. Este caso es de gran interés por diversos motivos. Por un lado, el Tribunal lo enmarca expresamente como

“uno de los primeros casos después de la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Magyar Helsinki Bizottság* para examinar las cuestiones de la aplicabilidad del Artículo 10 de la

¹¹²⁵ Alertan en este mismo sentido, sobre este problema interpretativo y las consecuencias a las que puede derivar, Vid. VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “Studio Monitori and Others...”, cit.

Convención en el contexto del acceso a la información y las circunstancias en que la denegación del acceso a determinada información puede considerarse una injerencia en el derecho a la libertad de expresión garantizado por esa disposición”¹¹²⁶.

Con este asunto el TEDH ha ratificado la importancia del acceso a la información pública sobre cuestiones de relevancia e interés para la ciudadanía, teniendo además en cuenta la coyuntura de la pandemia en la que se dicta la sentencia y la particular incidencia democrática del asunto¹¹²⁷.

El contexto en el que se desenvuelve el caso tiene lugar en el marco de las elecciones parlamentarias de 2014 en Ucrania. Concretamente, las circunstancias que dan lugar al asunto giran sobre la solicitud de acceso a la información solicitada por una ONG (Centro para la democracia y Estado de Derecho) a la Comisión Electoral Central (CEC) para que le facilitara información relativa a los currículos de los representantes políticos que habían logrado las primeras posiciones en las listas electorales. Concretamente, se solicitaba información curricular relativa a la formación académica e historial laboral de los candidatos que habían logrado representación tras la celebración de las elecciones. Se daba la particularidad de que dicha información debía facilitarse para poder presentar las candidaturas a la CEC, por lo que dicha información estaba en su poder.

No obstante y pese al interés público y democrático del contexto electoral que envuelve el asunto, se entendió que se trataba de datos personales cuya difusión requería el consentimiento de los afectados. Así, tras la negativa reiterada a facilitar dicha información, la ONG entiende que se ha vulnerado su derecho a la libertad de información y se sustancia así el procedimiento ante el TEDH.

En este contexto, el Tribunal estima que existe vulneración del art. 10 CEDH por denegar el acceso a la información solicitada. Concretamente entendió que “los individuos involucrados, los principales políticos, eran figuras públicas de particular importancia. El

¹¹²⁶ Cfr. STEDH asunto *Centro para la Democracia y el Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de marzo de 2020, p. 55.

¹¹²⁷ Cuenta con la particularidad de ser el primer pronunciamiento en materia de acceso a la información llevada a cabo por parte del TEDH en el marco de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19. Sobre este caso han destacado Ó FATHAIGH, R., VOORHOOF, D. “Refusal to give access to ‘confidential’ information about politicians violated NGO’s Article 10 rights”. *Strasbourg Observers*, 27 de abril de 2020, que “This judgment, delivered during the Covid-19 pandemic, clearly illustrates how important it is, more than ever, that the Court applies strict scrutiny under Article 10 in cases on access to public documents, recognising the importance of transparency on matters of public interest”. Disponible en <https://strasbourgobservers.com/2020/04/27/refusal-to-give-access-to-confidential-information-about-politicians-violated-ngos-article-10-rights/>

Tribunal acepta que el público tenía interés en su historial e integridad en el contexto inmediatamente posterior a las elecciones”¹¹²⁸.

Este asunto también resulta interesante de analizar en lo relativo a la motivación de la solicitud al separarse de la posición restrictiva del TEDH sostenida en el caso *Studio Monitori*. Como se ha visto, éste último asunto estuvo fuertemente determinado por el test de iusfundamentalidad elaborado a partir del caso *Magyar*. En concreto, la motivación resultó ser un elemento crucial que, interpretado de forma estricta, hizo que el TEDH estimara la falta de motivación como criterio determinante para no entender vulnerado el art. 10 CEDH –por no satisfacer el requisito de la finalidad de la solicitud–. Sin embargo, el caso *Centro para la Democracia* resulta interesante en lo que respecta a esta cuestión porque en un primer momento, cuando se sustancia el procedimiento ante las autoridades nacionales, la ONG no precisa los motivos de la solicitud.

El propio TEDH reconoce expresamente en la sentencia que la ONG no explicó inicialmente los motivos de la solicitud, sino posteriormente a lo largo del procedimiento sustanciado ante las autoridades nacionales. No obstante, ello no es óbice para que el TEDH disponga que gran parte de la información ya era objeto de dominio público y que la ONG había explicado “de forma bastante convincente”¹¹²⁹ la necesidad de adquirir la información de primera mano por parte de los solicitantes a efectos de comprobar la capacidad y aptitud de los mismos al cargo. En todo caso, el TEDH es consciente de que la ONG no había facilitado los motivos de la solicitud, al señalar expresamente que inicialmente no había facilitado la tarea ponderativa para valorar los intereses en conflicto. Sin embargo, alude el TEDH a que según el Derecho interno aplicable, la motivación no es un requisito exigible y que, en todo caso, la ONG facilitó los motivos posteriormente¹¹³⁰. En este punto, señala el TEDH que

“no hay ningún indicio de que los tribunales internos se vieran impedidos, por alguna norma de Derecho interno u otras consideraciones, para tener en cuenta esa información adicional y reevaluar eventualmente las conclusiones de la CEC a la luz de tales circunstancias”¹¹³¹.

¹¹²⁸ Cfr. STEDH asunto *Centro para la Democracia y el Estado...*, cit., p. 99.

¹¹²⁹ Cfr. STEDH asunto *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., p. 98.

¹¹³⁰ En tal sentido, Vid. STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., p. 119.

¹¹³¹ STEDH *Centro para la Democracia y Estado...*, cit., p. 119.

De lo anteriormente señalado cabe destacar que en este asunto el TEDH parece apartarse de la motivación como requisito para entender satisfecha la finalidad, en los términos en los que se desarrolla en el asunto *Studio Monitori*. Como han señalado en este sentido FATHAIGH y VOORHOOF, con este asunto el TEDH “parece haber retrocedido en su intenso enfoque sobre la necesidad de que los solicitantes den "razones" específicas para tener acceso a la información en poder del gobierno, y demostrar por qué la información es "instrumental" para el ejercicio de la libertad de expresión”¹¹³². De hecho, el TEDH ni siquiera menciona en su argumentación el caso *Studio Monitori* como antecedente recientemente dictado en su jurisprudencia.

Con el caso *Centro para la Democracia*, el TEDH sienta un positivo precedente sobre el derecho de acceso. Resulta además que la información solicitada implicaba directamente al principio democrático, en tanto que la solicitud versaba sobre información curricular de los representantes elegidos tras la celebración de elecciones parlamentarias, a efectos de valorar su capacidad y aptitud para el ejercicio del cargo representativo.

De ahí que este asunto haya sido destacado a la espera de ser una “sentencia influyente” que incida positivamente en el acceso a la información pública, tanto en el contexto de la pandemia en el que se dicta, como posteriormente. Este pronunciamiento ha sido calificado como una “victoria significativa”¹¹³³ para la ONG ucraniana que obtiene una respuesta positiva y abierta del Tribunal en pro del acceso a la información y en línea con la normativa del Consejo de Europa. Se trata de un positivo precedente donde el TEDH desarrolla una elaborada argumentación en todos sus elementos, para concluir finalmente que la injerencia en la libertad de información derivada de la denegación del acceso a la información no era necesaria en una sociedad democrática, *ex art.* 10.2 CEDH.

3.3.2. Conclusiones sobre la jurisprudencia del TEDH a propósito del caso *Magyar*

Tras repasar brevemente la jurisprudencia del TEDH, conviene hacer una serie de reflexiones sobre el alcance interpretativo del derecho de acceso gracias a la labor pretoriana del TEDH. Para ello resulta obligada la remisión al caso *Magyar*, como asunto paradigmático a favor del carácter fundamental del derecho de acceso a la información

¹¹³² Cfr. Ó FATHAIGH, R., VOORHOOF, D. “Refusal to give access to ‘confidential’ information...”, cit.

¹¹³³ Cfr. Ó FATHAIGH, R., VOORHOOF, D. “Refusal to give access to ‘confidential’ information...”, cit.

pública. Este eleva dicho asunto a claro referente para la jurisprudencia posteriormente dictada por el TEDH.

En este sentido, es necesario destacar la relevancia del asunto en cuanto a sus efectos. Con él se reconoce por primera vez y de manera directa el carácter fundamental del derecho, vinculado con el art. 10 CEDH. Esta última apreciación no resulta baladí ya que el Tribunal de Estrasburgo en su condición de intérprete y garante de los derechos reconocidos en el CEDH visualiza el derecho de acceso a la información pública en clave del derecho a la libertad de comunicar y recibir información consagrada en el Convenio.

De otro lado, aunque con carácter general el TEDH ha venido afirmando que el acceso a la información no es un derecho absoluto y que el Estado no está obligado a facilitar información, ha reconocido que tal obligación puede derivar del supuesto en que el acceso se constituye como *prius* del art. 10 CEDH. En la medida en que esto sea así, –tal como sucedió en los casos *Affaire Cangi c. Turquía*, de 29 de enero de 2019 y *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019– estaríamos ante un derecho fundamental, presupuesto imprescindible para la realización del Estado democrático de Derecho, amparado en el art. 10 CEDH. Por el contrario, cuando las circunstancias concretas del caso no permitan superar los cuatro criterios conformados por: la finalidad de la solicitud, naturaleza de la información solicitada, papel del solicitante de la información, y que la información esté lista y disponible, el acceso quedará fuera del amparo iusfundamental que le otorga su vinculación con el art. 10 CEDH.

Esa vinculación directa entre acceso a la información pública y la efectividad de la libertad de información es la que hace que los parámetros de fundamentalidad elaborados por el Tribunal, se vean en parte condicionados por la doctrina aplicable a la libertad de información. De tal forma, y sin perjuicio de valorar positivamente lo avanzado con la doctrina establecida a propósito del caso *Magyar*, puede cuestionarse hasta qué punto resultan justificados y/o necesarios o suficientes algunos de los elementos sobre los que el TEDH construye su doctrina de iusfundamentalidad. Sobre este aspecto se incidirá al referirse a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en España.

No puede negarse el mérito del asunto Magyar, que ha permitido resolver una cuestión dogmática que llevaba años apuntada en la jurisprudencia anterior sin llegar a un pronunciamiento expreso. Así, gracias a este caso se ha solventado la cuestión de si el derecho a la libertad de recibir y comunicar información consagrado en el art. 10 CEDH

puede amparar como manifestación el derecho de acceso a la información pública. En este sentido, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, resulta innegable la consideración del derecho de acceso a la información como una manifestación de la libertad de información, si bien reconocido con carácter instrumental, en base al test de iusfundamentalidad elaborado por el TEDH.

En este sentido, el papel que ha tenido el caso *Magyar* en la labor pretoriana del Tribunal ha sido fundamental, pero también ha podido condicionar al TEDH. Nótese que toda la construcción dogmática sobre el derecho de acceso a la información se ha elaborado por el TEDH a propósito de las circunstancias del asunto *Magyar*. Este aspecto no resulta baladí en tanto que la elaboración del test de iusfundamentalidad y el establecimiento de los principios generales aplicables a casos de acceso a la información se construyen sobre el reflejo del caso *Magyar*. Esta circunstancia ha podido acotar, quizás en exceso, las posibilidades futuras de desarrollo por parte del TEDH, influyendo en la posición que ha manifestado en casos posteriores. Esto se ha comprobado, en particular, en lo relativo a la motivación de la solicitud, como elemento cuyo origen se sitúa en el caso *Magyar*, y reflejándose en éste, se ha interpretado posteriormente de forma más restrictiva en el caso *Studio Monitori*. No obstante, el propio Tribunal parece haber relativizado la necesidad de la motivación a propósito del más reciente asunto *Centro para la Democracia*.

En aras a garantizar la efectividad del derecho de acceso a la información y no incurrir en restricciones excesivas que puedan terminar perjudicando su ejercicio, se advierte la necesidad de tratar con cautela y contextualizar a las circunstancias del caso los elementos sobre los que el TEDH construye el canon de iusfundamentalidad del derecho.

En lo que respecta a la finalidad de la solicitud, y por tanto a la necesidad de motivarla, PIÑAR MAÑAS valora negativamente dicho requisito, “cuando en realidad la tónica general en la configuración del derecho de acceso es la de no exigir motivación alguna para el acceso e incluso ni tan siquiera la identificación del solicitante”¹¹³⁴. Se trata en cualquier caso de un elemento que siendo lógico, en atención a la vinculación con el art. 10 CEDH, pierde cierto sentido considerado aisladamente. Es cierto, y se comparte con el autor, que el derecho de acceso a la información pública es en su esencia un derecho

¹¹³⁴ Cfr. PIÑAR MAÑAS, J. L. “El fortalecimiento de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública como objeto de la ley 19/2013”, en TRONCOSO REIGADO, A (Dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, p.122.

aperturista que no requiere la motivación como elemento condicionante a su efectiva realización. No obstante, a efectos de valorar su iusfundamentalidad quizás sea un criterio razonable a tener en cuenta, valorando su dimensión objetiva esencialmente ligada con el principio democrático. Sobre ello también se profundizará a propósito de la posición defendida sobre tal cuestión.

Puede también cuestionarse el requisito del rol del solicitante de la información¹¹³⁵. Pues, siendo el derecho de acceso un derecho potencialmente dirigido a todas las personas, surge hoy la cuestión de si basta con la solución del caso *Magyar* para entenderlo sólo como iusfundamental cuando el sujeto desempeña alguna función que contribuya al debate público. En tal sentido, sería posible plantear que dada la velocidad con la que avanza actualmente la sociedad de la información, pueda extenderse el criterio de iusfundamentalidad del derecho más ampliamente a favor de todas las personas, sin distinción por tanto de la actividad pública o no que desempeñen. El asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, constituye un antecedente positivo en este punto. Recuérdese que, en este caso, el TEDH ampara el acceso a la información de una persona, representante de una ONG, que actúa a título particular admitiendo en este caso el TEDH su legitimación activa –por tratarse de información de interés público que se recopilaba con el fin de contribuir al debate público–.

Esta línea deberá seguir desarrollándose, en tanto parece la tendencia lógica atendiendo al iter temporal y evolutivo doctrinal del TEDH. No puede obviarse que inicialmente este derecho sólo se reconocía a favor de la prensa, investigadores y ONG como claros *watchdogs*, ampliándose posteriormente a favor de *bloggers* y usuarios de Internet. Tales antecedentes, unidos al contexto digital y de la información, invitan a pensar que hay aún una vocación evolutiva pendiente de reforzarse a favor de cualquier persona que solicite información¹¹³⁶.

Por último, podría ser objeto de cautela la amplitud con la que el TEDH parece referirse al elemento de que la información esté lista y disponible. Pues, una acción de reelaboración básica y mínima a efectos de hacer disponible la información, puede ser

¹¹³⁵ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L. “El fortalecimiento de la transparencia...”, cit., p. 122.

¹¹³⁶ Redunda a favor de esta misma idea COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, cit, p. 296, al apuntar que “la clave va a resultar la extensión y generalización de estos sujetos en razón especialmente de internet y, (...), la tendencia necesariamente será la generalización del derecho fundamental a todo sujeto que solicite información para finalidades de relevancia pública”.

conforme al ejercicio del derecho en tanto no suponga una carga de auténtica reelaboración que devenga excesiva para el órgano al que se solicita.

Por otro lado, cabe resaltar la configuración instrumental que ha realizado el TEDH sobre el derecho de acceso respecto del art. 10 CEDH. Esta cuestión no ha sido ajena a algunas críticas por parte de la doctrina especializada. Concretamente, resulta interesante subrayar en este sentido que, “una cosa es interpretar un determinado significado de un precepto concreto y otro «legislar» un derecho humano *ex novo*. En consecuencia, el TEDH solo reconoce este derecho de acceso a la información pública como un derecho *instrumental*, no como un derecho autónomo. Esto quiere decir que el TEDH solo reconocerá el derecho de acceso a la información pública en unas determinadas circunstancias en las que el acceso a la información sea un medio o herramienta para el ejercicio del derecho del solicitante a «recibir y difundir información»¹¹³⁷.

Esta idea se alinea con la crítica de fondo sostenida por PIÑAR MAÑAS relativa a que el derecho no se haya configurado como derecho fundamental autónomo. Dicho autor, reconoce la importancia del asunto *Magyar* en la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, se muestra crítico con los criterios en él establecidos. Entiende que sus apreciaciones son limitadas porque el TEDH descarta la posible configuración autónoma del derecho de acceso respecto de la libertad de expresión e información¹¹³⁸. De hecho, aun valorando positivamente el reconocimiento expreso del derecho efectuado por el TEDH, el carácter instrumental con que se ha reconocido ha llevado a sostener que “da la sensación de que el TEDH ha llegado al límite en el reconocimiento de un derecho tan poliédrico como esencial en las democracias actuales, un reconocimiento que le queda aún mucho desarrollo, tanto como se demandan formulas participativas por parte de la ciudadanía”¹¹³⁹.

No obstante, más allá de las críticas apuntadas, resulta innegable actualmente el valor que ha tenido la jurisprudencia evolutiva del TEDH para trasladar a los Estados miembros del Consejo de Europa la relevancia democrática del acceso a la información pública. La posición estratégica del Tribunal ha de servir para instar y orientar a los Estados en la debida protección de un derecho sujeto a discrepancia, en relación al cual, además, “los

¹¹³⁷ Cfr. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit., p. 487.

¹¹³⁸ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L. “El fortalecimiento de la transparencia...”, cit., págs. 121 y 122.

¹¹³⁹ Cfr. HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit., p. 508.

Estados suelen adoptar posturas cicateras”¹¹⁴⁰. Toda vez que gracias a la doctrina del TEDH se ha dado un salto definitivo en la consolidación del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, vinculado a la libertad de información *ex art. 10 CEDH*. Esa instrumentalización del derecho al cohonestarse con el art. 10 CEDH no tiene por qué valorarse como un punto débil. Por un lado, su carácter fundamental está innegablemente ligado con la vertiente democrática que ampara la libertad de información, al orientarse a la formación de la opinión pública y la participación efectiva. Pero, además, el hecho de que su insfundamentalidad se haya instrumentalizado de forma coherente al art.10 CEDH, –y por más que ello pueda perfilar el derecho en un determinado sentido–, no impide incluir matices en un futuro que resulten propios al sentido democrático del derecho.

3.4. En el ámbito de la UE

Atendiendo al análisis multinivel de los derechos y en particular a la primacía y efecto directo del Derecho de la UE, es momento de analizar el derecho de acceso a la información pública en el nivel supranacional europeo¹¹⁴¹. Cabría comenzar señalando que debido a las limitaciones de legitimidad democrática que aun existe en el marco europeo, así como al distanciamiento y desconfianza de la ciudadanía respecto de las políticas supranacionales, la transparencia y el derecho de acceso a la información pública son elementos claves para una mayor calidad democrática europea¹¹⁴². Este motivo ha llevado a considerar el derecho de acceso a los documentos como “uno de los componentes esenciales de los principios de apertura y transparencia que han de imperar en el funcionamiento de las instituciones de la Unión”¹¹⁴³.

El itinerario europeo en esta materia viene precedido por la adopción de una política global relativa a la sociedad de la información, que emprende su camino con el Libro

¹¹⁴⁰ HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit., p. 508.

¹¹⁴¹ Para un análisis completo sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la UE, tanto desde una perspectiva normativa como jurisprudencial, véase BALLESTER MARTÍNEZ, B. “La forja jurisprudencial del principio de transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, págs. 385 y ss.

¹¹⁴² Así, Vid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). *Estudio comparado sobre normativa...*, cit., p. 25.

¹¹⁴³ Cfr. GONZÁLEZ ALONSO, L. N. “Artículo 42. Derecho de acceso a los Documentos”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.) y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (Coord.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVAA, Madrid, 2008, págs. 680 y 681.

Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y empleo de 1993¹¹⁴⁴, al que posteriormente le sigue el Libro Blanco sobre Gobernanza de 2001¹¹⁴⁵. En este contexto, la transparencia y la rendición de cuentas fueron posteriormente destacadas como ventajas en uno de los escenarios plasmados en el Libro Blanco de la Comisión Europea, sobre el futuro de Europa, de 1 de marzo de 2017¹¹⁴⁶.

En este sentido, el derecho de acceso a la información pública ha ido desarrollándose hasta convertirse en “mecanismo indispensable para contrarrestar el repetidamente señalado déficit democrático del que adolecían –y adolecen– las instituciones europeas”¹¹⁴⁷. Es por ello que la labor europea en pos del derecho de acceso no viene sólo por parte del TJUE, sino que también encuentra reconocimiento en el Derecho originario y en el Derecho derivado de la UE.

En primer lugar, cuando hablamos del acceso a la información pública en el Derecho originario de la UE, hemos de situarnos como antecedente en el Tratado de Maastricht de 1992. En él se plantean las primeras referencias al derecho de acceso, a través de la Declaración nº 17 relativa al derecho de acceso a la información O.J.C 191 (1992), aneja al propio texto del tratado. Gracias a la labor de dicha Declaración en destacar la necesidad de adoptar medidas que faciliten el acceso de los ciudadanos a la información en poder de las instituciones, se abrió camino a este nuevo derecho en el seno de la UE¹¹⁴⁸.

No obstante, para encontrar referencia expresa al acceso a la información en el articulado del Derecho originario, y como se apuntó brevemente en la primera parte de la investigación, hubo que esperar hasta las modificaciones del Tratado de Ámsterdam en 1997, cuando el art. 255 del TCE lo recoge. Este primer paso fue el inicio en el reconocimiento europeo del derecho de acceso pero, no obstante, quedaba circunscrito a aquella información que estuviera en poder del Parlamento Europeo, del Consejo o de la

¹¹⁴⁴ Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “La sociedad de la información en Europa (I), en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 1227. Vid. GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. “La sociedad de la información en Europa (II), en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, p.1253.

¹¹⁴⁵ Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Gobernanza Europea, COM (2001) 428 final (2001/C 287/01), de 12 de octubre de 2001.

¹¹⁴⁶ Véase, Escenario 3 del Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025, COM (2017) 2025, de 1 de marzo de 2017, p. 20.

¹¹⁴⁷ Cfr. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 176.

¹¹⁴⁸ Vid. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia...”, cit., p.285. Vid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). *Estudio comparado sobre normativa...*, cit., p. 27.

En este sentido, se adoptaron medidas tales como Códigos de Conducta y decisiones por parte de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo que iban encaminadas a la consecución de tales objetivos.

Comisión Europea¹¹⁴⁹. Posteriormente, ya con el Tratado de Lisboa, el derecho de acceso a la información pública pasa a estar consagrado en el art. 15.3 del TFUE. Dicho precepto responde al desarrollo de los arts. 1, 10, 11 del TUE y sustituye al antiguo art. 255 del TCE. En este sentido, la inclusión del derecho de acceso en el TFUE supone una virtuosa estrategia para reforzar el carácter y funcionamiento democrático de la UE¹¹⁵⁰.

Así, la limitada referencia al acceso a documentos del Parlamento, el Consejo y la Comisión que hacía el art. 255 TCE, se extiende ahora, con el art. 15.3 TFUE, a información en poder de órganos, instituciones y organismos de la UE, lo que ha de valorarse positivamente¹¹⁵¹. No obstante, tal valoración positiva se contrarresta con el párrafo 4º del art. 15.3 TFUE, que limita el acceso a la información proveniente del TJUE, del Banco Central Europeo (BCE) y del Banco Europeo de Inversiones (BEI) a aquella que sea de carácter administrativo.

Por otra parte, resulta imprescindible reiterar el valor añadido que adquiere la CDFUE desde 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Pues convierte desde entonces a la Carta en un instrumento clave que no sólo goza del mismo valor jurídico vinculante que los tratados de la Unión y de eficacia directa¹¹⁵², sino de un indiscutible valor político¹¹⁵³ en defensa de los derechos en ella reconocidos. Esta elevación de la CDFUE a la altura de los tratados fundacionales conlleva una consecuencia fundamental y es que convierte los derechos en ella consagrados en auténticos derechos exigibles, y directamente ejercitables en los ordenamientos internos. Esto es, el hecho de que la CDFUE reconozca en su articulado el derecho de acceso a la información le otorga un

¹¹⁴⁹ Tal como venía a poner de manifiesto la CDFUE (antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa)

¹¹⁵⁰ Vid. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia...”, cit., p. 286. En el mismo sentido, Vid. PALOMARES HERRERA, M. “Panorámica de la transparencia...”, cit., p. 23.

¹¹⁵¹ En la misma línea, Vid. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia...”, cit., p. 287. Vid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). *Estudio comparado sobre normativa...*, cit., p. 28; Vid. GONZÁLEZ ALONSO, L. N. “Artículo 42...”, cit., p. 681.

¹¹⁵² No obstante la mencionada eficacia directa debe entenderse circunscrita a los límites que el art. 51.1 CDFUE impone a su ámbito de aplicación en los Estados miembros, cuando estos estén aplicando el Derecho de la Unión. Sobre la eficacia y primacía del Derecho de la UE y las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Estados miembros, destacan las importantes SSTJUE (Gran Sala) C-399/11, asunto *Melloni*, de 26 de febrero de 2013 y C-617/10, asunto *Åkerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013. Concretamente sobre la eficacia directa de la CDFUE en los respectivos Estados miembros *ex art. 51 CDFUE*, ARNOLD, R., FELDBAUM, E. “Aspects of Fundamental Rights Convergence in Europe with Some Comparative References to the Developments in Germany, United Kingdom and France”, en ARNOLD, R (Ed.) *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016, p. 2, hablan de “convergencia total” para referirse a la relación entre la CDFUE y las constituciones nacionales de los Estados miembros. En tal sentido señalan que “this form of total convergence of the fundamental rights protection results from the fact that it is a convergence by substitution, the Charter replaces national fundamental rights”.

¹¹⁵³ En tal sentido, Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel...*, cit., p. 88.

valor fundamental que ha de ser tomado en consideración en la interpretación que hagan los Estados¹¹⁵⁴. No obstante, siempre habrá que enmarcar la virtualidad operativa de dicho instrumento a los casos en los que los Estados apliquen el Derecho de la Unión a tenor de lo dispuesto en el art. 51.1 CDFUE. Por tanto, el ámbito de aplicación del precepto queda circunscrito en el ámbito nacional a cuando se esté aplicando el Derecho de la Unión.

Es importante llamar la atención sobre la distinta consagración que el derecho de acceso ha adquirido en el seno del CEDH y de la CDFUE. Se ha visto ya que en el CEDH este derecho no se reconoce expresamente, sino que se vehiculiza como manifestación del art. 10 CEDH, –por vía interpretativa del TEDH–. Sin embargo, en el seno de la UE el derecho de acceso a la información se reconoce expresamente y, además, se hace de forma autónoma en el Título V, dedicado al estatus de la ciudadanía. Como ha señalado GUICHOT, el derecho de acceso a la información en el marco del Derecho europeo “se ha vinculado con el principio de democracia, y sus exigencias de participación y control de los ciudadanos en los asuntos públicos, de transparencia”¹¹⁵⁵. Pero, en concreto, la consagración del derecho de acceso en el ámbito europeo difiere de la adquirida en el seno del Consejo de Europa, esencialmente porque este derecho en la CDFUE adquiere virtualidad propia frente al derecho a la libertad de expresión e información del art. 11 CDFUE. Se constituye así como un derecho autónomo e independiente, vinculado a la ciudadanía europea.

No obstante, esta última cuestión ha sido criticada bajo la visión de que la desvinculación entre acceso a los documentos y el acceso a la libertad de expresión e información resta poder al derecho de acceso, y que debería haberse ligado al art. 11 CDFUE. En base a tales consideraciones se estima que de haberse vinculado a la libertad de información, posiblemente hubiera podido dictarse una Directiva específicamente dirigida al acceso a la información y, en consecuencia, no prevalecería un enfoque del derecho ligado más bien a la buena administración, vía art. 42 CDFUE¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ En este mismo sentido se pronuncian NEAMTU, B., C. DRAGOS, D. “Freedom of Information in the European Union: Legal Challenges and Practices of EU Institutions”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019, p. 17, al señalar que “Lisbon Treaty has brought important changes with regard to the right of access to documents in the European Union. First of all, the Charter of Fundamental Rights makes this access a fundamental right”.

¹¹⁵⁵ Cfr. GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información...*, cit., p. 90.

¹¹⁵⁶ En tal sentido se pronuncia Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa...*, cit., p. 185.

Al margen de esta crítica, lo cierto es que el estudio de la materia se enmarca por lo que ahora respecta en el Título V de la CDFUE, en concreto en los arts. 41 y 42 CDFUE. Por su parte, el art. 41 CDFUE abre dicho Título y regula el “derecho a una buena administración” y, a continuación, el art. 42 CDFUE consagra el “derecho de acceso a los documentos”. Este último precepto reconoce que “Todo ciudadano de la Unión y 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, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”¹¹⁵⁷. Dicho precepto, ampliado sustantivamente tras la entrada en vigor del art. 15.3 TFUE, reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión a acceder a documentos de instituciones, órganos y organismos de la UE, mientras que anteriormente sólo se reconocía en relación a documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Llama la atención la cuestión relativa a la denominación del derecho de acceso llevado a cabo por el art. 42 CDFUE, ya que alude expresamente al acceso a “documentos” pero no a la información propiamente. Esto puede suscitar dudas para identificar el alcance y significado del derecho. Es cierto, que podría haberse aprovechado esta oportunidad para aludir de forma directa a la información y así actualizar su configuración formal. Sin embargo, atendiendo tanto a la labor interpretativa de los tribunales internacionales como a la actividad legislativa en el seno de la UE¹¹⁵⁸, se entiende que éste es el sentido del precepto¹¹⁵⁹. De hecho, en virtud del art. 3.a) del Reglamento (CE) 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 adelante Reglamento 1049/2001, la definición de “documento” se hace en alusión expresa al

¹¹⁵⁷ Art. 42 CDFUE.

¹¹⁵⁸ Desarrollada muy especialmente en la materia por el Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001. Que precede a la Decisión del Consejo 93/731/CE, relativa al acceso público a los documentos del Consejo (DO L 340, de 31 de diciembre de 1993, p. 43); Decisión de la Comisión 94/90/ECSC, relativa al acceso público a los documentos de la Comisión (DO L 46, de 18 de febrero de 1994, p. 58., y Decisión del Parlamento Europeo 97/632/CE, relativa al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo (DO J 263, de 25 de septiembre de 1997, p. 27).

En la misma línea critican la rúbrica del precepto, Cfr. BARTLETT QUINTANILLA, P., DARBISHIRE, H., y PAVLOU, A. *Guía de acceso a los documentos de la UE. Acceso a la información de la Unión Europea*. Access Info, Madrid, 2013, p.14. Disponible en: https://www.access-info.org/wp-content/uploads/ES_ONLINE_Guide_on_access_to_EU_Documents.pdf; cuando señalan que “restringir el derecho a saber con el pretexto de una definición jurídica del término “documento” es un concepto desactualizado. Sin embargo, ésta es la situación actual de la UE y es importante que los solicitantes de información lo sepan”.

¹¹⁵⁹ En este sentido, Vid. GONZÁLEZ ALONSO, L. N. “Artículo 42...”, cit., p. 692.

“contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual)”¹¹⁶⁰.

En el marco del Derecho derivado de la UE, destaca el reconocimiento del acceso a la información medioambiental¹¹⁶¹, regulado en la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. Más allá de este ámbito sectorial, destaca con carácter general y pieza clave el citado Reglamento 1049/2001, en cuyo art. 1 se delinearán tres importantes objetivos a conseguir: a) “garantizar el acceso más amplio posible a los documentos” de las instituciones de la Unión; b) “establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho” y; c) “promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos”¹¹⁶².

Del análisis del Reglamento 1049/2001¹¹⁶³ resaltan una serie de cuestiones concretas. Por un lado, está la cuestión relativa a los sujetos legitimados para ejercitar el derecho de acceso a los documentos. En este sentido, el art. 2.1 del Reglamento despeja toda duda, atribuyendo legitimidad para el ejercicio del derecho a los ciudadanos de la UE y a las personas físicas o jurídicas residentes o con domicilio social en un Estado miembro. Asimismo, en los términos planteados en el art. 2.2 del Reglamento, establece como “meros beneficiarios potenciales”¹¹⁶⁴ de este derecho a solicitantes de terceros Estados, si bien sujeto a la potestad discrecional de las instituciones, pues el precepto se refiere a que “podrán conceder el acceso (...)”¹¹⁶⁵.

Otra cuestión interesante es que en virtud del art. 2.3 del Reglamento tales documentos pueden haberse elaborado por la misma institución o estar en su poder. Conviene hacer

¹¹⁶⁰ Art. 3.a) Reglamento (CE) 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.

¹¹⁶¹ Regulado en la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo.

¹¹⁶² Véase, art. 1 Reglamento (CE) 1049/2001.

¹¹⁶³ Se realiza un estudio pormenorizado de las cuestiones más reseñables del Reglamento 1049/2001 en el marco del art. 42 CDFUE con aportación de numerosa jurisprudencia del TJUE clasificada por temáticas en MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. “Artículo 42. Derecho de acceso a los documentos”, en LÓPEZ CASTILLO, A (Dir.) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 1252 y ss.

¹¹⁶⁴ Cfr. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia...”, cit., p. 289.

¹¹⁶⁵ El art. 2.2 Reglamento (CE) 1049/2001, prescribe que “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”.

aquí una aclaración respecto a la aplicabilidad del Reglamento. Y es que, aunque vaya expresamente dirigido a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, se puede considerar aplicable en sentido amplio al resto de instituciones de la UE, a tenor de lo dispuesto en el art. 42 CDFUE y del 15.3 TFUE¹¹⁶⁶. Al ser más reciente el art. 15.3 TFUE que el art. 1 del Reglamento 1049/2001, cabe entender que se extiende el marco de legitimación pasiva a todos los órganos, instituciones u organismos de la UE en la línea marcada por el art. 15.3 TFUE, superándose así la más acotada legitimación pasiva efectuada por el Reglamento 1049/2001 en su art. 1, ceñido a los documentos en poder del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea. De ahí que este punto concreto del Reglamento sea materia susceptible de reforma¹¹⁶⁷.

Por su parte, el art. 4 del Reglamento prevé una serie de excepciones a la regla general de acceso público a los documentos que deberán interpretarse con carácter restrictivo¹¹⁶⁸. Y cabría también resaltar el art. 17 del Reglamento, que favorece la rendición de cuentas de las instituciones europeas, por cuanto estipula la realización de informes anuales sobre el acceso a la información en el seno de la concreta institución de que se trate. A tenor de este precepto, es posible realizar un análisis práctico y aplicativo del Reglamento 1049/2001, a expensas de los informes que viene publicando anualmente la Comisión Europea sobre su aplicación del Reglamento.

El último informe publicado por la Comisión Europea en 2021 sobre la aplicación del Reglamento en 2020¹¹⁶⁹ refleja una tendencia positiva respecto de los resultados obtenidos en el informe anterior en lo que concierne a la iniciativa y tramitación de solicitudes de acceso a los documentos¹¹⁷⁰. A tenor de dicho informe se revela un notable

¹¹⁶⁶ Puede consultarse en este sentido, Vid. BARTLETT QUINTANILLA, P., DARBISHIRE, H., y PAVLOU, A. *Guía de acceso a los documentos...*, cit., págs. 6 y 13. Vid. PORRAS RAMÍREZ, J. M. “Los límites a la transparencia...”, cit., p. 288.

¹¹⁶⁷ Vid. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). *Estudio comparado sobre normativa...*, p. 30.

¹¹⁶⁸ Esta cuestión es ampliamente tratada con aportación de numerosa jurisprudencia del TJUE en la materia, en MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. “Artículo 42. Derecho de acceso...”, cit., p. 1261.

¹¹⁶⁹ COM(2021) 459 final/2 Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2020 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 9 de noviembre de 2021, disponible en: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2021\)459&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2021)459&lang=es)

¹¹⁷⁰ Así, véase el informe anterior COM/2020/561 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2019 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 15 de septiembre de 2020, punto 3.3. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0561>. También puede consultarse el informe COM (2019) 356 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2018 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la

aumento de solicitudes (de un 7,5%) en comparación con el informe anterior. Dicho aumento coincide con la excepcionalidad sin precedentes vivida durante el año 2020 con la gestión de la pandemia del Covid-19. De hecho, la contextualización que efectúa la Comisión del Informe de este año no pasa por alto, a tenor de los datos que se aportan sobre solicitudes de acceso concedidas, que existe un “compromiso de la institución con el derecho de acceso a los documentos como parte de su política global de transparencia, en cualquier circunstancia, incluso en la situación de pandemia sin precedentes”¹¹⁷¹.

Entre otras categorías de datos recogidos, dichos informes agrupan las solicitudes de acceso por razón del perfil social y profesional de los solicitantes. En el último informe mencionado la mayoría de solicitudes procedían, al igual que en informes anteriores, de la ciudadanía. No obstante, la segunda categoría que más solicitudes efectúa cambia. Mientras que en el último informe lo ocupan las empresas, en el informe del año 2020 sobre aplicación en 2019 del Reglamento, lo constituyen las instituciones académicas y grupos de reflexión¹¹⁷².

El análisis de los diversos informes publicados por la Comisión Europea en los últimos años revela una tendencia ascendente de participación ciudadana hasta convertirse, desde 2015 hasta el último informe citado, en la categoría de solicitante más activa¹¹⁷³. En una valoración global de los datos vertidos en los informes de los últimos años, debe considerarse positivamente el incremento participativo de la ciudadanía para ejercer su derecho de acceso a la información. Este dato desvela una mayor implicación y

Comisión, Bruselas, 29 de julio de 2019, punto 3.3, p. 7. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-356-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

¹¹⁷¹ Cfr. COM(2021) 459 final/2 Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2020 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 9 de noviembre de 2021.

¹¹⁷² Pueden consultarse los porcentajes específicos que representan a cada perfil social solicitante de acceso a los documentos en el COM(2021) 459 final/2 Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2020 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 9 de noviembre de 2021.

¹¹⁷³ Véanse los informes anteriores, COM(2016) 533 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2015 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, Bruselas, 24 de julio de 2016, punto 3.4, p. 4. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-533-ES-F1-1.PDF>; COM(2017) 738 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2016 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, Bruselas, 6 de diciembre de 2017, punto 3.3, p. 6. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-738-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>; COM(2018) 663 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2017 del Reglamento (CE) n.º 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, Bruselas, 3 de octubre de 2018, punto 3.3, p. 7. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-663-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>;

concienciación social acerca de la importancia de la transparencia y el acceso a la información como ejes que contribuyen al buen funcionamiento de las instituciones democráticas.

Por último, debe subrayarse como un elemento importante a tener en cuenta en los informes de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento 1049/2001, que también hacen referencia a las reclamaciones efectuadas ante el Defensor del Pueblo europeo por casos de mala administración. Si bien es cierto que la Comisión parte en este punto de que las recomendaciones emitidas por el Defensor del Pueblo no son vinculantes, les otorga valor de autoridad, tratando de que sus prácticas en lo que respecta a la aplicación de las disposiciones del Reglamento 1049/2001 se ajusten a las recomendaciones del Defensor del Pueblo.

3.4.1. El papel del Defensor del Pueblo europeo en materia de transparencia y acceso a los documentos públicos

Al margen de la normativa aplicable en el ámbito de la Unión Europea sobre el derecho de acceso a los documentos públicos, es importante destacar brevemente el papel del Defensor del Pueblo europeo en la materia como institución de garantía¹¹⁷⁴. Concretamente, el citado Reglamento 1049/2001 habilita que los solicitantes de acceso a documentos de las instituciones de la UE puedan interponer una reclamación ante el Defensor del Pueblo europeo con el objetivo de garantizar el respeto del derecho de acceso.

Partiendo de los arts. 24 y 228 TFUE¹¹⁷⁵, hay que estar a lo dispuesto en el art. 1.3 del Reglamento UE 2021/1163 del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, por el que

¹¹⁷⁴ Con carácter general, para una aproximación más profunda sobre el Defensor del Pueblo europeo como institución de garantía, puede verse entre otros, SALVADOR MARTÍNEZ, M. “El Defensor del Pueblo Europeo”, en CAMISÓN YAGÜE, J. (Coord.) *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2011, págs.221 y ss.

¹¹⁷⁵ El art. 24 párrafo 3º TFUE dispone que “Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 228”. Por su parte, el art. 228.1 y 2 TFUE prescriben que “1. El Parlamento Europeo elegirá a un Defensor del Pueblo Europeo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Instruirá estas reclamaciones e informará al respecto. En el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución, órgano u organismo interesado, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Éste remitirá a

se fijan el Estatuto y funciones del Defensor del Pueblo europeo. Dicho precepto señala que la actuación del Defensor del Pueblo se basa en investigar casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión¹¹⁷⁶, que en lo que interesa, deberá tener en cuenta el derecho a una buena administración garantizado en el art. 41 CDFUE. La función del Defensor del Pueblo Europeo en esta materia se orienta a realizar investigaciones que tienen que ver con la transparencia en la toma de decisiones y la rendición de cuentas, así como en el acceso a los documentos, bien a iniciativa propia o bien a partir de una reclamación. Además, resulta destacable que, tal como se pone de manifiesto en la página web del Parlamento Europeo, “cerca de una tercera parte de las investigaciones que lleva a cabo cada año el Defensor del Pueblo europeo tienen que ver con la falta de información o con la negativa a facilitarla”¹¹⁷⁷.

Los resultados de las investigaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo europeo se plasman en un informe emitido a las instituciones u órganos interesados que contendrá recomendaciones y, si el caso de mala administración lo requiere, podrá remitir un informe al Parlamento Europeo. Este último podrá presentarse al margen del informe anual que el Defensor del Pueblo europeo debe presentar al Parlamento Europeo al término de cada periodo de sesiones sobre el resultado de las investigaciones y evaluación del cumplimiento de las recomendaciones emitidas¹¹⁷⁸.

Como quedaba apuntado en el apartado anterior, las recomendaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo no gozan de valor jurídico vinculante, aunque sí que adquieren un gran valor de autoridad y sus decisiones son respetadas en un elevado porcentaje por parte de las instituciones implicadas. De los últimos datos obtenidos de los informes anuales

continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución, órgano u organismo interesado. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones. El Defensor del Pueblo presentará cada año al Parlamento Europeo un informe sobre el resultado de sus investigaciones. 2. El Defensor del Pueblo será elegido después de cada elección del Parlamento Europeo para toda la legislatura. Su mandato será renovable. A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste dejare de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave”.

¹¹⁷⁶ Reglamento (UE, Euratom) 2021/1163 del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021 por el que se fijan el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo (Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo) y por el que se deroga la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom.

¹¹⁷⁷ Cfr. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/18/el-defensor-del-pueblo-europeo>

Puede corroborarse que en efecto el mayor porcentaje de reclamaciones presentadas ante el Defensor del Pueblo europeo tiene que ver con la transparencia y el acceso a los documentos públicos consultando los Informes anuales. Sirva de ejemplo en tal sentido el Informe anual 2019 del Defensor del Pueblo europeo, de 4 de mayo de 2020. Puede accederse al texto del Informe en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/doc/annual-report/es/127393>

¹¹⁷⁸ Véase al respecto lo dispuesto en el art. 4 del Reglamento (UE, Euratom) 2021/1163 del Parlamento Europeo de 24 de junio de 2021 por el que se fijan el Estatuto y funciones del Defensor de Pueblo europeo.

del Defensor del Pueblo europeo puede verse que en 2018, el grado de cumplimiento de las instituciones europeas respecto de las propuestas efectuadas por el Defensor del Pueblo fue de un 77%, ascendiendo al 79% en 2019¹¹⁷⁹.

Gracias a la visibilización que resulta de la labor del Defensor del Pueblo sobre el mal funcionamiento de las instituciones europeas en materia de transparencia y acceso a los documentos públicos es posible que las instituciones implicadas corrijan aquellas dinámicas o prácticas administrativas que entorpecen su buen funcionamiento. La publicación de los resultados obtenidos sobre el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Defensor del Pueblo europeo en los informes publicados anualmente produce un efecto de apego por el cumplimiento y de responsabilidad de las instituciones para mejorar los aspectos que les han sido señalados.

Además, debe valorarse positivamente que en 2018 se introdujera un procedimiento de vía rápida *Fast-track procedure* para la agilización de la tramitación de las reclamaciones de acceso. Dicho procedimiento se implanta en la lógica de que las solicitudes de acceso deben responderse con prontitud y de forma ágil para evitar que la información requerida pierda relevancia si su acceso se retrasa en el tiempo. Con este procedimiento el plazo para llegar a una conclusión sobre la reclamación es de un tercio, frente al establecido con anterioridad, siendo ahora de cuarenta días laborables¹¹⁸⁰.

Con todo, la reclamación ante el Defensor del Pueblo europeo en materia de transparencia y acceso a los documentos públicos adquiere un importante valor por su gratuidad y mayor agilidad frente a la vía judicial. Resulta, además, una vía estratégica en la materia por el peso que ostentan sus recomendaciones para impulsar un mejor funcionamiento de las instituciones, en el curso de las investigaciones efectuadas por mala administración. Es por ello que junto a la jurisprudencia del TJUE, que se tratará a continuación, el *Ombudsman* europeo refuerza el compromiso constante y el mayor reconocimiento de la transparencia de las instituciones europeas así como del acceso a los documentos públicos¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁹ Este dato se extrae del Informe anual 2020 del Defensor del Pueblo europeo, de 18 de mayo de 2021. Accesible en <https://www.ombudsman.europa.eu/es/doc/annual-report/es/141317>

¹¹⁸⁰ Para consultar una evaluación sobre la implantación del procedimiento de agilización “*Fast-track*” ante el Defensor del Pueblo europeo, véase el documento publicado en la web del Defensor del Pueblo Europeo, “Review of the Ombudsman's Fast-Track procedure”, publicado el 24 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.ombudsman.europa.eu/es/document/en/138509>

¹¹⁸¹ Sobre la influencia positiva que ha ostentado el Defensor del Pueblo Europeo en pos de la transparencia, Vid. COTINO HUESO, L. “Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución

3.4.2. Especial referencia a la jurisprudencia del TJUE

Una vez esbozado el marco normativo europeo y la actuación de seguido de la institución del Defensor del Pueblo europeo en materia de acceso a la información pública, conviene concluir con una referencia a las aportaciones jurisprudenciales más destacables del TJUE, centradas sobre todo en la naturaleza del derecho y su carácter democrático.

La labor del TJUE ha sido de gran relevancia para consolidar el derecho de acceso a los documentos públicos en el marco de la UE. Los primeros antecedentes jurisprudenciales pueden ubicarse en la década de los noventa, avanzándose progresivamente hacia un vasto y desarrollado cuerpo jurisprudencial en la materia. Inicialmente, destacaron entre otras la sentencia T-194/94, del Tribunal de Primera Instancia, asunto *Carvel y Guardian Newspaper c. Consejo*, de 19 de octubre de 1995¹¹⁸², junto con la sentencia C-58/94, asunto *Países Bajos/Consejo*, de 30 de abril de 1996, en la que el Tribunal estima que existe una evolución “que pone de manifiesto una afirmación progresiva del derecho de acceso de los particulares a los documentos que obran en poder de las autoridades públicas”¹¹⁸³. Hasta este momento, se llevaban a cabo referencias genéricas en cuanto a la naturaleza del derecho de acceso a la información, evitando su catalogación como *iusfundamental* o no¹¹⁸⁴.

Posteriormente, la sentencia T-174/95, asunto *Svenska Journalistförbundet c. Consejo de la Unión Europea*, de 17 de junio de 1998, resulta interesante por la catalogación que efectúa del derecho de acceso como un principio, señalando que

“el objetivo de la Decisión 93/731 es traducir el principio que postula por un acceso de los ciudadanos a la información lo más amplio posible con el fin de reforzar el carácter

europea y en la realidad de su ejercicio”, en CARRILLO, M., y LÓPEZ BOFILL, H. *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 292.

¹¹⁸² Vid. STJUE T-194/94, asunto *Carvel y Guardian Newspaper c. Consejo*, de 19 de octubre de 1995, p. 65 y ss.

¹¹⁸³ Cfr. STJUE C-58/94, asunto *Países Bajos/Consejo*, de 30 de abril de 1996, p. 36. Dicha afirmación evolutiva del tribunal se vio incitada por las Conclusiones previamente dictadas para el caso por parte del Abogado General Tesauro, presentadas el 28 de noviembre de 1995. En el p. 6 de dichas Conclusiones afirmaba que “en definitiva, dado que la transparencia de los procesos de decisión constituye una característica inherente a todo ordenamiento jurídico democrático y que el derecho a la información, incluida la que obra en poder de los poderes públicos, representa un derecho fundamental del individuo”. Idea reiterada en el p. 16 al prescribir que “se puede considerar que el derecho de acceso a la información se configura, de manera cada vez más evidente, como un derecho civil fundamental”.

¹¹⁸⁴ Vid. COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, cit., p. 92.

democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración”¹¹⁸⁵.

Por su parte, la sentencia T-309/97, asunto *Bavarian Lager/Comisión*, de 14 de octubre de 1999, junto con la sentencia C-174/98 P y C-189/98 P, asuntos acumulados *Países Bajos y Van der Wall/Comisión*, de 11 de enero de 2000, destacan porque el Tribunal señala en ambas que la Comisión no está exenta de cumplir su obligación de facilitar información, aun cuando puedan existir motivos de interés para restringir el acceso. Pues, las excepciones al acceso de información deben interpretarse con carácter restrictivo, siendo la regla general el principio que consiste en otorgar mayor acceso público posible¹¹⁸⁶.

Poco después se dicta la sentencia *Consejo/Hautala*, asunto C-353/99, de 6 de diciembre de 2001, en la que el TJUE se refiere al acceso a la información como “principio del derecho a la información”¹¹⁸⁷, afirmando, además, que el Consejo no puede limitar la interpretación del acceso a los “documentos” en sentido formal si no que debe atenderse también a la información que contienen¹¹⁸⁸. Así las cosas, se ha dicho que “pese a no afirmarse como derecho fundamental, sin duda se lo ha tratado como tal, especialmente en los últimos años, al interpretar de forma muy restrictiva los límites del Reglamento 1049/2001”¹¹⁸⁹. Esto puede confirmarse de la vinculación efectuada entre el derecho de acceso y el carácter democrático de las instituciones, en sentencias como la dictada en el

¹¹⁸⁵ Cfr. STJUE T-174/95, asunto *Svenska Journalistförbundet c. Consejo de la Unión Europea*, de 17 de junio de 1998, p. 66.

En particular sobre los derechos de la CDFUE, se alude a ellos como principios rectores, en el sentido de su aplicación por el juez nacional cuando se invoque el Derecho derivado, AGUILAR CALAHORRO, A. *Naturaleza y eficacia de la Carta...*, cit., p.248.

¹¹⁸⁶ Vid. STJUE T-309/97, asunto *Bavarian Lager/Comisión*, de 14 de octubre de 1999, p. 39, y STJUE C-174/98 P y C-189/98 P, asuntos acumulados *Países Bajos y Van der Wall/Comisión*, de 11 de enero de 2000, p. 26 y 27.

¹¹⁸⁷ Cfr. STJUE asunto C-353/99, *Consejo/Hautala*, de 6 de diciembre de 2001, p. 87.

¹¹⁸⁸ Vid. STJUE *Consejo/Hautala*, asunto C-353/99, de 6 de diciembre de 2001, p. 88. Este asunto fue precedido por las Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 10 de julio de 2001, p. 55, en las que tras poner de manifiesto las distintas vías y grados de reconocimiento del derecho de acceso a la información en el ámbito interno de los Estados, concluye que “debe recalcarse esta convergencia de los Derechos nacionales ya que, a mi juicio, constituye un motivo determinante en el reconocimiento de la existencia de un principio fundamental de derecho de acceso a la información que obra en poder de las instituciones comunitarias”. Así mismo en el p. 59 añade que “habida cuenta de dicha concepción de las relaciones entre gobernantes y gobernados compartida casi unánimemente en el seno de la Unión Europea, me parece lógico admitir que existe un principio de acceso a la información que obra en poder de las autoridades públicas nacionales y que dicho principio puede inspirar un principio equivalente en la esfera comunitaria”.

¹¹⁸⁹ Cfr. COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, p.293.

asunto T-211/00 *Aldo Kuijer/ Consejo*, de 7 de febrero de 2002¹¹⁹⁰ y C-39/05 P y C-52/05 P, asuntos acumulados *Suecia y Turco/Consejo*, de 1 de julio de 2008¹¹⁹¹.

Llegados a este punto destaca la sentencia T-233/09, asunto *Access Info Europe/Consejo*, de 22 de marzo de 2011, que además de resaltar la importancia de la transparencia para el ejercicio efectivo de la participación ciudadana, considera que la solicitud de acceso a la información (relativa a los autores de las propuestas para la revisión legislativa en curso sobre el Reglamento 1049/2010), no debía cubrirse como una excepción del acceso a la información vía art. 4.3 del citado Reglamento. La razón para evitar dicha restricción del derecho fue que el Consejo no había demostrado el perjuicio grave que dicha difusión supondría. Este aspecto lleva al TJUE a considerar que las alegaciones de la Comisión no habían sido suficientes para justificar la denegación del acceso a la identidad de los autores de las propuestas ya que, “en un sistema basado en el principio de la legitimidad democrática, deben responder de sus actos frente al público”¹¹⁹².

De este caso se deriva que el acceso a los documentos preparatorios que reflejan procesos de toma de decisiones políticas y legislativas obligan a las instituciones, no sólo a asumir la responsabilidad frente a la ciudadanía de las decisiones que toman, sino también a justificar la racionalidad y el interés público existente detrás de la propia decisión¹¹⁹³ en línea con el considerando 6 del Reglamento 1049/2001¹¹⁹⁴. Asimismo ha sucedido en la interesante sentencia T-540/15, asunto *De Capitani/Parlamento Europeo*, de 22 de marzo de 2018¹¹⁹⁵, que tratando un caso de acceso a documentos sobre el proceso legislativo en

¹¹⁹⁰ Ver STJUE asunto T-211/00 *Aldo Kuijer/Consejo*, de 7 de febrero de 2002, párrafos 52 y 55.

¹¹⁹¹ Vid. STJUE C-39/05 P y C-52/05 P, asuntos acumulados *Suecia y Turco/Consejo*, de 1 de julio de 2008, párrafos 34, 46 y 67.

¹¹⁹² Cfr. STJUE T-233/09, asunto *Access Info Europe/Consejo*, de 22 de marzo de 2011, párrafos 55, 56 57 y 69.

¹¹⁹³ Vid. GUTIÉRREZ DAVID, E. “Derecho de acceso a la información pública”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 6, 2014, p. 188. En este sentido, la STJUE *Access Info Europe/Comisión Europea*, de 7 de febrero de 2018, p. 105, precisa que “el principio de transparencia, subyacente al Reglamento n° 1049/2001 e invocado por la demandante, contribuye a reforzar la democracia al permitir que los ciudadanos controlen toda la información que ha constituido el fundamento de un acto legislativo. En efecto, la posibilidad de que los ciudadanos conozcan los fundamentos de la actividad legislativa es una condición para el ejercicio efectivo de sus derechos democráticos por parte de aquellos (sentencia de 1 de julio de 2008, *Suecia y Turco/Consejo*, C-39/05 P y C-52/05 P, apartado 46)”.

¹¹⁹⁴ Dicho considerando 6 del Reglamento 1049/2001, dispone que “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”.

¹¹⁹⁵ Sobre este asunto puede verse con mayor profundidad, el interesante trabajo de RUGGE, G. “Trilogues and access to documents: *De Capitani v. Parliament*”, *Common Market Law Review*, n° 56, 2019 págs. 237–258.

curso en el ámbito de cooperación policial, en particular referidos a Europol, el TJUE estima que, estando en juego

“un proyecto de reglamento, de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable, influye directamente sobre los derechos de los ciudadanos de la Unión, en particular sobre su derecho a la protección de los datos de carácter personal (...) lo que implica que no podía considerarse sensible conforme a ningún criterio”¹¹⁹⁶.

De este modo, el intento de restringir el acceso a los documentos sobre la base del carácter sensible de los mismos no se justifica. De hecho, aunque el TJUE llega a reconocer que se trataba de una materia relevante y difícil, política y jurídicamente, ello no implica que haya de considerarse sensible, a efectos de restringir la difusión de la información por vía del art. 4.3 del Reglamento 1049/2001. Más concretamente, el Tribunal concluye que el acceso a tales documentos no comprometía un interés fundamental de la UE o de sus Estados miembros y que favorecía el principio de legitimidad democrática, permitiendo a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso a los documentos en poder de las instituciones¹¹⁹⁷.

Expresiva de lo anterior resulta, sin duda, la sentencia C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018, que resuelve el recurso interpuesto por la ONG ClientEarth dedicada a la protección del medio ambiente, por la denegación de acceso a unos documentos de impacto medioambiental que solicitó a la Comisión. Ésta denegó el acceso a los documentos solicitados entendiendo que su divulgación perjudicaba el proceso de toma de decisiones, por tratarse de evaluaciones de impacto medioambiental que aún estaban en curso y sobre las que, además, se adoptarían futuras iniciativas legislativas. En este sentido, la Comisión se acogía a que varios de los documentos solicitados ya estaban disponibles en Internet y que el resto lo estarían posteriormente, una vez se adoptaran las propuestas legislativas al respecto.

En este supuesto, el TJUE recuerda en sus consideraciones previas un aspecto fundamental, y es que

¹¹⁹⁶ Cfr. STJUE T-540/15, asunto *De Capitani/Parlamento Europeo*, de 22 de marzo de 2018, p. 90.

¹¹⁹⁷ Vid. STJUE T-540/15, asunto *De Capitani/Parlamento Europeo*, de 22 de marzo de 2018, p. 97 y 98. De ahí concluye en el TJUE en el p. 111 que, “ninguno de los motivos invocados por el Parlamento, considerado aisladamente o en su conjunto, demuestra que el acceso íntegro a los documentos de que se trata podía causar un perjuicio concreto y efectivo, de manera razonablemente previsible y no meramente hipotética, al proceso de toma de decisiones de que se trata, en el sentido del artículo 4, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento n° 1049/2001”.

“con arreglo a su considerando 1, el Reglamento nº 1049/2001 se inscribe en la voluntad expresada en el artículo 1 TUE, párrafo segundo, de constituir una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”. (...) “Del considerando 2 del Reglamento nº 1049/2001 resulta que la apertura permite garantizar a las instituciones de la Unión una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. Al permitir que se debatan abiertamente las divergencias entre varios puntos de vista, la apertura contribuye a aumentar la confianza de los ciudadanos”¹¹⁹⁸.

Con ello, el TJUE reconoce a continuación que el derecho de acceso a los documentos públicos podrá verse limitado por las excepciones previstas en el art. 4 del Reglamento 1049/2001 que, en el caso concreto, va referido al perjuicio que pudiera derivarse de la divulgación para el proceso de toma de decisiones con la excepción de que dicha publicación revista un interés público superior.

Tomando como base el principio del “mayor acceso posible del público a los documentos”¹¹⁹⁹, el TJUE sitúa las excepciones al derecho como causas invalidantes del mismo, que han de interpretarse de forma restrictiva y estricta. Del mismo modo aclara que cuando pueda operar una presunción de confidencialidad, como sería el caso, no basta con emitir juicios hipotéticos sobre el potencial daño que causaría la divulgación en el interés que protege la excepción, sino que habrá de demostrarse previamente que la divulgación puede perjudicar justificadamente y de forma previsible el interés protegido por la excepción¹²⁰⁰.

Con ello, el Tribunal subraya que se trata de la solicitud de documentos preparados por la Comisión para la adopción de iniciativas legislativas, para lo que habrá que tener en

¹¹⁹⁸ Cfr. STJUE C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018, párrafos 73 y 75.

¹¹⁹⁹ Cfr. STJUE C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018, p.78.

¹²⁰⁰ Vid. STJUE C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018, párrafos 78 y 80. Véase de forma complementaria la STJUE C-178/18 P, asunto *MSD Animal Health Innovation GmbH e Intervet international BV/Agencia Europea de Medicamentos*, de 22 de enero de 2020, p.54, donde se señala que “si una institución, órgano u organismo de la Unión ante el que se ha presentado una solicitud de acceso a un documento decide denegarla sobre la base de alguna de las excepciones previstas en el artículo 4 del Reglamento nº 1049/2001, debe, en principio, explicar las razones por las que el acceso a dicho documento podría perjudicar concreta y efectivamente al interés protegido por tal excepción, debiendo el riesgo de perjuicio ser razonablemente previsible y no meramente hipotético (sentencia de 4 de septiembre de 2018, *ClientEarth/Comisión*, C-57/16 P, (...))”. Puede verse entre otras en el mismo sentido, STJUE C-175/18 P, asunto *PTC Therapeutics International/EMA*, de 22 de enero de 2020.

cuenta el ya citado considerando 6 del Reglamento 1049/2001. Por este motivo, concluye el Tribunal que, aun tratándose de documentos preparatorios, su divulgación

“puede incrementar la transparencia y la apertura del proceso legislativo en su conjunto, en particular, de sus fases preparatorias, de manera que también se fortalece el carácter democrático de la Unión, al permitir que sus ciudadanos controlen la información e intenten influir en dicho proceso. En efecto, (...) esta divulgación en un momento en que el proceso de toma de decisiones de la Comisión está en curso, permite, por un lado, que los ciudadanos comprendan cuáles son las opciones barajadas por la institución y las decisiones tomadas por esta, y, de este modo, pueden conocer las consideraciones que subyacen a la actividad legislativa de la Unión. Por otro lado, dicha divulgación permite que los ciudadanos puedan exponer oportunamente su punto de vista sobre esas decisiones antes de que se aprueben con carácter definitivo, tanto respecto de la decisión de la Comisión de presentar una propuesta legislativa, como del propio contenido de tal propuesta, que determina la acción legislativa de la Unión”¹²⁰¹.

Por todo ello, termina concluyendo el Tribunal que la elaboración de evaluaciones de impacto por la Comisión no se opone a una transparencia total, teniendo en cuenta que ésta última facilita la apertura de los procesos decisionales y la credibilidad sobre lo actuado por la institución¹²⁰².

En estos casos subyace un ejercicio ponderativo, tal como se deriva de la sentencia T-729/15, asunto *MSD Animal Health Innovation GmbH e Intervet international BV/Agencia Europea de Medicamentos*, de 5 de febrero de 2018, donde por un lado, habrá que estar al concreto interés específico que protege la excepción y, por otro, al interés general que emana de su divulgación por mor del sistema democrático¹²⁰³.

Interesa también tener en cuenta la precisión efectuada en la sentencia T-485/18, asunto *Compañía de Tranvías de La Coruña, S. A/Comisión Europea*, de 6 de febrero de 2020. En dicha sentencia, el Tribunal indica que el objetivo del Reglamento 1049/2001 no es satisfacer un interés particular del solicitante de información para acceder a documentos que le conciernen personalmente, sino garantizar el derecho de acceso general del público

¹²⁰¹ Cfr. STJUE C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018, p.92.

¹²⁰² Vid. STJUE C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018, párrafos 103 y 104.

¹²⁰³ Vid. STJUE T-729/15, asunto *MSD Animal Health Innovation GmbH e Intervet international BV/Agencia Europea de Medicamentos*, de 5 de febrero de 2018, p. 120. Esta sentencia es objeto de recurso posterior, dando lugar a la STJUE C-178/18 P, asunto *MSD Animal Health Innovation GmbH e Intervet international BV/Agencia Europea de Medicamentos*, de 22 de enero de 2020, que desestima el recurso. En el mismo sentido, véase STJUE T-851/16, asunto *Access Info Europe/Comisión Europea*, de 7 de febrero de 2018, párrafos 67 y 102.

a los documentos de las instituciones de la UE. De ahí que el Tribunal sostenga que quien invoque la existencia de un interés público superior deba precisar, de forma concreta, aquellas circunstancias que justifican la necesidad de su divulgación¹²⁰⁴.

Ahora bien, existen pronunciamientos como la sentencia T-734/17 *ViaSat, Inc. c. Comisión Europea*, de 26 de marzo de 2020, en los que se precisa que “la existencia de un interés privado en la divulgación de información (...) sensible (...), no excluye la existencia de un posible interés público superior objetivo y general que, por lo tanto, justifique la divulgación”¹²⁰⁵.

Cabe también destacar la sentencia C-761/18 P, asunto *Leino-Sandberg/Parlamento*, de 21 de enero de 2021, que plantea la problemática de si, a efectos del Reglamento 1049/2001, puede considerarse satisfecho el derecho de acceso a los documentos cuando haya existido una divulgación previa por parte de un tercero. Este asunto trae causa de la solicitud de acceso a un documento que efectúa una profesora universitaria de Derecho Internacional al Parlamento Europeo (en el marco de unos proyectos de investigación sobre transparencia). El acceso le fue denegado al considerarse que su solicitud había quedado sin objeto como consecuencia de la publicación del documento en un blog, a través de Internet, por parte de un tercero. No obstante dicha publicación en el blog contenía notas propias, insertadas por el tercero, que no satisfacían la obligación de la profesora e investigadora de usar fuentes fidedignas y auténticas.

En el fondo, el asunto plantea si la recurrente podía dar por satisfecho su derecho, haciendo uso de la información publicada por un tercero en Internet, perdiéndose así el objeto del recurso, a efectos del derecho que le asiste en virtud del Reglamento 1049/2001. Y en este sentido se plantea si puede hacer uso de los documentos publicados “de forma tan legal como si los hubiera obtenido a raíz de una solicitud formulada en virtud de lo establecido en el Reglamento (...)”¹²⁰⁶. O si por el contrario, su objeto perdura al necesitar la recurrente asistirse de fuentes auténticas para el adecuado ejercicio de su función investigadora.

En este sentido, concluye el TJUE que no se ha facilitado el acceso a los documentos –a los efectos del Reglamento 1049/2001– porque no puede considerarse que la institución

¹²⁰⁴ Vid. STJUE T-485/18, asunto *Compañía de Tranvías de La Coruña, S. A/Comisión Europea*, de 6 de febrero de 2020, párrafos 80 y 81.

¹²⁰⁵ Cfr. STJUE T-734/17 *ViaSat, Inc. c. Comisión Europea*, de 26 de marzo de 2020, p. 82.

¹²⁰⁶ Cfr. STJUE C-761/18 P, asunto *Leino-Sandberg/Parlamento*, de 21 de enero de 2021, p.25.

haya satisfecho su obligación de facilitar el acceso por el mero hecho de que un tercero haya divulgado el documento y el solicitante haya tenido conocimiento de él. Como señala el TJUE, esa publicación no expresa la posición oficial de la institución, ni resulta admisible que se abstraiga de su obligación conforme al Reglamento 1049/2001¹²⁰⁷.

3.4.3. Conclusiones sobre el esquema normativo y jurisprudencial del derecho de acceso a los documentos públicos en el marco de la UE

A la luz del esquema normativo y jurisprudencial europeo expuesto resta decir que existen elementos mejorables entre los que señalaría la aconsejable ampliación del acceso a documentos del TJUE, del BCE y del BEI, que no sean sólo de carácter administrativo, en línea con lo dispuesto en el art. 42 CDFUE y art. 15.3 TFUE. Por otro lado, tal como ha podido verse en la jurisprudencia analizada, conviene una especial cautela respecto a las excepciones del derecho de acceso a los documentos previstas en el art. 4 del Reglamento 1049/2001.

Es importante subrayar la necesaria interpretación restrictiva y justificada de las referidas excepciones. La regla general que debe presidir el funcionamiento de las instituciones europeas es la de la apertura y el acceso amplio a los documentos. No en vano, ese principio general de apertura concilia necesidades democráticas que deben prevalecer sobre la generalización de las excepciones en el acceso a los documentos. Esta precisión es fundamental para evitar que las excepciones puedan interpretarse como excusas absolutorias para no facilitar la documentación solicitada o entorpecerla con juicios hipotéticos sobre un eventual “perjuicio grave” (por vía del art. 4.3 del Reglamento).

Una última cuestión de interés es que cuando en las Explicaciones de la Carta relativas al art. 42 CDFUE¹²⁰⁸ se alude al art. 52.2 CDFUE, se señala que “el derecho de acceso a los documentos se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites establecidos” por el art. 15.3 TFUE. Este último precepto reconoce en su párrafo 1º el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos de las instituciones europeas para, a continuación, supeditar su ejercicio a los principios y límites, de interés público o privado, que desarrollen reglamentariamente el Parlamento Europeo y la Comisión. Cabría preguntarse en este

¹²⁰⁷ Vid. STJUE C-761/18 P, asunto *Leino-Sandberg/Parlamento*, de 21 de enero de 2021, párrafos 45 a 48.

¹²⁰⁸ Las Explicaciones de la Carta se encuentran contenidas en la CDFUE. Puede accederse a ellas en <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm#Explicaciones>

sentido si esto significa que el derecho se configura en la CDFUE como en la Constitución, esto es, bajo una reserva de desarrollo legislativo. Y, por otra parte, también puede plantearse la mayor o menor proximidad entre la configuración europea del derecho de acceso y la desarrollada por el TEDH.

Más allá de las críticas, parece claro que el derecho de acceso a los documentos públicos se ha convertido en un soporte imprescindible para el avance democrático de la UE, habida cuenta de la desconfianza y déficit democrático de partida¹²⁰⁹. De este modo, la articulación de la transparencia y el acceso a la información como vectores de aproximación entre las instituciones europeas y la ciudadanía, garantiza la responsabilidad y la confianza en la articulación de sus políticas.

No en vano, destaca en los últimos años un abundante cuerpo jurisprudencial que evidencia la función social y democrática del derecho de acceso. Ha podido comprobarse cómo el camino de la apertura institucional de la UE ayuda a dinamizar las relaciones entre la sociedad civil y las autoridades y a acercar los asuntos de interés a la ciudadanía. Por eso, este proceso de apertura deberá continuar desarrollándose, mejorando y progresando en el actual contexto de la sociedad de la información, y atendiendo a nuevos horizontes globales como son los 17 objetivos de Desarrollo Sostenible establecidos en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, suscrita por la Asamblea General de la ONU en 2015¹²¹⁰.

Entre tales objetivos, el nº16 va destinado a “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”. Concretamente, los puntos 6 y 10 del citado objetivo 16 se centran respectivamente en la consecución de “instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas” y en la garantía del “acceso público a la información”¹²¹¹. En este marco, la UE ha mostrado su compromiso como actor global para implementar los objetivos de la Agenda 2030¹²¹². Así, la Comisión

¹²⁰⁹ Entre otros muchos puede verse sobre la falta de legitimidad democrática en la UE, por todos, POIARES MADURO, M. “Europe and the constitution: what if this as good as it gets?” en WEILER, J. H. H., WIND, M. *European Constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, 2003, págs. 74 a 102.

¹²¹⁰ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/70/1, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 21 de octubre de 2015.

¹²¹¹ El objetivo 16 desglosado en sus 10 puntos se encuentra recogido en la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/70/1, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 21 de octubre de 2015.

¹²¹² Tal compromiso queda plasmado en el documento COM(2016) 739 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones,

Europa publicó en 2019 un documento de reflexión titulado “Para una Europa sostenible de aquí a 2030”¹²¹³, en el que se incluye la transparencia como estrategia para promover junto con la rendición de cuentas de las instituciones. Este documento pretende servir de inspiración para la fijación de prioridades contenidas en la Agenda Estratégica de la Unión Europea para 2019-2024¹²¹⁴.

4. La relación interpretativa entre el TEDH y el TJUE a propósito del derecho de acceso a la información pública

Una vez analizado el alcance y configuración del derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Consejo de Europa y de la UE resultará interesante hacer alusión a las posibles disidencias interpretativas derivadas de la interacción e integración multinivel de ambos espacios constitucionales.

En apartados anteriores se ha estudiado la configuración que adquiere el derecho de acceso a la información pública en el marco del Consejo de Europa y de la UE. El distinto

Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad, Estrasburgo, 22 de noviembre de 2016. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2016%3A739%3AFIN>

¹²¹³ COM (2019) 22, Documento de Reflexión para una Europa sostenible de aquí a 2030, Bruselas, 30 de enero de 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/rp_sustainable_europe_es_v2_web.pdf; En este contexto España ha aprobado un Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible, en cuyo apartado VIII sobre Plan de Gobierno Abierto alude a la ya citada Agenda 2030, señalando que “La transparencia, la participación y la rendición de cuentas deben convertirse en el eje básico de toda acción política. La aprobación de la Agenda 2030 fue formulada mediante un inédito proceso abierto y participativo liderado por NNUU, que involucró a diferentes niveles de gobierno, a la sociedad civil y al sector privado. Al implementarse en un contexto de mayor apertura, transparencia y acceso a la información por parte de la ciudadanía, la Agenda 2030 señala la importancia de fortalecer marcos de seguimiento y rendición de cuentas a nivel global, regional, nacional y local”. Disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>

¹²¹⁴ Entre las prioridades establecidas en la Agenda Estratégica de la Unión Europea para 2019-2024, se encuentra la relativa a “promover los intereses y valores europeos en la escena mundial”, en la que se señala que “la UE seguirá siendo una fuerza impulsora del multilateralismo y el orden internacional basado en normas, garantizando la transparencia y la equidad y todas las reformas necesarias”. Así mismo en el apartado dedicado a cómo materializar las prioridades fijadas para el horizonte europeo 2019-2024 se prescribe que “nuestras instituciones actuarán de conformidad con el espíritu y la letra de los Tratados. Respetarán los principios de democracia, estado de Derecho, transparencia e igualdad entre los ciudadanos y entre los Estados miembros. La buena gobernanza depende también del rigor en la aplicación de las políticas y las normas aceptadas y en la vigilancia de su cumplimiento, lo cual ha de ser objeto de atenta supervisión”. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/39964/a-new-strategic-agenda-2019-2024-es.pdf>

En este escenario deben destacarse también el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la información del sector público en la sociedad de la información, (COM (98)585 final, 1998), así como también el Libro Verde de la Comisión Europea sobre Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea Bruselas, 18.4.2007 COM(2007) 185 final, y el Libro Blanco de la Comisión Europea, sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025, COM (2017) 2025, de 1 de marzo de 2017.

perfil que adquiere el derecho en ambos planos, según lo estudiado, permite plantear la compatibilidad y posible integración multinivel de las diversas opciones señaladas, bien a expensas de la libertad de información, bien como derecho autónomo. En este sentido, se suma además una particularidad restrictiva y es que los Estados únicamente quedan vinculados a lo dispuesto en la Carta cuando apliquen el Derecho de la UE (art. 51.1 CDFUE). Y, por tanto, la consecuencia es que la incidencia de la Carta sobre los poderes públicos nacionales depende de la actuación de éstos como aplicadores o ejecutores del Derecho europeo¹²¹⁵. Lo planteado parece encontrar respuesta en las disposiciones de la CDFUE dirigidas a resolver cuestiones interpretativas entre ambos tribunales.

A tal efecto, el art. 53 CDFUE prescribe que, “ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la UE (...) y en particular por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (...)”. En teoría, esto ha de llevarnos a sostener que la CDFUE no ha de rebajar los niveles de protección de los derechos fundamentales garantizados por vía del CEDH, sino que como mínimo, debe respetar el estándar protegido en el Convenio¹²¹⁶ conforme al art. 52.3 CDFUE. Este precepto parece así salvar una posible discrepancia interpretativa entre ambos tribunales cuando prescribe que, “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”.

Por ello, el hecho de que la CDFUE haya positivado formalmente el derecho de acceso a los documentos como autónomo de la libertad de expresión e información (art. 11 CDFUE), no obsta a que la interpretación de ésta última se efectúe en paralelo con el art. 10 CEDH¹²¹⁷. En palabras de ROLLNERT LIERN, lo señalado anteriormente no impide “considerar el derecho de acceso incluido en la libertad de información en la medida que, en virtud del art. 52.3, el sentido y alcance de las libertades de expresión e información del art. 11 CDFUE será igual al que a las mismas libertades confiere el art. 10 CEDH y,

¹²¹⁵ Véase ampliamente sobre la aplicabilidad de la CDFUE, AGUILAR CALAHORRO, A. *Naturaleza y eficacia de la Carta...*, cit., págs.237 y ss.

¹²¹⁶ Se pronuncia en este mismo sentido pero en alusión general a las disidencias entre TEDH y TJUE, Vid. CARMONA CONTRERAS, A. “El espacio europeo de los derechos...”, cit., págs. 32 y 33.

¹²¹⁷ Se muestra a favor de tal consideración, Vid. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 362.

(...) este último protege el derecho de acceso a la información pública a la luz de la jurisprudencia del TEDH¹²¹⁸.

Ahora bien, cabe apuntar la idea de que si bien es cierto que, en teoría, los preceptos señalados permiten plantear que las interpretaciones del TJUE han de ajustarse al marco de garantías previsto por el CEDH en el seno del Consejo de Europa, resulta más complejo de lo que parece. Esta interpretación sería la adecuada y la que literalmente emana de las disposiciones de la CDFUE. Sin embargo, la práctica a la que lleva el principio de primacía y uniformidad aplicativa del Derecho de la Unión, sitúa en realidad la eficacia de los derechos en el marco de la UE a lo que determine el TJUE. No obstante, ello no impide reorientar dogmáticamente el derecho de acceso a los documentos consagrado en el art. 42 CDFUE con el art. 11 CDFUE, coincidiendo así con la interpretación del art. 10 CEDH efectuada por el TEDH.

La cuestión planteada resulta compleja si se vincula al conocido debate sobre la ratificación del CEDH por la UE. Cabe recordar que la ratificación del CEDH por parte de la UE no se prevé como una potestad facultativa sino como obligación imperativa, vía art. 6.2 TUE. El tenor literal de dicho precepto es taxativo, “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Así, pese a la reticencia que la UE ha mostrado hasta el momento en su adhesión como parte al CEDH¹²¹⁹, en tanto parece haberse interpretado por el TJUE en clave de pérdida del monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión¹²²⁰, sigue siendo una tarea pendiente. Dicha ratificación permitiría una mayor armonización en la protección de los derechos y una evolución en el ámbito de la integración europea¹²²¹. En

¹²¹⁸ Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, p. 362.

¹²¹⁹ Se pronuncia críticamente en este mismo sentido, Vid. GARCÍA ROCA, J. “La transformación del Convenio europeo...”, cit., págs. 6 y 8.

En efecto el TJUE vetó la posible ratificación del CEDH, cuando consideró en el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, que el Proyecto de acuerdo de adhesión no era compatible ni respetaba la autonomía del Derecho de la Unión ni las características y singularidades propias de la UE.

¹²²⁰ Entre otros se muestran críticos por la negativa del TJUE a la adhesión del CEDH, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales de la Unión...”, cit., págs. 243 y ss. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, p. 830 y ss. Como señala LÓPEZ BASAGUREN, A. “El Derecho primario de la UE...”, p. 75, “la experiencia demuestra que si la UE, como consecuencia de la oposición del TJ a aceptar la subordinación a cualquier otra jurisdicción, aunque sea en un ámbito tan específico como el de los DF en el que todas las jurisdicciones de los EM están sometidas al control del TEDH, no lleva a cabo el mandato contenido en el TUE de adherirse al CEDH, el juez de Estrasburgo puede acabar planteando la confrontación en unos términos difíciles de sostener para el TJ”.

¹²²¹ En el mismo sentido se pronuncia, Vid. GARCÍA ROCA, J. “El diálogo entre el Tribunal Europeo...”, cit., págs. 184 y 185. Sobre esta cuestión han señalado VAN DE HEYNING, C., y LAWSON, R. “The EU as a part to the European Convention of Human Rights: EU law and the European Court of Justice case law

concreto, en lo que al derecho de acceso a la información se refiere, la adhesión de la UE al CEDH permitiría corroborar la interpretación previamente señalada. Sería, en este sentido, un argumento de peso para una mejor armonización entre dos espacios ordinamentales llamados a entenderse y que, además, casaría con lo expuesto en los arts. 52. 3 y 53 CDFUE.

CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. Concepto de información pública

Antes de pasar a analizar el acceso a la información pública como derecho subjetivo, puede resultar aclaratorio indagar previamente sobre el objeto que viene a proteger el derecho en cuestión. Es la información pública constitucionalmente relevante a efectos de quedar amparada en el marco constitucional y especialmente protegida por el denominado derecho de acceso a la información pública¹²²².

Este tema ha sido tratado desde una perspectiva administrativista, analizando los diversos contenidos o formas documentales que pueden quedar protegidos por el derecho de acceso a la información pública en el marco de la LTAIBG. Esta visión, es de suma relevancia al detallar en profundidad las características que han de darse en cada caso para cumplir los requisitos susceptibles de protección al amparo de la LTAIBG. De forma complementaria a esta vertiente –sobre la que no se profundizará más que en determinadas cuestiones particulares, por exceder del presente objeto de estudio–, ha de sumarse la perspectiva constitucional. Es decir, las características que dicha información ha de reunir para poder calificarse como información pública.

as inspiration and challenge to the European Court of Human Rights jurisprudence”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Eds.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011, p.60, que “la jurisprudencia de Luxemburgo podría tener un rol más visible como inspiración en relación a la interpretación de los derechos y libertades del Convenio”.

¹²²² A efectos de realizar una aproximación al concepto de lo público y poder distinguir entre aquellas informaciones que han de quedar en el ámbito privado o por el contrario, han de pasar han de considerarse como información pública, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNANDEZ DE LA RIVA, M. “Criterios delimitadores de lo público y lo privado”, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A., y AZNAR GÓMEZ, H (Coords.) *Sobre la intimidad*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U, Valencia, 1996, págs. 217 a 231. El autor utiliza un elaborado e interesante criterio clasificatorio para distinguir entre lo público y lo privado por razón del grado de divulgación, del detentador de los datos, del origen de la noticia y finalmente de la naturaleza de la información.

Dicho esto, se asume como hipótesis de partida la reflexión sostenida por VILLAVERDE MENÉNDEZ en torno al art. 20 CE cuando identifica la relevancia constitucional de la información pública en virtud de su funcionalidad. Según el autor, “la información, no sólo su generación y transmisión, es relevante jurídicamente y objeto de protección constitucional por su funcionalidad al ser un tipo de mensaje útil para el Estado democrático y para su destinatario. Dicha utilidad estriba en que esos mensajes permitan al individuo participar responsablemente en los asuntos públicos”¹²²³. En la medida en la que se de este presupuesto de información que contribuya a la formación de la opinión pública, necesaria para la efectiva participación en los asuntos públicos, se tratará de información cobijada en el marco constitucional.

En todo esto redunda una idea: más allá del proceso libre de comunicación, el objeto, esto es la información pública, también adquiere relevancia constitucional por sí misma. No puede ser de otro modo si se parte de la consideración de la información pública como elemento estructural básico para la opinión pública. Es por ello que el autor anteriormente citado encuadra el concepto de información pública sobre el eje vertebral que constituye el instituto de la opinión pública. Es el elemento basilar sobre el que girará la protección de la comunicación pública libre¹²²⁴.

Así pues, compete a la información una clara función democrática ligada con el instituto de la opinión pública. Pues, “la función de la información es dotar de materia prima a la discusión racional de una sociedad moderna. Privarla de datos relevantes es una forma subliminar de autoritarismo más propia de sus enemigos que de quienes dicen estar al servicio de ella”¹²²⁵.

Debe notarse que aunque lo dicho anteriormente va referido al art. 20 CE, nada obsta a su traslado al marco del art. 105 CE –pese al *nomen iuris* que remite a los archivos y registros administrativos en dicho precepto–, pues de hecho ha sido el engarce constitucional en virtud del cual se ha encuadrado el derecho de acceso a la información pública desarrollado por mor de la LTAIBG. Esa asimilación entre la información referida en el art. 20.1.d) CE y la contenida en la LTAIBG, como desarrollo del art. 105 CE,

¹²²³ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 36.

¹²²⁴ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit., p.36.

¹²²⁵ Cfr. LAPORTA, F. J. “El derecho a informar y sus enemigos”, en CARBONELL, M (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Editorial Porrúa, México, 2004, p.105.

responde al hecho de que ambas comparten el mismo denominador común en favor del Estado social y democrático de Derecho (sobre lo que se profundizará más adelante).

En base a lo anterior, puede sostenerse que la información pública, aun siendo desarrollo del art. 105 CE en la LTAIBG por tratarse de información del poder del Estado, y no de la expresada en el art. 20 CE, ha de gozar del canon de constitucionalidad desarrollado ampliamente para éste último. En mi opinión, tal afirmación encuentra justificación en la idea de que no es posible sostener dos conceptos o géneros distintos de información pública según se trate de un precepto u otro. Otra cosa es que se haya querido hacer una distinción en la configuración de lo que viene a protegerse en virtud de un precepto u otro. En definitiva, a tenor del art. 20 CE se hace hincapié en la información como objeto sobre el que recae el proceso libre de comunicación y en el art. 105 CE se hace referencia a un determinado tipo de información que también encaja en ese mismo objetivo de formación de la opinión pública.

En todo caso, ha de señalarse que la determinación de qué es susceptible de interés general para la colectividad no queda sujeto a criterios subjetivos por parte del operador jurídico. Como se verá a continuación, la definición de información pública efectuada por la LTAIBG no tiene en cuenta el ámbito material sobre el que versa la información¹²²⁶. Ello, no obstante, no elimina la posibilidad de que en determinados casos los límites establecidos en la LTAIBG al derecho de acceso puedan coincidir con ámbitos materiales concretos¹²²⁷.

Como ya se destacó en partes anteriores de esta investigación, el art. 13 LTAIBG es el encargado de desarrollar y definir el concepto de información pública como ámbito objetivo de aplicación de la ley, sobre el que recae el derecho de acceso a la información pública protegido en el art. 105 CE. El precepto legal señalado define el concepto de información pública como “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus

¹²²⁶ Se solventa en este sentido la cuestión sobre la subjetividad y el posible juicio de intenciones del juez para determinar qué contribuye y qué no a la formación de la opinión pública, planteada por Vid. VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit. págs.38 y 39.

¹²²⁷ Vid. Federación Española de Municipios y Provincias. “¿Qué es información pública?”, en *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 88.

funciones”¹²²⁸. Se trata de uno de los preceptos mejor tratados por la doctrina especializada en una valoración de la LTAIBG¹²²⁹. Y ello por cuanto ampara una concepción de información pública más amplia que la recogida en virtud de la legislación anterior, que mantenía la visión documental de “archivos y registros administrativos”.

Así, la legislación actual rompe con esa concepción plasmada en la misma línea en la propia Constitución, abriendo paso a la vinculación del derecho en cuestión con la libertad de información, al sustituir el término “archivos y registros” por “información pública” cuando desarrolla el art. 105 CE¹²³⁰. De esta forma, se entiende por información pública no sólo la fuente formal o el soporte material que alumbra la información, sino también el propio contenido, desde una perspectiva sustantiva. Respecto a esto último ha de entenderse que la información pública “alcanza no sólo las informaciones plasmadas en documentos sino también a aquellas otras informaciones, (contenidos) que aún sin estar contenidas en un concreto documento a la fecha de la solicitud no obstante *obran en poder* del sujeto obligado”¹²³¹.

Más problemática resulta la acepción “que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”, puesto que introduce un grado de incertidumbre elevado respecto de la interpretación sistemática con el resto del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Como ha señalado PIÑAR MAÑAS, el desacierto proviene de la aparente inclusión que realiza el precepto de la “regla del autor”, esto es, “parece exigir, no solo que la información esté en poder del sujeto obligado, sino que éste sea quien la haya elaborado o «adquirido» pues, en definitiva, “parece dejar fuera la información que puede estar en posesión de un sujeto obligado, pero que ni ha sido elaborado ni ha sido adquirido por él”¹²³².

¹²²⁸ Al respecto se puede ver un tratamiento completo sobre qué es la información pública en el marco de la LTAIBG analizando en sentido negativo lo que no constituye información pública a través de un análisis de las causas de inadmisión, Federación Española de Municipios y Provincias. “¿Qué es información pública...”, cit., págs. 87 y ss. Sobre la diferenciación entre contenidos y documentos, pueden verse por todos, CARRILLO, M. “Transparencia y derechos de acceso...”, cit., págs. 278 y 279. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, cit., p.125.

¹²²⁹ Por todos, Vid. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...” cit., p.110.

¹²³⁰ Se refiere expresamente a esta cuestión del acercamiento entre el derecho de acceso a la información pública como consecuencia de la nueva terminología y el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20 CE, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, p.122.

¹²³¹ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, p.123.

¹²³² Cfr. PIÑAR MAÑAS, J. L. “Transparencia y derecho de acceso...”, p. 10.

Esa duda que deja abierta la técnica jurídica empleada en este caso por el legislador, ha de resolverse en una interpretación sistemática con el resto del ordenamiento jurídico interno e internacional. Por un lado, a nivel interno la propia Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, define en el art. 2.5 como “Información que obra en poder de las autoridades públicas”, la “información ambiental que dichas autoridades posean y haya sido recibida o elaborada por ellas”. En la misma línea, el Convenio nº 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009 exige en virtud del art. 2 que “Cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo, a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas”. También lo resuelve en el mismo sentido el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que se expresa en el art.2.3 en términos de documentos “por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión”.

Una interpretación sistemática y conjunta de tales preceptos lleva a que el sentido del término “adquiridos” en la LTAIBG debe ser el mismo que los anteriormente señalados. Esto es, el término “adquiridos”, ha de entenderse como sinónimo de “recibidos” para no incurrir en contradicciones con la normativa señalada¹²³³, ni dar pie a restricciones que extralimiten el ejercicio legítimo del derecho de acceso a la información.

Por otro lado, a los efectos de la LTAIBG se reputa como información pública aquella que ya exista en el momento de la solicitud. Pues no puede ejercerse el derecho a futuro sobre algo que aún no existe¹²³⁴ y, por tanto, tampoco puede considerarse información pública¹²³⁵. La lógica del requisito de la disponibilidad por parte del sujeto obligado y

¹²³³ Así, por todos, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, cit., p.139.

¹²³⁴ Pues en tal caso la petición en realidad carece de objeto como se señala entre otras muchas por la Resolución del CTBG 850/2019, 19 de febrero de 2020, FJ3.

¹²³⁵ Véanse al respecto, por todos, Vid. Federación Española de Municipios y Provincias. “¿Qué es información pública...”, cit., p. 91. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018, p.227. En tal sentido se ha pronunciado por ejemplo el Consejo de Transparencia y Protección de datos de Andalucía (CTPDA), en su Resolución 64/2016 del CTPDA, de 20 de julio, FJ2, al señalar que “lo que se desprende en términos inequívocos de la normativa en materia de transparencia es que, al tiempo de formularse la solicitud, los contenidos o documentos requeridos ya “obren en poder” de la entidad a la que se dirija la misma, (...) , es preciso que, al presentarse la solicitud, aquélla ya “posea la información”. Así pues, la información que aún no está al alcance de la entidad destinataria de la petición queda, obviamente, extramuros del derecho de acceso a la información pública. En este sentido y por lo que se refiere a este derecho, puede afirmarse que la legislación de

previa existencia de la información deviene de la naturaleza del derecho de acceso a la información como derecho de libertad. Pues como se ha dicho, “las autoridades públicas no pueden convertirse en consultoras ni se puede exigir la confección de informes que no han sido previamente elaborados (información «a demanda», o «a la carta»), que requieran un trabajo de confección «ad hoc»¹²³⁶. Del mismo modo, será necesario que el documento al que pretende accederse esté concluso o bien la información acabada al momento de la solicitud. Cosa distinta es que el procedimiento en el que consta dicha información o documento no esté terminado, pues ello no impide que pueda contener información disponible y concluida a efectos de dar satisfacción al derecho de acceso a la información pública. Esta es una de las cuestiones también novedosas de la LTAIBG respecto de la legislación anterior, que únicamente preveía el acceso tratándose de procedimientos terminados, como queda expresado en el propio Preámbulo de la LTAIBG¹²³⁷.

El extremo señalado se ha visto superado con la regulación de la LTAIBG y corroborada por el TS en el entendido de que

“no se puede confundir (...) un "informe inconcluso" -es decir en fase de borrador, pendiente todavía por ejemplo de firma por su autor, o de su preceptiva conformidad por el jefe de la unidad técnica correspondiente- con un "expediente inconcluso" en el que figuran sucesivos informes -todos ellos "conclusos"- a los que se podrán ir añadiendo nuevos datos o resultados de distinto signo conforme avancen las distintas fases del procedimiento administrativo. En este segundo supuesto de "expediente inconcluso" o inacabado, porque todavía carece de resolución final de archivo, los documentos a él (...)

transparencia carece de alcance prospectivo. Ni siquiera cuando se tenga la certidumbre de que la información estará de forma inminente, inmediatamente después de presentarse la solicitud, a disposición de la entidad a la que se pide la misma, podría entenderse ésta obligada a admitir a trámite la solicitud en cuestión”. En el mismo sentido recientemente entre otras muchas, Resolución del CTBG 744/2019, de 17 de enero de 2020, FJ2. Resolución del CTBG 713/2019, de 9 de enero de 2020, FJ2.

¹²³⁶ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso...*, cit., p.127.

¹²³⁷ En tal sentido se señala en el Preámbulo de la LTAIBG que, “La Ley también regula el derecho de acceso a la información pública que, no obstante, ya ha sido desarrollado en otras disposiciones de nuestro ordenamiento. En efecto, partiendo de la previsión contenida en el artículo 105.b) de nuestro texto constitucional, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos. Pero esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica”.

son documentos evidentemente conclusos, aunque el procedimiento administrativo todavía no haya finalizado”¹²³⁸.

Como ya se mencionó a propósito del análisis de la LTAIBG, la cuestión temporal relativa al hecho de que no pueda reputarse información pública aquello que aún no existe, puede también plantearse en sentido inverso hacia el pasado. Es decir, ¿Puede considerarse y ejercerse el derecho de acceso a la información pública en virtud de la LTAIBG, tratándose de información adquirida o elaborada en momento anterior a la entrada en vigor de la Ley? Esta cuestión ha sido específicamente tratada por la STS 306/2020, de 3 de marzo de 2020, que al respecto ha considerado que, siendo el derecho de acceso a la información ampliamente reconocido, y sus límites expresos y específicos, no pueden generarse más limitaciones *extra lege* que las expresamente referidas en la ley. Y en este sentido, habrá que tener en cuenta que la LTAIBG no incorpora ninguna limitación que atienda a un elemento temporal sobre la antigüedad de la información¹²³⁹.

De este modo y como bien estima el TS, sostener la interpretación contraria generaría una restricción al ejercicio del derecho creada por vía jurisprudencial y no prevista en el régimen legal, que obstruiría el ejercicio del derecho más allá de lo legítimo.

2. Libertad de información y derecho de acceso a la información pública. Dos derechos llamados a encontrarse

La necesidad de vincular el derecho a la libertad de recibir información y el derecho de acceso a la información pública deriva de la relación de complementariedad existente entre tales derechos. Sobre esto se profundizará más adelante a propósito del estudio de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. No obstante, conviene apuntar de forma precedente cuáles son las singularidades propias de cada uno, para entender así el nexo existente entre ambos derechos.

Por un lado, debe recordarse que el art. 20.1.d) CE garantiza como derecho fundamental la libertad de información, y en lo que ahora interesa, en particular, la libertad de “comunicar libremente información veraz”, constituyéndose en garantía de la opinión pública libre. Por su parte, el art. 105.b) CE consagra un derecho de acceso a los archivos

¹²³⁸ Cfr. STS de 29 de septiembre de 2011 - ECLI:ES:TS:2011:6202, FJ2. Anteriormente en la jurisprudencia del TS en la misma línea véanse las SSTS de 3 de octubre de 2006 - ECLI:ES:TS:2006:6168; de 17 de febrero de 2004 - ECLI:ES:TS:2004:1007; de 28 de octubre de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:6651.

¹²³⁹ Vid. STS 306/2020 de 3 marzo de 2020, FJ 3. En el mismo sentido ya se pronunció en STS 1768/2019 de 16 diciembre, FJ4.

y registros administrativos, que ha sido desarrollado más ampliamente como un derecho de acceso a la información pública¹²⁴⁰. Puede sostenerse que el art. 105.b) CE incorpora el principio de transparencia (que conecta y completa los principios de actuación de la administración del art. 103.1 CE) y un derecho público subjetivo de acceso a la información pública en poder del Estado.

Como se verá, de las singularidades de cada uno no puede obviarse la posible instrumentalización del acceso a la información pública, *ex art.* 105.b) CE, para conseguir la finalidad democrática de la opinión pública que descansa en la libertad de recibir información. Así las cosas, el derecho de acceso a la información pública se constituye en presupuesto instrumental necesario para garantizar la efectividad de la libertad de recibir información. Nótese que el acceso a la información será *conditio sine qua non* para ejercer propiamente la libertad de información, conectada a su vez con la participación efectiva en los asuntos públicos en toda sociedad democrática.

2.1. Libertad de información del art. 20.1.d) CE

Las libertades del artículo 20 CE, en particular la libertad de expresión e información, han sido objeto de un amplísimo análisis por parte de la jurisprudencia constitucional, así como por la doctrina. En esta parte del trabajo se tratará de realizar una aproximación a la configuración tradicional del derecho fundamental a la libertad de información, en tanto presupuesto democrático y pilar para el sustento de sociedades libres y avanzadas. Posteriormente, tomando como premisa la concepción apuntada sobre la libertad de información, se reflexionará sobre algunos aspectos que pueden ser cuestionables hoy día y que engarzan con el acceso a la información pública.

De esta forma podrá observarse cómo las premisas básicas que han constituido el eje metodológico de estudio de la libertad de información pueden estar dando paso a un nuevo escenario que reclama respuestas ajustadas y actualizadas a la realidad de los derechos en el contexto de la sociedad digital y de la información actual¹²⁴¹.

¹²⁴⁰ Y que tal como ha señalado el TC en la reciente STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3, el art. 105. b) CE “incorpora un principio objetivo rector de la actuación de las administraciones públicas (artículo 103.1 CE), derivado de exigencias de democracia y transparencia, así como un derecho subjetivo de las personas, ejercitable frente a las administraciones, con sujetos, objeto y límites definidos en el propio precepto constitucional, (...) desarrollado (...) actualmente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”.

¹²⁴¹ Para un estudio sobre la evolución histórica de los derechos a la libertad de expresión e información, véase, CORREDOIRA Y ALFONSO, L., y SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. “La compleja configuración de un

2.1.1. Acercamiento desde la visión tradicional de la libertad de información

El proceso de comunicación ha sido y es un elemento definitorio de la propia naturaleza humana, hasta el punto de afirmarse que “la sociedad es esencialmente comunicación”¹²⁴². El ser humano es un ser social, llamado a vivir en comunidad y, por ende, necesitado de la comunicación como “medio ambiente”¹²⁴³ para desarrollarse¹²⁴⁴. Como indica AGUILAR CALAHORRO, esta realidad antropológica adquiere su propia traducción en el plano jurídico a través de su positivación constitucional como derecho fundamental. Así, el derecho a la libertad de expresión e información queda consagrado en el art. 20 CE, a través de una doble dimensión: por un lado, como derecho subjetivo ejercitable y oponible frente al Estado y, por otro, como garantía institucional¹²⁴⁵. Tal es la razón que confiere, en particular, a las denominadas libertades comunicativas del art. 20 CE, un papel esencial para la realización del Estado social y democrático de Derecho.

El art. 20 de la Constitución garantiza las libertades comunicativas que comprenden distintos derechos subjetivos organizados en diversos apartados. El apartado a) del art. 20.1 CE garantiza la libertad de expresión, el apartado b) la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, el c) la libertad de cátedra y, en último lugar, el apartado d) consagra la libertad de información.

Las referencias que siguen a continuación se centran en particular en la libertad de información por ser la manifestación que interesa al objeto de la investigación. Tradicionalmente, la libertad de expresión se ha utilizado como genérico para hacer

derecho-libertad poliédrico, el derecho a la información. Referencias históricas”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017, págs. 15 a 44.

¹²⁴² Cfr. RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad...”, cit., p.195.

¹²⁴³ Utiliza el término “medio ambiente humano” para referirse a la comunicación social Cfr. AGUILAR CALAHORRO, A. “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, p.412. En el mismo sentido utiliza el término “nuevo «hábitat cívico»” para hacer referencia al entorno en el que se desarrolla el ciudadano del siglo XXI, Cfr. TERUEL LOZANO, G. M. “Perspectivas de los derechos fundamentales...”, cit., p.217.

¹²⁴⁴ Sobre la naturaleza comunicativa del ser humano, pueden consultarse entre otros NAVAS CASTILLO, F. “Libertad de expresión y derecho a la información”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, págs. 89 y 90. AGUILAR CALAHORRO, A. “El derecho fundamental a la comunicación 40 años...”, cit. ATARAMA ROJAS, T. “Una propuesta para la delimitación del contenido constitucional del derecho a la comunicación en el Perú”, *Derecom*, nº 15, 2013, págs. 32 y ss.

¹²⁴⁵ Vid. AGUILAR CALAHORRO, A. “El derecho fundamental a la comunicación 40 años...”, cit., págs. 409 y 410. Realiza una distinción entre el derecho a la comunicación y a la información, entendiendo que los problemas actuales generados con Internet y las TIC giran en torno a la comunicación y no a la información, Vid. ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Retos de la libertad de información*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 64 y ss.

referencia en sentido amplio, tanto a la libertad de expresión en sentido estricto, como a la libertad de información¹²⁴⁶. De esta forma, por libertad de expresión, en su sentido más abierto, puede entenderse “la facultad que tiene el ciudadano de comunicarse en libertad, sin que los poderes públicos impidan u obstaculicen esa actividad”¹²⁴⁷.

Tales libertades hunden sus raíces en el art. 19 DUDH que reconoce que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”¹²⁴⁸. Tal como ha señalado KAYNE, “este derecho fue desarrollado por razones específicas y valiosas para: permitir que todo el mundo participe en la vida pública en condiciones de igualdad, para que los individuos puedan desafiar las políticas públicas, desarrollar plenamente sus opiniones e ideas y pedir cuentas a los responsables por sus malas acciones”¹²⁴⁹.

No obstante, y, aunque el art. 20 CE se inserta en el marco del art. 19 DUDH, debe tenerse en cuenta que los términos en los que se consagra en la DUDH, así como en el art. 19 PIDCP, atienden a una perspectiva más amplia que la otorgada en realidad en nuestro ordenamiento jurídico interno, en lo relativo a la facultad de investigación de la información¹²⁵⁰. Esta cuestión no deja de ser problemática en nuestro ordenamiento, ya

¹²⁴⁶ En tal sentido, véase ATARAMA ROJAS, T. “Una propuesta para la formulación...”, cit., p. 99. Esta referencia no exenta de crítica al haberse destacado como una imprecisión terminológica por autores como TORRES DEL MORAL, A., y NAVAS CASTILLO, F. “Encuadramiento terminológico y evolución histórica de las libertades informativas”, en TORRES DEL MORAL (Dir.) *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, págs. 16 y 17., “porque, por difícil que sea a veces separar la información de la opinión/expresión, es lo cierto que son dos facetas diferentes de la comunicación”.

¹²⁴⁷ Cfr. MONTILLA MARTOS, J. A. “Libertad de expresión”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.) CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR J. F., BALAGUER CALLEJÓN M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A. *Manual de Derecho Constitucional Vol. II. Derechos y Libertades fundamentales, Deberes Constitucionales y Principios Rectores. Instituciones y Órganos Constitucionales*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, p. 238.

¹²⁴⁸ Art. 19 DUDH. En este sentido señala entre otros muchos, por todos, Vid. VALIM, R. “El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño”, *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, vol. 3, nº1, 2016, p. 171, que este derecho comprende “el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones”.

¹²⁴⁹ Cfr. KAYE, D. “Challenges to Freedom of Information in the Digital Age”, *Journal of International Media and Entertainment Law*, vol. 7, nº 2, 2017-2018, p.131.

¹²⁵⁰ En tal sentido, señala Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Una nueva libertad de expresión...”, cit., p. 16, que “cuando la “facultad de recibir” es más activa –porque, el receptor realiza una actividad pull o porque va en busca de información- genera una facultad derivada: “facultad de buscar” (art. 19 PIDC, art. 13.1 PADH) o “facultad de investigar” (art. 19 DUDH). Esta facultad de buscar está citada en el artículo 20 CE de forma muy imprecisa cuando decimos que en su párrafo 1º se refiere al “derecho a recibir información”; Sobre la manifestación de investigar y buscar información, COUSIDO, P. “Naturaleza y constitucionalidad del derecho a la información”, en BEL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y

que esa ausencia “tal vez explique la escasa atención que ha merecido por parte de la doctrina en relación con las libertades restantes que integran el derecho a la información”¹²⁵¹. Esa preterición ha vehiculado, junto con los presupuestos que han de concurrir para que la protección del art. 20.1.d) CE despliegue sus efectos, una visión concreta del derecho por razón del sujeto que pretende informarse. Pues si bien se trata como genérico de un derecho reconocido a favor de todas las personas, la concreta facultad de investigación ha ido inexorablemente ligada a la posición activa que tradicionalmente han ostentado los profesionales de la comunicación, frente al ciudadano –entendido como receptor pasivo de la información–.

Por su parte, el TC ha tratado bajo un mismo denominador las libertades comunicativas contenidas en el art. 20 CE, señalando en la STC 159/1986, de 16 de diciembre, que

“el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación de la opinión pública libre. Tal garantía reviste una especial trascendencia al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático, siendo así uno de los pilares básicos para la consolidación de sociedades libres y plurales. Pues, en efecto para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”¹²⁵².

Dicho punto en común hace que además de tratarse de derechos fundamentales, sean también “valores objetivos esenciales del Estado Democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia irradiante (...)”¹²⁵³. Esto es, se convierten en imperativos con valor normativo llamados a ser respetados en todos sus elementos configuradores, tanto por los particulares como por los poderes públicos, art. 9.1 y 9.2 CE.

ALFONSO, L., y COUSIDO, P. *Derecho de la Información (I). Sujetos y medios*, Colex, Madrid, 1992, p.113, la sitúan en el art. 105.b) CE.

¹²⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 194.

¹²⁵² Cfr. STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6. Como señala Cfr. NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A. “El Tribunal Constitucional...”, cit., p. 290, “la libertad de expresión, y el resto de libertades reconocidas en el artículo 20 de la CE, son libertades determinantes en las sociedades democráticas”.

¹²⁵³ Cfr. STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.

No obstante, y aun cuando dichas libertades comparten como común denominador la formación de la opinión pública libre¹²⁵⁴, debe destacarse su carácter autónomo¹²⁵⁵. Sin ánimo de profundizar al exceder del objeto de estudio, la libertad de expresión garantizada en el art. 20.1.a) CE pone el acento en una dimensión intrínsecamente subjetiva de la comunicación, postulando por la libertad para expresar por cualquier medio de reproducción, los pensamientos, ideas y opiniones¹²⁵⁶.

¹²⁵⁴ Para un estudio en profundidad sobre la opinión pública libre véase TORRES DEL MORAL, A. “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, págs. 135 a 158.

¹²⁵⁵ El TC ha señalado en la STC 78/1995, de 22 de mayo, FJ 2, que ambas libertades “merecen un tratamiento constitucional diferenciado, dado que no son confundibles entre sí las condiciones exigidas para su legítimo ejercicio; pues mientras que en el caso de la libertad de expresión lo esencial es que no se empleen expresiones injuriosas o vejatorias, cuando de lo que se trata es de la libertad de información resulta además decisivo el canon de la veracidad de la noticia y su relevancia para la formación de la opinión pública (STC 123/1993)”. Sobre la distinción entre la libertad de expresión y la de información véanse entre otros muchos, otros NAVAS CASTILLO, F. “Libertad de expresión y derecho a la información...”, cit., págs. 89 a 107. PAUNER CHULVI, C. *Derecho de la información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 20 y ss. BUSTOS GISBERT, R. y ORZA LINARES, R. M. “Los derechos fundamentales de la comunicación y sus límites”, en TORRES LÓPEZ, M., SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., y ROZADOS OLIVA, M. (Dir.) *Elementos para el estudio del Derecho de la Comunicación*, Tecnos, 2014, págs. 65 y 66. ESPÍN, E. “Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., et tal. *Derecho Constitucional. Vol I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 229 a 251. VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. “Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5. La libertad de expresión”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Commemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018, págs. 581 a 614. BASTIDA, F. J. “Artículo 20.1, 2 y 4”, en PÉREZ TREMP, P., y SAIZ ARNAIZ, A (Dir.) MONTESINOS PADILLA, C (Coord.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (Preámbulo a artículo 96). Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 465 a 473. ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2019, págs. 410 a 432.

¹²⁵⁶ El objeto protegido por la libertad de expresión adquiere una naturaleza subjetiva arraigada en la misma esencia social del ser humano, que queda colmada por un abanico tan amplio de posibilidades como opiniones o ideas haya. De este modo, es lógico que el legítimo ejercicio de tal derecho no exija ningún requisito objetivo de veracidad, al que deba contraponerse cualquier juicio valorativo representado por ideas u opiniones. Por tanto, dicha libertad encuentra un amplio núcleo que abarca cualquier manifestación, y que únicamente tiene como límite el insulto o intromisiones ilegítimas en la privacidad de terceros. En tal sentido, Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Sobre los límites de la libertad de expresión resulta de gran interés entre otras la STC 336/1993, de 15 de noviembre, en cuyo FJ 6 se sostiene que “ha de recordarse que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 C.E., los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública (STC 85/1992, por todas). Pues como se ha dicho por este Tribunal, “en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública” (STC 105/1990); y en términos similares se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 23 de abril de 1992 (caso Castell), al afirmar que en un sistema democrático las acciones u omisiones de un político deben situarse bajo el control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. Sin embargo, aunque la libertad de expresión ampare ciertamente la crítica respecto al comportamiento y las manifestaciones de quien ostenta un cargo público como el de Alcalde -e incluso la crítica molesta, acerba o hiriente- quien la ejerce no puede olvidar que dicha libertad, como los demás derechos y libertades fundamentales, no es absoluta (SSTC 159/1986, 254/1988 y 219/1992, entre otras). Por ello, hemos dicho que la crítica de la conducta de una persona con relevancia pública es separable del

A continuación, procede hacer una especial referencia al derecho a la libertad de información garantizado en el art. 20.1.d) CE. Habría que comenzar señalando que este derecho consta de un doble haz consistente en “recibir y comunicar información veraz por cualquier medio de difusión pública”. Este último apartado del precepto “se refiere a la puesta en común de mensajes a través de medios de comunicación social”¹²⁵⁷, cuyo objeto lo configuran aquellos hechos noticiables de relevancia¹²⁵⁸ e interés para la colectividad, que justifican la necesidad de que los profesionales de la información la comuniquen y los ciudadanos la reciban¹²⁵⁹.

La libertad de información debe analizarse desde una doble perspectiva. Por un lado, se trata de un derecho subjetivo individual y, por otro, se constituye a su vez en garantía institucional llamada a garantizar el proceso libre de comunicación para satisfacer la opinión pública libre. Desde la primera de tales manifestaciones, la información se aleja de un Estado opresor que reprime la libertad y controla a su albor lo que se dice y lo que

empleo de expresiones injuriosas que constituyen la mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable. Pues en el segundo caso tales expresiones se colocan "fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión", dado que "la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental" (STC 105/1990, fundamento jurídico 8º). El ejercicio de la libertad de expresión, por tanto, no puede justificar sin más el empleo de expresiones insultantes que exceden del derecho a la crítica y son, pues, claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública”.

¹²⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Regulación Constitucional de la función de informar: Una interpretación innovadora”, en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., y DESANTES GUANTER, J. M. *Información, Derecho y Libertad en la Nueva Europa*. Sección Departamental de Derecho Constitucional. Madrid, 1994, p. 19. Disponible en: https://eprints.ucm.es/9025/1/Regulaci%C3%B3n_constitucional_de_la_funci%C3%B3n_de_informar_Una_interpretaci%C3%B3n_innovadora.pdf

¹²⁵⁸ Vid. DÍEZ BUESO, L. “La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, 2002, págs. 220 a 228. Sistematiza los supuestos planteados a la doctrina constitucional sobre información “relevante” a efectos del art. 20.1. d) CE. Por un lado, atendiendo a su conexión con el sistema democrático, (en la medida en que se trate de casos que incidan en el sistema democrático y/o control político), o que se trate de casos relevantes, pero ajenos a ese control político. Por otro lado, distingue los supuestos de información relevante en función de la persona que es objeto del mensaje.

¹²⁵⁹ En esta línea señala Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Una nueva libertad de expresión...cit., p. 7, que el derecho o libertad de información abarca tanto el derecho a recibirla como a comunicar. No obstante, como pone de manifiesto Vid. MONTILLA MARTOS, J. A. “Libertad de expresión...”, cit., p. 223., no siempre resulta fácil delimitar ambas manifestaciones, siendo en ocasiones objeto de confusión.

Al hilo de lo expuesto, la STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ4 distingue las categorías de comunicación y recepción de información, puntualizando que se trata de una “fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que (...), es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social”.

se hace¹²⁶⁰. A *sensu contrario*, un Estado social y democrático de Derecho sitúa la libre información de la ciudadanía como presupuesto de la dignidad personal (art. 10.1 CE) y del libre desarrollo de la personalidad (art. 9.2 CE)¹²⁶¹. Elementos indispensables para garantizar la efectiva participación del individuo en la vida pública¹²⁶². Así, en virtud de su faceta de derecho subjetivo, la relevancia constitucional de la libertad de información viene dada por la naturaleza social y comunicativa, exclusiva del ser humano. Es decir, como sujeto destinado a vivir y participar en sociedad, “la información que recibe el individuo es clave para su formación como tal”¹²⁶³. Redunda, en definitiva, en la dignidad de la persona¹²⁶⁴ y en la concesión de su propia autonomía para decidir con plena libertad¹²⁶⁵.

Este punto conecta ya con la segunda dimensión del derecho que es la de constituirse en garantía institucional para la satisfacción de un bien colectivo superior. Tal conexión deviene en que “la soberanía popular es veraz únicamente en la medida en que haya un movimiento e intercambio libre de información dentro de la sociedad”¹²⁶⁶. En este caso, el protagonista deja de ser el individuo concreto para centrar el bien jurídico en la comunicación pública libre a favor del colectivo¹²⁶⁷. Pues, sin comunicación pública libre ni existe verdadera libertad ni soberanía popular¹²⁶⁸. Por ello, esta vertiente se presenta

¹²⁶⁰ En esta línea advierte Vid. VALIM, R. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p. 170, que aun cuando exista una contraposición evidente entre el Estado totalitario y el democrático de Derecho, no puede deducirse a favor de este último el éxito definitivo de la transparencia.

¹²⁶¹ Véase DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “Los derechos y las libertades públicas (II)”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. *Lecciones de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 410. Destaca de forma representativa la relación entre las libertades comunicativas y la dignidad personal, SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988, p. 140 cuando dice que “el privar a un hombre de su derecho a comunicarse libremente lesiona gravemente su dignidad, pues le condena al aislamiento –él, que es un ser locuaz y comunicativo, que puede hablar y le gusta que le hablen- y al empobrecimiento intelectual y moral, al embrutecimiento individual y colectivo”.

¹²⁶² Vid. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p. 5.

¹²⁶³ Cfr. ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *El derecho a la comunicación*, 3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2017, p. 50.

¹²⁶⁴ En tal sentido, Vid. AGUILAR CALAHORRO, A. “El derecho fundamental a la comunicación 40 años...”, cit., p.409.

¹²⁶⁵ Ya que como señala cfr. ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *El derecho...*, cit., p. 51., “para que una persona pueda ser verdaderamente libre tiene que conocer la realidad en la que vive”. Así, destaca BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Universidad de Málaga, 2014, p. 152, que “de alguna manera, la libertad resulta ser también presupuesto inevitable del ejercicio de cualquiera de los otros tres valores [igualdad, justicia y pluralismo político], no siendo imaginable una sociedad plural sin el previo valor de la libertad de configuración de una opinión pública libre”.

¹²⁶⁶ Cfr. URÍAS MARTÍNEZ, J. *Lecciones de derecho de la información*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 62.

¹²⁶⁷ En este sentido Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 62.

¹²⁶⁸ Vid. STC 6/1981, de 16 de marzo (FJº 3), al señalar que “El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones

como “paso previo”¹²⁶⁹ para la definitiva consecución de la opinión pública libre¹²⁷⁰ y para el control de los poderes públicos¹²⁷¹.

Esta última vertiente institucional del derecho a la libertad de información se constituye como presupuesto imprescindible para el libre desarrollo de las personas y en “parámetro de democraticidad del sistema”¹²⁷². Esta característica ha sido mantenida por la jurisprudencia constitucional, al subrayar la posición fundamental de las libertades del art. 20 CE para el sostenimiento del principio democrático a través de la formación de la opinión pública y la garantía del pluralismo¹²⁷³. Ese posicionamiento especial queda reconocido en tales términos por el TC, al haber señalado que,

“esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, (...); o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art. 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales”¹²⁷⁴.

representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos (...).”

¹²⁶⁹ Cfr. URÍAS MARTÍNEZ, J. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 62

¹²⁷⁰ En esta línea señala Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Transparencia y acceso a la información...”, cit., p. 313, que “la dimensión pública de las libertades informativas que se encuentran en el artículo 20 vienen a defender la existencia de una comunicación pública libre, esencial para que exista una autentica opinión pública libre que es el fundamento de una sociedad democrática”.

¹²⁷¹ Vid. CARBONELL SÁNCHEZ, M. “El derecho de acceso a la información como derecho fundamental”, en LÓPEZ-AYLLÓN, S. *Democracia, transparencia y constitución. Propuestas para un debate necesario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, págs. 8 y 9.

¹²⁷² Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades...*, cit., p. 87.

¹²⁷³ Sobre tales afirmaciones se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el TC, pudiendo destacarse entre otras muchas las SSTC 6/1881, de 16 de marzo, 104/1986, de 17 de julio, 159/1986, de 16 de diciembre, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, 30 de marzo, 85/1992, de 8 de junio, 219/1992, de 3 de diciembre, 240/1992, 21 de diciembre, 173/1995, de 21 de noviembre.

¹²⁷⁴ Cfr. STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5.

De ahí que se haya llegado a la doctrina de la posición inicial preferente de las libertades comunicativas cuando colisionen con otros derechos fundamentales en atención a lo dispuesto en el art. 20.4 CE. Sobre la mencionada posición preferente ha destacado el TC que si bien viene reconocida en la CE por su condición de garantía de la opinión pública, no puede entenderse en términos absolutos, y sólo puede legitimar intromisiones en otros derechos en atención a esa finalidad. Esto es, prevalecerán las libertades comunicativas frente a otros derechos fundamentales con los que entren en colisión cuando la expresión o información de que se trate sea de interés para la opinión pública. Se expresa en tales términos el TC en la STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5, considerando a tal efecto que “tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública,

Si nos centramos ahora en el objeto protegido por la libertad de información puede comprobarse su más limitado alcance que en el caso de la libertad de expresión¹²⁷⁵. Se trata de una manifestación comunicativa cualitativamente distinta a la anterior, ya que se ocupa de proteger la información veraz, entendida como hechos noticiables que contribuyen al interés público y que pueden contrastarse al ser fácticamente verificables¹²⁷⁶. Por dicha razón, el art. 20.1.d) CE añade un calificativo que opera como límite interno al ejercicio de la libertad de información, y es que ésta ha de ser veraz¹²⁷⁷. Por ello, el objeto protegido lo constituye en realidad “la información, que, siendo veraz, ofrezca interés público para la recta conformación de una opinión pública libre”¹²⁷⁸.

A efectos de evitar confusiones, conviene aclarar en este punto que la mención al requisito de la veracidad no está directamente vinculada con el derecho de acceso a la información pública, pero sí que servirá como hilo conductor para entender la visualización que ha parametrado el estudio de la libertad de información, y que hoy resulta sujeta a debate

solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo a tal efecto legitimador, cuando la; libertades de expresión e información se ejerciten, de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la constitución le concede su protección preferente. De ello se deriva que la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere”. Como señala BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Derecho de la información y de la comunicación*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p.22, la señalada posición preferente de la libertad de expresión e información se explica de su carácter de derecho colectivo frente al carácter individual de los derechos de la personalidad con los que generalmente colisiona.

¹²⁷⁵ Sobre el alcance más amplio de la libertad de expresión frente a la libertad de información, véase entre otros muchos, RUIZ ROBLEDO, A. *Compendio de Derecho Constitucional Español*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 354.

¹²⁷⁶ El TC ha caracterizado ambos derechos señalando en la STC 79/2014, de 28 de mayo que la distinción “entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 50/2010, FJ 4)”.

¹²⁷⁷ Para un análisis del concepto de veracidad de la información, entre otros muchos BASTIDA FREIJEDO, F.J., y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Libertades de expresión e información y medios de comunicación (prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 33, 34 y 104. ROSADO IGLESIAS, G. “El estatuto jurídico de los profesionales de la información”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, págs.373 a 383. Puede verse también sobre la materia entre otros muchos, CARRILLO, M. “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988. SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades...* cit., págs. 166 y ss. PÉREZ ROYO, J. “Derecho a la información”, *Boletín de la ANABAD XLIX*, n°3-4, 1999, págs. 26 y ss. GALDÁMEZ MORALES, A. “Derecho a la verdad y cánones de veracidad”, *Estudios de Deusto*, vol. 69, nº 2, 2021, págs. 79 y ss.

¹²⁷⁸ Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades...* cit., p. 46.

permitiendo, entonces sí, justificar la conexión del derecho fundamental a la libertad de información con el derecho de acceso a la información pública.

Hecho este paréntesis aclaratorio, la veracidad¹²⁷⁹, junto al interés público¹²⁸⁰, se constituyen en requisitos para que la información pueda ampararse por el art. 20 CE. La exigencia de veracidad que prescribe el art. 20.1.d) CE ha hecho dudar acerca de la titularidad del derecho. Pues, pese a ser un derecho fundamental del que gozan todas las personas tal como ha señalado el TC¹²⁸¹, ha estado especialmente vinculado a los profesionales de la información¹²⁸². Esta cuestión queda de manifiesto en la propia organización del art. 20.1.d) CE, que consagra de manera consecutiva a la libertad de información, garantías específicas únicamente predicables de los profesionales de información, como son la cláusula de conciencia y el secreto profesional.

Así, la plasmación normativa en la Constitución de esa relación bicéfala entre la libertad de información y las garantías propias de los profesionales de la información ha llevado incluso a una confusión de titularidades, viéndose la libertad de expresión como un derecho predicable de todas las personas, mientras la libertad de información ha llegado a verse como un derecho específicamente concedido a los profesionales de la información, que el TC se ha visto obligado a desmentir¹²⁸³, reconociéndolo a favor de

¹²⁷⁹ El elemento de la veracidad ha tenido que ser aclarado por la doctrina constitucional, ya que el término veraz puede erróneamente asimilarse a una hipotética verdad o exactitud de la información. Sin embargo, no se trata de alcanzar “la verdad” sino de que el proceso de transmisión de la información se rija por un ejercicio diligente en contrastar la noticia. Sobre la confusión que genera el término información veraz se pronuncian AZURMENDI ADARRAGA, A. “De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información”, *Comunicación y Sociedad*, vol. XVIII, nº 2, 2005, p. 9. LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática”, *Estudios de Deusto*, vol. 66, nº 2, 2018, págs. 437 y 438.

¹²⁸⁰ Sobre este último requisito ha dicho el TC, en STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8, que “una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos”.

¹²⁸¹ Entre otras, véase la STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.

¹²⁸² En tal sentido, Vid. NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A. “El Tribunal Constitucional...”, cit, p. 295. Vid. VILLANUEVA, E. *Derecho Comparado de la Información*, 2ª edición, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 23. Puede verse también al respecto la Sinopsis del art. 20 CE, que señala que “Ambas libertades, expresión e información, podrán ser ejercidas por cualquier persona (STC 6/1981, de 16 de marzo), sin perjuicio de que, al menos la segunda, habitualmente sea ejercida por los profesionales de la información, lo cual conducirá a que éstos cuenten con garantías específicas como son la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional. Por otra parte, el ejercicio de la libertad de expresión puede verse restringido o matizado para determinados colectivos como funcionarios o fuerzas armadas (SSTC 241/1999; de 20 de diciembre; 102/2001, de 23 de abril) o como consecuencia de una relación laboral (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 90/1999, de 26 de mayo)”. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=20&tipo=2>

¹²⁸³ Se pronuncia sobre esta cuestión en el mismo sentido, SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades...* cit, págs. 75 y ss. Véase la STC 78/1995, de 22 de mayo, en cuyo FJ3 aclara de forma tajante que “no puede compartirse el giro efectuado por la Sentencia dictada en sede de apelación al considerar,

todas las personas. Dicha aclaración en la doctrina constitucional resulta esencial especialmente hoy, ya que, como se tratará de explicar en el apartado siguiente, asistimos a un progresivo desdibujamiento de los roles tradicionalmente atribuidos a informantes e informados¹²⁸⁴.

2.1.2. Revisión de la libertad de información a la luz del contexto tecnológico

El escenario contextual en que hoy se ejerce la libertad de expresión e información tiene características distintas al que le ha sido propio tradicionalmente. Ese cambio de paradigma, que acontece con la era digital, parte básicamente de la revolución tecnológica y de la instalación de nuevas pautas de comportamiento social, propiciadas por la dinámica de las redes sociales, como cauces principales del proceso de comunicación actual¹²⁸⁵.

La libertad de expresión e información han estado sujetas a evolución, en correspondencia con el propio modelo de Estado y con los medios que han ido facilitando la comunicación, ya fuera a través de la prensa, radio, televisión, o ahora a través de Internet¹²⁸⁶. En este sentido, cabe afirmar que la transformación del contexto analógico al paradigma digital ha supuesto un salto cualitativo en la órbita de las relaciones interpersonales, propiciado por su dinamismo, instantaneidad, autoexposición al medio, bidireccionalidad, descentralización, viralidad y anonimato¹²⁸⁷, que está cambiando la forma de

que “la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo tuvo por objeto el conflicto existente entre el derecho del acusado a la libertad de información y el derecho de los querellantes al honor (fundamento jurídico 1º de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 1993); ni, mucho menos, la afirmación, contenida en el fundamento jurídico 2º de esta última resolución, de que este Tribunal Constitucional “considera que en el art.20 se distingue entre un derecho para el común de los ciudadanos, en su apartado a), y otro para los profesionales de la comunicación, en el d)”, (...).”

¹²⁸⁴ Pues, los ciudadanos a través de las redes sociales no sólo comparten opiniones o ideas, sino también hechos noticiables sobre asuntos de interés público, (aunque lógicamente no se les pueda trasladar la exigencia de veracidad como a los profesionales de la información). Como ha puesto de manifiesto, GALDÁMEZ MORALES, A. “Derecho a la verdad...”, cit., p.85, “el perfil —renovado— del sujeto que ejerce el derecho resulta determinante: no es posible aplicar el mismo concepto de veracidad a un periodista —profesional de los medios de comunicación, sujeto a un deber de diligencia en el desarrollo de su actividad— que a un ciudadano que publica en sus redes sociales”.

¹²⁸⁵ En tal sentido, Vid. TERUEL LOZANO, G, M. “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 12, 2017, págs. 77 y ss.

¹²⁸⁶ Vid. TERUEL LOZANO, G, M. “Libertades comunicativas y censura...”, cit., p. 78. Para una proyección evolutiva de la comunicación, centrada en las revoluciones de la comunicación véase DROMI, R. *Política pública de la comunicación: acceso social a la información veraz*, Hispania Libros, Buenos Aires, 2009, págs. 7 y ss.

¹²⁸⁷ Sobre estos cambios ha subrayado ABA CATOIRA, A. “Los desórdenes informativos...”, cit., p.126, que “la autoría de contenidos no se atribuye en exclusiva a los profesionales del sector porque la ciudadanía, otrora sólo destinataria, ahora consume, genera o modifica un contenido de un tercero sin sujeción a las

comunicación y relación interpersonal, y, con ello, la forma en que se ejercen las libertades de expresión e información.

Conviene tener presente que dicho cambio no deriva de una modificación del contenido de tales libertades¹²⁸⁸, sino por la concurrencia de un nuevo contexto social. En este sentido, parece lógico afirmar que en la medida en que dichas libertades estén viéndose afectadas, será necesario efectuar una relectura de las mismas para protegerlas de manera efectiva a la luz de los cambios actuales¹²⁸⁹.

La finalidad que justifica esa redefinición es evitar desajustes provocados por el mantenimiento de pautas de protección que han sido tradicionalmente efectivas, pero que mantenidas en el tiempo, pueden dejar de serlo. De hecho, en la actualidad hay debates abiertos, intensificados en los últimos años en el marco de la sociedad digital globalizada, en relación con la aparición de nuevos retos para las libertades de expresión e información en especial, y para los derechos fundamentales en general. Así las cosas, cabría destacar la problemática constitucional que, gira en torno al discurso del odio, la censura a través de Internet, el control o filtrado de contenido¹²⁹⁰, las *fake news*, o con carácter más

exigencias que rigen la función periodística en sentido clásico. (...) Obviamente, la ruptura con el modelo comunicativo precedente o tradicional es radical, pues, si antes el proceso era vertical y unidireccional, ahora la comunicación se abre a cualquier persona sin sujeción a los controles configurados por los medios y las reglas del ejercicio de la profesión periodística”. En el mismo sentido apunta, TERUEL LOZANO, G. M. “Libertades comunicativas y censura...”, cit., págs. 76 y 77 como notas propias del nuevo proceso comunicativo que es “*multidireccional*, en el que la información fluye y todos son emisores y receptores; totalmente *horizontal*, donde cualquier ciudadano puede participar sin que existan barreras de acceso; y un modelo *disperso y descentralizado*, en el que no hay un centro de control. La comunicación se presenta ahora como un proceso *interactivo*. Se han confundido las figuras de emisor y receptor de la información. El centro de la comunicación pasa ahora a ser el público”.

¹²⁸⁸ Puede citarse en este sentido la STC 27/2020, de 4 de febrero, FJ3, en la que refiriéndose el TC a los derechos de la personalidad en el contexto tecnológico, afirma que “los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica”.

¹²⁸⁹ Señala al respecto, Cfr. BALKIN, J. M. “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, *New York University Law Review*, vol. 79, nº 1, 2004, p. 2, que “Internet and digital technologies help us look at freedom of speech from a different perspective. That is not because digital technologies fundamentally change what freedom of speech is. Rather, it is because digital technologies change the social conditions in which people speak, and by changing the social conditions of speech, they bring to light features of freedom of speech that have always existed in the background but now become foregrounded”.

En la misma línea, advierte GARCÍA SANZ, R. M. “La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, nº 106, 2019, p.85, que “si bien los principios jurídicos del derecho a la información permanecen intactos, su ejercicio en la Red cuestiona su contenido esencial en el entorno electrónico. A la luz de los cambios, se requiere “repensar” este derecho”.

¹²⁹⁰ Realiza un interesante estudio sobre el problema del control y filtrado de contenido, COTINO HUESO, L. “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías” en GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., y RUBIO NÚÑEZ, R (Coords.) PENDÁS GARCÍA, B (Dir.) *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*. Vol. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, págs. 2347 y ss.

general, la desinformación, la manipulación informativa, la garantía del pluralismo en la red o el acceso a la información pública¹²⁹¹.

Todas estas cuestiones son manifestaciones de los desequilibrios que actualmente se reflejan entre un contexto social, que por sus propias características avanza rápidamente, y el Derecho que ha de ser capaz de ajustarlo y regularlo. En este sentido, el Derecho Constitucional adquiere un papel clave para afrontar estos retos, debiendo ser capaz de dar respuestas que garanticen la democracia en un contexto espacio-tiempo digitalizado.

Concretamente, se analizará a continuación la revisión de la libertad de información, compuesta por el derecho a comunicar y recibir información veraz a la luz del contexto actual¹²⁹². Tal como se apuntaba en el apartado anterior, interesa subrayar que el estudio de la materia en el contexto analógico tradicional ha ido enfocado, habitualmente, a la vertiente activa del derecho¹²⁹³. Esto es, la garantía de la opinión pública libre se ha vinculado al robustecimiento de la posición activa en la que se coloca el transmisor o emisor de las informaciones como profesional de la información.

Esta idea queda bien representada por FERNÁNDEZ RAMOS al explicar que, siendo la libertad de informarse un derecho-prerrogativa a favor de los profesionales de la información, “tesis de la intermediación de los medios”, el derecho a recibir información garantizado en el art. 20.1.d) CE se construye pasivamente como un “derecho del público a la noticia”. Esto es, la perspectiva que tradicionalmente ha imperado en el seno del art. 20.1.d) CE excluye el derecho del público a la información como tal, relegándolo a la noticia (información producida) que adquieren por intermediación de los medios. De esta

¹²⁹¹ Sobre esta misma idea alerta ABA CATOIRA, A. “Los desórdenes informativos...”, cit., págs. 122 y 123, que, “sucede que el modelo comunicativo clásico o tradicional se ha transformado profundamente a causa de la irrupción de las tecnologías y la digitalización, tanto que, incluso, se habla de «cambio de paradigma». Y así es como llegamos a la revolución de los presupuestos del modelo clásico de comunicación que ha propiciado la propagación de nuevas prácticas «informativas» claro exponente del ejercicio ilimitado o abusivo de estas libertades, principalmente, a través de las redes sociales digitales con la ayuda inestimable de la inteligencia artificial, que están poniendo en riesgo o peligro el Estado democrático”.

¹²⁹² Realizan un análisis sobre el derecho a recibir información, entre otros NAVAS CASTILLO, A., y NAVAS CASTILLO, F. “El derecho de información de los ciudadanos en el ámbito parlamentario”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, págs. 937 a 942. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «procesos de comunicación pública»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 68, 2003, págs. 122 a 150.

¹²⁹³ Pone de manifiesto el reciente interés jurídico por el estudio del derecho fundamental a recibir información debido al contexto actual, CORCHETE MARTÍN, M. J. “Artículo 105...”, cit., p.248.

forma, los ciudadanos se perciben como receptores pasivos, consumidores de la información que se les facilita en forma de noticias¹²⁹⁴.

La recepción de información parece entenderse entonces como una acción enteramente pasiva, inversa y dependiente del profesional que la comunica¹²⁹⁵. No obstante, la trascendencia que en este escenario han adquirido los medios de comunicación tradicionales está desplazándose hacia a un contexto incierto. Por un lado, las plataformas digitales han venido a cubrir en buena parte la función informativa (aunque no les sean aplicables las mismas reglas y la misma lógica jurídica que a los medios de comunicación institucionales)¹²⁹⁶ y, por otro, los propios usuarios de estas plataformas han ganado protagonismo como *social watchdogs* en el espacio público, para intercambiar y difundir información entre sí¹²⁹⁷.

Buen ejemplo de este cambio de paradigma se muestra en los resultados obtenidos en el *Digital New Report 2021*, elaborado por el *Reuters Institute for the Study of Journalism* de la Universidad de Oxford, en el que puede apreciarse un incremento del uso de las redes sociales como vía de acceso a las noticias, sobre todo por parte de los jóvenes¹²⁹⁸.

¹²⁹⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., págs. 194 y 195.

¹²⁹⁵ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 134.

¹²⁹⁶ Advierte en tal sentido la necesidad de no tratar igual a las plataformas digitales que a los medios de comunicación social institucionalizados, GARCÍA SANZ, R. M. “La difícil relación del instituto...”, cit., págs. 80 y 81. En este sentido subraya la autora en la p. 81 que, “aunque las empresas tecnológicas deben asumir algunas responsabilidades legales, no deberían ser reconvertidas en empresas de comunicación institucionales, y sometidas al mismo régimen jurídico. La tarea de la tecnológicas debe-ría limitarse a funciones técnico-organizativas y de moderación, como “desechar” de las plataformas “mecanismos técnicos maliciosos” y “conductas maliciosas” o evitar inteligencia artificial sesgada y manipuladora, mostrar la trazabilidad de las comunicaciones y marcar los espacios problemáticos (flags o iconos), como medidas de transparencia (subrayando solo algunos aspectos), con lo que contribuirían a evitar la “contaminación” intencionada y maliciosa de la “conversación” en las red”.

Sobre el desplazamiento de los medios de comunicación tradicionales en beneficio de Internet, entre otros, DE MIGUEL BÁRCENA, J. “Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016, págs. 141 y ss.

¹²⁹⁷ Como ha señalado RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad...”, cit., p.215, “Los ciudadanos hiperconectados con el mundo pero especialmente entre sí, al difundir de manera sencilla y masiva información, se convierten en protagonistas de la comunicación, poniendo en cuestión el concepto diferencial del medio de comunicación. Las personas se informan cada vez más en internet”. Vid., también entre otros, FLORES ANARTE, L. “Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero”, *Estudios de Deusto*, vol. 68, nº 1, 2020, p.337. GALDÁMEZ MORALES, A. “Derecho a la verdad...”, cit., p.84. Asimismo ha señalado entre otros autores, Cfr. BASTIDA, F. J. “Artículo 20.1...”, cit., p. 474, que “las posibilidades que ofrece internet y las redes sociales plantean nuevos retos en la interpretación del ámbito de las libertades de expresión e información, con ventajas para una democracia más abierta y plural, pero también con el inconveniente de hacerla más vulnerable. El mercado de las ideas y de la información se expande y ya no es unidireccional. Cualquier ciudadano es receptor de información, pero también informante”.

¹²⁹⁸ El informe *Digital New Report 2021*, elaborado por el Reuters Institute for the Study of Journalism, Universidad de Oxford, puede consultarse en: [https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2021-06/Digital News Report 2021 FINAL.pdf](https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2021-06/Digital%20News%20Report%202021%20FINAL.pdf)

Consecuencia lógica es que hoy se infiera un cambio en el contexto en que debe interpretarse la garantía de la opinión pública¹²⁹⁹. En este sentido, la actual sociedad de la información es prueba de un cambio de contexto pero, a la vez, consecuencia de los nuevos parámetros de la comunicación¹³⁰⁰.

Por un lado, estamos viendo cómo en la sociedad de la información resulta ardua la tarea de mantener el requisito de la veracidad de la información¹³⁰¹. Este problema es una consecuencia derivada de un cambio de contexto social que favorece que el surgimiento de “informaciones poco exactas o contrastadas cuando hablamos de un flujo informativo tan complejo como el que vivimos en la actualidad”¹³⁰². Como bien indica ABA CATOIRA, “los desórdenes informativos no son un fenómeno nuevo, pero, si, en imparable expansión, favorecidos por el nuevo entorno en el que nos relacionamos”¹³⁰³.

Así, entre los factores que pueden estar contribuyendo a esa circunstancia habría que situar que el sujeto activo ya no es típicamente el profesional de la información¹³⁰⁴. El

¹²⁹⁹ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p.122.

¹³⁰⁰ Encuadra la sociedad de la información en el marco constitucional, concretamente en los arts. 18, 20 y 105 CE, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “La sociedad de la información en Europa...”, cit., p.1236, al señalar a modo conclusión que, “podríamos, pues, afirmar que en España la sociedad de la información tiene su fundamento jurídico-constitucional en el reconocimiento de los derechos de la comunicación (art. 20 CE) y en el derecho de acceso a la información contenida en los archivos y registros administrativos y debe desenvolverse dentro de los límites establecidos en la propia Constitución con especial referencia al respeto al derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen y el derecho a la protección de datos de carácter personal derivado de lo establecido en el artículo 18.4”.

¹³⁰¹ Tal como indica Cfr. PAPA, A. “El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel de la libertad de expresión”, en HÄBERLE, P., BALAGUER CALLEJÓN, F., WOLFGANG SARLET, I, *et al* (Coords.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 270, “hoy parece que no es fácil –con la excepción de que nos limitemos a usar solo los periódicos en línea registrados o dedicar especial atención a los sitios de los que se extraen las noticias–, distinguir lo que en Internet es información de lo que podría definirse como “externalización de una idea personal asumida como si fuera un hecho”.

¹³⁰² Cfr. LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. “El derecho a recibir información veraz...”, cit., p. 455. Llama la atención sobre el problema de la veracidad de la información en internet, ESCOBAR ROCA, G. “Derechos y principios constitucionales de la comunicación pública en el ciberespacio”, en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, p.834.

¹³⁰³ Cfr. ABA CATOIRA, A. “Los desórdenes informativos...”, cit., p. 124. Al respecto se pregunta RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad...”, cit., p. 194, si “¿estamos ante una realidad distinta? ¿O no es más que la versión 2.0 de la desinformación tradicional, bautizada con una expresión feliz que ha hecho fortuna?”.

¹³⁰⁴ En este mismo sentido precisa Cfr. GALDÁMEZ MORALES, A. “Posverdad y crisis de legitimidad: el creciente impacto de las fake news”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 8, 2019, p.32, que “la comprensión jurídica clásica de la libertad de información –y sus límites- ha quedado obsoleta. Aunque efectivamente, el art. 20 CE reconoce el derecho –del que son titulares todos los ciudadanos- a «emitir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», la delimitación de su contenido toma como referente a los periodistas y medios de comunicación convencionales; actores que en el escenario actual han perdido el monopolio de la construcción de la opinión pública, en la medida en que, las redes, han roto la unilateralidad del discurso informativo”. El desvanecimiento de la distinción entre sujeto activo y pasivo de la información se señala como característica del impacto de internet en la sociedad actual en CEBRIÁN ZAZURCA, E. “El impacto de internet en el estado democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173,

medio para la difusión de información se ha multiplicado exponencialmente a través de una pluralidad de recursos como redes sociales, blogs, diarios digitales y foros entre otros, así como el hecho de que la información a su vez se ha hecho globalmente inmediata y todo ello ha contribuido a una “falta de rigurosidad y de fuentes contrastadas en el tratamiento informativo”¹³⁰⁵.

Tal problemática debe relacionarse a su vez con la incidencia que hoy día tienen en el proceso de comunicación fenómenos como la globalización, el tremendo desarrollo de las TIC, la naturalización de las redes sociales como medios usuales de interacción social, así como la instauración de grandes compañías tecnológicas como agentes influyentes en la toma de decisiones. Este panorama se ha visto conquistado por el término de posverdad¹³⁰⁶, para aludir a la percepción cada vez más subjetiva y emocional de la información, frente a la certeza que brinda la veracidad de la misma. Esta subjetivación y, por tanto, alejamiento del requisito de la veracidad de la información se ha visto envuelto en un complejo entramado de *fake news*, desinformación, sobreabundancia informativa, etc..., que debilita el pluralismo¹³⁰⁷, la democracia y la posición del ciudadano frente al poder público y frente al propio sujeto activo de la información¹³⁰⁸.

Desde esta perspectiva, ha de seguir destacándose la dimensión institucional de la libertad de información en lo relativo a hechos noticiables, puesto que los riesgos de desinformación pueden recibir el tratamiento jurídico adecuado si se parte de la garantía

2016, p. 315. En la misma línea, aunque con una visión negativa es destacable la consideración efectuada por CAPODIFERRO CUBERO, D. “La libertad de información frente a internet”, *Revista de Derecho Político*, n° 100, 2017, p. 709, donde apunta que “el problema que plantea Internet es que abre la posibilidad de comunicar activamente a cualquier persona, fuera del sistema de control y equilibrio que, mejor o peor, conforman los medios y las reglas profesionales del periodismo, al tiempo que constituye un entorno donde la posibilidad de lesionar los derechos o libertades ajenas o incurrir en abusos de derecho es mucho mayor que en el tradicional”.

¹³⁰⁵ Cfr. LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. “El derecho a recibir información veraz...”, cit., p. 455. Sobre los cambios que interfieren en la evolución del proceso de comunicación hoy día resulta de gran interés ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Retos de la libertad de información...*, cit., págs. 61 a 64.

¹³⁰⁶ Término que Cfr. BLANCO ALFONSO, I. “Posverdad, percepción de la realidad...”, cit., p. 177, define en los siguientes términos, “la posverdad nos introduce en el terreno de la percepción subjetiva de la realidad, donde las creencias y las convicciones individuales pesan más que la objetividad de los hechos demostrados. Aunque los datos pongan en evidencia el error de una creencia, el ser humano tenderá no a dudar de ella, sino de los hechos que la cuestionan”.

¹³⁰⁷ Así, señala FERRAJOLI, L. “Libertad de información y propiedad privada”, en CARBONELL, M. (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 132 que “la dependencia de la publicidad (...), los procesos de concentración y la relación cada vez más estrecha entre información y poderes políticos están sofocando al pluralismo y, junto con éste, a la libertad de información misma”.

¹³⁰⁸ Respecto a esta idea señala BALAGUER CALLEJÓN, F. “Interpretación constitucional y...”, cit., que “La configuración de la verdad en el espacio público, que actualmente se ve condicionada por fenómenos tales como las *fake news* y la posverdad, que encuentran en las redes sociales un ámbito especialmente favorable para su propagación”.

de la veracidad a través del derecho a la información¹³⁰⁹. No en vano, “la democracia se asienta sobre un debate público, plural e *informado*”¹³¹⁰. De ahí que en la sociedad de la información, ésta última haya cobrado gran relevancia como herramienta de poder. Es por ello que los retos que plantean en la actualidad las libertades comunicativas, así como su adecuada protección, llamen a su análisis desde otra perspectiva.

Cabe subrayar la insostenibilidad dogmática que supone seguir manteniendo la protección de las libertades comunicativas desde la común posición del sujeto activo cuando, en relación con los medios de comunicación, sucede que “su “derecho” a la información consiste inevitablemente en su “poder” sobre la misma¹³¹¹. En este sentido, “el modelo dogmático en este nuevo paradigma, ha de ser el que afronta aquella cuestión desde la perspectiva del sujeto pasivo del proceso comunicativo, la del receptor de ideas, opiniones e información”¹³¹².

¹³⁰⁹ Concretamente destaca tal idea, SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades...* cit., p. 88, al señalar que “los riesgos de la malinformación (...) si pueden recibir el adecuado tratamiento jurídico desde la construcción jurídica del derecho a la información que así garantiza no solo la democraticidad del sistema (...) sino también el buen funcionamiento de las instituciones (...) con garantías jurídicas de veracidad”.

¹³¹⁰ Cfr. SERRA CRISTÓBAL, R. “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 47, 2021, p. 202.

¹³¹¹ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 125. En la misma línea plantea el autor en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información”, en CARBONELL, M (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*. Editorial Porrúa, México, 2004, p. 4, que “la cuestión hoy es cómo proteger la libertad de expresión de opiniones, ideas e información entendida como *derecho*, para hacer frente a la opinión, idea o la información usada como *poder* por los medios de comunicación”. Véase también sobre esta idea, CASTELLS, M. *Comunicación y Poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 178, donde el autor subraya que el “proceso de comunicación de masas se ha malinterpretado en torno a la noción artificial de «audiencia», Ésta se ha tomado directamente de la mentalidad del sector de la comunicación y de los anunciantes que le apoyan, que necesitan definir a sus consumidores en potencia como receptores pasivos de sus mensajes para programar contenidos que supuestamente se venderán en el mercado. Como con cualquier venta, se tiene en cuenta la reacción de los consumidores para ajustar la adaptación de la mercancía a las preferencias del consumidor. Sin embargo, la audiencia sigue siendo el objeto y no el sujeto de la comunicación”.

¹³¹² Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 125. Con otras palabras señala el autor en la p. 127 que lo que defiende es que “una eficaz garantía de los derechos del público puede ser el modo eficiente de enfrentarse y dar una respuesta jurídica cabal a los nuevos retos de la comunicación globalizada”. Más recientemente sostiene la misma tesis el autor en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades...”, cit., p. 5. Me parece interesante destacar aquí la afirmación que realiza CERIONI, M. “El ciudadano-usuario de las informaciones públicas. El caso de una exosmosis dogmática en el ordenamiento constitucional italiano”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 10, 2015, p. 9, cuando señala que “ha sido evidenciado como aún la Constitución (...) propendía a una visión “estática” de la posición constitucional del ciudadano con respecto a los poderes públicos, en el ámbito de la cual no era posible que «la más amplia puesta a disposición de las informaciones poseídas pudiera llegar a ser una actividad obligatoria para los sujetos públicos», a que hacer corresponder «un preciso derecho de obtener aquellas informaciones»”. Parece llegar a la misma conclusión, Cfr. TERUEL LOZANO, G. M. “Libertades comunicativas y censura...”, cit., p. 101, cuando señala que “Así las cosas, se ha apostado por la relectura de la libertad de expresión como un «ius communicationis», que tutela todo el proceso comunicativo, tanto la vertiente activa como la pasiva, y en particular los derechos de acceso a la información y a la comunicación. El

En mi opinión, esta postura se ha visto claramente reforzada en los últimos tiempos si partimos de los retos que suscita la sociedad de la información. Por un lado, los medios de comunicación desplazan y silencian la posición receptora de información de la ciudadanía. Sin embargo, esto cambiaría si la aproximación se realizara desde la perspectiva del ciudadano, para hacerlo partícipe de los asuntos públicos como auténtico sujeto político en democracia¹³¹³. Esta aproximación parece lógica si entendemos que “en una democracia los «asuntos públicos» son asuntos «del público», cuya opinión jurídica se forma en el Cuerpo electoral y en el Parlamento, pero cuya opinión social y política, individual y colectiva, se forma en la propia Sociedad”¹³¹⁴.

Por otro lado, la sociedad de la información actual ha otorgado tremendo protagonismo a favor de las grandes compañías tecnológicas que, interviniendo en la difusión de información, confluyen con los medios de comunicación tradicionales en la formación de la opinión pública. El problema es que tales agentes globales no atienden a los criterios de profesionalidad técnica que, sin embargo, encaran los medios de comunicación tradicionales para difundir información¹³¹⁵.

Con todo, cabría considerar que la tesis mencionada cobra aún más fuerza en un contexto en el que el individuo queda expuesto a la masa informativa, desprendido incluso del puro conocimiento por otro tipo de intereses en conflicto (comerciales, partidistas, electorales, economicistas...) que poco tienen que ver con la garantía de la opinión pública libre. Se advierte, en este sentido, el riesgo de incurrir en una patrimonialización de la información, concebida en términos de mercado y no de auténtico derecho fundamental como le corresponde¹³¹⁶.

contenido, los límites y las garantías a la libertad deben ser reinterpretados según la nueva realidad tecnológica y, también, según los valores sociales hoy día en vigor, de tal suerte que la relectura de esta libertad puede aprovechar no sólo a su proyección en Internet sino también a su concepción general”.

¹³¹³ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, p. 122 y 132.

¹³¹⁴ BASTIDA, F. J. *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990, p.270.

¹³¹⁵ Ya que su presencia en el espacio público actual se mueve principalmente por intereses propios y de influencia global, que no tienen que ver con la formación de la opinión pública sino con ganar presencia y poder en el contexto global de toma de decisiones.

¹³¹⁶ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...” p. 132. Añade el autor en tal sentido en la p. 132 que “este es el fundamento constitucional de las medidas destinadas a corregir las distorsiones que el mercado económico ha provocado en el proceso de comunicación pública, por cuanto la libre concurrencia de fuentes de información, en tanto estas son empresas, se ve intensamente condicionado por los desequilibrios económicos entre esas fuentes de información-empresa, lo que repercute inevitablemente en la pluralidad «externa» de información disponible en el proceso”.

Al respecto señala FERRAJOLI, L. “Libertad de información y propiedad...”, cit., p. 132, que se corre el riesgo de convertir la libertad de expresión e información en “bienes patrimoniales, en vez de derecho fundamentales”.

En el fondo, el debate que subyace de los desequilibrios generados por la mercantilización de la información plantea un problema de poder en la medida en que “las asimetrías de la información también son asimetrías de poder”¹³¹⁷. Resulta evidente que los desequilibrios generados por una concepción de la información en términos de propiedad a favor del informador terminan subyugando al informado bajo una posición de inferioridad que lastima el proceso democrático de comunicación.

Pero más allá de tales desequilibrios contextuales, la lectura desde la que se aborda el art. 20.1.d) CE parece facilitar de algún modo ese posicionamiento pasivo del ciudadano en lo que concierne a la recepción de la información. La visión desde la que los operadores jurídicos han venido enfrentando durante años el estudio y análisis constitucional de la libertad de información ha seguido la lógica propia del contexto analógico y, parte de las asimetrías que encontramos hoy en este ámbito, derivan también de una falta de adecuación de dicha libertad al espacio virtual y digital en que hoy se ejercita (en gran parte).

Por todo ello, se defiende aquí la utilidad que puede derivarse de la inversión de la posición protagonista del informador a favor del receptor de la información, en aras a compensar los desajustes que se están produciendo en el espacio público actual, favoreciendo así un mayor paralelismo entre la comunicación y la recepción de la información.

Cabe advertir que si se tiene en cuenta la impregnación del principio de transparencia en el orden constitucional, así como en el propio principio de legitimidad democrática (sobre todo de ejercicio) en el paradigma tecnológico actual, puede apreciarse la insuficiencia que se deriva de la conceptualización de la recepción de la información (*ex art. 20.1.d) CE*) como mera obtención pasiva de la misma. Así, el principio de transparencia y el democrático –entendidos como exigencias de control del poder–, permiten apoyar una relectura del art. 20.1.d) CE. En particular, para favorecer que el ciudadano se haga eco de la labor fiscalizadora (informativa) que le corresponde por mor de tales principios, sobre asuntos de interés general que contribuyan a la formación del debate público.

¹³¹⁷ Cfr. GARTON ASH, T. *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Atlantic Books, 2016, p.111. Véase al respecto, VALLESPÍN, F. “Las transformaciones de la democracia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 41, 2015, p. 16, que define la comunicación como “el espacio del poder”.

Además, esta función se ha visto a su vez reforzada con el avance de las TIC, ya que tal como ha podido comprobarse de la jurisprudencia del TEDH, no sólo la prensa goza de forma unidireccional de la libertad de comunicar información, habiendo algún antecedente a favor de particulares que actúan como *social watchdogs*. Lógicamente, tal propuesta debe entenderse sin perjuicio de que se otorguen medidas especiales de protección a favor de los profesionales de la información que seguirán teniendo una importante misión en el desempeño de su función informativa¹³¹⁸. Y que, precisamente, ha de revalorizarse en este contexto para que siga siendo efectiva.

En este entendido debe añadirse que la Constitución no sólo protege la posición activa de aquellos que comunican la información, sino que también ampara la posición pasiva en la que se encuentra la recepción de la misma. En palabras del TC,

“es éste un derecho que tiene como características esenciales estar dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes e incluso contradictorias y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos”¹³¹⁹.

Es cierto que dicha dimensión pasiva está consagrada en el marco del derecho a recibir información, pero también lo es que queda circunscrita al marco de la información a la que pueda accederse por estar ya difundida. De tal modo, no ampara en principio la libre búsqueda de información que de forma activa busque el ciudadano para informarse motu proprio, aunque sea la tesis defendida por parte de la doctrina¹³²⁰. Justamente, esta dimensión es la que se entiende más falta de profundización en el marco del constitucionalismo actual, y la que sin embargo, tiene un desarrollo exponencial en la práctica. En este sentido, LÓPEZ GARCÍA y BOIX PALOP consideran que “el modelo tradicional de industria cultural ha de convivir necesariamente con un público activo, policonsumidor de medios y que crea incesantemente nuevos espacios de generación de informaciones y opiniones la mayor parte de las veces ajenos al flujo de la comunicación de masas”¹³²¹.

¹³¹⁸ Vid. SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades...* cit., p. 47.

¹³¹⁹ Cfr. STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 4.

¹³²⁰ Es un referente en la defensa de esta postura, VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p.141.

¹³²¹ Cfr. LÓPEZ GARCÍA, G., y BOIX PALOP, A. “Derecho y cuarto poder en la era digital”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 130, 2005, p.89. Este proceso de cambio, ha sido identificado por CASTELLS como “autocomunicación de masas” precisamente para apelar a la participación activa del individuo en la producción de contenido. En tal sentido, véase CASTELLS, M. *Comunicación...*, cit., p.

Más recientemente, ha caracterizado el TC la libertad de recibir información como

“la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos, de modo que el derecho a recibir una información veraz es un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades”¹³²².

El problema es que esta visión resulta insuficiente, con el cambio de postura sugerido, para posicionar a la ciudadanía en una escala comunicativa superior a la ofrecida por la clásica interpretación del art. 20.1.d) CE. Pues, la finalidad esencial con la que se ha entendido el derecho a recibir información del art. 20 CE ha sido la de “garantizar la información a los medios de comunicación, y esa ha sido linealmente la jurisprudencia con relación a este precepto”¹³²³. El problema es que esta perspectiva aboca a la consecuencia de entender la libertad de recibir información como “ausencia de un derecho a que las personas puedan exigir a los poderes públicos una información congruente con el modelo de Estado Social”¹³²⁴.

Ahora bien, el cambio de paradigma apuntado sería viable en tanto en cuanto se abriera a la interpretación constitucional del precepto la inclusión del ciudadano informante. Por tanto, no ya como receptor de llegada, esto es, como mero receptor pasivo, sino como receptor de partida y llegada –admitiendo la modalidad de receptor activo–, en cuanto demandante de información. Todo lo cual lleva a defender la evolución del modelo comunicativo hacia un proceso dinámico donde confluyen las sinergias entre informador e informado. De esta forma, habría que releer el art. 20.1.d) CE para cuestionar el monopolio de la función comunicativa a favor de los medios de comunicación, amparando de tal forma una posición activa de búsqueda de información del ciudadano,

88, que “Es comunicación de masas porque potencialmente puede llegar a una audiencia global, como cuando se cuelga un vídeo en YouTube, un blog con enlaces RSS a una serie de webs o un mensaje a una lista enorme de direcciones de correo electrónico. Al mismo tiempo, es autocomunicación porque uno mismo genera el mensaje, define los posibles receptores y selecciona los mensajes concretos o los contenidos de la web y de las redes de comunicación electrónica que quiere recuperar”. Sobre esto mismo, véase Vid. ARIAS MALDONADO, M. “La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016, p. 38.

¹³²² STC 112/2006, de 5 de abril, FJº 11.

¹³²³ Cfr. *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados*, nº 254, 12 de febrero de 2013, p. 41.

¹³²⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Derecho de la información...*, cit., p. 23.

como garantía del principio de transparencia y del principio democrático, alineada con el art. 19 DUDH.

La visión que se sostiene implica la necesidad de reajustar la tradicional manifestación pasiva de la libertad de información para su adecuación al marco social, informativo y tecnológico actual. De hecho, ha habido algún pronunciamiento del TC que apunta en esta dirección. Se trata de la STC 27/2020, de 24 de febrero, en la que el TC se muestra consciente del cambio que la sociedad está experimentando en el contexto digital y, con ello, los nuevos frentes abiertos para los derechos fundamentales. En dicha sentencia, afirma el TC, en lo que interesa, que:

“El aumento de popularidad de las redes sociales ha transcurrido en paralelo al incremento de los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. De este modo, los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra —la actual— en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios —usuarios igualmente de la redes sociales en Internet — todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos. La amplitud de actividades que pueden desplegarse a través de una redes sociales en Internet gracias a las prestaciones de la Web 2.0, facilitan la actividad colaborativa del usuario en la gestión, elaboración y publicación de contenidos, de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información”¹³²⁵.

Según lo expuesto, puede afirmarse que “los constantes flujos de información hacen que todos seamos, en esta *Galaxia Internet* en la que vivimos hoy, emisores y receptores de información permanente”¹³²⁶. Parece, por tanto, que en esta sentencia, el TC refuerza la posición del ciudadano, reconociendo en efecto una activación colaborativa y participativa del mismo en el proceso de comunicación, más allá de la mera recepción de información que pueda recibir como mero sujeto pasivo. Ahora bien, aunque en este sentido la doctrina haya apuntado que asistimos a una “una reconfiguración del espacio público netamente positiva desde el punto de vista democrático, (...) organizado en redes

¹³²⁵ Cfr. STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ 3.

¹³²⁶ Cfr. CEBRIÁN ZAZURCA, E. “El impacto de internet...”, cit., p. 316.

sociales diversas que son representación clara de lo que tradicionalmente se ha considerado la «sociedad civil»¹³²⁷, debe hacerse una precisión importante al hilo de la citada sentencia del TC.

Aunque, como se ha visto, el TC apueste por un mayor protagonismo del ciudadano en la sociedad digital, la sentencia suscita una pregunta de gran interés: ¿Puede o debe considerarse hoy a las plataformas digitales un nuevo espacio público? Desde luego se trata de una cuestión de actualidad, que el TC ha resuelto en sentido negativo considerando que “el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público»”¹³²⁸. Esta visión del TC plantea serias dudas pues difícilmente puede hablarse de una reconfiguración del espacio público en perspectiva democrática, ligada a los cambios que apareja la sociedad digital si éste queda reducido a lo hasta ahora conocido en el contexto analógico.

Los derechos fundamentales han encontrado nuevas formas de ejercicio en el ámbito digital, ¿cabe sostener lo mismo de nuevas escenografías donde se desarrolla hoy el espacio público? Se da la paradoja de que Facebook y otras plataformas digitales son, en efecto, potentes empresas privadas que operan en el mercado global en base a intereses propios. Ahora bien, ello no debe hacer perder de vista que al margen de las motivaciones (privadas) que puedan concurrir en ellas –a nivel productivo global como empresas–, se han convertido en la práctica en nuevos ágoras, nuevos foros o espacios de debate, abiertos a la ciudadanía para el ejercicio de sus derechos. De este modo, Facebook y otras plataformas digitales “parecen funcionar, precisamente, como ese territorio donde lo

¹³²⁷ LÓPEZ GARCÍA, G., y BOIX PALOP, A. “Derecho y cuarto poder...”, cit., p. 93.

Para hablar de la reconfiguración del espacio público a la que asistimos en la actualidad es necesario tener en cuenta previamente la concepción de espacio público que durante años nos ha permitido abordar y comprender la participación de la sociedad civil en la vida pública. En tal sentido, véase HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1994.

¹³²⁸ STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ4.

público y lo privado se confunden en una misma interfaz”¹³²⁹. ¿Nos enfrentamos, por tanto, a “una esfera pública cada vez más privatizada”¹³³⁰?

En este sentido, la crítica que puede efectuarse a la postura del TC, y en línea con THOMPSON, es que el riesgo de incurrir en un concepción de espacio público apegada a una visión clásica puede “impedirnos ver las nuevas formas de lo público (...), o bien de hacernos abordar estas nuevas formas con prejuicio”¹³³¹. En este orden de ideas, el autor define la esfera pública en el contexto tecnológico como “un espacio complejo de flujos de información donde “ser público” significa “ser visible” en este espacio, ser capaz de ser visto y oído por otros”¹³³².

Esta visión permite cuestionar la postura defendida por el TC en este punto –que, al final, mantiene una conceptualización del espacio público basada en parámetros analógicos clásicos–, visibilizando la permeabilidad que hoy desdibuja la frontera entre lo público y lo privado. Se sitúa en este punto uno de los grandes retos del constitucionalismo contemporáneo, que resultará de su capacidad para advertir esta porosidad entre lo público y lo privado, con el objetivo de adecuar los mecanismos de garantía de los derechos a este contexto.

Hecho este paréntesis, y en línea con todo lo anterior, habría que plantearse cómo materializar dichas transformaciones en el plano jurídico-constitucional¹³³³. A tal efecto, resulta interesante plantear en este punto si el derecho a recibir información, en su configuración tradicional abstencionista, es hoy suficiente en este proceso cambiante o debe amparar una modalidad de investigación alineada con el art. 19 DUDH y con las

¹³²⁹ REIMONDO ANSELMINO, N., REVIGLIO, M. C., y DIVIANI, R. “Esfera pública y redes sociales en Internet: ¿Qué es lo nuevo en Facebook?”, *Revista mediterránea de comunicación*, 2016, nº 7, p. 5.

En este sentido apunta, MARTÍN MORALES, R. “La fragmentación del espacio público en los sistemas democráticos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 36, 2022, p. 2, que, “Los dominios digitales se están convirtiendo en nuevos espacios políticos y favoreciendo la deliberación democrática, pero también banalizando el espacio público. La esfera pública se expande, pero hay abiertos más espacios para los individuos que para el desarrollo de la personalidad y más espacios para los colectivos que para el respeto de la diversidad”.

¹³³⁰ MORLEY, D. *Medios, modernidad y tecnología. Hacia una teoría indisciplinaria de la cultura*, Gedisa, Barcelona, 2008, p.150. Sobre la redimensión de Facebook como “espacio público mediático”, véase REIMONDO ANSELMINO, N., REVIGLIO, M. C., y DIVIANI, R. “Esfera pública y redes sociales...”, cit., p.4.

¹³³¹ THOMPSON, J. B. “Los límites cambiantes de la vida pública y la privada”, *Comunicación y Sociedad, Nueva época*, nº 15, 2011, p. 21.

¹³³² Cfr. THOMPSON, J.B. “Los límites cambiantes...”, cit., p. 33.

¹³³³ En este sentido, apunta Cfr. DE MIGUEL BÁRCENA, J. “Las transformaciones del derecho de la información...”, cit., p.147, apunta que “todas estas transformaciones han de afectar necesariamente al marco constitucional de la comunicación, bien en términos de obsolescencia, o de generalización de unas garantías institucionales que superan las previsiones establecidas por el poder constituyente”.

exigencias de la sociedad digital, esto es, si de manera definitiva ha llegado el momento de cubrir esa ausencia, reconociendo en el marco de la libertad de recibir información una manifestación de acceso a la fuente de información a favor de todas las personas¹³³⁴. Y ello, toda vez que la comunicación tecnológica ha dado lugar a una nueva forma de identificación de la persona frente a sí misma y frente al grupo social¹³³⁵.

Esta cuestión lejos de estar resuelta ha sido y es objeto de una gran discusión doctrinal que constituye un núcleo esencial de esta investigación. No obstante, la posibilidad de extender el contenido típicamente atribuido a las libertades informativas ha encontrado ya referentes que no pueden pasar inadvertidos. Como se ha visto, la jurisprudencia del TEDH ha ido transitando a favor de un derecho a recibir información más amplio, amparando en determinados casos la existencia de obligaciones positivas para los Estados en garantía del art. 10 CEDH y reconociendo el acceso a la información como una manifestación protegida en el marco de dicho precepto, bajo determinados presupuestos pautados ya por la jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, esto no siempre ha sido así, por cuanto la perspectiva inicialmente adoptada por el TEDH partía de una interpretación inicial del derecho a recibir información pautada por la posición privilegiada que tradicionalmente ha sido propia de los medios para acceder a la información y luego transmitirla, ejerciendo una función típicamente

¹³³⁴ Con carácter general se refiere a la necesidad de actualizar los derechos fundamentales como consecuencia de los retos que se plantean con la sociedad digital, ORDOÑEZ SOLÍS, D. “La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 25, 2015, págs. 401 a 433. En concreto señala el autor en la p. 402 que “así pues, las nuevas tecnologías en las que se basa el mundo digital constituyen un desafío para la aplicación del Derecho y, por ende, para la protección de los derechos fundamentales de tal manera que el nuevo contexto tecnológico y sus desarrollos vertiginosos obligan a replantear el alcance y los límites de los derechos fundamentales. En efecto, no solo se trata de adelantos tecnológicos sino de situaciones e inventivas humanas que plantean nuevas relaciones y suscitan cuestiones que, ineluctablemente, llegan a los tribunales que, solo de manera paulatina, con el método del caso a caso y del ensayo y el error, van decantando las respuestas apropiadas para nuestra sociedad”. Sobre la necesidad de entender el derecho de acceso a la información pública en consonancia con el art. 19 DUDH, señala Cfr. POMED SÁNCHEZ, L. “Un lector errático reflexiona...”, cit., p.167, que “la libertad de investigación, de búsqueda de la información, reclamada en estos textos internacionales ya no puede ser entendida simplemente como un mandato de abstención de los poderes públicos en un ámbito de actividad eminentemente privada. El transcurso del tiempo ha puesto de manifiesto hasta qué punto la sola abstención no basta para preservar incólumes los derechos fundamentales, menos siquiera para garantizar su ejercicio efectivo por los ciudadanos. Los derechos fundamentales incorporan un contenido positivo que se plasma en auténticas obligaciones de hacer de los poderes públicos. En el caso que ahora nos ocupa, la puesta a disposición de los ciudadanos de la información sobre asuntos públicos no solo es una herramienta idónea para el más completo ejercicio de la libertad de expresión sino también un pre supuesto del derecho a la participación política: una ciudadanía ayuna de información no puede participar en política, solo puede prestar su asentimiento”.

¹³³⁵ Véase al respecto, Vid. AGUILAR CALAHORRO, A. “El derecho fundamental a la comunicación 40 años...”, cit., págs. 419 y 420.

atribuida de *watchdogs*. Sin embargo, el salto que ha dado el TEDH, teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico acaecido, le ha permitido reforzar el rol pasivo del ciudadano (no profesional de la información), otorgándole una dimensión activa de acceso a la información en la categoría de la recepción de la misma.

Por su parte, la visión adquirida en el ordenamiento jurídico español por la jurisprudencia constitucional dista aún de la perspectiva internacional expuesta pues no ha habido reconocimiento constitucional expreso en favor de esta dimensión. Poco se ha dicho al respecto. Y, además, no puede obviarse el hecho de que la libertad de información haya sido identificada expresamente como derecho de libertad por el TC, constituyendo de esta forma, una garantía de defensa del ciudadano frente a cualquier intromisión ajena en su esfera de libertad. Se trata de una concepción liberal¹³³⁶ guiada por una visión abstencionista de no injerencia. Así, por ejemplo, en la STC 220/1991, de 25 de noviembre, el TC ratifica el carácter de derecho de libertad, señalando que “no consiente ser convertido en un derecho de prestación”¹³³⁷. En este sentido, no se imponen obligaciones concretas derivadas de un deber de transmitir la información, puesto que la libertad de recibir información sólo alcanza el derecho a acceder a la información difundida, por tanto, que ya forma parte del proceso de comunicación, sin obstaculización por parte de terceros o del Estado¹³³⁸. Con otras palabras,

“el art. 20.1.d) no tutela una prestación informativa consistente en el deber de un tercero de transformarse en fuente de información para quien se la demanda, obligándole a participar activamente en el proceso de comunicación pública para poner a disposición del receptor una determinada información. Frente a los sujetos privados -en particular, los

¹³³⁶ Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., y GARCÍA SANZ, M. “Artículo 20: libertad de expresión y derecho de información”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23 de la Constitución española de 1978*, Edersa, 2006, p.514.

¹³³⁷ STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 4. Posteriormente el TC ha recordado el carácter de derecho de libertad del derecho a comunicar y recibir información en la STC 112/2006, de 5 de abril, FJ11. En este mismo sentido reconocía el TC en la STC 77/1982, de 20 de diciembre, FJ1, respecto del derecho fundamental del art. 20.1.a) y d) CE que, “tal como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos”. En términos similares, STS de 29 de mayo de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:3886, FJ4.

¹³³⁸ Considero sumamente aclaratoria la caracterización tradicional del derecho a la libertad de información efectuada por CAPODIFERRO CUBERO, D. “La libertad de información...”, cit., págs.706 y 707, cuando dispone que “ahora bien, en este esquema lo que se prevé es una transmisión de la información de manera jerárquica y unidireccional casi en exclusiva: el emisor concentra la capacidad de control sobre un proceso configurado desde arriba, dirigido a audiencias masivas y articulado a partir de mensajes acabados frente a los que la capacidad de respuesta de los receptores se limita a la posibilidad de escoger entre la oferta existente”.

medios de comunicación social-, una tal configuración del derecho a recibir información significaría una inaceptable funcionalización del derecho de libertad de informar¹³³⁹.

Bajo esta concepción, ha llegado a sostenerse que el derecho a recibir información es el envés del derecho a comunicarla. De esta forma a lo más que podría optarse es a que “el Estado no puede interferir la recepción de lo que otros dicen, pero no que el Estado deba poner a disposición de cualquiera la información que posee en sus archivos y registros”¹³⁴⁰, esto es, permitir el acceso al proceso comunicativo pero no en concreto a la fuente que contiene la información, cualquiera que sea su soporte.

No obstante, se ha defendido también la postura opuesta, en el sentido de que el derecho a recibir información no puede reducirse a ser la contraparte del derecho a comunicarla sino “un derecho fundamental autónomo y complejo de todos y cada uno de los individuos a acceder sin trabas a la información”¹³⁴¹. Esta visión entraña una alternativa posible que, como ha destacado VILLAVERDE MENÉNDEZ, consistiría “no solo en el deber del Estado de no interferir la recepción de información por el receptor-pasivo, sino también un derecho a la información debida por el Estado, que tendría la obligación de ponerla a disposición de cualquier interesado, pues se presume que todo lo que posee el Estado es un «asunto público»”¹³⁴².

De las dos visiones expuestas impera todavía la visión abstencionista que determina el contenido del derecho basándose en la idea de que no impone deber alguno de suministrar la información pretendida por el solicitante, esto es, “no es ni un derecho a ser o a estar

¹³³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p.195.

¹³⁴⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...* cit., p. 118.

¹³⁴¹ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit., p.15. En el mismo sentido, PÉREZ ROYO, J. “Derecho a la información...”, cit., p. 20.

¹³⁴² Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit., p. 119. Vid. GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. “El acceso de los ciudadanos a la información administrativa”, *Actualidad Administrativa*, nº 10, 2009. Se pronuncia en este mismo sentido sugiriendo la deformación que supone entender la libertad de información como mero derecho de libertad sin añadir que su garantía como derecho debe ir ligada al deber del Estado para corresponderlo, MATHIESEN, K. “Access to information as a human right”, *SSRN Electronic Journal*, nº 7, 2008

cit. En la misma línea interesa también la posición de BASTIDA, F. J. *La libertad de antena...*, cit., p. 271; BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 210, al destacar el autor que “el derecho fundamental a la libertad de expresión y a recibir información no queda garantizado con la simple abstención del Estado. En un Estado democrático avanzado, el Estado tiene obligaciones no sólo negativas, sino también positivas. En este sentido, los poderes públicos deben proporcionar a los ciudadanos toda la información que poseen –que no deba ser protegida- para que el derecho a la libertad de expresión pueda ejercerse con total conocimiento de causa”. Vid. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, cit., p. 44. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., y GARCÍA SANZ, M. “Artículo 20: libertad de expresión...”, cit., p. 524.

informado, sino de acceso al proceso de comunicación pública”¹³⁴³. De ahí que esta dimensión del derecho se construya bajo la facultad de elección de una información, de entre todas las posibles difundidas¹³⁴⁴.

Cabe señalar, no obstante, que en relación con el art. 20.3 CE también se afirma su carácter de derecho de libertad¹³⁴⁵ y, sin embargo, al ser un derecho destinado a la satisfacción de la opinión pública se suscita la cuestión de su posible carácter prestacional¹³⁴⁶. Así se deja intuir en la misma STC 6/1981, de 16 de marzo, en la que además de reconocer el carácter de libertad del art. 20 CE se señala también que

“la libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el art. 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género”¹³⁴⁷.

En esta línea se ha sostenido que “un derecho de libertad no impide que los poderes públicos asuman una serie de obligaciones positivas en este ámbito”¹³⁴⁸. De la misma manera, puede trasladarse el argumento anterior al marco de la libertad de recibir información, que tanto ha evolucionado en esta línea en la interpretación realizada del art. 10 CEDH por el TEDH. Así, extrapolado al art. 20.1.d) CE, cabe señalar que la combinación entre la configuración del derecho a recibir información, como derecho de libertad tradicionalmente adjudicada, y el cambio exponencial vivido como sociedad para garantizar la opinión pública, exigen plantear si habría que dar un paso más.

Cabría preguntarse, en línea con HOFFMANN-RIEM, cuál será el camino evolutivo de los derechos de libertad, en el sentido de “si la configuración jurídica del ámbito de la libertad resulta suficiente para realizar, en las circunstancias actuales, los fines que desde

¹³⁴³ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 141. Véase en el mismo sentido sobre este mismo autor, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Artículo 20.1.a) y d),...”, cit., p. 599.

¹³⁴⁴ Vid. COUSIDO, P. “Naturaleza y constitucionalidad...”, cit., p. 115.

¹³⁴⁵ Véase STC 6/1981, de 16 de marzo.

¹³⁴⁶ Vid. ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional...* cit., p.412.

¹³⁴⁷ Cfr. STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 5.

¹³⁴⁸ Cfr. ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional...*, cit., p. 413.

el comienzo han resultado decisivos”¹³⁴⁹. Pues no debe perderse de vista que “la titularidad de un derecho fundamental no sólo define una posición individual frente al Estado sino que también protege una determinada posición del individuo en el Estado”¹³⁵⁰.

En el caso concreto, la cuestión clave estriba en determinar si cabe exigir una facultad activa de los ciudadanos encaminada a la rendición de cuentas, a través del acceso a la información de interés público, encuadrada en el derecho fundamental a recibir información, más allá de la perspectiva abstencionista expuesta¹³⁵¹, esto es, si el derecho a recibir información pública puede, no sólo suponer el acceso al proceso de comunicación facilitado por los informantes en su sentido conocido, sino contener ese plus de acceso a la información a iniciativa propia.

Dicha cuestión no sólo es compleja de responder por los novedosos cambios a los que la sociedad digital está sometiendo a las libertades de expresión e información en la actualidad, sino también por el freno que supone la innovación interpretativa frente a la visión clásica del derecho. Respecto a esta última cuestión, parece que la perspectiva abstencionista expuesta en la configuración tradicional del art. 20.1.d) CE dificulta la asunción del derecho de acceso a la información pública como parte del contenido esencial de la libertad de recibir información en cuanto, el derecho de acceso a la información pública parece evocar una visión más prestacional que difiere en principio de la configuración clásica de libertad del derecho en el que quedaría inserto.

Para responder a la cuestión planteada habría que ver si ese pretendido derecho de acceso a la información podría entenderse como acceso a la noticia misma (que llevaría al contenido o resultado material, fruto de la actividad informativa y, por tanto, enmarcado en una visión prestacional del derecho¹³⁵²) o, más bien, debería entenderse como acceso

¹³⁴⁹ Cfr. HOFFMANN-RIEM, W. “La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, 2006, p. 128.

¹³⁵⁰ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...* cit., p. 23.

¹³⁵¹ Sin embargo este matiz se ha utilizado por algunos autores para distinguir entre ambos derechos, considerando que en el derecho a la libertad de información del art. 20.1.d) CE impera una posición pasiva del ciudadano, frente a la posición activa que ostenta a raíz del derecho de acceso a la información pública del art. 105.b) CE. Así, véase nota al pie Vid. JIMÉNEZ PLAZA, M. I. *El derecho de acceso a la información municipal*, Iustel, Madrid, 2006, p. 33.

¹³⁵² A favor de la consideración prestacional del derecho de acceso a la información pública y su necesaria inserción en el art. 20.1.d) CE se pronuncia CENDEJAS JÁUREGUI, M. “El derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho Comparado de la Información*, nº 15, 2010, p. 42, al sostener que, “La universalización y el progresivo poder de influencia de los medios masivos de comunicación plantea, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, la necesidad de proteger a los ciudadanos en tanto que receptores pasivos de una enorme cantidad de información muy heterogénea. Ello va a propiciar que

a la fuente que la contiene. Desde esta última perspectiva, se adelanta brevemente, y sin perjuicio de profundizar sobre esta cuestión en otra parte de la investigación, que “la facultad de acudir a las fuentes informativas (en este caso la administración o los poderes públicos son la fuente) reposa en el derecho de acceso”¹³⁵³. Esta precisión ha sido especialmente desarrollada por FERNÁNDEZ RAMOS al entender que la libertad de informarse “viene a tutelar, de un modo genérico, (...) la posibilidad de desarrollar una actividad cognoscitiva, de acceso a las “fuentes de información”, y no la pretensión de obtener una determinada “noticia”. En definitiva, la libertad de informarse no constituye un derecho respecto a las “noticias”, sino sólo con referencia a los instrumentos que las ofrecen, es decir, las “fuentes de información”¹³⁵⁴.

En la misma línea parece pronunciarse la sentencia de la Audiencia Nacional 71/2017, de 6 de febrero de 2017 al conectar el derecho de acceso a la información pública del art. 105.b) CE con el derecho fundamental del art. 20.1.d) CE “en cuanto incluye el derecho a acceder a la fuente de información (...)”¹³⁵⁵. La visión expuesta en nada obsta al carácter de libertad del derecho a la información y, sin embargo, amplía la concepción tradicional de las libertades informativas sobre una reconfiguración de la libertad de recibir información. Desde esta perspectiva, la información relevante ya no es sólo la que el informante-fuente ponga a disposición del individuo, sea voluntaria o taxativamente, sino la que el individuo pueda alcanzar por sí mismo a través del proceso cognitivo al que le lleve el acceso a la fuente de información en primera persona¹³⁵⁶.

muchos ordenamientos reconozcan expresamente el derecho a recibir libremente información, un derecho que no es tan sólo de libertad frente a cualquier interferencia de los poderes públicos sobre informaciones dirigidas a los ciudadanos, si no, también, un derecho prestacional que obliga a esos poderes a garantizar un mínimo de información plural y relevante para la libre formación de la opinión pública. Así, el derecho a recibir información se constituye en una garantía institucional cuya función es la de “conservar un proceso libre y plural de comunicación pública por su trascendencia para el Estado democrático”. Cuando el ejercicio efectivo de los derechos de la comunicación sólo es posible a través de los medios de comunicación de masas, y cuando la pluralidad de éstos puede cuestionarse por razones de concentración empresarial o de intereses comerciales y políticos existentes tras los mismos, se hace necesaria una actuación de los poderes públicos que garantice a los ciudadanos una información adecuada para la libre formación de la opinión pública. Esta concepción del derecho a la información obliga a una configuración autónoma respecto de la libertad de información”.

¹³⁵³ Cfr. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p. 11.

¹³⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., págs. 195 y 196. Comparte la misma postura Vid. PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...”, cit., p. 536. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., y GARCÍA SANZ, M. “Artículo 20: libertad de expresión...”, cit., p. 524.

¹³⁵⁵ SAN 71/2017, de 6 de febrero, FJº 7.

¹³⁵⁶ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, p. 196. Al respecto y en la misma línea señala, Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., págs. 295 y 296, que “para que exista una comunicación pública libre es necesario no sólo el desarrollo de un sistema informativo libre y plural de medios de comunicación, además en la sociedad tecnológica en

“De este modo, al no reducirse el concepto de “información” a lo que resulta del ejercicio de la libertad de comunicarla, el derecho a recibir información del art. 20.1.d) no limita su garantía a la conducta de recepción en la que el individuo es destinatario pasivo de la información suministran otros sujetos, sino que el art. 20.1.d) extiende su tutela al *receptor inquieto* que despliega una conducta activa de búsqueda y obtención de información”¹³⁵⁷.

Con el escenario expuesto se plantea una posibilidad expansiva para la libertad de recibir información que, respetando el carácter de derecho de libertad –y por ende, no prestacional del mismo–, permite al ciudadano acceder a la información por mor de la fuente. Pues, el Estado no adquiere un matiz prestacional que le exija convertirse en productor de la información sino que bajo esta perspectiva, únicamente debe facilitar que la ciudadanía pueda acceder por sí misma a la fuente de información. Por tanto, esta visión otorga al Estado un papel facilitador de intermediación¹³⁵⁸, dirigido a hacer disponible la información pública ya existente y contenida en archivos o registros. De este modo, podría interpretarse que el derecho de acceso a la información pública se enmarca en la libertad de informarse, encuadrada en el derecho a recibir información del art. 20.1.d) CE¹³⁵⁹.

Esta visión resulta congruente con el imperativo constitucional que consagra el art. 9.2 CE, pues según señaló nuestro TC en la STC 53/1985,

“la garantía de su vigencia [de los derechos fundamentales] no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales

la que vivimos es posible e imprescindible que los ciudadanos, por sí mismos o por mediación de otros, accedan directamente a las fuentes de información pública. Eso precisamente es el derecho a acceder a la información pública”¹³⁵⁶.

¹³⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, p. 196.

¹³⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Derecho de acceso a la información pública: naturaleza, sujetos activos y ordenación”, en TRONCOSO REIGADO, A (Dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, págs. 708 y 709.

¹³⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Derecho de acceso a la información pública: naturaleza...”, cit., p. 709. Asimismo apunta VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, p.80, que “el derecho a ser informado protege el acceso del receptor a la información que circula en el interior del mercado de las ideas, o lo que es lo mismo, a sus fuentes de información. Lo que no ampara ese derecho es que el receptor pueda obligar a que determinados mensajes ingresen en ese mercado. No puede pretender que se genere información, sólo que no se interfiera el acceso a la ya disponible en el mercado de las ideas”.

derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano¹³⁶⁰.

Sin embargo, cuando este planteamiento se traslada al marco del art. 105 CE, se mantiene la consideración del derecho de acceso a la información –desarrollado en la LTAIBG– como un derecho subjetivo administrativo a favor de la ciudadanía para acceder a los archivos y registros que, sin embargo, no acoge la interpretación expuesta anteriormente. Por tanto, excluye por el momento la posibilidad de situarlo en el art. 20 CE¹³⁶¹ como un derecho de acceso a la fuente de información para garantía y reforzamiento de la posición del ciudadano en el marco de las libertades comunicativas del art. 20 CE y, en particular, de la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE.

Así el TC “en ocasiones, ha protegido el proceso de búsqueda de información, pero no ha reconocido un derecho general de acceso de todos los ciudadanos a la información gubernamental de carácter ilimitado, con el consiguiente deber de informar por parte de los poderes públicos como contrapartida del mismo”¹³⁶². Como podrá verse más adelante, la doctrina no se muestra unánime en torno a esta cuestión. No obstante, por el momento cabría plantearse cuál será la línea seguida en nuestro ordenamiento jurídico interno, teniendo en cuenta el avance de la sociedad de la información y la mayor facilidad que existe hoy para que un individuo no profesional de la información pueda investigar y buscar información como vigilante público, gracias a los recursos que brindan las TIC. No en vano, la especial posición informadora de los medios de comunicación cada vez comparte más espacio con sujetos que actúan como activistas y o vigilantes públicos de la democracia.

¹³⁶⁰ Cfr. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4.

¹³⁶¹ Vid. SÁNCHEZ FERRO, S. “Libertades informativas y poder...”, cit., p. 1027.

¹³⁶² Cfr. SÁNCHEZ FERRO, S. “Libertades informativas y poder...”, cit., p. 1029. Dicho autor señala en las págs. 1028 y 1029 que, “El Tribunal Constitucional reconoce que sólo existe un deber de informar a los ciudadanos por parte de los poderes públicos cuando este deber viene expresamente recogido en la Constitución”. Añade además que “El Tribunal no considera que el derecho a recibir información sea un derecho autónomo, sino que entra en funcionamiento cuando ha existido un intento previo y voluntario por parte de un tercero de comunicar cierta información al receptor pasivo. La protección del derecho a recibir información aparece así en la jurisprudencia constitucional vinculada siempre a la información ya difundida”. Sin embargo, resulta interesante traer a colación las palabras de SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. “Aspectos constitucionales de la libertad...”, cit., p. 141, En la misma línea y en contra de la postura expuesta anteriormente por SÁNCHEZ FERRO de apego por la difusión de información a exclusiva existencia previa de información disponible, justifica la necesidad de concebir la información pública como un servicio público que ha de prestarse como garantía de control democrático, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., págs. 41 y ss.

Así pues, la interpretación clásica del art. 20 CE podría, en línea con lo expuesto, evolucionar hacia una concepción más abierta. En concreto, pasar de la concepción puramente abstencionista de no intromisión a otra en la que se reconozca al ciudadano no sólo como receptor pasivo sino también como auténtico “receptor inquieto”¹³⁶³ en su labor de búsqueda y obtención. En esta línea, además de reforzar la posición pasiva como se apuntaba anteriormente, se vería al ciudadano desde el lugar consciente y responsable que la propia sociedad de la información se ha ocupado de recolocar. No en vano, la realidad digital está modificando los cimientos típicamente atribuidos a las libertades del art. 20 CE, atisbándose un desajuste entre la clásica protección constitucional de tales derechos y la realidad digital imperante¹³⁶⁴.

Como puede advertirse, la propuesta efectuada parte de la conexión entre la libertad de información y el acceso a la misma como *prius* para la realización efectiva de aquel. De esta forma, en lo que sigue se analizará el significado constitucional del derecho de acceso a la información pública, siendo éste el elemento clave que permitiría llevar a cabo la relectura de la libertad de información en términos de activación de la ciudadanía como receptora en la búsqueda de la información.

2.2. Significado constitucional del derecho de acceso a la información pública.

Dimensión individual y colectiva

En las sociedades actuales la realización del Estado social y democrático de Derecho pasa por la idea de control y escrutinio del poder. Lejos queda la permisividad que durante tanto tiempo ha tenido un concepto de administración cerrada y opaca, que parecía adueñarse en propiedad de la información como atributo disponible a su exclusiva voluntad¹³⁶⁵. Esa vinculación de poder y opacidad se ha visto claramente superada, y lo

¹³⁶³ Término utilizado por Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 133, para hacer alusión a “una especie del género de los demandantes de información, que no se limita a ser destinatario pasivo de lo que otros transmiten, sino que se moviliza en la búsqueda y obtención de la información que le interesa”.

¹³⁶⁴ Como señala, CAPODIFERRO CUBERO, D. “La libertad de información...”, cit., p. 730, “el Derecho de la comunicación se ha construido en relación a un contexto analógico dominado por los medios, donde la información era patrimonio casi exclusivo de los profesionales a su servicio, y el entorno digital presenta las suficientes diferencias como para no poder trasladar sus normas a él de manera directa. Se hace necesario redefinir unas libertades comunicativas que han sido consagradas constitucionalmente a partir de una realidad que ya no existe, fijando un nuevo estándar en el que la concreta actuación del sujeto debe ser especialmente estudiada en la ponderación”.

¹³⁶⁵ Sobre la idea de propiedad en torno al derecho de acceso a la información señala ABA CATOIRA, A. “El derecho de acceso a la información pública...”, cit., p. 71, que “nos encontramos frente a un derecho que se comprende desde la afirmación de

ha hecho con especial énfasis en materia de información y participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Una democracia sin información, es una democracia vacía de contenido. La asunción de esta idea ha ido desarrollándose en el trascurso del constitucionalismo democrático de las últimas décadas¹³⁶⁶, poniendo el punto de mira en la importancia democrática del acceso a la información¹³⁶⁷. Con ello se ha trasladado al ideario colectivo la relevante posición de la ciudadanía en la vida política. CURTIN alude a esta última característica del derecho de acceso sobre el parámetro de “concebir un derecho general de acceso de los ciudadanos a los documentos públicos como medio de control de los ciudadanos en las acciones y omisiones de los organismos públicos bajo la premisa de que el poder corrompe”¹³⁶⁸.

Se trata de un derecho que permite la fiscalización de los asuntos públicos, otorgando un rol protagonista a favor del individuo en la conformación de la convivencia política y social. En este sentido, la sociedad democrática moderna se concibe como “un foro abierto al conocimiento y a la libre discusión que tienen como objetivo la conformación,

que la información en manos del Estado es propiedad de la ciudadanía que, puede solicitar cuando lo estime conveniente, conocer y saber para mejorar su participación en la vida pública”. Vid. CIDH, Relatoría especial para la libertad de expresión. *Estudio especial sobre el derecho...*, cit., p. 34.

¹³⁶⁶ No obstante, ha tenido máxima expresión y reflejo a propósito de los últimos quince años. Durante este tiempo se han dado circunstancias particulares que han terminado de colmar ese modelo ya agotado. De entre ellas, destacan con especial énfasis el movimiento 15-M, como respuesta desafecta de la ciudadanía traída por la crisis económica de 2008 y la corrupción, o bien más recientemente el problema de desinformación que se vio en el espacio europeo por la gestión de la crisis sanitaria, ocasionada con motivo de la pandemia del Covid-19.

Para un análisis sobre el movimiento 15-M como respuesta desafecta de la ciudadanía a la crisis de democracia representativa, puede verse entre otros, por todos, TUDELA ARANDA, J. “La democracia contemporánea...”, cit., págs. 128 y ss. PRESNO LINERA, M. A. “Partidos políticos y movimientos...”, cit., págs. 237 y ss.

Caben destacar como obras de referencia sobre desinformación en tiempos de pandemia, entre otros, MAGALLÓN ROSA, R. *Desinformación y pandemia. La nueva realidad*, Ediciones Pirámide, 2020. INNERARITY, D. *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*. Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020. RENIU VILAMALA, J. M., y MESEGUER SÁNCHEZ, J. V (Dirs.) *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y tomas de decisiones en un contexto de pandemia*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

¹³⁶⁶ Sobre la conexión que liga el derecho de acceso a la información pública con el principio democrático, puede verse entre otros, PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia iusfundamental del derecho de acceso a la información pública en el Derecho español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 152, 2018, págs. 747 y ss. Vid. LIMA DE ARRUDA, C. S. “Direito à informação...” cit., p.35.

¹³⁶⁷ Sobre la conexión que liga el derecho de acceso a la información pública con el principio democrático, puede verse entre otros, PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., págs. 747 y ss. Vid. LIMA DE ARRUDA, C. S. “Direito à informação...” cit., p.35.

¹³⁶⁸ Cfr. CURTIN, D. M. “citizens’ fundamental right of access...”, cit., p. 8., cuando señala que “Another (supplementary) approach is to conceive a general right of access for citizens to public documents as facilitating the citizens’ control of the actions and inactions of public bodies, on the premise that power corrupts”.

(...), de una voluntad política fruto de un consenso racional. Y para ello tiene que ser, por necesidad, una sociedad informada”¹³⁶⁹.

Este derecho se vertebra, además, sobre una concepción de información pública que en términos constitucionales entiende que “información es todo lo que está difundido y ha ingresado en el ámbito de lo público”, de manera que “todo aquello que sea accesible a cualquiera, que es, por consiguiente, público, puede ser de interés general y, por tanto, información que el receptor tiene derecho a recibir”¹³⁷⁰.

Los tribunales empiezan a incorporar a su argumentación la relevancia constitucional y democrática del derecho de acceso a la información, habiéndose tildado incluso como un “derecho fundamental reconocido a nivel internacional”¹³⁷¹. En el marco de este derecho puede advertirse una dimensión individual que tiende a potenciar la autonomía personal a través del denominado “derecho a saber”. En otras palabras, el derecho de acceso a la información en la sociedad democrática supone alejarse de posiciones paternalistas respecto a la información en poder del Estado, para destacar la autonomía/madurez del individuo, en pos del libre desarrollo de la personalidad y su contribución a la generación de espacios de debate, necesarios para fomentar la crítica, la reflexión, la opinión pública y la efectiva participación.

Desde esta dimensión individual, el derecho de acceso se constituye, por tanto, como una herramienta-presupuesto de conocimiento que permite a la ciudadanía satisfacer una pretensión informativa frente al poder público. Se trata, pues, de un derecho subjetivo cuya pretensión ha de verse satisfecha más allá de la condición de interesado, ligada al procedimiento administrativo. El derecho de acceso a la información pública sobrepasa esa visión, al entenderse ampliamente a favor de toda la ciudadanía que quiera informarse

¹³⁶⁹ Cfr. LAPORTA, F. J. “El derecho a informar y sus enemigos...”, cit., p.96.

¹³⁷⁰ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit., p. 42.

¹³⁷¹ En tal sentido resulta expresiva la SJCCA 46/2017, de 22 de junio, FJ5, cuando advierte que “El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos: es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía”. Dicha sentencia reconoce además, “la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia”.

y realizar un control en la gestión de asuntos públicos que, como tal, afectan al interés general.

Esta dimensión ha sido destacada por LOR y BRITZ, al apuntar ambos al derecho de acceso a la información pública como precondition del conocimiento. Según estos autores, la “negación del acceso a la información (...) margina la participación de la población en las diversas actividades económicas, políticas y socioculturales”¹³⁷².

Se trata de un derecho esencial que, no obstante, ha pasado desapercibido durante muchos años desde la perspectiva constitucional por limitarse a la idea de procedimiento administrativo¹³⁷³ y por no encajar con el hermetismo institucionalizado, ni como se ha visto ya, con la construcción de la libertad de información. Sin embargo, la esencia del derecho de acceso a la información pública va más allá de esas condiciones procedimentales. Subyace en él un fuerte estímulo democrático al focalizarse en la ciudadanía como pieza central del sistema democrático. En este sentido, el derecho de acceso a la información pública asume la condición de titular soberano, dando voz y visibilidad a la ciudadanía en las relaciones con el Estado y la administración. Dicha operación reequilibra los desajustes de opacidad institucional por privilegio del poder público, a favor del escrutinio, la monitorización de la acción pública y el control del poder.

Ahora bien, para que esos ajustes de pesos y contrapesos se consagren a fin de no retornar a prácticas opacas, es importante situar a la ciudadanía en el lugar que le corresponde en el proceso de comunicación. Esta operación requiere necesariamente cuestionar la poca relevancia que la ciudadanía ha tenido en el proceso de transmisión de la información y, en general, en las libertades comunicativas. En esencia, el derecho de acceso a la información no pasa por concebir al ciudadano como mero receptor inerte, sino como protagonista de la vertiente de búsqueda de la información para satisfacer su faceta de “receptor inquieto”¹³⁷⁴.

¹³⁷² Cfr. LOR, P. J., y BRITZ, J. J. “Is a knowledge society possible without freedom of access to information?”, *Journal of Information Science*, vol. 33, n° 4, 2007, págs. 391 y 392.

¹³⁷³ Critica este tratamiento marginal del derecho de acceso a la información por conllevar una descategorización constitucional del derecho, RUIZ-RICO RUIZ, C. “Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 52, n° 154, 2019, p. 259.

¹³⁷⁴ Término utilizado por Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 133, para hacer alusión a “una especie del género de los demandantes de información, que no se limita a ser destinatario pasivo de lo que otros transmiten, sino que se moviliza en la búsqueda y obtención de la información que le interesa”. Se refiere en sentido similar en el contexto de la sociedad de la

Conviene precisar que el derecho de acceso a la información pública se vincula a un concepto de administración antagónico al anteriormente expuesto. Su presupuesto básico inicial parte de la consideración de que la ciudadanía “no puede adoptar una posición verdaderamente activa si carece de la información necesaria para ello”¹³⁷⁵. Así, SENDÍN GARCÍA acude al concepto de pueblo como titular soberano, para aludir a “su cualidad de copropietario de la cosa pública para vigilar y comprobar que las personas en las que ha depositado su confianza para llevar a cabo su gestión están actuando diligentemente”¹³⁷⁶.

Esta idea aparece en el propio Preámbulo de la LTAIBG, cuya aprobación se justifica en que,

“sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación en los poderes públicos”¹³⁷⁷.

Así pues, la ciudadanía tiene derecho a solicitar y obtener información pública en los términos en los que ésta es definida en la LTAIBG. Ya que en el ínterin que transcurre en el proceso acceso a la información-libertad del ciudadano-conocimiento-participación efectiva, descansa la efectividad misma del principio democrático¹³⁷⁸.

A *sensu* contrario, desde el mismo momento en que se coloca a la administración en una posición privilegiada frente a un ciudadano desinformado, se desvanece la credibilidad de las instituciones, limitando la relación representativa que sostiene el principio

información actual, a la posición activa del ciudadano Cfr. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, cit., págs. 27 y 28, señalando que “en este contexto las relaciones entre la Administración y el ciudadano se sitúan ante nuevas perspectivas. El ciudadano interacciona con la Administración en una relación de comunicación activa, pues necesita la información por diversos motivos. Los necesita, por ejemplo, para el conocimiento de la actuación de la Administración, pues con esa información podrá ejercer un control efectivo de aquella, o bien para la salvaguarda de sus intereses, pues sólo con información se pueden tomar decisiones idóneas”.

¹³⁷⁵ Cfr. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p.153.

¹³⁷⁶ Cfr. SENDÍN GARCÍA, M. A. “Transparencia y acceso...”, cit., p. 94.

¹³⁷⁷ Preámbulo de la LTAIBG, parte I, primer párrafo. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>

¹³⁷⁸ En esta línea, ha señalado “HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia...”, cit., p. 484, que “la información pública es un mecanismo imprescindible para la conformación de una sociedad informada y crítica. Es, en consecuencia, una condición sine qua non para una democracia de calidad”.

democrático. En este sentido, la distinción entre legitimidad democrática de origen y de ejercicio sirve para explicar la relevancia constitucional del derecho de acceso a la información pública en torno a esta última manifestación. Así, el derecho de acceso a la información pública se convierte en un instrumento clave de renovación de la confianza en la relación entre el Estado y la sociedad, dirigido al mantenimiento de la legitimidad democrática de las instituciones¹³⁷⁹.

Justamente aquí se advierte que el derecho de acceso a la información pública “es una poderosa arma para potenciar la intervención del ciudadano en la vida pública. Pues da satisfacción a la necesidad de que los administrados puedan tomar conocimiento de la actuación de la Administración, elemento imprescindible, tanto para la participación ciudadana, lo que lo vincula a la cláusula de Estado Democrático como para permitir el control social de la Administración, lo que lo conecta con la cláusula de Estado de Derecho”¹³⁸⁰. En base a este carácter democratizador del derecho de acceso se defiende como un presupuesto esencial para la conformación de sociedades libres que, junto con la libertad de información, se basa en la formación de la opinión¹³⁸¹.

De hecho, el derecho de acceso se ha llegado a definir como sinónimo del derecho fundamental a recibir información veraz “cuando el objeto de dicha información lo integran documentos o datos de interés público”¹³⁸². Lo cierto es que el derecho de acceso a la información pública y la libertad de información del art. 20.1 CE comparten el mismo común denominador, consistente en la garantía de la opinión pública libre. Puesto que impedir que una persona pueda acceder, buscar o investigar activamente información relativa a la gestión de asuntos públicos sesga la realidad y merma el principio de legitimidad democrática que ha de presidir el funcionamiento de las instituciones representativas. Así pues, esta faceta del derecho de acceso a la información le atribuye una importante dimensión institucional consistente en hacer de *prius* para garantizar la opinión pública libre. No obstante, su cometido no se limita a la realización de la opinión

¹³⁷⁹ Vid. ABA CATOIRA, A. “El derecho de acceso a la información pública...”, cit., p. 72. En el mismo sentido, MORENO GÓNZALEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...”, cit., p. 95.

¹³⁸⁰ Cfr. SENDÍN GARCÍA, M. A. “El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 294-295, 2004, págs. 387 y 388.

¹³⁸¹ En tal sentido, Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p.295.

¹³⁸² Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “*Quod omnes tangit ab omnibus cognitum es-se debet*: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014, p. 17.

pública como garantía institucional sino que además es presupuesto para el ejercicio efectivo de otros derechos¹³⁸³.

Con todo lo dicho en los apartados anteriores, ha intentado dejarse patente la relación de complementariedad existente entre el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE y el derecho de acceso a la información pública, *ex art. 105.b) CE*. Dicha relación parte, en efecto, de la condición de fuente de la información que ejerce el Estado en el derecho de acceso a la información pública, subsumible en la expresión “por cualquier medio de difusión” del art. 20.1.d) CE.

Es importante aclarar, en línea con MESTRE DELGADO que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (así llamado en la Constitución) está dotado de autonomía respecto de la participación a la que se refieren los apartados a y c), que van ligados a la condición de interesado en el procedimiento administrativo. Sin embargo, el apartado b) reconoce un derecho general a favor de todos los ciudadanos desvinculado de la condición de interesado¹³⁸⁴ en el procedimiento administrativo. En este caso, la información a la que el ciudadano accede es información en poder del Estado (actuando en este caso como fuente de la información) pero que en todo caso participa del proceso de comunicación libre, necesario como *conditio sine qua non* para la finalidad del art. 20 CE, esto es, la formación de la opinión pública. No en vano, “la «información» contenida en los archivos y registros administrativos no tiene un naturaleza diversa a la información que es objeto del derecho a recibirla del artículo 20.1.d)”. Con otras palabras, “la calidad administrativa de la fuente de información no trastoca la naturaleza del derecho a recibir información”¹³⁸⁵. De ahí que no quepa duda de que el principio de transparencia y en definitiva su concreta manifestación del derecho de acceso a la información pública, sirven “de base para la formación, en definitiva, de una opinión pública libre, que es la finalidad a la que atiende igualmente el artículo 20 de la Constitución”¹³⁸⁶.

Se vincula con el art 20.1.d) CE en cuanto que el fundamento y finalidad de la transparencia y del acceso a la información pública radican en la comunicación pública

¹³⁸³ Sobre este papel en particular del derecho de acceso a la información pública, pueden consultarse MATHIESEN, K. “Access to information as a human...”, cit. RUIZ-RICO RUIZ, C. “Análisis comparativo de la legislación...”, cit. pags. 259 y ss. PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., p. 750.

¹³⁸⁴ Vid. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993, p. 84.

¹³⁸⁵ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit. p. 119.

¹³⁸⁶ Cfr. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., p. 84.

libre coincidente con el fin del art. 20 CE. Además, aunque nuestro art. 20 CE no aluda expresamente a la modalidad de búsqueda o investigación, reconocida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se trata de una dimensión que en efecto ha de entenderse incorporada en el precepto¹³⁸⁷.

Como quedó apuntado, el derecho a la libertad de información es un derecho de libertad y no de prestación. Sin embargo, ello no es óbice para que siendo la fuente de la información el Estado en el art. 105 CE, se facilite el acceso al ciudadano para que sea él quien, de manera activa, pueda informarse sobre asuntos de interés público que afectan a la colectividad. De este modo, aunque el art. 105 CE regula un derecho más limitado y específico al dirigirse exclusivamente a información documental, se constituye en instrumento operativo del art. 20.1.d) CE, aun cuando éste último adquiere un significado más amplio. Esta relación entre el derecho fundamental a la libertad de información y el art. 105 CE ha sido además puesta de manifiesto por la propia jurisprudencia del TS. Concretamente en la STS de 19 de mayo de 2003, se señaló que

el “derecho a comprobar la veracidad de una información es un derecho derivado del artículo 20.1.d), pero que es imprescindible conectar en el caso examinado con el derecho establecido por el artículo 105.b), que concierne al acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, que es exactamente lo que se solicitaba por el recurrente (...). La interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, incluyendo las de la Constitución, no puede verificarse aisladamente, pensando que cada precepto constituye una unidad propia, que no se relaciona con los demás aplicables al caso. En el supuesto enjuiciado, ejercitándose estrictamente el derecho a tener acceso a los archivos y registros administrativos, no es posible negar la conexión del artículo 20.1.d) con el artículo 105.b)”¹³⁸⁸.

En definitiva, la obstaculización del acceso a la fuente de información del art. 105 CE, dificulta la propia realización del art 20.1. d) CE y con ello su finalidad democrática. En este sentido, el art. 105 CE opera claramente como un instrumento necesario y previo, como un presupuesto democrático inexcusable que parte del acceso a la información por parte del ciudadano activo, como requisito necesario para la realización última del derecho a la libertad de recibir información.

¹³⁸⁷ Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p.294.

¹³⁸⁸ Cfr. STS de 19 de mayo de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:3359, FJ4.

2.3. Relación instrumental con otros derechos fundamentales

2.3.1. Derecho fundamental a la participación política y a la libertad sindical, arts. 23 y 28 CE

El derecho de acceso a la información pública guarda íntima conexión con el ejercicio de la participación en los asuntos públicos. No hace falta insistir en la idea de que la efectiva participación lleva aneja la necesidad de estar previamente informado, y a ello se suma por tanto, la necesidad de tener acceso previo a la información. Sin esta cadena de sucesos, sin el punto de partida que encabeza el derecho de acceso a la información pública, difícilmente podrá cobrar vida el derecho de participación efectiva en los asuntos públicos¹³⁸⁹.

Una de las máximas expresiones de este derecho se desenvuelve en la esfera política que protege el art. 23.1 CE, esto es, en el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos por sufragio universal. Como es sabido, este derecho encarna la fórmula del Estado social y democrático de Derecho al ser “la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español”¹³⁹⁰. A este respecto, debe destacarse que el propio TC se ha mostrado favorable a la concurrencia del principio de publicidad de los órganos representativos para garantizar la participación política de los ciudadanos *ex art. 23.1 CE*. Así, en la STC 161/2013, de 26 de septiembre, se dice que

“la exigencia de publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que los sirva de soporte. Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (art. 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)”¹³⁹¹.

Sin embargo, como se vio en partes anteriores de la investigación, existen otras formas de participación que, más allá de la plebiscitaria, complementan el fenómeno

¹³⁸⁹ En tal sentido se expresa, por todos, GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector...”, cit., págs. 247 y 248.

¹³⁹⁰ Cfr. STC 51/1984, de 25 de abril, FJ2.

¹³⁹¹ STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9.

participativo y garantizan la participación ciudadana en los asuntos públicos¹³⁹². Esta distinción por razón del tipo de participación fue tempranamente utilizada por el TC en la STC 119/1995, de 17 de julio, para desvincular cualesquiera otras vías de participación –como es el caso del art. 105 CE–, de la participación política del art. 23 CE como derecho fundamental¹³⁹³. Esta distinción del fenómeno participativo ha sido una constante en la jurisprudencia del TC que, por un lado, encuadra en la fórmula de democracia participativa, frente a aquellas otras expresamente previstas en el art. 23 que enmarca en la democracia representativa o directa¹³⁹⁴.

Una de las cuestiones que el desarrollo de nuestra democracia está manifestando es la tendencia hacia una democracia más abierta, necesitada de términos de entendimiento más amplios e inclusivos a favor de la participación de la ciudadanía¹³⁹⁵.

En este sentido, debe abrirse la posibilidad de entender el derecho de acceso a la información como instrumento necesario de participación, conectado, de forma complementaria y compatible, con el art. 23 CE. El hecho de que el modelo de democracia

¹³⁹² Así, se refiere al derecho de acceso a la información pública del art. 105 CE como mecanismo participativo complementario a la participación propia de la democracia representativa en el art. 23 CE, GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, cit., p.42.

¹³⁹³ Jurisprudencia utilizada incluso por algunos autores para justificar la no vinculación entre el derecho de acceso a los archivos y registros del art. 105 CE y la participación política del art. 23 CE, así Vid. CARRILLO, M. “Transparencia y derechos de acceso...”, p. 275.

¹³⁹⁴ Véase en esta línea, STC 31/2015, de 35 de febrero, FJ 4. En dicha sentencia se argumenta que “es evidente que este entendimiento de la participación a que se refiere el art. 23.1 CE no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente. De hecho, el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones (...). Pero siempre, en el bien entendido sentido, de que no son expresiones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 CE, sino que obedecen a una ratio bien distinta. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en la democracia directa, incardinándose más bien en un tertium genus que se ha denominado democracia participativa (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6)”.

¹³⁹⁵ Ya apuntaba magistralmente esta idea en 1977, MUÑOZ MACHADO, S. “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, *Revista de Administración Pública*, nº 34, 1977, págs. 528 y ss. Tal como ha señalado CORCHETE MARTÍN, M. J. “Artículo 105...”, cit., p. 1528, “todos y cada uno de los instrumentos participativos que recoge nuestra Constitución, independientemente de su naturaleza, contribuyen a concretar el principio democrático a través de la intervención directa y/o colaborativa de los ciudadanos con los poderes e instituciones públicas, lo que refleja la variedad de formas participativas que vendrían a complementarse, contribuyendo a mejorar la calidad democrática; y ello a pesar de que nuestro TC continúa manteniendo un concepto restrictivo de participación”. Sobre la concepción restrictiva del TC señala la autora en la p.1528 que, “sin embargo, este concepto restrictivo no resulta constitucionalmente adecuado, la dinámica social apunta, ya desde hace tiempo a un concepto amplio de participación que no tiene por qué desconectarse del art. 23.1 CE. Las circunstancias políticas, económicas y sociales nos han mostrado la necesidad de fortalecer nuestra democracia a través de la participación”. En la misma línea se pronuncia, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p.213.

desarrollado sea el representativo, no obsta que puedan existir otras fórmulas complementarias y compatibles de democracia y participación que favorezcan el anterior.

Se trata en realidad de un presupuesto que descansa sobre el halo imperativo del art. 9.2 CE para hacer efectiva la participación en los asuntos públicos, compatible con el art. 23 CE. Por ello, utilizar la sentencia anteriormente citada del TC como argumento –por parte de algunos autores– para desvincular los arts. 105.b) y 23 CE, en lo relativo a la ubicación de las bases constitucionales de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública¹³⁹⁶, opera en una lógica antagónica al desarrollo de la democracia y al debido posicionamiento de la ciudadanía en el actual Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, resulta sostenible que aunque el art. 105 CE no tenga carácter fundamental, ligado directamente con las manifestaciones de participación política propias del art. 23 CE, ello no es incompatible con su intervención en el fenómeno participativo propio de un sistema de democracia abierta¹³⁹⁷.

Así, pese a la distinción anteriormente señalada por el TC sobre las modalidades del fenómeno participativo, nada obsta a que una obstrucción del art. 105 CE pueda interferir en la participación política garantizada en el art. 23 CE, suponiendo una vulneración de tal derecho. No ha de olvidarse que la Constitución opera como un sistema normativo interrelacionado donde derechos, principios y valores se conectan entre sí. Sólo el entendimiento de la Constitución como un todo permite una adecuada interpretación

¹³⁹⁶ Así, Vid. CARRILLO, M. “Transparencia y derechos de acceso...”, págs. 274, 275 y 276. Se muestra claramente contrario a esta posición BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p.209, al sostener que “en cuanto al derecho a participar en los asuntos públicos, la Constitución no diseña únicamente un sistema de participación indirecta a través de los representantes políticos –diputados, senadores y concejales–, sino también califica la participación «directa» como derecho fundamental. No se comparte la interpretación restrictiva de considerar que sólo la participación indirecta reviste naturaleza fundamental en detrimento de la participación directa. En mi opinión ambos tipos de participación revisten la condición de derecho fundamental”.

¹³⁹⁷ Utiliza el término de democracia abierta para distinguirlo de la democracia representativa clásicamente representada por el art. 23 CE, GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector...”, cit., págs. 249 y ss. En este sentido señala el autor en las págs. 250 y 251 que, “se mantiene una idea de democracia abierta, que no excluye la democracia jerárquica, pero que va más allá y parte de presupuestos más activos de democracia, en los que se considera que la participación directa de la sociedad civil en el proceso de formación de la voluntad política no es discordante, sino contrariamente es un elemento del proceso democrático y del principio democrático. Esta perspectiva encuentra apoyo en el artículo 23.1 CE cuando se hace referencia a la participación del ciudadano directamente, por lo que esa participación directa no se limita a un sistema de democracia plebiscitaria¹³ como medio de corregir excepcionalmente el funcionamiento de los poderes del Estado, y que encuentra acogida en la vía del referéndum (art. 92 CE), o bien en la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE). En efecto, además de la inclusión del sistema de democracia plebiscitaria en ese artículo 23.1 CE, encuentra apoyo un cauce de participación del ciudadano en las cuestiones que les conciernen y en el proceso de toma de decisiones del poder político”. En la misma línea se expresan con carácter general, PRATS CATALÁ, J. “Las transformaciones de las Administraciones...”, cit., p. 35. Vid. MORENO SARDÀ, A. “Transparencia y calidad humana de la información: un cambio de paradigma”, *La Ley*, nº 6632/2019, 2019.

sistemática y conjunta de sus preceptos para no descontextualizar el significado latente en ella¹³⁹⁸. Tal como ha señalado el TS en la sentencia de 30 de marzo de 1999, el art. 105.b) CE reconoce

un “derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa)”¹³⁹⁹.

Existe, por tanto, una clara relación de instrumentalidad, que no elimina en modo alguno la especial relación que mantiene con el art. 20 CE. Es evidente que si los ciudadanos no están debidamente informados y no cuentan a su favor con la garantía de acceso a la información pública, no podrán participar real y efectivamente en los asuntos públicos. Además, los poderes públicos que ostentan dicha información “actúan en representación de los ciudadanos y no en su sustitución”¹⁴⁰⁰.

Por su parte, ha de tenerse en cuenta que la participación política en España se lleva eminentemente a cabo a través de la función representativa a cargo de los representantes electos. De tal forma ha afirmado el TC que existe

una “conexión directa entre el derecho de los parlamentarios (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), pues “puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos,

¹³⁹⁸ Apunta sobre la necesidad de profundizar desde la perspectiva constitucional en la vinculación entre el derecho de acceso a la información y la participación directa aun siendo una forma estrictamente subsumible en los términos del art. 23 CE en una interpretación sistemática de la CE, GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, p.46.

¹³⁹⁹ Cfr. STS de 30 de marzo de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:2206, FJ3. También se pone de manifiesto la vinculación entre el acceso a los archivos y registros administrativos y el derecho de participación política del art. 23 CE en STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJ8.

¹⁴⁰⁰ Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p.18.

quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio”¹⁴⁰¹.

Es precisamente la relación representativa que une a la ciudadanía, con el representante electo la que justifica la existencia de una vinculación reforzada entre el derecho de acceso a la información pública y la participación política a cargo del representante político¹⁴⁰². En este sentido, deben entenderse enmarcados en el art. 23 CE “todos los presupuestos materiales o fácticos precisos para preparar el ejercicio estricto de la función representativa, y en particular el conocimiento preciso y completo de cuantos antecedentes sean necesarios para que el representante pueda formar debidamente su opinión, respecto a los asuntos públicos en que participe”¹⁴⁰³. Pues, tal como se afirmaba en la STS, de 12 de noviembre de 1999, en relación con la negativa municipal a facilitar información solicitada por concejales, tal información

“ha de reputarse «precisa para el desarrollo de su función» (...) y su negativa, vulneradora del derecho fundamental alegado (...)” ya que “impide el efectivo ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art.23.1 de la Constitución”¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰¹ Cfr. STC 199/2016, de 28 de noviembre, FJ3. Dicha sentencia cita como jurisprudencia anterior destacada las SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 40/2003, de 17 de febrero, FJ 2, y 1/2015, de 19 de enero, FJ 3.

¹⁴⁰² Vid. COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p.53. En tal sentido señala MATIA PORTILLA, E. “Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 42, 2017, p.134, que “se trata de una facultad imprescindible para que los representantes de los ciudadanos puedan conocer los comportamientos y las actuaciones de los poderes públicos para, a partir de ese conocimiento, ejercer, en representación de los ciudadanos, las funciones de control político que estos les han encomendado”. Vid. MIR PUIGPELAT, O. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 51. Sobre el derecho de acceso a la información de los parlamentarios como parte del *ius in officium* amparado en el art. 23 CE, véase MARTÍN NÚÑEZ, E. “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre la participación política”, *Revista catalana de dret públic*, nº 37, 2008, págs. 9 y ss.

¹⁴⁰³ Cfr. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., p.70. En el mismo sentido se pronunciaba en el ámbito municipal el TS con ocasión de la STS de 12 de noviembre de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:7165, FJ4, al apuntar que “Esta participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos entre los que cabe destacar el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios, obrantes en los servicios municipales, tanto para esa labor de control como para documentarse con vistas a decisiones a adoptar en el futuro”.

¹⁴⁰⁴ Cfr. STS, de 12 de noviembre de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:7165, FJ4. En el mismo sentido se pronunciaba ya con anterioridad el TS en SSTC, de 7 de mayo de 1996 - ECLI:ES:TS:1996:2715, FJ 2; de 28 de mayo de 1997 - ECLI:ES:TS:1997:3745, FJ2. También destacan entre otras las SSTC de 25 de abril de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:3466, FJ2; de 20 de junio de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:4328, FJ3; de 2 de diciembre de 2005 - ECLI:ES:TS:2005:8237, FJ 2; de 29 de marzo de 2006 - ECLI:ES:TS:2006:2554, FJ3, de 25 de febrero de 2013 - ECLI:ES:TS:2013:1025, FJ6. El TC también se ha pronunciado en el mismo sentido, y así se expresa entre otras muchas en la STC 169/2009 de 9 julio, FJ 3 donde señala que “De la afirmación de que forma parte del núcleo de la función representativa de los parlamentarios el ejercicio de la función legislativa y de la función de control de la acción del Gobierno cabe deducir que este núcleo esencial se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Por esta razón, entre las funciones que

Así pues, queda claro que en la dimensión representativa se produce una revalorización evidente del derecho a acceder a la información admitida por la doctrina y jurisprudencia¹⁴⁰⁵, que permite entonces considerarlo como una manifestación propia del art. 23, o en su caso del art. 28 CE¹⁴⁰⁶, al permitir la misión esencial de control como *prius* para el efectivo ejercicio de la función representativa¹⁴⁰⁷. En todo caso, el derecho de acceso a la información debe vincularse al concepto de democracia participativa, como un mecanismo que fomenta la participación en el marco de la democracia representativa.

Este derecho es también extensible a los representantes sindicales de empleados públicos, *ex art. 28 CE*, como una manifestación propia de la libertad sindical¹⁴⁰⁸. Lo cual quiere

pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores”. Asimismo y más recientemente en la jurisprudencia del TC, STC 32/2017, de 27 de febrero de 2017, FJ 5. Véanse más recientemente la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de León, 176/2019 de 28 junio de 2019, FJ 3 y 4; Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Ciudad Real, 83/2019 de 16 abril de 2019; sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, 5/2019 de 15 enero, de 2019, FJ3; STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 257/2020 de 22 junio de 2020, FJ5.

¹⁴⁰⁵ Así con carácter general la STS de 29 de mayo de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:3886, FJ4, admite tal vinculación si bien con cierto recelo, al señalar que “admitiendo a efectos puramente argumentativos que los arts. 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos -algo que dista de ser evidente- (...)”. En este sentido señala MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., p. 77, que “este régimen privilegiado de acceso se encuentra justificado en la medida en que su titular desempeña funciones representativas públicas”.

¹⁴⁰⁶ En tal sentido véase Resolución del CTBG 101/2018, de 21 de mayo, FJ10.

¹⁴⁰⁷ El fundamento de esa relación queda apuntado entre otras en la STC 57/2011, de 3 de mayo relativa al acceso a la información por parte de diputados. En ella el TC apunta en el FJ4 que “nos encontramos, por tanto, ante una función parlamentaria de posible ejercicio individual, cuyo sentido propio, como tal derecho funcional, se encuentra en el reconocimiento por el reglamento, de que todos y cada uno de los Diputados ostentan facultades de control al Gobierno (interpelaciones y preguntas; arts. 180 y 185 RCD, respectivamente) respecto de las cuales el derecho de recabar información de las Administraciones tiene un alcance claramente instrumental. En razón de todo ello debemos concluir que el art. 7.1 RCD reconoce el derecho individual de los Diputados a recabar, en la forma y con los requisitos que el mismo reglamento establece, información a la Administración, derecho que deriva del status propio del cargo de Diputado, y por ello, se inserta y forma parte del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución”. En el mismo sentido puede destacarse la STC 169/2009, de 9 de julio, FJ 3, en la que se afirma que “entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores”. STC 20/2011, de 14 de marzo, FJ4. STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 5 Octubre 2010 y STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 6 junio 2014. Dicha jurisprudencia se ve precedida entre otras por, las sentencias del TC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 5; 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 7; 203/2001, de 15 de octubre, FJ3; Posteriormente a la sentencia citada destaca la STC 32/2017, de 27 de febrero, FJ 5.

¹⁴⁰⁸ Cfr. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit. p.193. Cuestión que queda expresamente manifestada en STSJ de C. Valenciana, nº 779/2015 de 20 abril de 2015, FJ 2; STS 748/2020, de 11 de junio, FJ2; STSJ de Madrid Sala de lo Contencioso Administrativo, nº 561/2015 de 9 octubre de 2015, FJ2; STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 449/2016 de 7 julio de 2016, FJ2.

decir que los representantes sindicales pueden acudir a la LTAIBG para recabar información vinculada con su tarea sindical¹⁴⁰⁹. No obstante, la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y en este sentido el derecho de acceso a la información pública (art. 105 CE) no ha tenido por el momento la misma suerte que en el caso de los representantes políticos. Si bien es cierto que como se ha venido apuntando en párrafos anteriores y en otras partes de esta investigación, el acceso a la información vía art. 105 CE está estrechamente relacionado con el principio de transparencia y la participación en los asuntos públicos¹⁴¹⁰.

2.3.2. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE

Fuera de los casos del *ius in officium* el derecho de acceso a la información pública también ha sido vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva considerando que guarda una relación de instrumentalidad con el art. 24 CE para que no se produzca una situación de indefensión¹⁴¹¹. No puede obviarse la apreciación efectuada por MESTRE DELGADO cuando distingue entre los apartados a y c del art. 105 CE, que orbitan sobre el concepto de interesado en el procedimiento, y el art. 105.b) CE que a diferencia de los anteriores, se atribuye con carácter general a la ciudadanía. Así pues, el interesado en acceder a información reuniendo la condición de interesado tiene previsto a su favor un régimen de acceso al expediente previsto en la normativa de procedimiento, que lógicamente no se dará cuando no se tenga la condición de tal.

En base a esta distinción es posible justificar un reforzamiento del derecho a la tutela judicial efectiva para aquellos que, además de congratularse con el derecho de audiencia para garantía de su derecho a la tutela judicial efectiva, pueden verse beneficiados por el derecho generalmente reconocido para todos los ciudadanos en el art. 105.b) CE¹⁴¹². Esto es, para aquellos que ostentan la condición de interesados en el procedimiento, “el derecho de acceso cumple, además, una función instrumental al servicio del derecho a la

¹⁴⁰⁹ Vid. GUICHOT, E. “Límites...”, cit., p.213.

¹⁴¹⁰ En el mismo sentido lo justifica GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector...”, vid., p. 157.

¹⁴¹¹ Vid. BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia...”, cit., p. 144.

Debe precisarse además que fuera de los casos del *ius in officium* ya señalados, y junto con el acceso a la información del interesado en el expediente administrativo para evitar una situación de indefensión *ex art. 24 CE*, también cabría señalar la instrumentalidad del acceso a la información con el derecho fundamental a la protección de datos. Este último caso representa un supuesto específico donde el acceso a la información constituye una garantía para que el titular de los datos objeto de tratamiento pueda acceder a ellos y conocer el tratamiento que se les está dando. No se trata específicamente este caso de instrumentalidad en la investigación porque se entiende más bien como una dimensión directa del derecho fundamental a la protección de datos que excede del presente estudio.

¹⁴¹² Vid. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., p. 92.

plena defensa, y en su caso, a la tutela judicial efectiva, en la medida en que, con independencia del trámite de audiencia el conocimiento de lo actuado puede ser de utilidad (...)”¹⁴¹³.

En este orden de cosas resulta sumamente ilustrativo y de actualidad el pronunciamiento emitido por el TC en su STC 164/2021, de 4 de octubre. En esta sentencia el TC resuelve el recurso de amparo interpuesto por un preso al que le fue denegado por el centro penitenciario en el que estaba interno el acceso a los informes técnicos emitidos por diversos profesionales, que permitían conocer los motivos por los que le habían sido denegados los permisos de salida.

De las circunstancias del caso se deriva que ni la institución penitenciaria ni las resoluciones judiciales precedentes prestaron atención a la verificación del control de discrecionalidad de la administración, ni a la necesaria ponderación de los intereses en conflicto, incurriendo en una “motivación estereotipada”¹⁴¹⁴. Dicha ponderación requería, “desde las exigencias de transparencia de los poderes públicos impuestas en el artículo 105.b) CE”¹⁴¹⁵, valorar el respeto al derecho de acceso a la información pública del preso –en la relación de especial sujeción que lo vincula al centro penitenciario–, estando en juego su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El TC esboza en su argumentación una posibilidad de análisis distinta que hubiera sido posible si las partes lo hubieran planteado, consistente en valorar la posible “vulneración de la facultad de acceso integrada en el contenido del derecho fundamental de habeas data garantizado en el artículo 18.4 CE”¹⁴¹⁶. No obstante, al no haberse planteado así en el recurso de amparo, el TC se ciñe al nexo entre el art. 24 y 105.b) CE, junto con la normativa penitenciaria que resultaba aplicable.

En este punto concluye el TC que el acceso a la información es un “derecho público subjetivo ejercitable frente a la administración”¹⁴¹⁷, que si bien no puede entenderse en términos absolutos, sólo puede limitarse por las causas legalmente previstas y en todo

¹⁴¹³ Cfr. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., págs. 92 y 93.

¹⁴¹⁴ El TC define en la misma STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3, la motivación estereotipada como “aquellas que «ni dan cuenta de los fundamentos de la queja del interno ni los toman en consideración, de modo que podrían aplicarse a cualquier clase de queja fuera cual fuese su contenido y cualesquiera que fuesen los preceptos legales en los que se fundamentara. La ausencia total de identificación del caso, e incluso de los preceptos aplicables, convierte en imposible el conocimiento por el interesado o por cualquiera de las razones de la decisión» (STC 363/2006, de 18 de diciembre, FJ 3)”.

¹⁴¹⁵ STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3.

¹⁴¹⁶ STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3.

¹⁴¹⁷ STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3.

caso, previo juicio de ponderación de las circunstancias e intereses en juego. Aplicando tales parámetros al caso concreto, el TC estima que la Audiencia Provincial que había conocido del caso previamente confunde la publicidad de los actos administrativos y la publicidad de los actos judiciales. Toda vez que el argumento en que se basó la denegación de acceso se circunscribía a que el preso podría restablecer su derecho a acceder a los informes solicitados en el seno del posterior proceso judicial que se sustanciase, en el marco de la publicidad del procedimiento. No obstante, como puede apreciarse se dejaba sin atender el derecho en la vía administrativa previa, siendo este el motivo que lleva al TC a sostener que,

“Este fundamento, en la medida en que equivale a diferir o mediatizar el ejercicio del derecho de acceso por remisión al ejercicio de las acciones procesales, no respeta su autonomía y sustantividad propia, pues al incurrir en la indebida confusión entre publicidad de la actuación administrativa y publicidad de los actos judiciales, vacía de contenido el derecho de acceso y lo desnaturaliza hasta el punto de hacerlo irreconocible”¹⁴¹⁸.

Culmina el TC apelando a la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE, para interpretar y perfilar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE cuando se plantee un supuesto de acceso a la información pública por parte de los presos. Ya que, al situarse bajo una relación de especial sujeción, dependiente de la administración penitenciaria, se manifiesta una situación de desequilibrio entre el preso y la administración para la que es fundamental la protección y garantía del acceso a la información pública, con la consiguiente interpretación restrictiva de las causas por las que pueda limitarse dicho acceso¹⁴¹⁹.

El TC concluye afirmando que ha existido una falta de motivación de las resoluciones judiciales, así como una falta de control sobre la discrecionalidad de la administración (basada en las causas que legalmente permiten limitar el derecho de acceso a la información y en la falta de ponderación de los intereses afectados).

¹⁴¹⁸ STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3.

¹⁴¹⁹ Concretamente el TC se expresa en los siguientes términos, STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3, “La doctrina fijada en esta sentencia, en virtud de la cláusula hermenéutica del artículo 10.2 CE, nos permite perfilar, en el ámbito interno, la faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE que se activa cuando está comprometido el acceso de los internos en un centro penitenciario a la información pública, pues concurriendo en el seno de la relación jurídica-penitenciaria una situación de claro desequilibrio entre la administración y el interno, resulta perentorio salvaguardar el acceso a las fuentes documentales mediante una interpretación restrictiva de las causas de excepción o limitación del acceso establecidas en las leyes”.

Lo interesante de esta sentencia es que el TC manifiesta el carácter instrumental del derecho de acceso a la información pública (en virtud del art. 105.b) CE) para la efectiva garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Pues, actuando el acceso a la información pública como presupuesto *sine qua non* para la efectiva tutela judicial de los intereses del preso, no cabe sino conectarlo con el régimen de garantías reforzadas propio de los derechos fundamentales. Una consecuencia lógica de dicha instrumentalización se refleja en la necesaria interpretación restrictiva de los límites al ejercicio del derecho de acceso, al poder verse en pugna la tutela judicial efectiva, y la necesaria ponderación reforzada que ha de preceder, en su caso, a la limitación del derecho en base a motivos fundados. El peso de la motivación en el presente caso adquiere fundamento reforzado teniendo en cuenta además que el afectado es un preso, privado de libertad, cuyo acceso a la información solicitada pudiera ser clave para su situación en el centro penitenciario.

Más difícil resulta la vinculación entre el acceso a la información y la tutela judicial efectiva cuando no se tiene condición de interesado en el procedimiento. No obstante, en ese caso deberá prestarse especial atención a que la falta de acceso pueda generar materialmente una situación de indefensión¹⁴²⁰.

3. El debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública

3.1. Configuración constitucional del derecho de acceso a la información pública

Tras lo dicho se está en condiciones de afrontar la cuestión central de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento español¹⁴²¹. Lo

¹⁴²⁰ En tal sentido, Vid. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p.218.

¹⁴²¹ En torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública pueden consultarse entre otros muchos, FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit. p. 329. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit. p. 199. IBÁÑEZ GARCÍA, I. “Derecho de acceso a la información pública (arts. 12 a 24)”, en DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., y TARÍN QUIRÓS, C (Coords.) *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014., págs. 223 y ss. PIÑAR MAÑAS, J. L. “El fortalecimiento de la transparencia...”, cit., págs. 116 y ss. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Derecho de acceso a la información pública: naturaleza...”, cit., págs. 694 y ss. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., págs. 203 y ss. BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia...”, cit., págs. 143 y ss. ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho...”, cit., págs. 76 y ss. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit. págs. 1217 y ss. SENDÍN

primero, en este sentido, es ver dónde y cómo se regula en el texto constitucional. Como pudo verse en la parte inicial de la investigación, ya en este primer punto encontramos la dificultad que añade al respecto el silencio de la CE. No existe mención expresa en la CE ni al principio de transparencia ni como tal al derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, como se analizó a propósito del estudio del principio de transparencia puede entenderse en una interpretación sistemática y conjunta de los preceptos de la CE que dicha materia queda consagrada en el art. 105 CE¹⁴²², aunque necesariamente complementada con otros preceptos, esencialmente y con carácter general el art. 20 CE.

El art. 105.b) CE en su mención al acceso a los archivos y registros administrativos, se constituye como precepto de anclaje base, aunque lo cierto es que no resulta suficiente para abarcar de manera integral el significado constitucional del derecho de acceso a la información pública, que excede de tal precepto¹⁴²³. Puede sostenerse incluso que la vinculación exclusiva de la LTAIBG al art. 105 CE como base constitucional es incoherente, ya que la LTAIBG excede del ámbito “del Gobierno y de la Administración” del Título IV, siendo necesario el apoyo el otro precepto constitucional capaz de abarcar su total dimensión democrática¹⁴²⁴.

La duda velada a lo largo de todos los años precedentes ha sido la de si un más limitado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, donde el art. 105.b) CE, puede constituirse como base constitucional para proteger y garantizar un más general derecho de acceso a la información pública¹⁴²⁵ e incluso condicionar y limitar su

GARCÍA, M. A. “El derecho de acceso a los documentos administrativos...”, cit., p.391 y ss. PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...”, cit., págs. 535 y ss.

¹⁴²² Para un análisis sobre la elaboración del art. 105 CE, véase entre otros, FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit., págs. 323 y ss.

¹⁴²³ En tal sentido, entre otros Vid. PALOMARES HERRERA, M. “Panorámica de la transparencia...”, cit., p. 25. ALONSO TIMÓN, A. J. “Transparencia...”, cit., p. 201.

¹⁴²⁴ Véase en tal sentido, Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p.293.

¹⁴²⁵ Sobre la distinción entre archivos y registros administrativos y aunque es un aspecto más propio del Derecho Administrativo, pueden consultarse entre otros, CASTELLS ARTECHE, J. M. “El derecho de acceso a la documentación administrativa en la actualidad”, *Bilduma: Revista del Servicio de Archivo del Ayuntamiento de Errenteria* nº 8, 1994, págs. 169 y ss. PALOMAR OLMEDA, A. “Artículo 105”, en CAZORLA PRIETO, L.M. (Dir.) PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Arts. 97 a Disp. Final*, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p.243, donde se indica que “los archivos y registros no tienen, en sí mismos, idéntica naturaleza porque mientras los archivos tratan de identificar el concepto de expedientes o de actividad administrativa realizada en el ejercicio de una función pública que, como tal, puede merecer o tener interés, los registros, tienen un contenido informativo de menor intensidad y se apuntan claramente al ámbito procedimental donde los registros ocupan una posición de aseguramiento y de constancia de la actuación administrativa que, muy a menudo, interesa únicamente a los que técnicamente tienen la condición de interesados en un procedimiento administrativo”.

naturaleza jurídica. Lo cierto es que la falta de identificación entre la CE, por alusión a los archivos y registros en el art. 105.b) CE, y la información pública garantizada como desarrollo legislativo de tal previsión constitucional a tenor de la LTAIBG, suscita problemas interpretativos que afectan directamente a la comprensión y naturaleza jurídica del derecho que se regula. No obstante, el TC se ha pronunciado recientemente sobre dicho encaje constitucional, sin manifestar su pertinencia y/o mayor adecuación en su caso. Simplemente reitera que

“El artículo 105 b) CE, encuadrado en el título IV, «Del Gobierno y de la Administración», incorpora un principio objetivo rector de la actuación de las administraciones públicas (artículo 103.1 CE), derivado de exigencias de democracia y transparencia, así como un derecho subjetivo de las personas, ejercitable frente a las administraciones, con sujetos, objeto y límites definidos en el propio precepto constitucional, que fue desarrollado inicialmente en los artículos 35 h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y actualmente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”¹⁴²⁶.

De esta forma puede sostenerse que la LTAIBG modifica la configuración legal del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos de la LRJAPPAC, partiendo del art. 105.b) CE para regular ahora el acceso a la información pública¹⁴²⁷. Así las cosas, en el Preámbulo de la LTAIBG se hace una remisión directa a la señalada regulación anterior, reconociendo que

“adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica”¹⁴²⁸

¹⁴²⁶ Cfr. STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3. Puede hacerse una lectura complementaria de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº3 de Bilbao, 45/2013, de 5 de marzo de 2013, para ver la relación entre acceso a la información y transparencia como principio de actuación de la administración, al señalar que “el derecho constitucional de acceso a los archivos y registros administrativos que enuncia el art. 105.b) de la Constitución es un derecho subjetivo de los ciudadanos, derecho que estos pueden ejercer con limitaciones, en concreto con las previstas en la Constitución y con las establecidas por la Ley; dicho precepto constitucional enuncia al propio tiempo un principio objetivo de actuación de toda Administración Pública, en concreto que la Administración ha de actuar de acuerdo con los principios de transparencia y participación”¹⁴²⁶.

¹⁴²⁷ Vid. Federación Española de Municipios y Provincias. “El acceso a los expedientes por razón del estado de tramitación del procedimiento” en *Comentarios sobre aspectos clave...*, cit., p.257.

¹⁴²⁸ Preámbulo de la LTAIBG.

Basta analizar el Preámbulo de la LTAIBG para darse cuenta entonces de que el legislador, consciente de las limitaciones que encorsetaban los antecedentes normativos en la materia, trata de alejarse de aquella noción originaria dando un paso más en la concepción y significado del derecho. Como no puede ser de otro modo, tal operación lleva a la modificación de los preceptos de la LRJAPPAC¹⁴²⁹ que regulaban la materia, arts. 35 y 37 LRJAPPAC, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LTAIBG.

Para realizar esta nueva configuración, el legislador trata de desarrollar una visión más favorable al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, con la decidida voluntad de superar la deficiente regulación anterior, en un intento de aproximación al estándar internacional en la materia. La literalidad del art. 105 CE se mueve en términos estrictamente administrativos en favor del acceso a documentos que consten en archivos o registros de la administración, pero no va más allá de eso. Sin embargo, pese a dicho tenor literal, entiende que debe efectuarse una interpretación amplia en favor del ejercicio del derecho¹⁴³⁰. Tal cuestión queda justificada en el entendido de que “el legislador puede regular el derecho con toda la amplitud que considere necesario, pero nunca podrá hacerlo de manera más restrictiva de lo que establece la Constitución, que menciona únicamente como limitaciones las derivadas de que pueda afectar a una serie de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”¹⁴³¹.

En este sentido, la LTAIBG regula el acceso a la información pública, junto a la transparencia y al buen gobierno. Así, el art. 1 LTAIBG identifica el derecho del art. 105.b) CE con el acceso “a la información pública”, cuando prescribe que

“Esta ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad (...)”¹⁴³².

Más específicamente, el art. 12 LTAIBG dispone que, “Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la

¹⁴²⁹ No obstante dicha Ley fue derogada tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁴³⁰ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit. p.1233.

¹⁴³¹ Cfr. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit. p.123 y 1234.

¹⁴³² Preámbulo de la LTAIBG.

Constitución Española desarrollados por esta Ley. (...)”¹⁴³³. Se entiende en este contexto que el salto terminológico efectuado por la LTAIBG frente a la regulación legal anterior y la propia Constitución responde a un intento de interpretación evolutiva en el marco del texto constitucional, eso sí, conscientes de las limitaciones derivadas de su literalidad¹⁴³⁴. Dichas limitaciones no vienen sólo determinadas en cuanto al objeto protegido, que dista entre el acceso a los archivos y registros y el acceso a la información pública. Concorre además la limitación de que según la propia dicción del art. 105 CE se reconoce el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, pero se omite la mención de si estamos frente a un derecho y, por tanto, frente a una verdadera pretensión oponible y ejercitable frente a los poderes públicos. No obstante, dicha ausencia se ve colmada por el legislador al haber regulado el derecho de acceso a la información pública¹⁴³⁵.

A esto, se suma también otra disidencia que genera dudas en torno a la relación entre el art. 105 CE y la LTAIBG en lo relativo al ámbito subjetivo de aplicación. Esta cuestión ya ha sido destacada con anterioridad, pero resulta necesario traerla a colación en este punto. Se ha dicho ya que el art. 105 CE tiene un ámbito de aplicación subjetivo limitado al gobierno y la administración, mientras que en la LTAIBG se extiende a un ámbito mucho más amplio de sujetos obligados. Esta última cuestión responde a una idea de control del poder también más amplia, haciéndose no sólo extensible a la administración, sino también a los órganos constitucionales, el Banco de España, o incluso sujetos privados vinculados a los poderes públicos, entre otros. Igualmente sucede en cuanto a los sujetos activos, titulares del derecho, ya que mientras que la CE se refiere en el art. 105 CE a los “ciudadanos”, la LTAIBG reconoce el derecho de acceso a la información pública a favor de “todas las personas”, siguiendo la estela del Convenio nº 205 y reconociendo por tanto su carácter universal a favor de “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada”¹⁴³⁶.

Esta actuación del legislador respecto de la previsión que brinda el art. 105 CE se asume como una forma de adecuar el contexto social y regular la necesaria demanda de

¹⁴³³ Art. 12 LTAIBG.

¹⁴³⁴ En este sentido, destaca el carácter restrictivo del planteamiento seguido en el texto constitucional respecto al art. 105 b) CE, Vid. GUTIÉRREZ DAVID, E. “Derecho de acceso a la información...”, cit. p. 189.

¹⁴³⁵ No obstante, según señala PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...”, cit., p. 535, aun no mencionando el precepto el término derecho, no hay duda de que el art. 105 CE consagra tres derecho subjetivos.

¹⁴³⁶ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 158.

transparencia y derecho de acceso a la información pública en el marco que brinda la CE. Además, sin dejar de valorar que “el mecanismo del consenso «devoró» el artículo en cuestión sin dejarlo aflorar al terreno abierto del debate y sin permitir, como sucedió con otros artículos, que los parlamentarios manifestaran sus respectivas posiciones. O, quizá, fuera el escepticismo ante un mandato legal que de antemano se creía considerado al fracaso y la inutilidad después de muchos años de negar sistemáticamente la información a los administrados (...)»¹⁴³⁷.

No obstante, pese a la capacidad limitada¹⁴³⁸ del precepto constitucional, el legislador construye sobre él una interpretación más favorable al ejercicio del derecho en un contexto necesitado de una clara intervención legislativa, ausente hasta entonces de una regulación transversal.

¹⁴³⁷Cfr. ÁLVAREZ RICO, M. “El derecho de acceso a los documentos...”, cit., págs. 106 y 107. En este sentido el autor citado encabeza por aquel entonces una postura doctrinal positiva en cuanto a las bondades del precepto. Esto es, ve el art. 105 CE como la una auténtica posibilidad de democrática para mejorar las relaciones entre el ciudadano y la administración. Postura que queda de manifiesto por el mismo autor años después en, ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I. “Derecho de acceso...”, cit., p. 474, al señalar que “Quisiéramos, por el contrario, iniciar una nueva vía de profundización sobre una cuestión en torno a la cual se juega en gran medida el nuevo rostro de las Administraciones Públicas del siglo XXI, en el que el documento de papel no será el alimento único del monstruo burocrático que es la Administración Pública, sino que dará paso a una «burocracia sin papel» que esperamos sea más transparente, sencilla y cercana al ciudadano. Tales objetivos dependerán en gran medida de la facilidad del acceso de los ciudadanos a la Administración, de la amplitud de información y de su eficacia y transparencia. La «nueva cultura administrativa» tendrá en este campo su test de prueba y no sólo en el cambio de las palabras y la supresión de las ventanillas”. En el mismo sentido se mostraron favorables autores como SÁNCHEZ MORÓN, M. *La participación del ciudadano en la administración pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p.203.

Sin embargo debe destacarse también la existencia de una línea doctrinal más reacia al precepto. Pues la introducción de dicho precepto en el texto constitucional se vio para este otro sector de la doctrina como una amenaza para el buen funcionamiento de la administración, en base a una concepción restrictiva de la publicidad y transparencia de los actos públicos. En este sector doctrinal destaca entre otros, por todos, Cfr. ALZAGA VILLAAMIL, O. *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Foro, Madrid, 1978, p. 651, señalando que “la inmensa mayoría de grandes países con sólida tradición democrática no se han aventurado hasta el presente a incorporar este principio, que puede prestarse no ya a colas interminables de curiosos desocupados, sino, lo que es mucho más grave, a introducir las pugnas políticas y las maniobras partidarias en los despachos de trabajo de los diversos organismos de nuestra Administración Pública”. Así pues, puede comprobarse la incredulidad que giraba en torno a las bondades de dicho precepto, mostrando en este punto la doctrina más reacia al art. 105 CE que dicho precepto podía ser un obstáculo para el funcionamiento de la administración, postulando más por una concepción de reserva en la toma de decisiones. En la misma línea expuesta cabría incluir a GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, págs. 1056 y 1057.

¹⁴³⁸ No obstante en contra de esta consideración restrictiva del alcance constitucional del acceso a la información siguiendo la literalidad del precepto, sostiene MESTRE DELGADO, J. F. “Artículo 105”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo II, Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018, p.494, que “la amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa”.

No es menos cierto que esa actuación del legislador, quizás forzada en un intento de adecuar la realidad social a la normatividad constitucional, se ve tensionada y sufre las dificultades inherentes a nuestro sistema de reforma constitucional. Definitivamente aquí, como en otras materias susceptibles de reforma en la actualidad, sería preferible partir de la adaptación del texto constitucional a la realidad para proceder al posterior desarrollo legislativo impuesto por el precepto constitucional, ya actualizado.

Sin embargo, y siendo conscientes de las dificultades a las que se sujeta el proceso de reforma constitucional en nuestro sistema, el legislador trata de conjugar todos los elementos, sin en ningún caso, innovar el ordenamiento mediante la creación de nuevos derechos fundamentales¹⁴³⁹. Otra cosa es que el legislador, amparado en el ordenamiento constitucional vigente y atendiendo al estándar internacional que nos es aplicable a expensas del art. 10.2 CE, pueda llevar a cabo su tarea en pro del derecho que regula. Y en su caso, otorgar una amplia protección al vincularlo con un derecho fundamental que sí cuenta con expresa consagración en nuestro ordenamiento, y siempre sujeto a la posible revisión y control de constitucionalidad por el TC¹⁴⁴⁰.

Evidentemente, el inmovilismo expuesto dificulta el paso hacia una realidad dinámica más avanzada y segura que permita consolidar el principio de transparencia como pilar de la democracia, colocando así el derecho de acceso a la información pública a la altura de los estándares internacionales que le son propios. Fruto de esa disrupción entre realidad y normatividad, la LTAIBG da un salto que consiste en pasar de un limitado derecho a los archivos y registros a un derecho de acceso a la información pública general.

Según lo dicho hasta ahora, podría destacarse que en efecto la labor del legislador acometida con ocasión de la LTAIBG era una imperiosa necesidad, así como toda evolución que supusiera dotar de una mayor aplicabilidad objetiva y subjetiva a un deficiente derecho de acceso según la legislación anterior. Es loable también reconocer la dificultad que supone regular por primera vez una materia de tal envergadura, salvando además las deficiencias de la regulación anterior y la poca luz que en tal sentido aporta la Constitución.

¹⁴³⁹ Ya que fuera de los procedimientos de reforma establecidos en la CE, se trata de una posibilidad viable únicamente bajo la exclusiva potestad interpretativa del TC como garante de la CE.

¹⁴⁴⁰ En tal sentido se muestra a favor, Vid. REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab omnibus...”, cit., págs. 12 y 13.

No obstante, en lo relativo a la configuración del derecho de acceso a la información pública el legislador mantiene una postura cautelosa que perpetúa la estela de la deficitaria legislación previa y, lo que es más grave, genera una gran disfunción entre la tarea material que la ley viene a realizar y la forma ordinaria que adopta para ello. Tal elección se traduce en que el avanzado derecho que viene a regularse a propósito de la LTAIBG, queda subyugado en forma a derecho de mera configuración legal sin las garantías cualificadas y propias del art. 53.2 CE, y ello en tanto que la base constitucional escogida para darle cobertura ha sido exclusivamente el art. 105 CE.

Parece lógico pensar que el salto terminológico utilizado precisamente para marcar distancia frente al limitado derecho de configuración administrativa del art. 105 CE, requiriese también hacerlo respecto de su configuración constitucional. Sin embargo, esa lógica se trunca al situar el legislador la base constitucional del derecho a exclusividad del art. 105.b) CE. Esta opción legislativa ha sido criticada por la doctrina, y no sin razón, ya que el problema que suscita de fondo es que “esta conexión conceptual fragiliza irremisiblemente la comprensión de la naturaleza jurídica del nuevo derecho que se regula”¹⁴⁴¹.

De esta forma, el legislador escoge una vía que formalmente condiciona el nacimiento del derecho que pretende desarrollarse, relegándolo a un derecho de configuración legal con las limitaciones que acompañan al art. 105 CE. La consecuencia es que desde este momento se produce una falta de correlación entre el derecho que dice protegerse y el precepto constitucional que le da amparo. De modo que toda la expectativa de contenido propuesta en la norma queda limitada en forma desde el primer momento, en tanto el art. 105 CE en realidad no le permite consagrar adecuadamente el derecho que regula. Y de ahí la importancia de que el legislador se hubiera apoyado en otros preceptos constitucionales que, interpretados sistemáticamente con el art. 105 CE, hubieran dado

¹⁴⁴¹ REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p.8. En tal sentido han señalado, MUÑOZ SORO, J. F., y BERMEJO LATRE, J. L. “La redefinición del ámbito objetivo...”, cit., págs. 191 y 192, que “para empezar, se constata una confusión semántica del propio Legislador (también del Constituyente) al identificar el objeto del derecho de acceso erróneamente ya en origen. La Constitución impuso en su art. 105.b) una reserva legal para la disciplina del acceso a «los archivos y registros administrativos», mientras que el art. 37.1 de la LRJ-PAC garantizó el acceso a «los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos». Pero, en realidad, el genuino objeto del acceso y conocimiento por parte de la ciudadanía es la información –la cual se puede encontrar en forma de datos o de documentos-, resultando en consecuencia inexactas tanto la mención a los archivos como a los registros administrativos”.

cobertura integral a la ley sin limitar su configuración constitucional y, con ella, la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública.

No obstante al obrar así el legislador, como apunta REY MARTÍNEZ, “pretende desentrañar el significado del todo (el derecho de acceso a la información pública) desde una de sus partes (los registros y archivos públicos). En otras palabras, estamos en presencia de un claro ejemplo de sinécdoque conceptual, que, como cabe suponer, es fuente de todo tipo de errores”¹⁴⁴². Como puede pensarse, los problemas interpretativos se acentúan con esta opción. Se obtiene así como resultado un derecho que en la ley queda identificado de una forma más abierta y actualizada en su contenido que en su forma, por regularse como ley ordinaria frente al limitado acceso a los archivos y registros que perfila la CE y a propósito del cual pretende nacer el primero.

Como es lógico, las bases constitucionales utilizadas para dar cobertura al derecho de acceso a la información están directamente vinculadas con la naturaleza jurídica que se le otorga, y por tanto, van a condicionar todos los demás preceptos de la ley y su mayor o menor garantía. Pues, en efecto, junto con la transparencia y el buen gobierno, el derecho de acceso se eleva como núcleo esencial y justificación misma de la regulación prevista en la LTAIBG. Con ello, la configuración del derecho y su naturaleza jurídica van a situarse en el epicentro de la técnica jurídico constitucional para dar correcta salida a todos los preceptos de la ley y para generar una nueva cultura de la transparencia en España.

No parece entonces que la opción escogida por el legislador haya sido acertada. Pues, queriendo facilitar un marco normativo actualizado y ajustado a las demandas participativas propias de la sociedad de la información actual, termina despersonalizando el derecho regulado. Y ello como consecuencia de una limitada ubicación constitucional que desfigura el objeto protegido, generando una considerable incertidumbre. En este sentido, se producen problemas interpretativos que hacen dudar sobre la adecuación entre la construcción legal al efecto y la normatividad expresada en la CE, a propósito del art. 105 CE.

Así, se ha entendido que el derecho de acceso a la información pública es un derecho nuevo, sobrevenido, y por tanto, distinto al acceso a los archivos y registros administrativos al que alude expresamente el art. 105.b) CE. En concreto, ENÉRIZ

¹⁴⁴² REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p. 8.

OLAECHEA ha sostenido que “el acceso a la información pública es un derecho nuevo, sobrevenido y, por tanto, con una regulación autónoma, que podrá ser parecida o igual de la que la Ley de en cada momento al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, (...)”¹⁴⁴³. En cualquier caso esta postura no coincide con la evidenciada por el TC en la ya citada STC 164/2021, de 4 de octubre, que no considera que se trate de derechos distintos, sino de un mismo derecho cuya regulación legal ha cambiado garantizándose ahora más extensivamente¹⁴⁴⁴.

La clave no está tanto en considerarlo como derecho *ex novo* sino en reajustar las posibilidades que ofrece la CE al contexto actual. De ahí que, efectivamente, el art. 105 CE se muestre necesario pero insuficiente para regular de la mejor manera el acceso a la información pública, en tanto posee una dimensión democrática que excede con mucho del tenor literal del precepto.

El desfase apuntado entre el tenor positivo del texto y la realidad actual en que debe ser aplicado debe entenderse fruto de las diversas motivaciones que guiaron en su labor al constituyente por las circunstancias históricas, políticas y sociales del momento, frente a la realidad actual. De ahí que esa concepción positivizada no haya de entenderse hoy como una limitación insalvable para su reconciliación con una concepción del derecho de acceso a la información pública más evolucionada y amplia necesariamente desde la perspectiva constitucional y democrática. De tal modo, se supera la concepción de procedimiento como barrera separatista entre el ciudadano y el control del poder público, para elevar dicha relación de rendición de cuentas a categoría democrática.

Incluso, no siendo la vía escogida por el legislador la más acertada, debe ser posible efectuar una interpretación de los preceptos constitucionales que entren en juego como categorías interconectadas entre sí. De forma que permitan amparar el derecho de acceso a la información pública no sólo en relación con el art. 105 CE, sino también con apoyo de otros preceptos que verifican la naturaleza más amplia de tal derecho. Y ello sin llegar a desvirtuar lo pretendido por el constituyente creando dos subcategorías a través de un derecho de acceso a archivos y registros y un derecho de acceso a la información pública. Nótese que, en definitiva, con el art. 105.b) CE está tratando de darse publicidad a la información contenida en los archivos o registros (como soportes-fuentes de la

¹⁴⁴³ Cfr. ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. “El nuevo derecho de acceso a la información pública”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 10, 2014, (acceso al recurso en su versión online), p. 5.

¹⁴⁴⁴ Así, Vid. STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3.

información). En otro caso, cabría preguntarse qué sentido tiene y para qué sirve garantizar el acceso a los archivos y registros administrativos sino es en definitiva por mor de la fuente, para llegar a la información in situ depositada¹⁴⁴⁵. Destaca el TS esta vertiente esencial de la información y su acceso, al entender que dicho derecho,

“refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de Derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación (...))”¹⁴⁴⁶.

Hasta ahora se ha planteado el problema constitucional relativo a dónde se regula el acceso a la información pública, así como los interrogantes que se suscitan en este sentido. Corresponde ahora mencionar otra de las cuestiones más problemáticas en la materia, que ya anticipa la cuestión de fondo del debate y gira en torno a cómo se regula el derecho de acceso a la información. Esto es, cuál es el estado de la cuestión en España a raíz de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública.

Como ya se ha visto, el derecho de acceso a la información pública está ubicado en Título IV de la de la Constitución “Del Gobierno y de la Administración”, que tiene como función esencial “la articulación y ejercicio del poder por parte del Gobierno y la Administración y las directrices que debe seguir en este ejercicio”¹⁴⁴⁷. Concretamente, el derecho de acceso a la información pública se enmarca *ex art.* 105 CE, como “derecho frente a la Administración que debe ser objeto de desarrollo legislativo”¹⁴⁴⁸. Contiene,

¹⁴⁴⁵ Se pronuncian a favor de tal consideración cfr. ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I. “Derecho de acceso...”, cit., p. 484, al referir que “El objeto del derecho de acceso es, en realidad, como hemos dicho anteriormente, la información contenida en las oficinas públicas en forma que resulte clara e inteligible, en tanto que los archivos, registros y documentos son los medios instrumentales que posibilitan el ejercicio de tal derecho”. Vid. MARTÍN DELGADO, I. “Transparencia, reutilización...”, cit., p. 392. Redunda en esta idea del acceso a la información como acceso al contenido y no al documento la Resolución del CTBG 68/2016, de 30 de mayo, FJ 3 donde se señala que “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 transcrito, reconoce el derecho a acceder a información (contenido) o documento, es decir, no es un requisito establecido en la Ley que la información que se solicite esté en soporte documental. Por lo tanto, no puede aceptarse lo alegado por el mencionado Departamento en el sentido de que “no existe un documento con las características demandadas por el solicitante) (...) o que la “solicitud fue inadmitida a trámite (...) debido a que no se dispone de un documento ni serie de documentos con las características demandadas” (...). En definitiva, lo que se reconoce en la Ley es el derecho a la información y no al documento, no siendo necesario, por lo tanto, que la información se encuentre previamente recogida en soporte documental para proporcionarla”.

¹⁴⁴⁶ STS de 30 de marzo de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:2206 , FJº3.

¹⁴⁴⁷ Cfr. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p. 166.

¹⁴⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 191.

por tanto, un mandato para que el legislador desarrolle las materias señaladas en el precepto¹⁴⁴⁹, dibujándolo de forma más o menos amplia a tenor de las distintas opciones políticas.

Este criterio sistemático y de ubicación constitucional del precepto y la remisión legal que contiene, ha limitado hasta ahora la perspectiva del TS¹⁴⁵⁰ y TC¹⁴⁵¹ sobre el derecho y encorsetado a gran parte de la doctrina. Pues, al situarse el precepto fuera del Título I de la CE, se ventila a priori su consideración como derecho fundamental. El resultado que de esa concepción se deriva es que el derecho de acceso a la información pública ha claudicado en “derecho de mera configuración legal”¹⁴⁵², sirviendo de argumento clave para aquellos que sostienen que no es un derecho fundamental¹⁴⁵³.

Hasta este punto podría entonces afirmarse que se trata de un derecho constitucional protegido en cualquier caso por la altura que otorga el valor normativo de la CE, que en este caso impregna el carácter del precepto. Puesto que al encuadrar el art. 105 CE entre las “normas directivas de la actividad de los poderes públicos que establecen garantías constitucionales”¹⁴⁵⁴ (según la terminología de SANTAMARÍA PASTOR)¹⁴⁵⁵, se trata de un mandato que “la Constitución establece y que la Administración debe, en todo caso, respetar a la hora de articular los mecanismos para servir el interés general, sin lesionar las libertades y los derechos fundamentales en ese ejercicio de poder”¹⁴⁵⁶.

La siguiente consideración que resulta de la lectura del art. 105.b) CE es que se trata de un derecho de configuración legal en tanto que la CE impone al legislador un mandato para regular su ejercicio. Pero, ¿qué tipo de fuente del derecho o categoría normativa ha

¹⁴⁴⁹ Se pronuncia en este mismo sentido, Vid. POMED SÁNCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos...”, cit., p. 464, destaca que el mandato del desarrollo normativo, impuesto al legislador debe tener como límite el mandato de optimización. Algo que no se respetó con el art. 37 LRJAPPAC y que se tradujo en una reducción insostenible del derecho en pugna.

¹⁴⁵⁰ Así, véase la criticada STS de 16 de octubre de 1979 - ECLI:ES:TS:1979:2276.

¹⁴⁵¹ En la STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJº 4 se dice que: “No todas las normas constitucionales que se invocan por los demandantes pueden ser objeto de garantía directa en este proceso, pues las reglas y principios contenidos en los arts. 9.3, 53.1, 103.1, 105 b) y 111.1 de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución”.

¹⁴⁵² En este sentido Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 190.

¹⁴⁵³ En este mismo sentido véase Vid. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 351.

¹⁴⁵⁴ RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit. p. 1229.

¹⁴⁵⁵ Se remite la autora al criterio clasificatorio de los preceptos de la CE según el grado de normatividad de los mismos, efectuado por SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 449 y ss.

¹⁴⁵⁶ Cfr. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit. p. 1229.

de cumplir con el mandato constitucional impuesto al legislador en el art. 105? Ésta es una de las grandes problemáticas del trabajo y que suscita el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho. No en vano, su catalogación como derecho fundamental, –en base a distintas argumentaciones que se verán posteriormente–, conduce a un tipo normativo con garantías normativas y jurisdiccionales reforzadas: regulación por ley orgánica (art. 81.1 CE) y consecuentemente, susceptible de abrir la vía de amparo constitucional, así como la protección preferente y sumaria (art.53.2 CE). *A sensu contrario*, la consideración como derecho de mera configuración legal, determina un régimen de garantías menos reforzada que la anterior, encauzada por una categoría normativa distinta a través de ley ordinaria.

Como puede comprobarse, las implicaciones constitucionales del citado debate conllevan importantes consecuencias derivadas del encuadre del derecho en uno u otro tipo normativo. No sólo suscita la cuestión del mayor o menor régimen de garantías constitucionales derivadas de su consideración como derecho fundamental o no, sino también el margen de intervención del reglamento en la materia, así como la capacidad reguladora de las Comunidades Autónomas en el marco de sus respectivas competencias¹⁴⁵⁷.

Dicho esto y más allá de las posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del derecho, conviene recordar aquí lo que ya se dijo en otra parte de la investigación. La opción final del legislador para dar cumplimiento al mandato legal impuesto en el art. 105.b) CE fue seguir la opción presentada por el gobierno para la tramitación de la norma. El resultado a expensas de la regulación que brinda la LTAIBG es la consideración del derecho de acceso a la información pública como un derecho de mera configuración legal regulado a través de una ley de rango ordinario que lógicamente entiende el mandato del art. 105 CE como reserva genérica de ley.

3.2. Posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública

3.2.1. La evolución del debate doctrinal en torno a la configuración constitucional del derecho de acceso a la información pública

Como ya tuvo ocasión de analizarse en lo relativo a los antecedentes normativos de la LTAIBG y el proceso de tramitación de ésta última, la configuración constitucional del

¹⁴⁵⁷ En tal sentido véase la nota al pie 44 de FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit., p. 330.

derecho de acceso a la información pública ha sido y es uno de las cuestiones doctrinales que más preocupan en la materia. Especialmente, desde la perspectiva constitucional se trata de un asunto de máxima envergadura y actualidad en tanto que los efectos e implicaciones constitucionales que se despliegan para el sistema de protección de los derechos, son muy distintos según sea una u otra la naturaleza jurídica que se le reconozca al derecho.

Cabe recordar brevemente que la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública ha sido una discusión doctrinal oscilante. Concretamente porque por lo general no es un tema que haya tenido gran protagonismo, salvo en determinados momentos concretos que han acalorado el debate o, de algún modo han empujado a la doctrina especializada a pronunciarse sobre este punto¹⁴⁵⁸. Así pues, se mencionarán a continuación los momentos específicos en los que se agudiza el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho en cuestión.

a) Primer momento

Cabría destacar un primer momento, casi coincidente con la aprobación del texto constitucional, que fomenta el debate sobre el derecho y trae causa de la necesidad de responder al mandato legal impuesto en el art. 105 CE. Dicho mandato exigió ya tempranamente pronunciarse sobre si la reserva legal contenida en el precepto hacía directamente aplicable los derechos en él reconocidos o, por el contrario, los hacía depender de la *interpositio legislatoris* llevado a cabo con el posterior desarrollo legislativo. Esta cuestión, aún sin ir dirigida *stricto sensu* a la naturaleza jurídica, impulsó ya a la doctrina a motivar el tipo de derecho ante el que nos hallábamos.

Con ello, los pronunciamientos iniciales sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso se verían mediatizados principalmente por la necesidad de responder a la cuestión de si se trataba de un derecho de mera configuración legal, que permitía diferir su aplicación en el tiempo al momento de su desarrollo legal o, si por el contrario, se ubicaba más bien

¹⁴⁵⁸ No obstante, gran parte del sector más especializado en la materia, tanto administrativista como constitucionalista, ha venido defendiendo la necesidad de ahondar en la configuración del derecho de acceso a la información pública, con independencia del plus de motivación que le han podido otorgar tales acontecimientos particulares.

como un presupuesto democrático vinculado con el art. 20 CE, y por tanto, directamente aplicable¹⁴⁵⁹.

Se iniciaba así una primera etapa de pronunciamientos doctrinales impulsada por la necesidad de responder a la cuestión de la eficacia jurídica del art. 105 CE¹⁴⁶⁰, y que concentraba en su mayor parte la posición detractora de la naturaleza jurídica del derecho de acceso como fundamental¹⁴⁶¹. La posición general de la doctrina en este punto, e incluso las futuras respuestas legislativas se verán fuertemente condicionadas por la tradicional visión del TS al respecto.

El TS tuvo tempranamente ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad del art. 105 CE en la STS de 16 de octubre de 1979¹⁴⁶². Dicha sentencia fue objeto de críticas doctrinales por cuanto negaba el carácter vinculante que de manera inmediata despliega el art. 105 CE, *ex art.* 9.1 CE y 103 CE, difiriendo su aplicación al momento en que se desarrollara por ley, circunstancia que sucedió con ocasión de la LRJAPPAC. Así, el TS haciendo uso de criterios tradicionales de seguridad jurídica, obvió una cuestión fundamental con argumentos un tanto alarmistas¹⁴⁶³, ciertamente cuestionables. La respuesta inicial del TS fue clara y tajante, el art. 105 CE:

“exige una Ley que lo regule, y, mientras ésta no se elabore y publique, no se puede situar a la Administración frente a una laguna legal, (...), la actividad administrativa, ha de estar

¹⁴⁵⁹ Esta mediatización de las posturas doctrinales derivada de la fórmula de mandato legal que adopta el art. 105 CE, y en efecto la necesidad de responder a su carácter o no diferido queda perfectamente reflejado, por todos, Vid. RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a archivos y registros...* cit., págs. 141 y 142.

¹⁴⁶⁰ Para un análisis sobre la problemática relacionada con la eficacia jurídica del art. 105 CE, pueden verse entre otros, por todos, SAINZ MORENO, F. “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980, págs. 120 y ss. BERMEJO VERA, J. “El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 57, 1988, p.23. ALONSO GARCÍA, E. “La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº61, 1989, p. 52. FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit., págs. 326 y ss. RAMS RAMOS, L. *Archivos y registros administrativos como objeto del derecho de acceso previsto por el artículo 105 b) de la Constitución Española* [Tesis Doctoral], Universidad Rey Juan Carlos, 2008, págs.175 y ss. RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a los archivos y registros...*, cit., p. 158 y ss. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...” cit. págs. 1220 a 1225. PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...” cit., págs. 535 y ss. POMED SÁNCHEZ, L. *El derecho de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, págs.125 y ss.

¹⁴⁶¹ Como apunta Cfr. PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...” cit. 751, “aparentemente los citados autores de la etapa negacionista no tuvieron un contrapeso doctrinal que permitiera una dicotomía fluida durante el siglo XX español pues era hasta la fecha la línea aceptada por lo que más que numerosos, estos autores son representativos de la asunción hasta la aparición del sector iusfundamentalista influido por la realidad comparada, contrastada, adaptada y evolucionada”.

¹⁴⁶² STS de 16 de octubre de 1979 - ECLI:ES:TS:1979:2276.

¹⁴⁶³ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...” cit., págs. 160 y 161.

en todo momento sometida al Ordenamiento Jurídico preestablecido, por lo que mientras esta Ley de desarrollo que anuncia el texto constitucional no exista, sigue siendo aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, de no estimarlo así se quebrantaban los principios fundamentales en todo Estado de Derecho el de la certeza en Derecho y la Seguridad jurídica (...) por esto es muy peligroso el subjetivismo interpretativo (...)”¹⁴⁶⁴.

Muy tempranamente, la doctrina ya vino a mostrarse en desacuerdo con dicho pronunciamiento del TS. Entre otros autores, SAINZ MORENO manifestó su disconformidad, en línea con la posición que un año después sería la interpretación efectuada por el TC. Apuntó que el derecho no precisa como condición para su ejercicio que el legislador lo regule, ya que dicha regulación no habilita su ejercicio sino que, en realidad, desarrolla el ejercicio de un derecho del que ya disponen los ciudadanos. Por ello, mientras el legislador efectúa tal desarrollo normativo, el ejercicio del derecho no deberá quedar suspendido sino que su contenido debe ser respetado dentro de los límites de la Constitución¹⁴⁶⁵.

Esta línea interpretativa fue precisamente la adoptada por el TC en la STC 18/1981, de 8 de junio, que rectifica la postura del TS a raíz de un caso en el que se discutía la posible vulneración de las garantías del art. 24 CE (por falta de audiencia), en relación con el art.105.c) CE relativo al procedimiento administrativo. Señaló el TC que:

“la reserva de Ley que efectúa en este punto el art. 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata”¹⁴⁶⁶.

Al año siguiente, en la STC 16/1982, de 28 de abril, el TC ratifica nuevamente su posición dejando claro que la Constitución no es un mero catálogo de principios sin inmediatez, sino que se trata de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, vinculante tanto para los ciudadanos como para el poder público¹⁴⁶⁷. Tales pronunciamientos del TC motivaron que el TS enmendase posteriormente su postura admitiendo que, efectivamente, ha de reconocerse efecto directo al art. 105 CE por la fuerza normativa

¹⁴⁶⁴ STS de 16 de octubre de 1979 - ECLI:ES:TS:1979:2276, último considerando.

¹⁴⁶⁵ Vid. SAINZ MORENO, F. “Un caso de aplicación directa de la Constitución: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980, p. 122.

¹⁴⁶⁶ STC 18/1981, de 8 de junio, FJº 5.

¹⁴⁶⁷ Vid. STC 16/1982, de 28 de abril, FJº 1.

directa que emana de la Constitución¹⁴⁶⁸. Justamente es el carácter imperativo y normativo de la CE el que impone la directa aplicabilidad de su contenido, sin perjuicio del posterior cumplimiento encomendado al legislador en el art. 105 CE¹⁴⁶⁹.

Esto no ocurrió sólo con el art. 105 CE. En general, los tribunales fueron reacios a la aplicación directa de las normas constitucionales, hasta que el TC lo reconoció con rotundidad.

b) Segundo momento

El segundo momento específico que incentivó los pronunciamientos doctrinales sobre la naturaleza jurídica del derecho puede identificarse con ocasión de la tramitación de la LTAIBG, aprobada en 2013. Fueron las circunstancias sociopolíticas del momento, – marcadas por la fuerte crisis económica de 2008 y los problemas de corrupción y de desafección ciudadana coetáneos a aquella–, las que impulsarían la juridificación de la transparencia y el acceso a la información pública con una norma específica.

En este momento de cambio y en orden a la tramitación de esta nueva y esperada ley surgió de nuevo el debate ligado en este caso a la cuestión de si la ley debía aprobarse como ley orgánica, por regular un derecho fundamental, o como ley ordinaria en el entendido de que se trataba de un derecho de configuración legal¹⁴⁷⁰. De nuevo en este momento surgía la oportunidad de un cambio y así mismo fue visto por el sector doctrinal más activista en la materia, que vio aquí la ocasión de reajustar la naturaleza jurídica del derecho.

A partir de este momento, la corriente iusfundamentalista se vería reforzada con más autores que estaban de acuerdo en la inoportuna e inadecuada regulación del derecho de

¹⁴⁶⁸ Se trata de la STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, FJº 5.

¹⁴⁶⁹ Al respecto señalaba Cfr. PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...”, cit., págs. 528 y 529, que “Lo que regula el artículo 105 C.E. no son ciertamente, pues, derechos constitucionales perfectos, pero sí, desde luego -algunos dirían "cuando menos"-, derechos constitucionales de configuración legal y no meros objetivos programáticos de política legislativa. Ello significa que, como ha afirmado el Consejo de Estado, el artículo 105.a) C.E. tiene eficacia normativa directa, de lo que se derivan, por lo pronto, dos consecuencias inmediatas: en primer lugar, que el enunciado inicial del artículo 105 C.E. ("la ley regulará") no puede ser entendido como la posposición de su vigencia hasta el momento en que el legislador estime oportuno acometer su desarrollo legal; y, en segundo lugar, que la legislación ordinaria (incluida la preconstitucional, art. 130.4 y 5 L.P.A.) que reconoce y regula el derecho de audiencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general debe acomodarse, siquiera por vía interpretativa (interpretación conforme a la Constitución), a las exigencias del artículo 105.a) C.E. (Dictamen 952/92)”.

¹⁴⁷⁰ Véase al respecto, GUICHOT, E. “El sentido, el contexto...”, cit., págs. 17 y ss. GUICHOT, E. “Cuestiones generales...”, cit., págs. 76 y ss.

acceso, tras el desarrollo efectuado por la LTAIBG¹⁴⁷¹. Pues, en efecto, el legislador optó por aprobar la LTAIBG como ley ordinaria, configurando el derecho como un derecho legal con base constitucional en el art. 105 CE. Evidentemente, esta opción “ha condicionado lógicamente el instrumento normativo para su regulación (ley ordinaria en lugar de ley orgánica) pero también, y lo que es más importante en régimen de protección aplicable ante eventuales vulneraciones, privándole de las garantías específicas y reforzadas de las que disfrutaban los derechos de naturaleza fundamental”¹⁴⁷².

No obstante, lejos de cerrar el debate más bien lo abría. Al ser la primera ley expresamente referida en España a la regulación del principio de transparencia y acceso a la información existió margen para el debate sobre si su encuadre constitucional había sido suficiente y si se ajustaba a los cánones internacionales. Por entonces, y aunque seguía habiendo ONG activistas en pro de la iusfundamentalización del derecho, así como autores que seguían reivindicando con convencimiento tal postura, existió corriente amplia de valoración positiva de la ley en tanto que suponía un evidente avance en la regulación de la transparencia y el derecho de acceso.

c) Tercer momento

Podría señalarse que en la actualidad el debate se ha reabierto al hilo de la pandemia. La grave crisis sanitaria ha supuesto la adopción de medidas restrictivas de derechos en el marco del Derecho Constitucional de excepción, donde la transparencia y el derecho de acceso a la información pública se han visto afectados. Esta cuestión hace por tanto replantearse el lugar que habría de ocupar el derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento, habida cuenta de los déficits que han rodeado la gestión de la pandemia desde una perspectiva comunicativa y de información.

En este sentido, se ha podido comprobar tras unos años de experiencia aplicativa de la LTAIBG, que aquella cuestión doctrinal que parecía haberse saldado tras la aprobación de la ley, en realidad había permanecido latente y aún en el contexto actual sigue teniendo actualidad. Por un lado, desde la aprobación de la LTAIBG se han seguido dando pasos

¹⁴⁷¹ En este sentido ha precisado, Cfr. PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., p. 752, que “Llama la atención la fiebre iusfundamentalista naciente a partir de la administrativización del derecho de acceso en la LTBG, posiblemente porque se esperaba un cambio de rumbo y su estético pero estático resultado final ha dado impulso a muchos investigadores a dar el paso de la motivación crítica opuesta. Este movimiento generalizado nos avala para hablar de una etapa iusfundamentalista que alcanza desde aquel momento hasta la actualidad más reciente”.

¹⁴⁷² Cfr. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p. 21.

hacia adelante en la consolidación de la sociedad digital globalizada, con cambios significativos en el proceso de comunicación, que incitan a reforzar el derecho de acceso a la información pública. Pero, además, a esto se suma una importante circunstancia sobrevenida que ha incrementado el debate, mostrando las debilidades aún existentes en lo relativo a la naturaleza jurídica del derecho. Resulta así que el periodo de crisis sanitaria vivido por la pandemia del Covid-19, ha podido servir de espejo para reflejar que aún es necesario profundizar en el estudio del derecho de acceso desde una perspectiva constitucional.

Ante un evento excepcional de tales dimensiones que implicaba un grave riesgo para la salud y la vida de las personas, la información así como su acceso, eran elementos necesarios para compensar la inseguridad inherente a la pandemia. La excepcionalidad de las circunstancias dificultaba la rendición de cuentas y la respuesta a las demandas de información en tiempo real pero, al mismo tiempo, la gestión comunicativa e informativa efectuada ha sido criticada. Entre otras medidas adoptadas que fueron cuestionadas por la doctrina, cabe destacar la suspensión de la tramitación de solicitudes de acceso a la información en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma¹⁴⁷³.

¹⁴⁷³ Téngase en cuenta la STC 168/2021, de 5 de octubre, que resuelve y estima el recurso de amparo interpuesto Santiago Abascal y otros cincuenta y un diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados respecto de las resoluciones de la mesa de la Cámara acordando la suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, al considerar que la suspensión de la tramitación de las iniciativas parlamentarias impide el ejercicio de la función representativa y de control al Gobierno y con ello se ha vulnerado su derecho fundamental de participación política (art. 23 CE). En torno a la gestión del acceso a la información pública durante la pandemia permítase la referencia a PÉREZ CONCHILLO, E. “El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria”, *Revista de Derecho Político*, nº109, 2020, págs. 229-260. Además de la suspensión de plazos para la tramitación de solicitudes de acceso, cabe citar a título de ejemplo como aspectos que se cuestionaron durante este tiempo, entre otras, el filtrado de preguntas que inicialmente se efectuaba en las ruedas de prensa para informar a los medios de comunicación sobre la gestión de la crisis sanitaria, o especialmente, la reticencia en facilitar la composición del grupo de expertos funcionarios que asesoraba al gobierno en el proceso de desescalada. Véanse sobre estas cuestiones, entre otros, BLANES CLIMENT, M. A. “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 11, 2020, págs. 13 y ss. COSTA-SÁNCHEZ, C., y LÓPEZ-GARCÍA, X. “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, nº 3, 2020. GIMENO FELIÚ, J. M. “La crisis sanitaria covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ejemplar dedicado a Coronavirus y otros problemas, nº 86-87, 2020. MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J. “Noticias falsas. confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ejemplar dedicado a Coronavirus y otros problemas, nº 86-87, 2020. SIERRA RODRÍGUEZ, J. “Estado de alarma, transparencia gubernamental y rendición de cuentas durante la crisis del COVID-19”, en RENU VILAMALA, J. M., y MESEGUER SÁNCHEZ, J. V (Dir.) *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*, Aranzadi, 2020, págs 255-276. HERNÁNDEZ

En este escenario regido por el Derecho Constitucional de excepción, se ha visto de forma práctica que la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública no es baladí, ni resulta ser sólo una cuestión dogmática sin trascendencia real. A *sensu* contrario, la posibilidad de situaciones excepcionales, como hemos visto en España, demuestra la importancia de considerar que nos encontramos frente a un derecho fundamental. La gestión de la pandemia del Covid-19 ha mostrado que no es un derecho relacionado con cuestiones de mero procedimiento, sino que tiene una envergadura constitucional por vincularse directamente con la democracia y el Estado de Derecho.

De nuevo, el contexto paradigmático de crisis sanitaria ha sometido a examen la virtualidad del derecho de acceso a la información pública en un marco de excepción constitucional que insiste en la necesidad de profundizar sobre la naturaleza jurídica del derecho a la información pública.

3.2.2. Principales posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública

Las principales posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública pueden clasificarse en tres grupos¹⁴⁷⁴. Dicha clasificación ostenta principalmente un afán sistematizador que permita entender con más precisión los argumentos propuestos en el marco de cada posición doctrinal. En cualquier caso, tales posturas no deben entenderse como incomunicadas entre sí, pues aunque a veces se hagan incompatibles mutuamente, hay ocasiones en que se nutren y pueden entenderse de manera complementaria y no excluyente¹⁴⁷⁵.

Se parte en primer lugar del sector doctrinal más reactivo a la consideración del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. En este sentido, entienden que se trata de un derecho administrativo en su visión tradicional o, en todo caso,

RODRÍGUEZ, E., y MORENO MARTÍNEZ, C. “La transparencia pública en el escenario post COVID-19: hoja de ruta para una Administración más abierta”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 13, 2021, págs. 131 a 171.

¹⁴⁷⁴ Para una exposición sobre las distintas posiciones doctrinales relativas al derecho de acceso a la información pública, pueden consultarse entre otros, FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...* cit., págs. 329 y ss. PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., págs. 750 y ss. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...”, cit., págs. 97 y ss. RAMS RAMOS, L. *Archivos y registros administrativos como objeto...*, cit., págs. 175 y ss. RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a los archivos...*, cit., págs. 158 y ss. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit., págs. 1219 y ss. ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho...”, cit., págs. 76 y ss.

¹⁴⁷⁵ Vid. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit. p. 1220.

reconocen su valor democrático pero sin que sea esto argumento suficiente para cuestionar la naturaleza jurídica que tradicionalmente le ha venido dada.

En segundo lugar, y en un paso intermedio, puede situarse aquel sector de la doctrina que entiende el derecho de acceso a la información pública como derecho de configuración legal, si bien en determinados casos puede verse beneficiado de la naturaleza fundamental de otros derechos fundamentales con los que mantiene una relación instrumental. En tales supuestos, cuando el derecho de acceso a la información pueda considerarse un *prius* para el ejercicio efectivo de otros derechos que sí gozan de la naturaleza jurídica fundamental, por situarse en la Sec. I del Cap. II del Título I CE, este sector viene admitiendo la traslación o contagio de tal naturaleza jurídica a favor del derecho de acceso.

En tercer y último lugar, puede destacarse el sector de la doctrina que directamente sostiene la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información pública, entendiendo que se trata de una manifestación concreta del derecho fundamental a recibir información del art. 20.1.d) CE, en consonancia con la tendencia internacional, *ex art.* 10.2 CE. Así, se trataría de un derecho fundamental con independencia de su relación instrumental o no con otros derechos con los que también pueda relacionarse. Se encuentran también dentro de este sector algunas matizaciones doctrinales que tienden incluso a defender el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental autónomo, independiente de la libertad de expresión e información del art. 20 CE.

A continuación, se profundizará en tales posiciones destacando los principales argumentos que ha aportado la doctrina para justificar cada una de tales posturas. Todo ello será presupuesto para justificar la necesaria configuración jurídica del derecho en la actualidad. Dicha discusión doctrinal será un recorrido necesario para responder hoy a la cuestión teniendo en cuenta el contexto sociopolítico actual, el contexto normativo y la jurisprudencia internacional.

Posición negacionista. El derecho de acceso a la información pública no es un derecho fundamental sino de configuración legal

En lo que respecta a este sector doctrinal que niega la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información pública, debe destacarse la relevancia de dicha postura ha tenido desde el surgimiento del debate doctrinal. ÁLVAREZ RICO afirmaría tempranamente, a propósito de la discusión sobre la eficacia jurídica del art. 105 CE, que

“no es ni un derecho fundamental ni tampoco un derecho de aplicación inmediata”¹⁴⁷⁶. Sin embargo, también destacó que su regulación legal en el momento de producirse tendría un efecto condicionante para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información e igualdad¹⁴⁷⁷.

Sólo unos años más tarde, POMED SÁNCHEZ abriría camino hacia la consolidación de esta posición doctrinal, vinculando el derecho de acceso a los archivos y registros con la participación en los asuntos públicos. En tal sentido, sostenía la conveniencia de diferenciar el régimen y alcance del derecho de acceso en función del sujeto que lo ejerce, ya fuera por parte de sujetos limitados y cualificados que actúan en el marco de la función representativa, vía art. 23 CE, o a favor de la ciudadanía en pos de la participación en los asuntos públicos. No obstante, el autor no llegaba a pronunciarse sobre el carácter fundamental o no del derecho¹⁴⁷⁸. Sin embargo, pocos años después afirmaría ya expresamente que se trata de un derecho de configuración legal en base a un argumento de ubicación sistemática. Esto es, justifica que es de configuración legal porque queda extramuros de la Sec. I del Cap. II del Tít. I de la CE, siéndole por tanto ajenas las garantías de protección propias de tales derechos¹⁴⁷⁹. Pese a ello, reconoce la vinculación

¹⁴⁷⁶ ÁLVAREZ RICO, M. “El derecho de acceso a los documentos...”, cit., p.111.

¹⁴⁷⁷ ÁLVAREZ RICO, M. “El derecho de acceso a los documentos...”, cit., p.111.

¹⁴⁷⁸ POMED SÁNCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos: el marco...”, cit., págs.160 y ss.

¹⁴⁷⁹ En esta misma línea, Vid. CHINCHILLA MARÍN, M. C. *La Radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p.40. Más recientemente también se ha seguido sosteniendo tal argumento, así por ejemplo entre otros sostienen, LAZKANO BROTONS, I. “El derecho a recibir información administrativa local”, *Mediatika*, nº 11, 2005, págs.114 y 115, que “se ha de indicar que el derecho de acceso del art. 105.b de la CE no es, en puridad, un derecho fundamental. Ni se halla recogido en el Título I de la CE, ni dispone, en consecuencia, de las garantías jurídico-constitucionales que corresponden a los derechos fundamentales. Por ello, entre otros motivos, el TS, en una discutida sentencia, afirmó que la posibilidad de ejercitarlo plenamente habría de esperar a que fuera desarrollado legislativamente (STS de 16 de octubre de 1979, Ar. 3369)”. Además en alusión a la regulación que se hizo del derecho en el art. 37 de la LRJAPPAC, sostiene dicho autor que “la ordenación legal tan restrictiva del derecho de acceso (en contraste con lo escueto de la proclamación constitucional del mismo) ha sido posible jurídicamente por no tratarse de un derecho fundamental”. Asimismo, PENDÁS GARCÍA, B, sostuvo en la comparecencia efectuada en la Comisión Constitucional que analizó la LTAIBG, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* nº 301, sesión nº 13, 17 de abril de 2013, p.4, que “Los derechos fundamentales son los que son y están en el título primero de la Constitución. La creatividad jurídica tiene sus límites. He leído algunas intervenciones en esta sala en las que se habla de salto con pértiga. Uno puede construir y reconstruir y extraer un derecho fundamental de cualquier sitio, pero no es una buena técnica. Al revés, los juristas estamos volviéndonos positivistas con un exceso de principialismo, de jurisprudencia creativa; alguno de los intervinientes en esta sala lo ha dicho”. En sentido similar e incluso antes que POMED SÁNCHEZ, se pronunciaba en tal sentido Cfr. DE LA OLIVA, A. “Límites constitucionales a la obtención y uso de la información”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 6, 1984, p. 55, que “no consagra este precepto, desde luego, un derecho fundamental, puesto que si la facultad de acceder a archivos y registros se estimase comprendida en el derecho a obtener o recibir información, tal derecho surgiría ex artículo 20”. En tales términos se expresa, Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M. “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *Revista de Administración Pública*, nº 137, 1995, págs. 37 y 38. Resulta paradigmático en esa posición escéptica lo sostenido en comparecencia en el Congreso de los Diputados por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de*

del derecho de acceso con otros derechos fundamentales otorgándole un carácter especial. En tal sentido, señala que “el artículo 105.b) ha sido caracterizado las más de las veces como una «disposición satélite» de concretos derechos fundamentales ¹⁴⁸⁰ que no obstante, no le harían partícipe de tal naturaleza fundamental ¹⁴⁸¹.

Dentro de esta posición doctrinal hay autores que no niegan la relación entre el derecho de acceso a los archivos y registros y algunos derechos fundamentales –principalmente con los regulados en los arts. 20 y 23 CE. No obstante, para ellos tal relación no justifica la naturaleza jurídica fundamental a favor del primero. Entre estos, se encontraban quienes mantenían que la conexión entre el derecho de acceso a los archivos y registros y la libertad de expresión e información “no alcanza a dotar a nuestro derecho de carácter fundamental” ¹⁴⁸², justificando su posición a raíz de la jurisprudencia dictada por el TS al haber tomado partido en este sentido ¹⁴⁸³. En esta misma línea, pero destacando la vinculación entre el art. 105.b) CE y el derecho a participar en los asuntos públicos del art. 23 CE, hay pronunciamientos que reducen el estatuto jurídico del derecho de acceso como inferior respecto del régimen de garantías reforzadas que ostenta el derecho fundamental a la participación política ¹⁴⁸⁴.

los Diputados, nº 254, de 12 de febrero de 2013, p. 43. Puede destacarse como ejemplo paradigmático de tal posición doctrinal, VILLANUEVA CUEVAS, A. “El derecho de acceso a archivos y registros”, *Revista Jurídica de Castilla-la Mancha*, nº 18, 1993, p. 110.

¹⁴⁸⁰ POMED SÁNCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos...”, cit., págs. 443, 444 y 445. A esta postura se unen en sentido similar FERNÁNDEZ DEL TORCO, A., DE PEDRO GARCÍA, C. “El acceso de los ciudadanos a los archivos”, *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, nº 3-4, 1999, págs. 244 y 245.

¹⁴⁸¹ Parece sumarse a este sector doctrinal entendiendo el derecho de acceso como derecho de configuración legal vinculado con el derecho de participación política y el derecho de información, arts. 23 y 20.1 CE, aunque sin pronunciarse expresamente sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso, CASTELLS ARTECHE, J. M. “El marco actual del derecho de acceso...”, págs. 33 y 34. TORREBLANCA LÓPEZ, A. “El archivo como servicio público”, *Boletín de la ANABAD LII*, nº3, 2002, págs. 100 y 101, apunta que “el derecho de acceso a los archivos (...) no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica española”.

¹⁴⁸² SENDÍN GARCÍA, M. A. “El derecho de acceso a los documentos administrativos...”, cit., págs. 392 y 393.

¹⁴⁸³ Así por ejemplo justifican su posición en contra de la naturaleza fundamental del derecho, KONNICKX FRASQUET, A. “Información y participación ciudadanas”, en ZABALLOS DOMINGO, M. J (Coord.) *Comentarios a la Ley Básica de Régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local)*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1210. LAZKANO BROTONS, I. “El derecho a recibir información...”, cit., p. 114.

¹⁴⁸⁴ A juicio de VILLANUEVA CUEVAS, A. “El derecho de acceso a archivos...”, cit., p. 110, tal postura es “muy fácil de comprender si se atiende al lugar donde se encuentra situado, en el Título IV de la Constitución, bastante alejado del punto donde se encuentran recogidos los derechos fundamentales”. En el mismo sentido cabría ubicar también a EMBID IRUJO, A. *El ciudadano y la Administración. (Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, págs. 91 y 92, que sostuvo la existencia de una “relación profunda” entre el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos y los arts. 20 y 23 CE, sin que ello bastara en modo alguno para configurarlo como derecho fundamental o en su caso para la transmisión a su favor de la naturaleza fundamental de estos últimos derechos con los

Por otro lado, otros autores negaban directamente la vinculación entre el derecho de acceso a los documentos administrativos y la libertad de información. Así, CHINCHILLA MARÍN ha sostenido que el derecho de acceso a los documentos no puede subsumirse en el art. 20 CE por tratarse de un derecho distinto a tenor de su ubicación en el texto, de los medios utilizados –pues la prensa, la radio y la televisión como medios propios del art. 20 CE distan de los acogidos en el art. 105 CE–, de los titulares del derecho –en tanto que el art. 20 CE se refiere en términos más generales a “todos”, mientras que el art. 105 CE alude a los “ciudadanos”–, así como también del objeto, –pues mientras el art. 20 CE se ciñe a las noticias como objeto susceptible de interés general ciudadano, el art. 105 se refiere en términos mucho más limitados a archivos o registros–¹⁴⁸⁵.

A estas diferenciaciones cabría también añadir otra que, en realidad, está en la base misma de esta posición doctrinal. Se trata de sostener que mientras el derecho a recibir información del art. 20 CE se constata como un derecho de libertad, el derecho de acceso a la información pública viene entendiéndose como derecho de prestación en cuanto precisa una acción del Estado para garantizarlo¹⁴⁸⁶. Dicha tesis se ve reforzada además por la constante jurisprudencia constitucional que ha insistido en que “el derecho de recibir información veraz que garantiza ese precepto constitucional es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación”¹⁴⁸⁷. De tal modo que, si por lo general se entiende el derecho de acceso a la información como un derecho de prestación se estaría impidiendo su vinculación con dicho derecho fundamental¹⁴⁸⁸.

que se vincula. Destaca también en este sentido la postura de RAMS RAMOS, L. *El derecho de acceso a los archivos...*, cit., p.212, al señalar la autora que “ el principio de transparencia y el derecho de acceso tienen indudables elementos de contacto y, en ocasiones, este último será no sólo la realización del principio de transparencia, sino que podrá ser una facultad necesaria del derecho a la información previsto por el art. 20.1.d) CE, o del derecho a la participación política del art. 23 CE e, incluso, su consideración como derecho instrumental de los anteriores podrá conducir a que su desconocimiento lleve aparejada la violación de los derechos fundamentales que se intentan ejercer, pero ello no significa que participe del carácter esencial de estos derechos”. No obstante, dicha autora matizará posteriormente su posición mostrándose claramente favorable al carácter fundamental del derecho de acceso a la información en RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España...”, cit., p.176.

¹⁴⁸⁵ Vid. CHINCHILLA MARÍN, M. C. *La Radio-televisión...* cit., págs. 40 y ss.

¹⁴⁸⁶ En este sentido, Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p.18, ha sostenido que “es claramente un derecho de prestación porque requiere un hacer por parte de la autoridad pública a la que los ciudadanos demandan información”.

¹⁴⁸⁷ STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 4

¹⁴⁸⁸ Puede incluirse aquí a SÁNCHEZ FERRO, S. “Libertades informativas y poder...”, cit., págs. 1027 a 1030, que ha sostenido que el art. 105. b) CE no ampara un derecho general de acceso a la información administrativa y gubernamental basado en el art. 20.1.d) CE, en tanto que la jurisprudencia del TC ha sostenido que la libertad de información del art. 20 CE es un derecho de libertad y no de prestación. Cuestión que a juicio de la autora lleva a que el derecho a recibir información amparado en el art. 20 CE

Dentro de esta posición doctrinal también puede encontrarse el argumento de que el derecho de acceso parte de una configuración mucho más limitada que la desplegada por el art. 20 CE¹⁴⁸⁹ para justificar la naturaleza no fundamental del derecho. E, incluso, autores como ENÉRIZ OLAECHEA entienden que el derecho de acceso a la información pública es un derecho legal que no tiene alcance constitucional, distinguiéndolo como derecho nuevo y autónomo frente al acceso a los archivos y registros administrativos. Así, aun reconociendo que la LTAIBG asienta la regulación del acceso a la información pública en el mismo precepto constitucional que los archivos y registros, atribuye esa asimilación a un error interpretativo del legislador¹⁴⁹⁰.

En el marco de esta línea doctrinal se ha destacado además el argumento obvio de que, no estando reconocido el derecho de acceso a la información como derecho fundamental en el texto constitucional, el legislador no puede actuar como creador de derechos fundamentales. Es una función que compete en exclusiva a la Constitución, mediante los procedimientos de reforma en ella misma establecidos, o a la función interpretativa

no contemple un derecho de acceso general a la información administrativa y gubernamental. Subraya la autora que el derecho de información no es autónomo, sino que sólo es operativo cuando hay una actuación previa de un tercero que hace disponible la información a favor del receptor, esto es, vinculado siempre a información que ya está difundida. Argumento que además no ha de servir para interpretar que el Estado tenga un deber de facilitar toda la información en su poder, entendido éste como fuente de información.

En contra de esta posición sobre que el Estado no tiene obligación de informar sobre los asuntos públicos se ha pronunciado expresamente ESCOBAR ROCA, G. “Derechos y principios constitucionales...”, cit., págs. 836 y 837, señalando que “A mi juicio, el principio democrático impone a los poderes públicos la obligación de informar sobre los asuntos públicos. Literalmente esta obligación sólo aparece recogida en el art 105 b) CE (...) el precepto reconoce, bien que implícita y cautelosamente (no se habla expresamente de derechos ni de obligaciones), el deber de la Administración (...) de informar sobre lo que está en los archivos y registros (...) Si configuráramos un deber de información pública limitado a la interpretación literal del artículo 105 b) estaríamos apostando por una concepción minimalista de la democracia, que daría al traste con la «sociedad democrática avanzada» (...) Una de las mejores definiciones de democracia se encuentra en el primer inciso del art. 23.1 CE (...) Para participar hay que estar informados. Sin información previa no hay participación digna de tal nombre. Si existe derecho a participar, debe existir el deber de los poderes públicos de informar de manera suficiente para que la participación pueda ser efectiva. Si bien expresamente no hay en la Constitución una obligación general de informar a los ciudadanos por parte de los poderes públicos, dicha obligación puede entenderse como parte del carácter objetivo del derecho fundamental del art. 23.1 CE. En consecuencia, existe un deber del legislador de prever mecanismos obligatorios de información pública; de no hacerlo, incurrirá en inconstitucionalidad sobrevenida por omisión, por vulneración del art .23.1”.

¹⁴⁸⁹ CARRILLO, M. “Transparencia y derechos de acceso...”, cit., p.279, apunta que “el derecho de la ciudadanía de acceso a la información de las administraciones públicas (art. 105 b CE), en ningún caso puede ser universal para cualquier ciudadano con independencia del interés que pueda acreditar sobre la cuestión ni tampoco indiscriminado, de forma que cualquier contenido pueda ser accesible a petición del solicitante. No es el caso del derecho fundamental a recibir información reconocido en el art. 201.d) CE, pilar fundamental del sistema democrático, que aun no siendo –por supuesto- que permita acceder a cualquier contenido es, en este sentido y sin ningún género de duda, un derecho de espectro objetivo indiscutiblemente más amplio, siempre que la información sea de interés general o también si se refiere a personas de relevancia o notoriedad pública”.

¹⁴⁹⁰Vid. ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. “El nuevo derecho de acceso...”, cit., p. 4.

atribuida en exclusiva al TC como máximo garante de aquella¹⁴⁹¹. De esta forma, si el legislador hubiera dado el carácter orgánico a la LTAIBG se excedería de las funciones que le son propias, incurriendo en una mutación constitucional por regular un derecho nuevo no previsto en el texto constitucional¹⁴⁹².

Esta posición doctrinal ha sido preponderante durante largo tiempo, sobre todo en la etapa más inicial, coincidente con la entrada en vigor de la Constitución. Podría decirse que, para esta doctrina, “el reconocimiento expreso del art. 105.b) CE, que en su día fue muy avanzado, ha servido, como un efecto colateral no previsto ni seguramente deseado por el constituyente, para debilitar, más que para animar, el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública con carácter general en nuestro ordenamiento”¹⁴⁹³.

A modo de conclusión, pueden realizarse dos objeciones a esta forma de interpretar el derecho de acceso. Por un lado, su aproximación de partida casa mal con el principio de transparencia por no insistir en su importancia para contrarrestar la cultura del secreto. Ligado con lo anterior, parte de una concepción reduccionista del derecho, cuando éste en realidad ostenta una envergadura constitucional ligada con el Estado social y democrático de Derecho.

En segundo lugar, trata de mantener una posición que, si bien cuenta con el amparo hasta el momento de la jurisprudencia del TS y TC dictada sobre la materia, dista de la imagen que recibe desde el contexto internacional. Es un elemento clave que reclama la atención de los Estados miembros para dar respuestas eficaces a cuestiones que están teniendo esas respuestas en el ámbito internacional. Una posición nacional que se mantenga al margen de los avances en la interpretación internacional de los derechos, estará reflejando una realidad incompleta e inconexa en el marco del constitucionalismo multinivel.

Posición intermedia. El derecho de acceso a la información pública es un derecho de configuración legal que en ocasiones, por conexión instrumental con otros derechos fundamentales, puede gozar de tal naturaleza jurídica

Esta postura parte en principio del mismo punto que la anterior, al considerar como regla general que el derecho de acceso a la información pública es un derecho de configuración

¹⁴⁹¹ Sobre esta cuestión puede verse, MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...”, p.100. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.42.

¹⁴⁹² Desarrolla esta idea, Vid. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 351.

¹⁴⁹³ Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p. 11.

legal. No obstante, difieren en que este último sector doctrinal considera posible que la relación de instrumentalidad del derecho de acceso a la información pública con otros derechos fundamentales pueda llegar a justificar su tratamiento jurídico como tal¹⁴⁹⁴. Ello ocurre cuando el derecho de acceso a la información pública se constituye como presupuesto necesario para el efectivo ejercicio de derechos de indiscutible consideración fundamental, hasta el punto de que la obstaculización del acceso a la información en tales supuestos supondría una afectación del contenido esencial de aquellos derechos fundamentales. De ahí que tal relación instrumental permita tender esa naturaleza

¹⁴⁹⁴ Parece ir en línea con esta idea la SAN 51/1998, de 13 de noviembre, que trae causa de la demanda interpuesta por un periodista como consecuencia de la denegación del acceso a expedientes administrativos solicitados sobre créditos concedidos a una empresa pública en un periodo de 10 años. El recurso se interpuso por considerar el recurrente que la resolución desestimatoria infringía el ejercicio del derecho fundamental a la información veraz del art. 20.1.d) CE. En este caso, la AN fundamenta el fallo en torno a la cuestión que interesa señalando que, “el derecho constitucional a “recibir y difundir información veraz por cualquier medio de difusión” no puede confundirse con el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos, derecho de configuración legal como determina el art. 105.b) de la Constitución, el cual podrá limitarse cuando afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, (...) puede decirse que el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos, principio fundamental de todo sistema democrático, sin llegar a la categoría de derecho fundamental, sí puede proclamarse como un derecho subjetivo a la información. En este sentido, se presenta, por tanto, como un derecho de configuración legal que, en ciertos aspectos puede incidir sobre el derecho fundamental a recibir y comunicar información veraz, especialmente cuando no se dan razones, no se motiva, o las expuestas carecen, objetivamente, de toda base legal. En estos casos, ciertamente, la infracción de este derecho básico, en cuanto repercute de una manera negativa sobre el derecho fundamental, puede ser objeto de este procedimiento especial”.

Sobre la instrumentalización del derecho de acceso como parte del derecho de participación política, resalta la sentencia dictada por el TSJ de las Islas Baleares 561/2016, de 8 noviembre, en donde afirma que el derecho de acceso a la información pública “no es un derecho fundamental sino un derecho constitucional de configuración legal, lo que en principio obliga a acudir a las disposiciones que han establecido los requisitos para su ejercicio”, pero luego matiza lo anterior sobre la base de que “el derecho constitucional de acceso a la información pública sí que tiene naturaleza de derecho fundamental en aquellos casos en que forma parte del contenido esencial de un derecho fundamental, como cuando se trata del caso previsto en el artículo 23.2 de la Constitución, es decir, del derecho de acceso a la documentación pública que forma parte del derecho a acceder de los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad”.

En contra de esta posibilidad se expresa sin embargo el TS en la STS de 29 de mayo de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:3886. En esta sentencia el TS mantiene una concepción puramente formalista, sosteniendo en el FJ4 que “lo que la recurrente solicitó a la Administración no fue propiamente información. Así lo demuestra que no pidió acceso a determinada documentación recogida en algún archivo o registro administrativo, ni siquiera genéricamente a la documentación existente sobre cierto problema. Pidió, más bien, que se le diesen explicaciones acerca del desarrollo legislativo (...) del referido Convenio de la OCDE, así como de la actividad de la Administración en la materia. Esto no es una solicitud de acceso a la información y, desde luego, no es “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en el sentido del art. 105 (...), que es la norma constitucional específicamente reguladora de la cuestión aquí examinada. (...) lo solicitado se aproxima mucho a una interpelación política; algo que queda fuera del derecho de acceso a la información en manos de los poderes públicos, cualquiera que sea el fundamento constitucional del mismo. En otras palabras, los ciudadanos tienen derecho -salvo en determinadas materias protegidas- a conocer la documentación recogida en los archivos y registros administrativos; pero no lo tienen a obtener explicaciones del Gobierno y la Administración sobre cualquier asunto de interés general. (...) De cuanto se acaba de exponer resulta que, aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los arts. 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos -algo que dista de ser evidente-, la sentencia impugnada no los ha infringido, ya que lo solicitado por la recurrente no era información”.

fundamental a favor del derecho de acceso a la información pública. El sentido pues, no es otro que el de instrumentalizar el derecho de acceso a la información pública como *prius* necesario para la efectiva realización de un derecho reconocido como fundamental.

En esta posición doctrinal, MESTRE DELGADO considera fundamental el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos cuando se instrumentaliza con el derecho de acceso a cargos públicos del art. 23.2 CE, la libertad de información de profesionales de la comunicación *ex* art. 20.1.d) CE, el derecho a la intimidad y el honor del art. 18 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Respecto del primer supuesto, se trata en realidad de uno de los casos más claros sobre los que sustentar el carácter instrumental del acceso a la información pública para el desarrollo del *ius in officium* atribuido a los representantes políticos. Para tal caso, considera el autor que el derecho del art. 105.b) CE encauza una vía especial e intensificada, representada por la condición subjetiva del titular del derecho –que actúa como representante público– en virtud del art. 23 CE¹⁴⁹⁵. En este ámbito también cabría extrapolar las mismas consideraciones al ámbito local en el que los miembros de las corporaciones locales tienen también derecho de acceso a información en poder de la respectiva corporación, que sea necesaria para el ejercicio de su función representativa¹⁴⁹⁶.

Esta postura se ve a su vez impulsada por la jurisprudencia del TC que entiende como parte del derecho a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos, el derecho a mantenerse en el mismo sin perturbaciones ilegítimas. Y dentro de tal manifestación del art. 23.2 CE, se encontraría el derecho de acceso de los representantes a obtener información, en tanto se considera esencial para el efectivo ejercicio de la función representativa que se les encomienda y que, además, viene garantizado en una norma con rango de ley como son los reglamentos parlamentarios¹⁴⁹⁷. Del mismo modo, se ha

¹⁴⁹⁵ Vid. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., págs. 76, 77.

¹⁴⁹⁶ Toda vez que se trata de un derecho igualmente integrado para este supuesto en el art. 23 CE, reconocido en virtud del art. 77 LBRL y arts. 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF). Así, por ejemplo cabría señalar la STS de 29 de marzo de 2006 - ECLI:ES:TS:2006:2554, en la que el TS en el FJ3 que “el núcleo esencial del derecho a participar en asuntos públicos supone para los Concejales el acceso a la documentación e información existente en el Ayuntamiento”.

¹⁴⁹⁷ En tal sentido, puede destacarse entre otras la STC 32/2017, de 27 de febrero, al señalar en el FJ 5 que “nos encontramos ante “un derecho individual” de los Diputados que se integra en el status propio del cargo; derecho que: a) les faculta para recabar información de la Administración Regional o “de la Administración Central, Local y otras instituciones en el ámbito territorial (...) b) se les otorga “para el mejor cumplimiento de sus funciones”; c) su finalidad específica es “la de conocer determinados hechos y

reconocido a los representantes sindicales, en el marco del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28 CE), un derecho de acceso a la información pública para el desarrollo de su labor en defensa de los intereses de los empleados públicos¹⁴⁹⁸.

MESTRE DELGADO también ha considerado fundamental el derecho de acceso a los archivos y registros, por su relación con la libertad de información. En este caso, el carácter fundamental del derecho a los archivos y registros vendría dado cuando quien requiera el acceso a tales archivos y registros sean los profesionales de la información, dado que actúan amparados en la libertad de información *ex art. 20.1.d) CE* como intermediarios naturales entre la noticia y la ciudadanía¹⁴⁹⁹. Particularmente, entiende circunscrita la naturaleza fundamental del derecho de acceso a favor de los profesionales de la información sobre la base del supuesto específico de informaciones sobre procesos judiciales. En este sentido, y con base en la jurisprudencia constitucional sentada por la STC 30/1982, de 1 de junio, entiende que los medios de comunicación actúan como

situaciones, así como los documentos administrativos que los evidencian, relativos a la actividad de las Administraciones públicas; información que bien puede agotar sus efectos en su obtención o ser instrumental y servir posteriormente para que el Diputado que la recaba, o su Grupo parlamentario, lleven a cabo un juicio o valoración sobre esa concreta actividad y la política del Gobierno, utilizando otros instrumentos de control”.

En esta misma sentencia el TC subraya el carácter instrumental del derecho de acceso a la información para el efectivo ejercicio de la función representativa, apuntando en el FJ 4, que “como tal derecho funcional, se encuentra en el reconocimiento por el reglamento, de que todos y cada uno de los Diputados ostentan facultades de control al Gobierno (interpelaciones y preguntas; arts. 180 y 185 RCD, respectivamente) respecto de las cuales el derecho de recabar información de las Administraciones tiene un alcance claramente instrumental. En razón de todo ello debemos concluir que el art. 7.1 RCD reconoce el derecho individual de los Diputados a recabar, en la forma y con los requisitos que el mismo reglamento establece, información a la Administración, derecho que deriva del status propio del cargo de Diputado, y por ello, se inserta y forma parte del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución”.

No sólo la jurisprudencia constitucional se ha hecho eco de la vinculación entre el acceso a la información pública y el ejercicio de la función representativa, pudiendo citarse entre otras la STSJ de Castilla la Mancha 380/2016, de 12 de septiembre, FJ 3, que subraya que “el núcleo esencial del derecho a participar en asuntos públicos supone para los Concejales el acceso a la documentación e información existente en el Ayuntamiento, pero no les añade ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados. Esa declaración principal se completa con la afirmación adicional de que debe establecerse una distinción entre el derecho de acceso a la información y el derecho a obtener copias; y con la aclaración de que en el artículo 23.2 CE se integra el derecho de acceso a la información (reconocido y regulado en el artículo 77 de la LRBRL), pero no el de obtener copias de documentos”.

Vid. SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ7; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 5; 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 7; 203/2001, de 15 de octubre, FJ3; 57/2011, de 3 de mayo FJ 4; 32/2017, de 27 de febrero, FJ 5; 124/2018, de 14 de noviembre, FJ7.

¹⁴⁹⁸ Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 192. Así se ha reconocido también por parte de la jurisprudencia ordinaria, en tal sentido véase STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 6 de junio de 2014, Recurso de apelación 215/2013, en cuyo FJ 4 se señala que “la Sección Sindical demandante tiene derecho a obtener la información solicitada de la Administración demandada en cuanto que, a través de ella, puede conocer la actuación realizada por el Ayuntamiento en el ámbito material al que se refiere la referida información y así realizar, en los términos que crea convenientes, las funciones que le son propias como Sección Sindical (fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional 188/1995)”.

¹⁴⁹⁹ En el mismo sentido, CHINCHILLA MARÍN, M. C. *La Radio-televisión...*, cit., págs. 52 y 53.

intermediarios naturales entre la noticia y los ciudadanos, ya que la proyección del principio de publicidad de los juicios del art. 120 CE exige que los medios de comunicación puedan adquirir tal información para transmitirla¹⁵⁰⁰.

Coincidiendo con esta idea, CHINCHILLA MARÍN sostiene que la imposibilidad material del público a estar presentes en juicio o sesiones parlamentarias, hace que el derecho a informarse de los profesionales y medios de comunicación esté implícitamente reconocido a su favor en el derecho a comunicar y recibir información, siendo condición previa para el ejercicio de ambas libertades¹⁵⁰¹.

De este modo, haciendo uso del caso concreto de acceso a información sobre juicios, circunscriben el carácter fundamental del derecho de acceso a los archivos y registros al caso en que el sujeto activo sea un profesional de la información y, por tanto, no extensible para cualquier otro supuesto en que pudiera solicitarse información por parte de la ciudadanía. Esta consideración no ha estado exenta de críticas, pues se ha cuestionado cuál es la razón que hace reducir el carácter fundamental del derecho de acceso a los archivos y registros –en conexión con el art. 20 CE– con carácter exclusivo para los profesionales y medios de comunicación social. Ya que, más allá del supuesto específico mencionado no existe motivo para asumir que dicha especialidad determine negativamente para el resto de casos el carácter no fundamental del derecho de acceso a los archivos y registros cuando el solicitante sea un ciudadano. No ha de entenderse por

¹⁵⁰⁰ Vid. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., p. 80. El autor hace referencia a la STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4, pero más recientemente pueden verse entre otras, SSTC 56/2004, de 19 de abril, FJ3; 57/2004, de 19 de abril, FJ3; 159/2005, de 20 de junio, FJ3. No obstante, debe puntualizarse que el derecho preferencial que en el caso concreto de acceso a salas de justicia se otorga a los periodistas como profesionales de la información, para actuar de intermediarios entre la noticia y la ciudadanía, no excluye en modo alguno la titularidad de tal derecho a favor de todas las personas. Así no obstante aunque los periodistas puedan considerarse sujetos cualificados, en los que la protección de la libertad de expresión en sentido amplio pueda intensificarse por vehicular la garantía de la opinión pública, también se reconoce a favor de la colectividad. Sobre la titularidad del derecho a la libertad de información de los ciudadanos se ha pronunciado reiteradamente el TC, en SSTC como 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 30/1982, de 1 de junio, FJ4; 165/1987, de 27 de octubre, FJ10; 219/1992, de 3 de diciembre, FJ2; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ2; 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 7, entre otras. Recientemente cabría destacar la STC 6/2020, de 27 de enero, al ser un claro ejemplo del derecho a la libertad de información ejercido por un particular. Ahora bien, es cierto que tal como ha destacado FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p.194, “para un amplio sector de la doctrina (...), si bien la libertad de informarse constituye un componente esencial de la libertad activa de información, en el sentido de que debe reconocerse al individuo un derecho a buscar y obtener información para poder difundirla al vincular el derecho a informarse al derecho a transmitir información, tal derecho a informarse se reserva a los profesionales de la información, excluyéndose a la generalidad de los ciudadanos (modelo “emisor latente”). Y en coherencia con la configuración de la libertad de informarse como prerrogativa de los profesionales de la información (tesis de la intermediación de los medios), el derecho a recibir información garantizado por el art. 20.1.d) constituye un mero “derecho del público a la noticia”.

¹⁵⁰¹ Vid. CHINCHILLA MARÍN, M. C. *La Radio-televisión...*, cit., págs 52 y 53.

tanto ese supuesto específico como una justificación para restringir a mayores la naturaleza fundamental del derecho, cuando sean los ciudadanos los que de motu proprio quieran obtener la información en virtud del acceso a los archivos y registros¹⁵⁰².

Además de supuestos relacionados con el *ius in officium*, también se instrumentaliza el acceso a la información con el derecho al honor y la intimidad del art. 18.1 CE y la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Respecto del derecho a la intimidad los relaciona el autor como límites al derecho de acceso. Sin embargo, habría que convenir más bien en este punto con lo expuesto por FERNÁNDEZ RAMOS cuando apunta que, en realidad, la verdadera relación entre acceso a la información e intimidad radica en que el primero se convierte en “un derecho medial al derecho a la intimidad, en su vertiente activa o positiva del derecho a la autodeterminación informativa”¹⁵⁰³. Esto es, el derecho de acceso sería un derecho fundamental cuando suponga una afección a la protección de datos personales¹⁵⁰⁴ del art. 18.4 CE.

Para el caso del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, que en su caso puede requerir de la instrumentalización del acceso a la información, apunta MESTRE DELGADO que precisamente una de las particularidades del derecho de acceso es que se otorga en favor de todos los ciudadanos sin que sea necesario tener la condición específica de interesado. No obstante, ello no impide que pueda cualificar la posición de quien ostente un interés específico, poniéndolo al servicio del derecho de defensa. Pues, “con independencia del trámite de audiencia, el conocimiento de lo actuado puede ser de utilidad para conocer si es procedente o no promover la actividad jurisdiccional o para determinar incluso la posición jurídica que realmente puede ocuparse (...)”¹⁵⁰⁵.

¹⁵⁰² Realiza dicha crítica, Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit. págs. 337 y 338.

¹⁵⁰³ FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit., p.338.

¹⁵⁰⁴ Tal como sostuvo el TC en las sentencias 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ6 el “derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales”. Asimismo véase, STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7. Más recientemente, STC 151/2014, de 25 de septiembre, FJ7.

¹⁵⁰⁵ Cfr. MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos...*, cit., págs. 92 y 93.

Esta postura doctrinal tampoco está exenta de problemas aplicativos y posibles críticas. Ya que parece no tener del todo acomodo ni justificación la limitación del derecho de acceso por su instrumentalización, a veces excesiva, con otros derechos. Tal situación se manifiesta con especial incidencia en esta postura cuando, relacionando el derecho de acceso con otros derechos fundamentales, se otorga un valor distinto al derecho por razón del sujeto que lo ejerce. Esta perspectiva avoca a la aplicación de un régimen distinto y, por tanto, de una naturaleza jurídica también diferente cuando se trata de un sujeto privilegiado o cualificado por actuar en el marco del *ius in officium*, frente a la ciudadanía. Tal diferenciación, llevada a la consideración de que sólo cuando se ejerce por representantes políticos, sindicales o por los medios de comunicación, adquiere valor fundamental, “no encuentra acomodo en la asunción de la transparencia como un principio clave del estado democrático”¹⁵⁰⁶.

Es indiscutible que para casos como los planteados, el derecho de acceso a la información se potencia como derecho fundamental al constituirse en instrumento necesario para el *ius in officium*. Así ha sido declarado de hecho por el TC a partir de la STC 161/1988, de 20 de septiembre, considerando que el derecho a recabar información por parte de los parlamentarios forma parte del derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad. Asimismo, resulta extrapolable a favor de concejales, como representantes en el ámbito local. No obstante, que en tales casos el derecho de acceso a la información consolide claramente su naturaleza fundamental derivada del *ius in officium*, no significa que para otros supuestos donde sean los ciudadanos los que ejerzan el derecho no ostente o deba ostentar la misma consideración, si bien claramente no sobre la base del ejercicio de una función representativa.

Que el derecho tenga un especial valor en este supuesto concreto, si acaso ha de servir de complemento y valor añadido, pero no utilizarse como argumento para restar fuerza al derecho cuando sean otros los sujetos implicados. Además, respecto de esta asunción bicéfala del derecho de acceso a la información, se ha dicho que “la consideración de un mismo derecho con una naturaleza dual según su ejercicio resulta, no obstante, difícil de asimilar desde una perspectiva constitucional, especialmente por actuar en ambos

¹⁵⁰⁶ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, C. “Análisis comparativo de la legislación...”, cit. p. 261. Expone en este sentido un ejemplo práctico muy representativo de la problemática que subyace, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 212. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...” cit., p.108.

supuestos como un medio para el ejercicio de derechos fundamentales y no como un fin en sí mismo”¹⁵⁰⁷.

La crítica de fondo que procede en mi opinión a esa idea discriminadora por razón del sujeto que ejerce el derecho es que no responde a la esencia del derecho de acceso a la información pública como derecho subjetivo a favor de todas las personas y como manifestación del principio de transparencia, vinculado con el proceso de formación de la opinión pública. En este sentido, no ha de olvidarse que la transparencia y del derecho de acceso a la información pública operan como un presupuesto a favor de la ciudadanía que rompe con visiones antagónicas de opacidad. Y tal significado sólo tiene sentido en un reconocimiento amplio a favor de todas las personas, para facilitar el control difuso de la administración y la capacidad de los ciudadanos de estar informados a iniciativa propia. No se trata pues de vincular sólo el especial valor del derecho con una cualificación del sujeto que lo ejerce. En otro caso, se estaría limitando el significado democrático del derecho de acceso a la información, al supeditarlo en exclusiva con el ejercicio de funciones determinadas.

Posición iusfundamentalista. El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental

Frente a la posición negacionista, que ha sido protagonista principal del debate casi hasta la aprobación de la LTAIBG, ha ido cobrando fuerza la postura opuesta que defiende la naturaleza fundamental del derecho vinculada a la libertad de información. El auge de esta última posición ha sido exponencial y ha llegado a reunir el acuerdo de gran parte de la doctrina especializada en la materia¹⁵⁰⁸. Empero, se trata de una posición que exige mayor detenimiento argumentativo, en tanto que se separa de la configuración legal del derecho. Ésta, además, es la razón por la que se critica por la doctrina más reacia el

¹⁵⁰⁷ Cfr. PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., p. 754. Este mismo autor subraya en concreto sobre la vinculación con los medios de comunicación que, “quedaría mucha información sin emitirse al libre albedrío de lo que los medios de comunicación información para los medios de comunicación consideren o no necesario o emisible para satisfacer deberes que tienen y los intereses populares. Además, qué información llegaría si ha de ser procesada por medios vinculados siempre a opiniones y vinculaciones con lo que la calidad e imparcialidad de la información quedaría maltrecha de plano”.

¹⁵⁰⁸ En este sentido indica PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., págs. 752 y 753, que “Llama la atención la fiebre iusfundamentalista naciente a partir de la administrativización del derecho de acceso en la LTBG, posiblemente porque se esperaba un cambio de rumbo y su estático pero estático resultado final ha dado impulso a muchos investigadores a dar el paso de la motivación crítica opuesta. Este movimiento generalizado nos avala para hablar de una etapa iusfundamentalista que alcanza desde aquel momento hasta la actualidad más reciente”.

especial voluntarismo o la excesiva creatividad jurídica para argumentar que se trata de un derecho fundamental¹⁵⁰⁹.

Son varios los motivos que han llevado a la doctrina a defender esta posición favorable a la naturaleza fundamental del derecho de acceso. Por un lado, teniendo en cuenta que la defensa de esta posición fue coetánea a la tramitación de la LTAIBG, debe señalarse que la defensa iusfundamentalista del derecho de acceso se potencia por la necesidad de responder al contexto político social del momento. Esto es, los problemas de corrupción, la crisis económica, los problemas de opacidad, la falta de rendición de cuentas y de la presencia de la ciudadanía en la toma de decisiones, visibilizaron la necesidad de reforzar la naturaleza jurídica del derecho como un derecho fundamental así como sus garantías. A la vez, se hacía evidente el escollo normativo existente en España por aquel entonces en torno a la regulación de este derecho para hacer frente a los problemas señalados. En este sentido, y siendo conscientes de las limitaciones que determinaban la configuración del derecho en la regulación anterior a la LTAIBG, se produce un reforzamiento de la defensa iusfundamentalista del derecho cuando se transita de la limitada configuración del derecho de acceso a los archivos y registros en el seno de la LRJAPPAC a la configuración del ahora derecho de acceso a la información pública regulado en la LTAIBG¹⁵¹⁰.

No obstante, debe advertirse que aunque la aprobación de la LTAIBG sea el referente temporal en el que la defensa iusfundamentalista del derecho adquiere mayor relevancia, no se sitúa aquí el punto de origen de tal consideración. Junto con la posición más reacia inicial, que fue protagonista desde la aprobación de la Constitución, coexistió una línea interpretativa antagónica que ya tempranamente defendió la naturaleza fundamental del derecho al vincularlo con el art 20.1.d) CE. En concreto, este sector doctrinal consiguió

¹⁵⁰⁹ Entre otros se ha mostrado crítico en este sentido, OLABARRÍA MUÑOZ, E. *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados*, nº 254, de 12 de febrero de 2013, p. 41, al señalar que “Se buscan aquí fórmulas un tanto imaginativas o espiritualistas, dar per saltum al artículo 20 de la Constitución el carácter o la legitimación del derecho a la transparencia de los ciudadanos cuando el sentido jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional en relación con el artículo 20 es garantizar la información a los medios de comunicación, y esa ha sido linealmente la jurisprudencia con relación a este precepto. Ya per saltum no, ya es un salto con pértiga cuando se intenta buscar en el artículo 18.4 nada menos, el derecho a la informática, para garantizar el carácter de derecho fundamental de los que aquí se consignan”.

¹⁵¹⁰ Vid. Federación Española de Municipios y Provincias. “El acceso a los expedientes por razón del estado de tramitación del procedimiento” en *Comentarios sobre aspectos clave...*, cit., págs. 254 y ss

acertar en la que posteriormente ha sido la línea interpretativa acogida a nivel internacional¹⁵¹¹.

Dicho esto, y ligado con lo anterior, debe añadirse también el argumento vinculado al art. 105.b) CE. Como se ha visto, el criterio de ubicación sistemática del derecho ha sido determinante, e incluso “piedra angular de la posición que niega el carácter fundamental”¹⁵¹² del derecho. No obstante, el sector doctrinal que postula a favor del carácter fundamental del derecho de acceso a la información matiza este criterio. ROLLNERT LIERN ha señalado en este sentido que “el solo hecho de que el acceso a la información pública esté reconocido por el art. 105.b) como un derecho que en el contexto de las relaciones entre el ciudadano y la Administración y en su configuración concreta de acceso a los archivos y registros administrativos deba ser desarrollado legalmente, no es de por sí incompatible con que forme parte del contenido del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE si ello resulta de su interpretación con arreglo al canon hermenéutico de los tratados internacionales sobre derechos ratificados por España (art. 10.2 CE)”¹⁵¹³.

Esto nos lleva por tanto al argumento del carácter e interpretación dinámica de los derechos. Pues, no tratándose el ordenamiento de una esfera inmutable, ha de abrirse a interpretaciones evolutivas marcadas por el criterio de interpretación conforme al contexto internacional¹⁵¹⁴. De modo que, respetando la normatividad del texto

¹⁵¹¹ Pueden incluirse en este sector doctrinal que coexiste con la posición contraria al carácter fundamental del derecho de acceso desde la aprobación de la CE, e incluso antes de dicha aprobación, entre otros por todos, GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 8, 1976, págs. 115 y 116. SAINZ MORENO, F. “Un caso de aplicación directa de la Constitución...”, cit., p. 122. VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...*, cit., p. 118. BASTIDA FREIJEDO, F. J. *La libertad de antena...* cit., págs. 270 y 271. FERNÁNDEZ RAMOS, S. *El derecho de acceso a los documentos...*, cit., págs. 350 y ss.

¹⁵¹² Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 351.

¹⁵¹³ Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 351.

¹⁵¹⁴ En concreto sobre la interpretación dinámica y evolutiva del derecho de acceso a la información pública SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M (Coord.) *El derecho de acceso a la información pública*. Universidad Complutense de Madrid, 2008, págs. 32 y 33. Este mismo autor ha destacado en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p. 296, que “es cierto que defendemos la aparición de un nuevo derecho fundamental, y eso puede suponer el rechazo de algún autor que no acepta “ese incremento en progresión geométrica de los derechos humanos”, pero en este caso se trataría de un derecho subjetivo que surge para afrontar los nuevos retos de la sociedad de la información, de igual forma que ha ocurrido con el nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales. En todo caso, creemos que no existe un catálogo cerrado y estático de derechos fundamentales. La evolución de la sociedad exige respuestas jurídicas a los nuevos retos. Así se entiende con la aparición del derecho a la protección de datos y, así podemos proclamarlo del derecho a acceder a la información pública”.

constitucional, permita ajustar y actualizar su contenido evitando la petrificación del ordenamiento. Ligado a esta idea y en el centro de los argumentos que llevan a sostener esta postura, se encuentra el art. 10.2 CE como canon de interpretación de los derechos sobre el que gira la tesis de que el acceso a la información pública debe considerarse como un derecho fundamental en una interpretación conforme al contexto internacional.

Como se vio anteriormente, los reacios al carácter fundamental del derecho de acceso utilizan esta idea para entender que se alteran las funciones propiamente atribuidas al legislativo en esta opción interpretativa, llegando como resultado a algo no querido por la literalidad del texto constitucional. En otros términos, se produce una innovación constitucional ilegítima o mutación constitucional. Sin embargo, también es posible interpretar en línea con ROLLNERT LIERN, que no hablaríamos de una mutación constitucional “en la medida que no desborde los límites propios de la actividad interpretativa por cuanto, (...) la mutación empieza precisamente allá donde acaban las posibilidades de la interpretación y en el presente caso es el propio texto constitucional (art. 10.2 CE) el que ha dispuesto la apertura de sus normas sobre derechos a los desarrollos interpretativos derivados de los instrumentos internacionales ratificados por España”¹⁵¹⁵. Sabemos que este no es el problema sino la imposibilidad de introducir nuevos derechos por la vía del art. 10.2 CE.

No se trata de un argumento superficial, pues tanto en el ámbito global de la ONU, como en otros ámbitos regionales, y sobre todo en el marco más cercano del Consejo de Europa y de la UE, es unánime la consideración del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental vinculado esencialmente con la libertad de información. Por esta razón es posible identificar la interpretación evolutiva del art. 10 CEDH como un elemento clave para la transformación de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información en derecho fundamental, vía art. 10.2 y 96 CE¹⁵¹⁶.

Es por esto mismo que gran parte del sector iusfundamentalista en nuestro ordenamiento ha hecho este paralelismo, entendiendo que el derecho de acceso a la información pública debe considerarse un derecho fundamental, no ya por su vinculación con otros derechos

¹⁵¹⁵ Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p.352.

¹⁵¹⁶ RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit., p.1245, señala en este sentido que “no solo el texto del Convenio, sino también la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Estrasburgo se incorporan al Derecho español y sirven a los tribunales nacionales para interpretar el Derecho interno en este ámbito de los derechos fundamentales, cuando dichos derechos están reconocidos en el texto del citado Convenio, como es en este caso, y así lo viene haciendo con regularidad desde su creación el Tribunal Constitucional”.

fundamentales, –como diría el sector doctrinal anteriormente analizado–, sino por ser en sí mismo una concreta manifestación de la libertad de información¹⁵¹⁷, vía art. 10.2 CE. Ergo, se acepta que la asunción nacional de la interpretación evolutiva del derecho en el marco internacional, especialmente en el marco del Consejo de Europa, ha de llevarnos a un resultado coherente con aquel.

Justamente este argumento de interpretación dinámica del derecho, en conexión con el contexto internacional, ha sido relevante para justificar el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública en diversas sentencias, entre las que cabe citar la SJJCA nº2, 46/2017, al apuntar en efecto que,

“El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos: es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía”. Señala además que, “la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia”¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁷ Se muestra a favor del carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública por ser manifestación de la libertad de información a tenor del criterio de interpretación conforme al contexto internacional, vía art. 10.2 CE, entre otros, Vid. GUICHOT, E. “Transparencia versus protección de datos”, en BLANCO ESTEVE, A (Coords.) *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, p. 296. RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit., págs.1243 y ss. MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...” cit., p.120. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., p.294. IBÁÑEZ GARCÍA, I. “Derecho de acceso a la información pública (arts. 12...” cit., p. 226. ORTEGA GUTIÉRREZ, D. “Derecho a la información: balance y cuestiones pendientes”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, págs. 679 y 680. COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p. 53. OLMEDO PALACIOS, M. “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre...cit., págs. 2 y ss. ANTONINO DE LA CÁMARA, M. “Transparencia y derecho de acceso...”, cit., p. 6. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. “Acerca de la naturaleza...”, cit., págs. 2 y ss. ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho de acceso...”, cit., p. 88.

¹⁵¹⁸ Cfr. SJJCA 46/2017, de 22 de junio, FJ 5. En este mismo año resultan de sumo interés para el desarrollo interpretativo del derecho de acceso a la información, las SJJCA, ambas dictadas en 2017, en las que se reconoce sin titubeos la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información en una interpretación conforme con el ámbito internacional. Se trata de las SJJCA 39/2017, de 22 de marzo, FJ 3 y 46/2017, de 22 de junio, FJ5, en las que se advierte que, “el derecho de acceso a la información es un

En este orden de ideas cabe entender que el derecho de acceso a la información queda encuadrado como manifestación de la libertad de recibir información, art. 20.1.d) CE en conexión con el art. 105.b) CE¹⁵¹⁹. Sostiene en este sentido ORTEGA GUTIÉRREZ que el derecho de acceso a la información pública debe entenderse como una manifestación que forma parte del contenido esencial del derecho a la información del art. 20.1.d) CE y, por tanto, gozar a su favor de las garantías propias de éste último en consonancia con la construcción que se ha hecho del derecho en el contexto internacional¹⁵²⁰.

Aunque el precepto clave para este sector doctrinal, en lo relativo al encaje constitucional del derecho, sea el art. 20.1.d) CE, igualmente reconocen otras vinculaciones del acceso a la información pública con otros derechos fundamentales. Esto quiere decir que, si bien la naturaleza jurídica fundamental le vendría dada por constituirse en manifestación del derecho a recibir información, mantiene también relaciones instrumentales con otros

derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía”.

Resulta llamativo que habiendo sido objeto de recurso de apelación la citada SJCCA, 39/2017, de 22 de marzo en la que se hace alusión al carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública, la SAN 40/2017, de 17 de julio que resuelve dicho recurso pase totalmente por alto dicha cuestión sin entrar en el asunto de la naturaleza del derecho como cuestión clave tratada en la sentencia objeto de recurso.

¹⁵¹⁹ RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía...”, cit., p.1246. En esta misma línea señala Cfr. GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad...”, cit., págs. 32 y 33, que “el derecho fundamental del art. 20.1 d) no se limita al derecho del ciudadano a ser informado a través de los diversos medios de comunicación, sino que incluye el derecho a acceder a la información que detentan los poderes públicos, incluida la Administración”. Se expresa también en tal sentido, MORENO GONZÁLEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley...” cit., p.121, al señalar que “La evolución en la interpretación del derecho internacional en materia de derechos humanos, que viene contemplando desde hace tiempo el de acceso como derecho fundamental y parte integrante del derecho a recibir información, se proyecta en nuestra Carta Magna gracias a la cláusula de dinamismo interpretativo de su artículo 10.2. Operando ésta, el artículo 20.1 d), que reconoce y garantiza el derecho a recibir libremente información, puede verse ampliado legalmente, y consagrado jurisprudencialmente, al derecho de acceso a la información pública”.

Es tal la aceptación que hoy parece tener esta perspectiva que, COTINO HUESO, L. “El derecho fundamental de acceso...”, cit., p. 53, ha afirmado que “para el ámbito de la Unión Europea ya hace tiempo que era innegable la fundamentalización del derecho de acceso a la información, si bien su proyección en España era discutible. Ahora, el doble influjo europeo hace incuestionable el carácter de derecho fundamental para el Derecho Nacional en razón del artículo 10.2 CE. A mi juicio, ahora ya no son necesarios loables análisis, a veces voluntaristas pero siempre bien cimentados, (...) puesto que hay un «consenso jurídico mundial acerca de la naturaleza *iusfundamental* del derecho de acceso a la información pública»”.

¹⁵²⁰Vid. ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Retos de la libertad de información...*, cit., págs. 19 y 39 y ss. Complementariamente a esta idea sostiene GUICHOT, E. “Transparencia versus protección de datos...”, cit., p.296,

derechos fundamentales, que sirven de refuerzo complementario a dicha naturaleza jurídica¹⁵²¹.

Cabría señalar además que el argumento del criterio de interpretación conforme al contexto internacional (*ex art. 10.2 CE*) y la vinculación del derecho de acceso a la información como manifestación de la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE, se está viendo reforzada en los últimos tiempos debido al desarrollo e impacto de la sociedad de la información¹⁵²². Ya que, como se vio a propósito del análisis de las libertades de expresión e información en el contexto actual, son derechos que plantean nuevos retos por la instalación de pautas comunicativas que exigen estudiar tales libertades desde esta realidad tecnológica y digital.

En cuanto a la consideración del acceso a la información pública como manifestación del art. 20.1.d) CE, hay que señalar que radica aquí una de las cuestiones sobre las que el sector negacionista viene a sostener su postura. Es decir, parten de que el derecho de acceso no puede inferirse de la libertad de información porque se trata de un derecho de tipo prestacional, que en modo alguno encaja con la naturaleza de derecho de libertad del art. 20 CE. Sin embargo, autores referentes en la posición doctrinal iusfundamentalista, como VILLAVERDE MENÉNDEZ, FERNÁNDEZ RAMOS o SÁNCHEZ DE DIEGO,

¹⁵²¹ Así las cosas ha sostenido COTINO HUESO, L. “La nueva ley de transparencia...”, cit, págs. 243 y 244, que “los componentes esenciales de la transparencia y el acceso a la información quedan integrados en el contenido constitucional declarado del artículo 20.1 CE hay que interpretar la Ley 19/2013 bajo la perspectiva de que el acceso a la información pública es un derecho fundamental. Y ello sin perjuicio de que la fundamentalidad se refuerce —aún más— en algunos supuestos, como el acceso a la información por parte de cargos públicos, en razón del artículo 23 CE”. En el mismo sentido, apunta Cfr. REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p.17, que “es un derecho fundamental que se halla implícito como nueva manifestación del derecho a recibir información veraz [art. 20.1.d) CE] y que está conectado de modo instrumental con el derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)”. No obstante, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., págs.209 y 210, no sólo fundamenta su posición a favor del carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública sobre la base del art. 20.1.d) CE y el mencionado carácter complementario que, en su caso, pueda tener en virtud del art. 23 CE, sino que trata este último precepto en paralelo al art. 20.1.d) CE. En este sentido, entiende el autor por un lado que el derecho a la participación política que consagra el art. 23 CE no sólo ha de entenderse como base constitucional para iusfundamentalizar el derecho de acceso cuando sean los representantes políticos en ejercicio de sus funciones representativas los que soliciten información, sino que habría de ser interpretado de forma más abierta, entendiéndose que los ciudadanos también participan de los asuntos públicos cuando solicitan acceso a la información pública. En este sentido, apuesta el autor porque no sólo se interprete el derecho de acceso como fundamental a través de la participación indirecta, ejercida a través del sistema de democracia representativa, sino también cuando se ejerza directamente por los ciudadanos. De otro lado, el autor considera que el derecho de acceso a la información tiene cabida como manifestación del art. 20.1.d) CE, ya que a su juicio, no basta con la interpretación abstencionista del derecho a la libertad de expresión e información. Por el contrario y según expresa el autor, es necesaria una interpretación también más amplia donde tengan cabida obligaciones positivas, en virtud de las cuales, los poderes públicos se vean llamados a facilitar la información que tengan en su poder.

¹⁵²² Sugiere la misma perspectiva, PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., p. 752.

han superado esa limitación argumentativa, sosteniendo que el derecho de acceso a la información pública se constituye como un derecho de acceso a la fuente de información, en el marco de la libertad de información del art. 20 CE¹⁵²³. Y es aquí donde entraría el derecho de acceso a la información pública, como manifestación del art. 20.1.d) CE. De este modo, se estaría vinculando el derecho de acceso con el artículo 20 CE pero sin alterar su carácter de derecho de libertad.

Debe comenzarse por destacar en este punto la posición de VILLAVERDE MENÉNDEZ, que ha sido exponente de este criterio. El autor sostuvo tempranamente respecto del art. 105.b) CE que dicho precepto impone “un deber de publicidad al Estado a través de sus archivos y registros administrativos (...)”, de tal modo que “estas fuentes contienen información que debe ser accesible a cualquiera (...)”. “En este sentido esos archivos y registros son también «medios de difusión»”¹⁵²⁴. Pues, a juicio del autor la información contenida en los archivos o registros del art. 105 CE no difiere de la del art. 20 CE en la medida en que no sólo se tiene derecho a la no interferencia en la recepción de la noticia generada en ejercicio de la libertad de comunicar información, sino también a recibir “todo lo que está disponible en el proceso de comunicación pública, y cuando la información afecta al Estado, o como en el caso del artículo 105.b), es información cuya fuente es el Estado, se presume siempre que está en el proceso de comunicación pública a disposición de todos”¹⁵²⁵.

¹⁵²³ En el mismo sentido, MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p. 11. Puede destacarse en esta línea la STSJ de Madrid 237/2015, de 19 de mayo, FJ4, en la que se afirma que “el derecho invocado es el establecido en el artículo 105.b) de la Constitución Española, siendo así que todos los derechos previstos en dicho artículo se han considerado derechos no exactamente subjetivos ni fundamentales pero sí derechos de configuración legal con reserva ley en cuanto a su regulación, con la fuerza normativa propia de su inclusión en la Constitución Española y conectables, según las circunstancias en que se hacen valer, con derechos fundamentales. En concreto en el caso del 105.b), (...) es de valorar que hay cierta conexión con el derecho fundamental establecido en el artículo 20.1.d) de la Constitución d) o derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión en cuanto incluye el derecho a acceder a la fuente de información si bien en el presente caso al ser la fuente de información la Administración Pública que se rige en sus actuaciones por el principio del interés público el derecho tiene las limitaciones propias derivadas de ese interés público tanto en su alcance individual velando en la observancia al facilitar el acceso a la información de que es depositaria por los derechos propios de la esfera particular y de la intimidad de las personas como el general de las instituciones de gobierno del Estado”.

¹⁵²⁴ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...* cit., p.84.

¹⁵²⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...* cit., p. 119. Sobre la naturaleza jurídica del derecho se pronuncia el autor en la p. 118 señalando que “El artículo 105.b) no es una mera reserva a la ley de la regulación de la posición jurídico-subjetiva del administrado frente a los archivos y registros administrativos, sino que se trata también de una concreción del derecho a recibir información del artículo 20.1.d) frente al Estado”.

Sobre la base de lo apuntado desarrolla su argumentación FERNÁNDEZ RAMOS, según la cual “esta conducta activa de ejercicio de la libertad de informarse no tiene por objeto un “derecho de prestación informativa”, es decir, una actividad de suministro de información por parte de la Administración. (...) el derecho a recibir información del 20.1.d) no protege al receptor demandante de una prestación que deba satisfacer un sujeto público y, menos aún, privado, pues supondría la funcionalización intolerable del derecho de libertad de informar con libertad. El objeto del derecho de informarse es la propia “fuente” de esa información, de modo que el derecho a recibir información ni se transforma en un derecho de prestación, porque no alberga una pretensión dirigida a la obtención de una específica información, sino el acceso a las fuentes de información pública, de modo que el papel de la Administración (o en general de los poderes públicos) es de intermediación y garantía para la efectividad del derecho, pero no de producción de la información misma”¹⁵²⁶.

Desde tal argumentación, resulta factible la consideración del derecho de acceso a la información como una manifestación activa dentro de la vertiente pasiva de la libertad de información, con la que el ciudadano puede proceder por sí mismo a su búsqueda, sin suponer ello una prestación pública a tal efecto. Esta perspectiva encaja con una visión del derecho a recibir información concretada “en la obligación del Estado de no incumplir su deber general de informar de los asuntos públicos”¹⁵²⁷.

¹⁵²⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., págs. 196 y 197. Dicho autor concluye en la p. 200, que “debe reafirmarse la naturaleza del derecho de acceso a la información pública como derecho informativo con sustantividad propia, que se incardina directamente en el art. 20.1.d) CE, entendido no ya como derecho a recibir (de forma pasiva) información ya elaborada (como producto informativo), sino entendido como un derecho de libertad (no prestacional o pasivo): la libertad de informarse, de acceder a las fuentes de información pública, pilar fundamental para garantizar el pluralismo informativo en un Estado democrático de Derecho”. Por su parte, PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia...”, cit., p. 536, apunta que “siendo los archivos y registros administrativos fuentes de información sometidas por el artículo 105.b) C.E. a un principio general de publicidad, es claro que pueden y deben calificarse de “medios de difusión”, en el sentido del artículo 20.1.d) C.E. El acceso a los mismos forma parte entonces de la libertad de informarse que, (...), también garantiza el citado precepto constitucional. De ahí que la ley reclamada por el artículo 105.b) C.E. esté llamada, no a crear *ex novo* un derecho público subjetivo (que no preexiste a dicha ley), sino, bien al contrario, a regular el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la Constitución (art.53.1 C.E.): el derecho a recibir información a través unos medios de difusión en concreto, los archivos y registros administrativos”.

¹⁵²⁷ Más extensamente se expresa en tal sentido, Cfr. BASTIDA, F. J. *La libertad de antena...*, cit., p. 272, cuando subraya que “En suma, el derecho a recibir información en su relación con el Estado como sujeto informador se manifiesta como un derecho subjetivo, reaccional; a pesar de las apariencias no es de prestación, sino «de libertad». En la sentencia 6/81, f.j. 4º, así se le califica, como «derecho de libertad frente al poder» -lo cual solo tiene sentido si el derecho a ser informado se relaciona con el poder público, no con los informadores privados- y se concreta en la obligación del Estado de no incumplir su deber general de informar de los asuntos públicos”.

De la mano de tales consideraciones, SÁNCHEZ DE DIEGO señala que debe garantizarse que “los ciudadanos, por sí mismos o por mediación de otros, accedan directamente a las fuentes de información pública. Eso precisamente es el derecho a acceder a la información pública”¹⁵²⁸. No obstante, también ha habido autores que sin indagar especialmente en esa revisualización de la vertiente pasiva del derecho a recibir información, lo han considerado igualmente parte del art. 20.1.d) CE¹⁵²⁹.

En tal sentido, también se ha situado el fundamento constitucional del derecho de acceso a la información pública en el art. 20.1. a) y d) CE. En primer lugar, la vinculación en el apartado a) del art. 20.1. CE se acoge en el entendido de que sólo cuando el ciudadano tiene conocimiento puede formar libremente su opinión, siendo por tanto la información presupuesto para el efectivo ejercicio de la libertad de expresión. Por otro lado, se ha justificado el nexo con el art. 20.1.d) CE sosteniendo que el acceso a la información es el que permite crear la opinión pública libre y, en esa línea, contribuye a la satisfacción del principio de legitimidad democrática¹⁵³⁰.

En cualquier caso, la consideración del derecho de acceso a la información en este escenario lleva ligada de por sí otra cuestión sustantiva que no puede obviarse cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de dicha naturaleza, esto es, el sistema de garantías normativas y jurisdiccionales con las que ha de ser objeto de protección. En este sentido, SAINZ MORENO justificó el carácter fundamental del derecho de acceso a la información señalando que “el artículo 105, b) de la Constitución no se limita a formular una «declaración de principios básicos» del tipo de la contenida en el Capítulo III del Título I (arts. 39 a 52), cuyo valor es el que le confiere el artículo 53,3, sino que tiene un contenido normativo bien definido, tanto positivamente («acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos») como negativamente («salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»), contenido que consiste, en definitiva, en una concreción del derecho a la

¹⁵²⁸ Cfr. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, cit., págs 295 y 296.

¹⁵²⁹ Cfr. GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. “El principio de publicidad de la acción...”, cit., págs. 115 y 116, que “la libertad de expresión no agota sus virtualidades en estas concretas manifestaciones activas. Al lado de ellas se sitúa en la conciencia jurídica de nuestro tiempo otra manifestación, ésta de carácter pasiva, de una importancia verdaderamente capital. La libertad de expresión es hoy, también y quizás antes que otra cosa, derecho a la información, es decir, un derecho del ciudadano a ser y estar debidamente informado, porque sólo así será materialmente posible el ejercicio, de otro modo ilusorio, de la libertad de opinión y de la externalización de esas opiniones”.

¹⁵³⁰ LAFUENTE BENACHES, M. M. “Publicidad activa y medios propios de la Administración Pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 45, 2017, p.5.

libertad de expresión regulado por el artículo 20 y, por tanto, amparado por lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución”¹⁵³¹.

Para justificar lo dicho hasta ahora, esto es, la necesaria interpretación dinámica del derecho de acceso a la información conforme al contexto internacional, este sector sostiene además la viabilidad jurídica de atribuirle carácter fundamental sobre la base de otros ejemplos que han permitido ya interpretar de forma evolutiva, o bien nuevas manifestaciones de derechos fundamentales ampliamente consagrados, o incluso nuevos derechos fundamentales a tenor de la reactualización de otros previstos en el texto constitucional¹⁵³². Ahora bien, por vía interpretativa no es posible crear nuevos derechos fundamentales al margen de los previstos en la Constitución. Cuestión distinta es que sean manifestación de un derecho fundamental, como ha resultado de la asistencia jurídica gratuita, art. 119 CE, como manifestación instrumental de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)¹⁵³³ en caso de falta de medios económicos, o del derecho a la protección frente al ruido como manifestación del derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio¹⁵³⁴ (art. 18 CE).

A propósito de la mención a la protección de datos, debe tenerse en cuenta que su carácter fundamental también ha hecho a algunos autores inclinar la balanza a favor de la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información pública. Toda vez que la ponderación, en caso de conflicto entre ambos derechos, se ha visto como una amenaza para la efectividad del derecho de acceso, claudicando éste en una posición de desventaja

¹⁵³¹ SAINZ MORENO, F. “Un caso de aplicación directa de la Constitución...”, cit., p.122.

¹⁵³² Argumentan en tal sentido entre otros autores, Vid. MONTILLA MARTOS, J. A. “Transparencia y acceso a la información pública en España”, en WOLFGANG SARLET, I., MONTILLA MARTOS, J.A., y LINDEN RUARO, R (Coords.) *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 58. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “El principio de transparencia...”, p. 296. REY MARTÍNEZ, F. “Quod omnes tangit ab ómnibus...”, cit., p. 4. PALOMARES HERRERA, M. “Panorámica de la transparencia...”, cit., p.22.

¹⁵³³ En tal sentido, véase MONTILLA MARTOS, J. A. “Transparencia y acceso...”, cit., p. 58.

¹⁵³⁴ Véanse SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ6; 16/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 150/2011, de 29 de septiembre de 2011, FJ 6. Se da además otro supuesto nada desdeñable destacado por ROLLNERT LIERN, que resultaría plenamente aplicable al caso concreto del derecho de acceso a la información pública para este sector doctrinal. Tal como señala Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p. 367, “el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de integrar un derecho no reconocido expresamente en el CEDH (la protección de la integridad física y moral que incluye, a su vez, el consentimiento informado) en el contenido de otro derecho sí reconocido (la protección de la vida privada del art. 8.1) en atención a la jurisprudencia del TEDH que así lo ha declarado y, en virtud del art. 10.2 CE, ha estimado lesionado el derecho a la integridad física del art. 15 CE por falta de consentimiento informado, y ello mediante un razonamiento *mutatis mutandi* es perfectamente aplicable al derecho de acceso a la información pública en relación con la libertad de información de los arts. 10.1 CEDH y 20.1.d) CE Cfr. ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p.367.

y desequilibrio frente a la protección de datos¹⁵³⁵. No obstante, lo cierto es que siendo una colisión común en la práctica, la correspondiente ponderación entre ambos derechos está reflejándose sin preferencias automáticas a priori por la protección de datos, y por tanto, sin “automatismo de un derecho “superior” a otro”¹⁵³⁶.

Con todo, la mayoría de la doctrina a favor de la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública lo hace en el entendido de que conforme al DIDH, el derecho de acceso a la información debe ampararse como una manifestación concreta e inherente a la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE. Sobre todo teniendo en cuenta la vertiente de búsqueda de la información reconocida en el marco de la DUDH y el PIDCP¹⁵³⁷.

No obstante, también hay matices y pueden encontrarse autores como CARBONELL SÁNCHEZ, PALOMARES HERRERA, PIÑAR MAÑAS o MIR PUIGPELAT que, defienden la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso pero sobre la base de su carácter autónomo e independiente, esto es, reconociéndole identidad propia al margen de su posible vinculación con el art. 20 CE¹⁵³⁸.

¹⁵³⁵ Advierten sobre este problema, entre otros, por todos, Vid. MORETÓN TOQUERO, A. “Los límites del derecho de acceso...”, cit., p. 22. COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso a la información pública, sus límites y la supletoriedad de la legislación general de transparencia”, en COTINO HUESO, L., y BOIX PALOP, A. *Los Límites al Derecho de Acceso a la Información Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 27. ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho...”, cit., p.75.

¹⁵³⁶ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino...*, cit., p. 91. No obstante con anterioridad, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Transparencia y acceso a la información...”, cit., p. 306, si que afirmaba que “un derecho no fundamental de acceso a la información pública se encontraría en inferioridad de condiciones frente a otros derechos fundamentales. En particular parecería normal que la protección de datos prevaleciese sobre el acceso a la información pública”.

¹⁵³⁷ Así por ejemplo, PALOMARES HERRERA, M. “Panorámica de la transparencia...”, cit., p. 27, defiende que “si el art. 20.1.d) CE reconoce y protege el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” garantizando la libertad de recibir y comunicar información, puede justificarse que en la expresión “derecho a la información” se encuentra implícita la facultad de estar informados, de buscar y de tratar de conocer la información interpretando este precepto a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sí reconocen la facultad de investigar o buscar”.

¹⁵³⁸ Vid. CARBONELL SÁNCHEZ, M. “El derecho de acceso a la información como...”, cit., págs. 6 y ss. Vid. PALOMARES HERRERA, M. “La reciente tendencia...”, cit., pág.762. PIÑAR MAÑAS, J. L. “El fortalecimiento de la transparencia...”, cit., págs. 116 y 125. CENDEJAS JÁUREGUI, M. “El derecho a la información...”, cit., p. 42. Parece mostrarse favorable a tal consideración del derecho de acceso como derecho autónomo, aunque no se pronuncia expresamente y justifica su carácter fundamental por su vinculación con el art. 20 y 23 CE, TORRES DÍAZ, M. C. “La fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública: análisis crítico desde el marco constitucional de la participación ciudadana” en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015, p.120. GUICHOT, E. “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, *Documento de trabajo 170/2011*, Fundación Alternativas, p. 25, sostiene que “el derecho de acceso a la información se considera un derecho

Tras exponer las distintas vertientes que han venido a conformar las principales posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública, se adelanta que la posición defendida en esta investigación se basa en la iusfundamentalista. Esta posición es la que, como tratará de justificarse más adelante, mejor responde al valor democrático protagonista del derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE. No obstante debe señalarse que esta posición no está exenta de problemas por la dificultad que deriva del rechazo del TC a extraer nuevos derechos fundamentales de la interpretación conforme al art. 10.2 CE¹⁵³⁹. Ello se explicará en el apartado siguiente del trabajo y, posteriormente también, las razones y argumentos que llevan a defender esta posición.

4. El debate jurisprudencial en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública

4.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: el tímido avance hacia el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho vinculado al art. 20 CE

La postura que el alto tribunal ha sostenido a lo largo de estos años de democracia constitucional sobre el derecho de acceso a la información pública, podríamos decir que ha progresado lentamente en paralelo a la normativa que, en cada momento, ha venido a desarrollar el mandato legislativo del art. 105.b) CE.

Como pudo apreciarse a propósito del análisis de algunos momentos claves al debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso, en una primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni siquiera estaba desarrollado el mandato impuesto

fundamental, vinculado a la libertad de información o autónomo. Por la peculiar distinción entre categorías de derechos propia de nuestra Constitución y la ubicación del artículo 105, el tratamiento en nuestro Derecho ha sido el de un derecho autónomo que puede regularse por ley ordinaria y no susceptible de amparo, si bien la interpretación del derecho fundamental a la libertad de información a la luz del Convenio permitiría abordar una nueva perspectiva, que sería en todo caso la idónea, si se pretende extender su ámbito subjetivo a todos los poderes públicos de cualquier ámbito territorial, y dotarlo de la mayor garantía que supone la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo. Caben, a nuestro juicio, en nuestra Constitución y su interpretación a la luz del Convenio, ambas posibilidades”. MIR PUIGPELAT, O. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 52, considera que “el hecho de que el derecho de acceso se configure como un derecho autónomo y no ya como una manifestación específica del derecho fundamental a la libertad de información, facilita su expansión y reconocimiento a todo tipo de personas y para todo tipo de finalidades e informaciones en poder de la Administración”.

¹⁵³⁹ En tal sentido, véase STC 236/2007, de 7 de noviembre.

al legislador en el art. 105 CE. Tales pronunciamientos coinciden por tanto, casi de forma coetánea, con la aprobación del texto constitucional, teniendo que resolver el TS sobre el posible carácter diferido/mediato o normativo/inmediato del art. 105.b) CE. En aquel entonces, la interpretación efectuada por el TS sobre la eficacia del art. 105.b) CE resultó restrictiva y un tanto formalista, y tuvo que verse matizada tras llegar la cuestión al TC, para admitir finalmente unos años después su eficacia incondicionada¹⁵⁴⁰.

En lo que sigue podríamos distinguir en la posición del TS, los pronunciamientos dictados antes y después de la aprobación de la vigente LTAIBG. De alguna manera dicha ley ha venido a colmar, por el momento, el escenario normativo nacional en la materia. Antes de la aprobación de la LTAIBG, resultaba aplicable la cuestionada LRJAPPAC de 1992 que, como se ha visto, regulaba el derecho de acceso a los archivos y registros con una perspectiva ciertamente limitada, que de alguna forma parece haber penetrado en la visión del TS durante años.

Hasta 2013, año en que se aprueba la LTAIBG, la jurisprudencia del TS en la materia iría referida al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos (así calificado en la Constitución y en el art. 37 LRJAPPAC). Durante estos años, cabe destacar una serie de consideraciones generales sobre la posición del TS en torno al derecho de acceso que afectan a la visión sobre su naturaleza jurídica y que interesa destacar. Ya tempranamente se refirió el TS expresamente al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos como un derecho no fundamental, aunque, eso sí, relacionado con otros derechos fundamentales, –en particular, el derecho de participación política, art. 23 CE, la libertad de información, art. 20.1.d) CE y el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE–. En este sentido, se muestra tajante sobre su no iusfundamentalidad, al no ser susceptible de motivar una petición de amparo por quedar excluido de la ubicación privilegiada que brinda el Título I de la Constitución, pero reconoce su vinculación con el Estado democrático y el Estado de Derecho¹⁵⁴¹.

¹⁵⁴⁰ La sentencia en la que el TS tiene que pronunciarse sobre la eficacia del art. 105 CE fue la STS de 16 de octubre de 1979 - ECLI:ES:TS:1979:2276. Posteriormente corrige su postura, tras el pronunciamiento dictado al respecto por el TC, en la STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241.

¹⁵⁴¹ En tales términos se pronuncia en la STS de 30 de marzo de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:2206, FJ 3, cuando dispone que se trata de un “derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley

Más tarde se refiere ya al derecho de acceso como un derecho de tercera generación que toma por base el principio de transparencia¹⁵⁴². De tal forma, el TS ayuda a despejar dudas doctrinales sobre el encaje constitucional de la transparencia, ubicándola junto con el derecho de acceso en el art. 105.b) CE. Es más, viene a situar el derecho de acceso a los archivos y registros como un derecho “llamado a hacer efectiva la denominada transparencia administrativa”, en orden a superar concepciones pretéritas y antagónicas a la democracia y estructurar nuevas pautas de relación entre el ciudadano y la administración¹⁵⁴³.

Por lo que respecta a la vinculación del acceso a los archivos y registros con otros derechos fundamentales, y en concreto con el art. 20 CE, ha llegado a resultar confusa la postura del TS. Si bien ha reconocido dicha vinculación en el entendido de que la interpretación de las normas constitucionales no puede efectuarse de forma aislada, ha provocado desconcierto al concluir que la denegación de acceso a los archivos y registros no conculca el derecho a comunicar y a recibir información, sino solamente la veracidad de la misma.

No se comparte dicha postura pues resulta sorprendente que, por un lado, el TS esté reconociendo la vinculación entre ambos derechos –aun cuando no profundiza sobre esta cuestión, pese a no formar parte de su doctrina consolidada– y, por otro, descarte que la denegación del acceso pueda afectar a la libertad de información.

El TS se centra en este sentido en justificar que la denegación del acceso impide la comprobación de la veracidad de la información, pero no como tal el ejercicio de la libertad de información. Sin embargo, tal razonamiento no parece suficiente para demostrar que no existe una intromisión ilegítima en el art. 20.1.d) CE. En este punto, se echa en falta una mayor justificación del deslinde que realiza el Supremo entre libertad

y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso- administrativa)”. En sentido similar sobre la inadecuación del art. 105.b) CE para fundamentar un recurso de amparo constitucional, Vid. STS de 19 de junio de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:4291, FJ1.

¹⁵⁴² Merece la pena destacar al respecto la STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241, donde señala que “- El derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Este derecho está reconocido por la Constitución en el artículo 105.b), (...)”.

¹⁵⁴³ En este sentido se pronuncia el TS en la STS de 3 de junio de 2011 - ECLI:ES:TS:2011:3726, FJ10, subrayando que “el derecho de acceso a archivos y registros está llamado a hacer efectiva la denominada transparencia administrativa, haciendo accesible la información administrativa a los ciudadanos que ven superadas, de este modo, pretéritas barreras en sus relaciones con la Administración”.

de información y veracidad de la misma. Pues, siendo la veracidad una garantía que hace desplegar la protección constitucional del citado derecho, podría sostenerse que su afección a través de la denegación de acceso (vía art. 105 CE), conculca el instituto de la opinión pública y con ello socava la libertad de información¹⁵⁴⁴.

No obstante, existen pronunciamientos aún más recientes que puntualmente han lanzado un freno a aspectos interpretativos que parecían haberse asumido ya por el TS. En este sentido, el TS parte de que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los archivos y registros administrativos pero no a obtener explicaciones del gobierno y administración sobre cualquier asunto de interés general. Va incluso más allá, cuestionando ahora la vinculación con el art. 20.1.d) y 23 CE. Pues, “aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los arts. 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos”, recalca que dicha vinculación “dista de ser evidente”¹⁵⁴⁵. Ahora bien, si efectivamente dicha relación de instrumentalidad no resulta evidente no se entiende por qué en casos anteriores da por hecha tal vinculación, sin preocuparse por profundizar argumentativamente al respecto.

Una vez en vigor la LTAIBG, los pronunciamientos del TS respecto del ahora derecho de acceso a la información pública se han multiplicado por la necesidad de aclarar y crear doctrina sobre aspectos controvertidos concretos de la ley. Así, cabe mencionar, a título de ejemplo, la jurisprudencia del TS dictada sobre la interpretación de las causas de inadmisión previstas en la ley o la propia interpretación de la polémica Disposición Adicional 1ª de la misma (que se analizaron en el estudio de la LTAIBG). En todo caso, los pronunciamientos dictados en estos últimos años sobre cuestiones concretas de la LTAIBG han sido, por lo general, positivas en tanto que el TS ha sostenido en su mayoría

¹⁵⁴⁴ Se trata de la STS de 19 de mayo de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:3359. Se muestran críticos con la argumentación ofrecida por el TS para el caso, BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones...*, cit., p. 215. Respecto a lo señalado en el texto, téngase en cuenta que la STC 159/1986, de 12 de diciembre, FJ6, subraya que la formación de la opinión pública libre es una “garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”¹⁵⁴⁴. FJ6. Debe destacarse también la STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ2, donde el TC señala las dos dimensiones del derecho a la libertad de información, en tal sentido se refiere al art. 20.1.d) CE destacando su “doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la información de la opinión pública”.

¹⁵⁴⁵ Cfr. STS de 29 de mayo de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:3886, FJ4.

criterios interpretativos que conjugan una interpretación amplia del derecho de acceso regulado en la LTAIBG, con una interpretación restrictiva de las causas que lo limitan¹⁵⁴⁶. Con ello, el TS ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública “se regula en términos muy amplios”¹⁵⁴⁷ a tenor del art. 12 LTAIBG, lo que resulta un paso adelante respecto a interpretaciones precedentes más restrictivas. Además, ese reconocimiento amplio en favor del derecho de acceso a la información pública lleva en contraposición una necesaria interpretación restrictiva de sus límites.

No obstante, aun siendo un avance lo dispuesto por el TS respecto del derecho de acceso a la información pública en aspectos puntuales suscitados por la ley, cabría hacer algún matiz. Nótese que el propio TS ha reconocido ya el nexo existente entre el art. 105.b) CE y el art. 20.1.d) CE, precisamente por su concepción ligada a la democracia y al Estado de Derecho. Sin embargo, se han apuntado por su parte escasos argumentos para justificar someramente esa relación, sin profundizar al respecto. De otro lado, si bien es verdad que el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental habría de venir, en su caso, ligado a un pronunciamiento del TC que así lo interpretase, el TS podría coadyuvar ahondando en su interpretación. Esto es, reforzando el nexo por él mismo apuntando entre el art. 105.b) y 20.1.d) CE, podría servir de antesala para, en definitiva, ejemplificar la relevancia democrática del derecho de acceso.

4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la ausencia de pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública y su posición ambivalente en la interpretación del art. 10.2 CE

La jurisprudencia del TC relativa a las libertades comunicativas es ciertamente amplia y se ha ido enriqueciendo con el tiempo. No obstante, en lo que atañe al derecho de acceso a la información pública debe hacerse un mayor esfuerzo por encontrar pronunciamientos del TC que aporten claridad sobre la materia. En parte, dicha ausencia es una consecuencia lógica si se atiende a la configuración del derecho en cuestión. El hecho de haberse perfilado en nuestro ordenamiento como un derecho de mera configuración legal ha excluido hasta ahora la formulación y/o admisión de recursos de amparo en relación al derecho de acceso. De hecho, existe algún precedente en este sentido donde a raíz de un recurso de amparo se alegaba la vulneración del art. 105 CE junto a otros preceptos

¹⁵⁴⁶ Entre otras, Vid. SSTS 1547/2017, de 16 de octubre, FJ4; 748/2020, de 11 de junio, FJ3; 454/2021, de 25 de marzo, FJ3.

¹⁵⁴⁷ Cfr. STS 748/2020, de 11 de junio, FJ2.

del texto constitucional. Ante este supuesto, el TC ventiló la cuestión sosteniendo que el art. 105 CE resulta ser un precepto inadecuado para fundamentar una petición de amparo al no reconocer derechos fundamentales de los amparados en el art. 53.2 CE¹⁵⁴⁸. Por el contrario, sí que se ha sustanciado ya alguna cuestión de inconstitucionalidad puntual (sobre preceptos de leyes de transparencia autonómicas) por invasión de competencias respecto de la ley de transparencia estatal¹⁵⁴⁹.

No obstante, desde la aprobación de la LTAIBG se han suscitado por el momento pocos asuntos que hayan llegado al TC relativos al derecho de acceso a la información pública, y los que lo han hecho no han provocado el interés del TC para pronunciarse sobre su naturaleza jurídica. En este sentido, el TC no ha entrado a valorar la adecuación del desarrollo legal del derecho efectuado por mor de la LTAIBG, ni tampoco se ha visto compelido hasta ahora por la jurisprudencia internacional más actual. Este último aspecto no debería pasar desapercibido teniendo en cuenta que, en sede internacional, el derecho de acceso ha supuesto un claro avance en la interpretación dinámica de la libertad de información. Tal acogimiento interpretativo en el ámbito interno adquiere si cabe más relevancia *ex art.* 10.2 CE, por la especial trascendencia constitucional que supondría el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, en virtud del rol encomendado al TC como intérprete y garante de los derechos fundamentales. No obstante, siempre pese a los límites que el TC ha puesto a este proceso.

De los pronunciamientos emitidos por el TC cabría destacar que, a propósito de la LTAIBG, el TC ha situado el acceso a la información pública como objeto material del derecho subjetivo regulado en dicha norma, ejercitable a favor de todas las personas frente al poder público, sin necesidad de ser interesado ni de motivar la solicitud, y cuyo encaje constitucional emana del art. 105.b) CE¹⁵⁵⁰. Este derecho ha sido incluso calificado en un

¹⁵⁴⁸ Así se expresa el TC en la STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 4, señalando que “No todas las normas constitucionales que se invocan por los demandantes pueden ser objeto de garantía directa en este proceso, pues las reglas y principios contenidos en los arts. 9.3, 53.1, 103.1, 105 b) y 111.1 de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución”. Ello le lleva a concluir en el FJ8, que “no procedería efectuar en estos momentos un análisis de la supuesta violación de los arts. 9.3, 53, 103, 105 b) y 111.1 aducidos por los recurrentes, ya que ninguno de estos preceptos ha sido erigido por la Constitución Española como un derecho fundamental”.

¹⁵⁴⁹ En tal sentido, STC 104/2018, de 4 de octubre.

¹⁵⁵⁰ Así, subraya el TC en la STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ5, “el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública en la ley estatal evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos

voto particular por el magistrado CONDE PUMPIDO, como el llamado “derecho a saber”.

Sin ánimo de profundizar en las consideraciones particulares del magistrado, en tanto que por el momento no forman parte de la opinión sostenida por la mayoría, sí se entiende acertado subrayar algunas de sus apreciaciones, por ser claves para el adecuado tratamiento del derecho de acceso. En este sentido, el magistrado sostiene que el derecho de acceso a la información pública mantiene dos tipos de vinculaciones con otros derechos: A) Una primera vinculación estrecha y directa, que sería la que mantiene con “el derecho constitucional autónomo de acceso a archivos y registros administrativos [art. 105 b) CE]”; B) Otra vinculación indirecta, en la medida en que el derecho está dotado “de carácter instrumental para su ejercicio, con derechos fundamentales como las libertades de información, de expresión y de participación o el derecho a la tutela judicial efectiva”¹⁵⁵¹. Ahora bien, lo verdaderamente interesante de estas consideraciones es que, acudiendo a la perspectiva multinivel, sostiene que “el acceso a los documentos de las instituciones de la Unión ha sido incluso expresamente reconocido como derecho fundamental por la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 42)”¹⁵⁵².

Finalmente, cabría señalar que a raíz de un caso planteado recientemente al TC, éste ha aprovechado para reiterar el encaje constitucional del derecho subjetivo de acceso a la información pública en el art. 105.b) CE. Reconoce en tal sentido que se trata de un derecho ampliamente reconocido aunque, en línea con lo dispuesto en la jurisprudencia del TS, subraya que no se trata de un derecho absoluto, y que únicamente podrá limitarse por las causas tasadas y preestablecidas en la ley, a través de la necesaria ponderación. De este modo, se descarta toda suerte de potestad discrecional a favor de la administración. Por tanto, la limitación del derecho de acceso a la información no es susceptible de valoración discrecional, al margen de las causas legalmente establecidas¹⁵⁵³.

Así, de la jurisprudencia emanada por el TS y TC puede concluirse que: A) Existe ya algún pronunciamiento interesante a favor de una interpretación más elaborada y actual

[art. 105 b) CE] —como destaca su exposición de motivos—, al incrementar la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, configurando ampliamente el derecho de acceso del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud”.

¹⁵⁵¹ Cfr. Voto particular emitido por CONDE-PUMPIDO, a la STC 104/2018, de 4 de octubre.

¹⁵⁵² Cfr. Voto particular emitido por CONDE-PUMPIDO, a la STC 104/2018, de 4 de octubre.

¹⁵⁵³ Vid. STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ3.

que toma por base la sociedad de la información y el cambio de paradigma comunicativo que acontece. B) Ello no ha sido suficiente por el momento para que tales tribunales den un paso adelante. No ha habido pronunciamientos que reflejen aún por su parte, su compromiso con los estándares internacionales, para consolidar la naturaleza jurídica iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, si quiera por su relación instrumental con derechos fundamentales que han sido destacados.

En este punto también resulta necesario traer a colación la doctrina constitucional elaborada en torno a la interpretación del art. 10.2 CE, al ser un argumento clave del trabajo en perspectiva multinivel. Esto permitirá plantear qué alternativas brinda el precepto con objeto de reconstruir el encuadre constitucional del derecho de acceso. Además, tras el estudio efectuado sobre la revisión de la libertad de información a la luz de la sociedad tecnológica y de la información actual resulta criticable que a estas alturas de siglo, el TC no haya reinterpretado las libertades comunicativas del art. 20 CE. En particular, estando vinculado por el mandato interpretativo del art. 10.2 CE, no se entiende el silencio que ha guardado hasta el momento sobre su adhesión a la visión integracionista del TEDH, pues esta operación permitiría interpretar el derecho de acceso a la información pública como presupuesto de la libertad de recibir información (art. 20.1.d) CE), a favor de todas las personas.

Con ello debe subrayarse que, aunque sea criticable la reticencia del interprete constitucional a dar un paso adelante en la necesaria relectura del art. 20.1.d) CE, no resulta del todo sorprendente. No sorprende porque entran aquí en juego las limitaciones que se expusieron en torno al art. 10.2 CE. Dichas limitaciones se ven reflejadas claramente en la angostura que divide el debate entre la inviabilidad de creación de nuevos derechos fundamentales y la viabilidad de actualización de aquellos ya existentes. En este sentido, la línea que separa la creación de la adaptación de los derechos ha sido objeto de una lógica hermenéutica que encuentra razón en el objeto sobre el que recae. Esto es, el reconocimiento de nuevas dimensiones de los derechos consagrados en la Constitución recae sobre aspectos novedosos que no están plasmados en ella, precisamente por referirse a nuevas necesidades sociales. De ahí que la casuística cobre especial protagonismo en este marco de acción hermenéutica, habiendo supuestos donde el art. 10.2 CE ha servido al TC para traer al ámbito interno la doctrina del TEDH, y otros donde por el contrario no ha sido así.

Para justificar esta idea, se mencionarán a continuación una serie de ejemplos que, además, serán útiles para advertir la relevancia del derecho de acceso a la información pública conforme al criterio de la interpretación evolutiva de los derechos. En esta línea, cabría comenzar destacando el derecho fundamental a la protección de datos, inferido por el TC a partir del art. 18.4 CE (“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”). Se trata de un supuesto en el que no habiendo mención expresa en la Constitución, el TC ampara la protección de datos como un derecho fundamental con base en el art. 18.4 CE. En lo que ahora interesa, resulta destacable que en su paradigmática STC 292/2000, de 30 de noviembre, el TC corrobore sus conclusiones sobre el contenido y significado del derecho a la protección de datos apoyándose en el art. 10.2 CE¹⁵⁵⁴. Este recurso permite al TC justificar, en base a los instrumentos internacionales aplicables (entre los que se incluye el art. 8 CDFUE), que la naturaleza que concierne al derecho es la de iusfundamental¹⁵⁵⁵.

Por otro lado, aunque no plantee un caso de aplicación del art. 10.2 CE merece la pena destacar, siquiera brevemente, la iusfundamentalización que ha efectuado el TC del art. 119 CE para el supuesto del derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de falta de medios económicos, como instrumental para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Con ello, el TC ha reconocido expresamente la relación instrumental existente entre el art. 119 y 24 CE, toda vez que, en palabras del TC,

"su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar"¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁴ Véase, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ8.

¹⁵⁵⁵ En tal sentido, resulta ilustrativo lo dicho por el TC en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ8, párrafo 2, al señalar “otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental”.

¹⁵⁵⁶ Cfr. STC 180/2003, de 13 de octubre, FJ 2. Entre otras, por todas en el mismo sentido, SSTC 183/2001, de 17 de septiembre; 95/2003, de 22 de mayo; 16/1994, de 20 de enero; 117/1998, de 2 de junio.

Nos encontramos por tanto frente a un supuesto que mantiene cierto paralelismo con el caso del derecho de acceso a la información pública. Pues, nos situamos en principio frente a un derecho de configuración legal, situado fuera de la Sección I del Capítulo II del Título I CE, y que sin embargo, ha sido expresamente reconocido por el TC como instrumental para la efectividad del art. 24 CE.

En otras ocasiones, el TC ha sido especialmente sensible a las interpretaciones efectuadas por el TEDH por mor del art. 10.2 CE. Cabe citar al respecto como supuesto especialmente reseñable, el de la protección acústica frente al ruido como manifestación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, (art. 18.1 CE)¹⁵⁵⁷. En este caso, el TC se ha sumado *ex art. 10.2 CE* a la posición emanada de la jurisprudencia del TEDH, con cita en asuntos concretos que han llevado al TEDH a amparar en el marco del derecho al respeto al domicilio (art. 8 CEDH), la protección frente a inmisiones tales como el ruido excesivo¹⁵⁵⁸. No obstante, es destacable la precisión efectuada en la STC 16/2004, de 23 de febrero que, tras afirmar que el TC se ha hecho eco de la doctrina del TEDH en la materia, puntualiza que,

“ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución española y el Convenio europeo de derechos humanos ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales”¹⁵⁵⁹.

En cualquier caso, es remarcable que en la STC 119/2001, de 24 de mayo, que centra su objeto también en la protección frente al ruido, el TC apunte una idea perfectamente trasladable a los desafíos que hoy suscitan las libertades comunicativas en la sociedad tecnológica. Afirma el TC a este respecto que,

¹⁵⁵⁷ En efecto, como afirma el TC en la STC 16/2004, de 23 de febrero, FJ4 “debemos advertir que, como ya se dijo en la STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”.

¹⁵⁵⁸ La remisión que en este sentido efectúa el TC en la STC 16/2004, de 23 de febrero, a la jurisprudencia del TEDH basándose en el art. 10.2 CE, se recoge especialmente en las SSTEDH asunto *López Ostra c. Reino de España*, de 9 de diciembre de 1994; asunto *Guerra y otros c. Italia*, de 19 de febrero de 1998; asunto *Hatton y otros c. Reino Unido*, 8 de julio de 2003.

¹⁵⁵⁹ Cfr. STC 16/2004, de 23 de febrero, FJ3.

“habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”¹⁵⁶⁰.

Los casos anteriores son ejemplos de adaptabilidad de los derechos fundamentales, en su mayoría reconducibles en virtud del art. 10.2 CE, al contexto internacional. Es decir, son casos donde el TC ha mostrado su vinculación a la jurisprudencia del TEDH, acogiendo una perspectiva más integracionista en pos de la potencialidad interpretativa que brinda el art. 10.2 CE.

Resta señalar que la casuística no siempre ha operado del mismo modo. Desafortunadamente, también hay ejemplos donde ha podido apreciarse la visión más limitada y constreñida del art. 10.2 CE, cuando así lo ha apreciado el TC. En este sentido, el ejemplo por excelencia sería el supuesto del derecho a la reagrupación familiar como manifestación del derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1 CE. A diferencia de la ya citada protección frente al ruido, en este caso el TC asume un rol ciertamente distinto y cuestionable, alejándose del poder interpretativo que le confería el art. 10.2 CE.

Se trae a colación este supuesto por plantear una polémica similar, trasladable al presente objeto de estudio. Resulta que el derecho a la reagrupación familiar, como derecho propio del inmigrante orientado a hacer posible la vida en familia, ha sido interpretado por el TEDH como una manifestación del art. 8 CEDH en el marco del respeto a la vida privada y familiar (aun cuando no hay en el Convenio expresa mención a este derecho). Al igual que en casos anteriormente expuestos, habría sido posible realizar un paralelismo en nuestro ordenamiento interpretando el derecho a la reagrupación familiar como una manifestación de la vida familiar, reconducible al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE.

La sentencia en la que se plantea esta necesidad hermenéutica por parte del TC, resulta de la STC 236/2007, de 7 de noviembre que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

¹⁵⁶⁰ Cfr. STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5.

y su integración social. Así pues, la posible inconstitucionalidad planteada sobre diversos preceptos de la ley, suscita la cuestión sustantiva de interpretación sobre si, en definitiva, la reagrupación familiar amparada en la vida privada y familiar se presenta como manifestación del derecho a la intimidad (familiar) del art. 18.1 CE.

Sin embargo, la configuración restrictiva que efectúa el TC del art. 18.1 CE le lleva, en contra de la jurisprudencia asentada por el TEDH, a distinguir entre vida familiar e intimidad familiar. Operación por la que termina fragmentando la vinculación entre ambos, y relegando la protección de la vida familiar a la categoría de principio rector de la política económica y social en el art. 39 CE.

En este sentido, el TC se pronuncia taxativamente señalando que,

“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un «derecho a la vida familiar», que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (...) nuestra Constitución no reconoce un «derecho a la vida familiar» en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE”¹⁵⁶¹.

Como puede imaginarse, la postura restrictiva sostenida en este caso por el TC encauza una de las limitaciones del art. 10.2 CE. Dicha limitación se utiliza en este caso por el TC para subrayar que los tratados internacionales no son canon autónomo de validez de las normas internas. De ahí que reitere que la validez de las disposiciones legales impugnadas únicamente puede confrontarse con los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades fundamentales¹⁵⁶². Siendo éste un argumento que sirve al TC para conformar su posición respecto de las normas internas, desplazando de algún modo el ordenamiento internacional.

No se comprenden bien las razones que llevan al TC a sentirse desigualmente impelido por el art. 10.2 CE en casos que guardan una razón de ser similar de instrumentalidad directa con el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Este pronunciamiento del TC ha dado lugar a críticas razonadas, llevando a sostener a

¹⁵⁶¹ Cfr. STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11.

¹⁵⁶² En tal sentido, véase STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

MONTILLA MARTOS que, “la construcción del Tribunal Constitucional soslaya la perspectiva del ordenamiento europeo, cuya eficacia no es sólo interpretativa de los derechos por la vía del art. 10.2 CE, sino aplicativa, pese a la imprecisión de la DTC 1/2004, e imposibilita seguir manejando construcciones puramente internas sin atender a las ampliaciones del contenido de los derechos fundamentales que derivan de éste”¹⁵⁶³. En efecto, obviar la evolución interpretativa de los derechos desvirtúa su propia realidad, porque retiene su contenido esencial al margen de la realidad evolutiva en la que pretenden hacerse efectivos. Además, esta realidad evolutiva en un contexto multinivel no puede prescindir, como es lógico, de la doctrina de los tribunales internacionales.

Este último ejemplo de la reagrupación familiar tiene un matiz interesante para el caso del derecho de acceso a la información. Pues como ha podido verse, la escasa jurisprudencia del TS y TC sobre la naturaleza del derecho dictada por el momento, desde luego, se ha mantenido también al margen de los desarrollos internacionales.

Por su parte, la reagrupación familiar plantea un caso de un derecho no expresamente referido en la Constitución que tiene clara conexión con el derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE. Esta perspectiva se soslaya en el ámbito internacional con el desarrollo interpretativo efectuado por el TEDH que, en una concepción amplia de la vida privada, ha entendido que la reagrupación tiene cabida al amparo del art. 8 CEDH. Así, haciendo un paralelismo con el derecho de acceso nos encontramos igualmente con un derecho no referido de forma expresa en la CE, si bien desarrollado legalmente a partir de los archivos y registros del art. 105 CE que está conectado con el art. 20.1.d) CE. Aquí el TEDH también ha amparado el derecho de acceso a la información pública en una concepción evolutiva, como *prius* de la libertad de información (art. 10 CEDH), en atención al test de iusfundamentalidad.

En otra parte de la investigación ya se pusieron de manifiesto los desfases que el art. 20.1.d) CE está mostrando para conciliar su normatividad con la impronta tecnológica y de la información actual. Este paradigma refuerza el cuestionamiento de la visión abstencionista y pasiva sobre la que se ha venido entendiendo la libertad de recibir información en consonancia con la apertura que brinda el art. 10.2 CE.

¹⁵⁶³ Cfr. MONTILLA MARTOS, J. A. “El derecho a la reagrupación familiar”, en AJA, E. (Dir.) *Los derechos de los inmigrantes en España*, Instituto de Derecho Público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 194 y 195.

Sin embargo, la instrumentalidad puesta de manifiesto entre el art. 105 y 20.1.d) CE a expensas del art. 10.2 CE abre una opción interpretativa que conjuga el respeto por la normatividad de un consagrado precepto como es el art. 20.1.d) CE, con la necesaria revisión de su contenido a la luz del art. 10.2. CE. La vinculación es evidente en su esencia, igual que la hay entre el art. 119 y el 24. Y no resulta posible concebirlo de otra forma distinta a la que se ha hecho en un contexto multinivel. Por todo lo dicho, puede afirmarse que el desarrollo efectuado en la interpretación del derecho de acceso por parte del TEDH es uno de los motivos que sostienen con más peso el estudio actual de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento¹⁵⁶⁴.

De otro lado, parece reseñable destacar que la progresión en la jurisprudencia del TEDH en la materia no ha sido fortuita ni provocada por un azar espontáneo que ocasionara el cambio en su doctrina sobre el art. 10 CEDH. Ese cambio en su interpretación ha sido una necesaria transformación derivada de las alteraciones que está introduciendo la sociedad global tecnológica y de la información en los parámetros tradicionales del proceso de comunicación. Se discrepa, por ello, de la crítica efectuada por VILLAVERDE MENÉNDEZ al diálogo entre tribunales como argumento para fundamentar la existencia de un derecho fundamental de acceso a la información. No se puede concebir la evolución del derecho sin atender al diálogo entre tribunales.

Según el autor, la jurisprudencia del TEDH resulta limitada a tal fin en tanto instrumentaliza el acceso a la información pública respecto de la libertad de información, terminando así por limitar su alcance. Esta perspectiva lleva a circunscribir la cuestión de la iusfundamentalización únicamente a los casos en que esté en juego la formación de la opinión pública y el debate sobre asuntos de interés general. Sitúa el autor en esa instrumentalización entre acceso a la información y formación de la opinión pública, un problema limitante para trasladar al ámbito interno una suerte de derecho fundamental de acceso a la información pública. Ya que en este sentido, la doctrina del TEDH puede

¹⁵⁶⁴ Se coincide por tanto con ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso...”, cit., p.360, cuando apunta que art. 10.2 CE “es el apoyo más consistente para superar una concepción restrictiva y pasiva de la facultad de «recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» en pos de un concepto de la libertad de información que englobe el derecho a buscar activamente la información accediendo los contenidos y documentos en poder de los entes públicos y sujetos asimilables”.

debilitarse en los casos de acceso que no tenga que ver con la formación del debate público¹⁵⁶⁵.

No se comparte esta posición, como se expondrá en el último apartado del trabajo. Aquello que el autor ve como limitante para el reconocimiento interno de un derecho fundamental de acceso, es en realidad un punto clave en la argumentación que tratará de facilitarse para comprender la construcción iusfundamental del derecho aquí sostenida. En este sentido, el recurso al constitucionalismo multinivel no sólo es útil sino que es ineludible para enfrentar la cuestión en el ámbito interno, especialmente en relación a la evolución del derecho.

En esta línea, el art. 10.2 CE permite catalizar ese desarrollo derivado del ámbito internacional de los derechos. Y que, según considero, no debe subestimarse como un argumento menor, dado que aporta gran riqueza gracias a importantes pronunciamientos del TEDH que han tenido lugar durante los últimos años. Punto de partida, como quiera que sea, en la evolución de un derecho que en el contexto tecnológico reclama un lugar actualizado por su vinculación con el principio democrático, ligado a la opinión pública y a la participación efectiva. Ese nexo es el que subyace en definitiva en el debate sobre el carácter fundamental del derecho y es un referente que no puede perderse de vista en su entendimiento.

No obstante, y habida cuenta de las dudas que despeja el criterio de la interpretación conforme a los tratados internacionales, lo cierto es que el TC no ha aceptado aún esta posición. Aunque resulte llamativo, no se atisba en el TC la defensa del derecho de acceso en consonancia con el canon internacional¹⁵⁶⁶. A ello se suma el poco aliciente que al efecto ha resultado de la regulación de la LTAIBG, que al enmarcarse exclusivamente en el art. 105.b) CE, ubica el derecho fuera del alcance del art. 10.2 CE.

Con todo, por más que resulte incontrovertible la incapacidad del legislador para crear derechos fundamentales, debía haber tenido en cuenta la apertura internacional de los

¹⁵⁶⁵ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “El marco constitucional...”, cit., p. 182.

¹⁵⁶⁶ En otros términos señala ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho...”, cit., p. 94, que “si perjuicio de que, como se ha expuesto, exista una sólida argumentación basada en la interpretación conforme a los tratados internacionales para defender la inserción del derecho de acceso en la libertad de información, una cosa es admitir la innegable conexión entre ambos derechos y que se estime más adecuado y oportuno el desarrollo del derecho de acceso por ley orgánica para dotarlo de mayores garantías y otra que el Tribunal Constitucional pueda llegar a asumir esta tesis hasta el punto de otorgarle virtualidad suficiente para destruir la presunción de constitucionalidad de su regulación por ley ordinaria al amparo del art. 105 b) CE”.

derechos para orientar su labor, perfilando legislativamente el derecho. En este sentido hubiera sido interesante que lo regulase, no sólo como un derecho del ciudadano frente a la administración *ex art. 105 CE*, sino vinculado democráticamente a la opinión pública y al derecho a la libertad de información que confiere el art. 20 CE. Por este motivo, se ha criticado que “la propia Constitución, interpretada (...) de acuerdo con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal como exige el artículo 10.2 CE, podía (debía más bien) fundamentar una elección (...) diversa”¹⁵⁶⁷ por parte del legislador.

Asimismo, de los ejemplos anteriormente destacados resulta que la concepción mantenida por el TC vendrá en definitiva motivada por el valor hermenéutico integracionista o de límite que, en el caso concreto, otorgue a la visión del art. 10.2 CE. En todo caso, la perspectiva integracionista evolutiva, estará sujeta claramente a la dejación de una interpretación restrictiva de las libertades comunicativas –construidas sobre una superada realidad analógica–, en pos de una relectura que permita ajustar la modalidad de la recepción de la información, *ex art. 20.1.d) CE* a la realidad tecnológica. Resulta esperable que de la fuerza y claridad derivada de los últimos pronunciamientos del TEDH, el TC se vea compelido por la interpretación conforme en subsiguientes pronunciamientos.

5. Una aproximación a la doctrina del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal (CTBG) y de los Consejos de transparencia autonómicos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en base a los estándares del TEDH

Una vez estudiado el estado de la cuestión sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública atendiendo a su configuración en el contexto internacional multinivel, así como en el ámbito interno a propósito de la LTAIBG y de la jurisprudencia del TS y del TC, resulta interesante analizar la perspectiva acogida en este punto por los respectivos Consejos de transparencia.

Como se ha visto, el derecho de acceso a la información pública, especialmente en el ámbito del Consejo de Europa ha adquirido naturaleza de derecho fundamental vinculado con la libertad de información, en el marco del art. 10 CEDH. Sin embargo, no ha sido

¹⁵⁶⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 189.

ésta la línea seguida internamente en España según lo dicho hasta ahora, ni legislativamente, ni por la jurisprudencia constitucional. No obstante, debe tenerse en cuenta que la doctrina emanada de los Consejos de transparencia, como órganos garantes de la transparencia y el acceso a la información pública, sí que han tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH como parámetro interpretativo en muchas de sus resoluciones. De ahí que, resulte interesante valorar en este punto cómo se aplican los criterios marcados por el TEDH respecto de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información en dichos Consejos

5.1. La doctrina del CTBG sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en base a los estándares del TEDH

De entre los numerosos pronunciamientos del CTBG estatal, emitidos en sus resoluciones y criterios interpretativos, puede dibujarse un determinado perfil de sus consideraciones sobre la naturaleza y alcance del derecho de acceso. En este sentido, el CTBG ha señalado que el derecho de acceso a la información pública viene a reconocerse y configurarse ampliamente en la LTAIBG, con la consiguiente interpretación restrictiva de sus límites. Estos últimos habrán de operar, como bien ha sostenido el CTBG, conforme a un test de daño (a efectos de valorar el perjuicio causado sobre la materia bajo la que recae el límite con el que colisiona) y el test del interés público en la divulgación, conforme al principio de proporcionalidad¹⁵⁶⁸. Consecuentemente, ha precisado el CTBG que rige una regla general pro acceso en virtud de la cual los límites no pueden operar ni de forma automática, ni absoluta¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁸ Al respecto pueden verse entre otras muchas, la Resolución del CTBG 85/2017 de 23 de mayo, FJ4. En el mismo sentido, véanse las resoluciones del CTBG 88/2017, de 25 de mayo, FJ 4; 312/2017, de 26 de septiembre, FJ 6; 263/2017, de 30 de agosto, FJ6; 340/2017, de 6 de octubre, FJ 3; 343/2017, de 13 de octubre; 343/2017, de 13 de octubre, FJ3; 373/2017, de 30 de octubre, FJ 4; 473/2017, de 18 de enero de 2018, FJ 5; 486/2017, de 2 de febrero de 2018; Resolución 551/2017, de 21 de marzo de 2018, FJ 7.

Lo señalado en el texto se complementa con lo dispuesto en la Resolución del CTBG 311/2017, de 26 de septiembre, FJ 7, donde se puntualiza que “al acceso a la información o documentación contenida en los ficheros de la Administración le son de aplicación los límites contenidos en el artículo 14 de la LTAIBG y el relativo a la protección de datos de carácter personal, regulado en su artículo 15. En todo caso, la aplicación de los límites deberá ser motivada, restringida, justificada y proporcionada así como atender a las circunstancias del caso concreto, de acuerdo con los criterios contenidos en el indicado Criterio Interpretativo y en las sentencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos. Así, debe tenerse presente que facilitar la información es la regla general y la aplicación de los límites es la excepción y hemos de tener presente que la LTAIBG, en su Preámbulo, afirma expresamente que el derecho de acceso a la información pública se configura de forma amplia y dicho derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos”.

¹⁵⁶⁹ Así se expresa el CTBG, señalando entre otras en la Resolución del CTBG 219/2018, de 10 de julio, FJ4, que “De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la

En muchas de las resoluciones del CTBG se advierte el recurso expreso a pronunciamientos judiciales que han reconocido el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública, consciente de su vinculación con el efectivo ejercicio de otros derechos que reúnen tal naturaleza jurídica¹⁵⁷⁰. No obstante, el CTBG se muestra consciente de la discrepancia en este punto, al haber señalado que “la posición de los órganos jurisdiccionales españoles dista de ser considerada definitiva sobre esta cuestión”¹⁵⁷¹. Coincidiendo con las conclusiones extraídas del estudio de la jurisprudencia dictada por el TS y TC, el propio CTBG ha subrayado en varias ocasiones que no existe por el momento un pronunciamiento jurisprudencial concluyente. En lo que respecta especialmente a la jurisprudencia del TC, merece la pena destacar las consideraciones del CTBG al haber expresado que,

“(…) la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado acerca de si cabe interpretar que el derecho de acceso a la información pública es una de las facultades incluidas en la libertad de información del artículo 20.1 d), máxime cuando la única sentencia existente es de 1988 por lo que no pudo tomar en consideración la evolución del derecho de acceso en los instrumentos internacionales y, específicamente, la jurisprudencia dictada por el TEDH a partir del 2009 y la misma se limitó a rechazar la posibilidad de acudir al amparo por violación del artículo 105 b) en un caso en el que no se había alegado la conexión del mismo con el artículo 20.1 d)”¹⁵⁷².

denegación ni absolutamente en relación a los contenidos”.

¹⁵⁷⁰ Tal es el caso de la Resolución del CTBG 296/2017, de 15 de septiembre de 2017, FJ 8. En el mismo sentido, pueden verse las resoluciones del CTBG 298/2017, de 18 de septiembre, FJ 8; 327/2017, de 2 de octubre, FJ 5; 343/2017, de 13 de octubre, FJ3; 344/2017, de 13 de octubre, FJ 3; 345/2017, de 17 de octubre, FJ5; 373/2017, de 30 de octubre, FJ 4; 473/2017, de 18 de enero de 2018, FJ 5; 486/2017, de 2 de febrero de 2018, FJ 5; 542/2017, de 13 de marzo de 2018, FJ 5; 551/2017, de 21 de marzo de 2018, FJ 7. Resolución 94/2018, de 21 de mayo, FJ 10; 198/2018, de 30 de julio, FJ 7. Especialmente interesante por destacar el carácter prevalente del derecho de acceso a la información pública, la amplitud con la que ha de entenderse y su carácter fundamental a partir de la reciente jurisprudencia resulta la Resolución del CTBG 242/2018, de 13 de julio, FJ 3. En tales resoluciones se apelan entre otras a la SJCCA 39/2017, de 22 de marzo.

En este orden de cosas, pueden encontrarse resoluciones del CTBG como la 20/2018, de 12 de abril, FJ6, en las que no sólo se produce una remisión a la jurisprudencia reciente a favor del carácter fundamental del derecho de acceso a la información, sino que la argumentación del CTBG opera propiamente

¹⁵⁷¹ Resolución del CTBG 219/2018, de 10 de julio. En el mismo sentido, resoluciones del CTBG 44/2018, de 30 de abril; 25/2018, de 13 de abril, FJ 3 y 5.

¹⁵⁷² Resolución del CTBG 44/2018, de 30 de abril. Asimismo debe destacarse, que en otras resoluciones, el CTBG ha reiterado en efecto la falta de consenso jurisprudencial en torno a la iusfundamentalización del derecho de acceso, si bien ha señalado (entre otras en las Resolución del CTBG 44/2018, de 30 de abril de 2018, FJ 7. Esta misma reflexión en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública se realiza posteriormente en la Resolución del CTBG 626/2018, de 22 de enero de 2019, FJ 4), que “no puede dejar de recordarse al reclamante que, para salvaguardar su derecho fundamental, puede instar el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, de carácter preferente y sumario y regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, en su caso, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Esbozada esta aproximación a la naturaleza del derecho por parte del CTBG, se analizarán a continuación algunas de las resoluciones destacables dictadas por los Consejos de transparencia autonómicos.

5.2. La doctrina de los Consejos de transparencia autonómicos sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en base a los estándares del TEDH

A título de ejemplo significativo podrían destacarse los Consejos de transparencia autonómicos de Valencia y de Andalucía, como Autoridades en las que se ha dejado ver la conformación del estándar internacional del acceso a la información pública. Esto es, los criterios del TEDH en la materia “tampoco han pasado desapercibidos para la doctrina emanada de las Autoridades autonómicas”¹⁵⁷³.

Por su parte, el Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana (CTCV) ha acudido en sus resoluciones a los estándares internacionales para dar valor al “principio de transparencia máxima” a través del cual el derecho de acceso debe ser entendido ampliamente a favor de todas las personas, siendo inversamente restrictiva la interpretación a los límites a su ejercicio¹⁵⁷⁴. En línea con esta vía de recurso al ámbito internacional, cabría destacar un caso concreto en el que el reclamante es un investigador que solicitaba información para efectuar una publicación científica. Al respecto, el CTCV señaló que,

“ello, obviamente cualifica el derecho a la información ejercido, al tiempo que obliga a considerar de modo especialmente restrictivo cualquier barrera o limitación a este derecho. En esta dirección cabe tener singularmente en cuenta la muy reciente STEDH de 8 de noviembre de 2016”¹⁵⁷⁵.

Se remite así al famoso asunto *Magyar*, analizado ampliamente en esta investigación, para recordar los elementos establecidos por el TEDH destinados a dotar al derecho de acceso de la máxima protección. Más recientemente, en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19 se ha pronunciado en el mismo sentido el CTCV vinculando

previsto en los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional”.

¹⁵⁷³ Federación Española de Municipios y Provincias. “El derecho de acceso a la información pública...”, cit., p.41.

¹⁵⁷⁴ Resolución del CTCV 20/2016, de 28 de octubre, FJ6. En el mismo sentido, véase resolución del CTCV 21/2017, de 10 de marzo, FJ 3.

¹⁵⁷⁵ Resolución del CTCV 25/2017, de 10 de marzo, FJ3.

el derecho de acceso a la información pública con la libertad de información, atendiendo a la jurisprudencia dictada por el TEDH¹⁵⁷⁶.

De otro lado, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDA) ha reconocido de manera directa la conexión existente entre el derecho de acceso a la información pública, vía art. 105.b) CE y la libertad de comunicar y recibir información del art. 20.1.d) CE, en conexión con lo dispuesto en la jurisprudencia internacional. Así, la Resolución 42/2016 del CTPDA aclara que

“en los casos en que entra en juego el derecho al acceso a la información pública, frente al derecho de protección de datos personales se sitúa un derecho que enraíza inmediatamente en el propio texto constitucional, en cuanto plasmación del mandato establecido en el art. 105 b) CE, que impone al legislador regular “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Pero es más; se trata de un derecho que, al igual que el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz [art. 20.1.d) CE], está esencialmente orientado a asegurar una institución política capital, a saber, la “opinión pública libre”. Estrecha relación con el derecho fundamental a la libertad de información que, por lo demás, viene siendo destacada en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual han de interpretarse nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE)”¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁶ Véase Resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre, FJ6.

¹⁵⁷⁷ Resolución del CTPDA 42/2016, de 22 de junio, FJ6. A continuación del párrafo transcrito en el texto el CTPDA realiza una remisión a la jurisprudencia del TEDH más relevante hasta el momento en la materia, señalando en el mismo FJ6 que “Desde que en la Sentencia *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009, ya apuntara claramente la posibilidad de interpretar ampliamente el art. 10.1 del Convenio Europeo a fin de dar cobertura al derecho a acceder a la información (§ 35; asimismo, la Sentencia *Kenedi c. Hungría*, de 26 de mayo de 2009, § 43), el TEDH no ha venido sino a profundizar y a ratificar dicha comprensión amplia del mismo, llegando a la conclusión de que la “libertad de recibir información” a la que alude el art. 10.1 del Convenio “abarca un derecho de acceso a la información” (Sentencia *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013, § 20; véase asimismo la Sentencia *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013, §§ 33-36). Así pues, cuando un operador jurídico afronte un eventual conflicto entre el derecho fundamental a la protección de datos personales y el derecho al acceso a la información pública, no puede decantarse apriorísticamente por uno de ellos, atribuyéndole así una primacía casi automática. Antes de acordarse una precipitada realización de uno de ellos a costa del otro, debe procurarse la armonización entre los derechos que colisionan a fin de que ambos alcancen la máxima efectividad posible”. Esta misma posición se reitera posteriormente, entre otras, en las resoluciones del CTPDA 96/2016, de 19 de octubre, FJ5; 10/2017, de 1 de febrero, FJ 2.

De forma complementaria cabe destacar la resolución del CTPDA 121/2017, de 15 de noviembre, FJ6, al señalar que la “vinculación estrecha con el derecho fundamental a la libertad de información que, de forma gradual pero palmaria, se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual han de interpretarse nuestros derechos fundamentales según exige el artículo 10.2 CE [baste citar algunas de las más recientes: la Sentencia *Rosiianu v. Rumanía*, de 24 de junio de 2014

5.3. Especial aplicación por parte de los Consejos de transparencia autonómicos del test de iusfundamentalidad del TEDH

Las referencias autonómicas y locales efectuadas en los apartados anteriores han permitido observar que los avances desarrollados en el contexto internacional han sido, en gran parte, argumento para ensamblar la relevancia del derecho de acceso a la información. Ello justifica en lo que sigue un análisis más profundo sobre la concreta aplicación, por parte de los Consejos de transparencia autonómicos, del test de iusfundamentalidad del derecho elaborado por el TEDH. Dicha traslación permitirá, en definitiva, valorar en qué medida se está aplicando en el ámbito autonómico la doctrina del TEDH, sobre la base de los elementos que conforman el señalado test de iusfundamentalidad: finalidad de la solicitud, rol del solicitante, interés público de la información y disponibilidad de la misma.

a) Finalidad de la solicitud de acceso a la información

Como se analizó anteriormente, el TEDH considera la finalidad pública de la solicitud como un requisito necesario para entender incluido el acceso a la información como una manifestación del art. 10 CEDH. En este sentido, el TEDH consigna los motivos de la solicitud, centrándose en aquellas que ostenten una finalidad pública al vincularse con la libertad de recibir o comunicar información. No obstante, debe recordarse que, atendiendo a la propia normativa emanada del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, la motivación no es un requisito propiamente exigible ni característico del derecho de acceso a la información. Se trata más bien de un elemento a valorar a raíz de la dogmática del TEDH, construida a propósito de las concretas circunstancias que marcan el caso *Magyar*. Como hemos visto en otro lugar, este supuesto ha permitido positivamente ha permitido sentar un precedente favorable para cobijar el derecho de acceso a la información en el CEDH, pero a su vez ha parametrado de algún modo, los criterios que dan luz verde a la protección del derecho de acceso a la información en el marco del CEDH.

(§ 64) y la Sentencia de la Gran Sala Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría, de 8 de noviembre de 2016 (especialmente, § 132 y §§ 151-169)]. Pero de esto ya era consciente el Parlamento andaluz cuando aprobó su ley de transparencia, al señalar en su Exposición de Motivos que, se pretende “garantizar, conforme al artículo 20.1.d) de la Constitución Española, el derecho a recibir libremente información veraz de los poderes públicos y, conforme al artículo 105.b) de la Constitución española, el acceso de los ciudadanos a la opinión pública”. Se reitera posteriormente la argumentación expuesta entre otras en las resoluciones del CTPDA 144/2017, de 30 de noviembre, FJ4; 152/2017, de 20 de diciembre, FJ5; 4/2018, de 3 de enero, FJ 5; 8/2018, de 10 de enero, FJ4; 382/2020, de 16 de diciembre, FJ2.

En cualquier caso, atendiendo a lo señalado por el TEDH habría que estar a las solicitudes en las que el acceso a la información se constituye en paso preparatorio para la formación de la opinión pública, encontrando en este caso amparo en el art. 10 CEDH. Este elemento, suscita en definitiva la problemática que se deriva de la valoración de la finalidad de la solicitud porque exige entrar a analizar los motivos por los que se solicita la información. Sin embargo, como ya se ha destacado, en España tal justificación de la solicitud de la información no es un requisito imperativo a tenor de la LTAIBG¹⁵⁷⁸. Tal como señala el art. 17.3 LTAIBG, “el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud”¹⁵⁷⁹. Por tanto, interesa ver cómo se aplica en los Consejos de transparencia autonómicos, la exigencia derivada de la doctrina del TEDH teniendo en cuenta a su vez el marco normativo aplicable.

En este sentido, destaca el CTPDA que en su resolución 66/2016, de 27 de julio, se pronuncia sobre la motivación de la solicitud. El asunto mencionado plantea un conflicto entre el interés público en la difusión de la información y la protección de datos, llegándose al CTPDA por la denegación del acceso a la información al no haberse facilitado los motivos de la solicitud. A este respecto, señala el CTPDA que

“la motivación de la solicitud no se concibe como una obligación sino como una opción a la que puede recurrir libremente el solicitante (art. 17.3 LTAIBG); y si bien es cierto que el órgano (...) ha de tomar en consideración este dato para realizar la ponderación entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados [15.3.b) de LTAIBG], ello no supone en modo alguno que la ausencia de motivación de

¹⁵⁷⁸ Tal como indica MIR PUIGPELAT, O. “El acceso a la información pública...”, cit., p. 59, en alusión a la regulación española del derecho de acceso a la información “es el hecho de que exima expresamente a los solicitantes de la obligación de motivar su petición (...). Ello, sumado a la circunstancia de que se admita expresamente que puedan invocarse intereses meramente privados, y no solo públicos, intereses privados que pueden incluso llegar a prevalecer en el juicio ponderativo y justificar el acceso aunque este comporte un perjuicio para alguno de los bienes protegidos por los límites legalmente establecidos, comporta que el derecho de acceso pueda ejercerse legítimamente tanto para los fines «altruistas» que justificaron el surgimiento histórico de dicho derecho (como derecho vinculado a la libertad de prensa), como para fines puramente «egoístas». Esto es, que se ejerza no ya con la finalidad de efectuar con control democrático de la actuación de los poderes públicos y contribuir al debate público (finalidad que impulsa las solicitudes de acceso formuladas por los medios de comunicación y demás «*public watchdogs*» a que se refiere el TEDH, y cuyo resultado está destinado a ser ampliamente difundido —tras la elaboración pertinente— a través de los medios, internet y publicaciones especializadas), sino para acceder a informaciones que interesan única o principalmente a quien las solicita”.

¹⁵⁷⁹ Art. 17.3 LTAIBG.

la solicitud acarree una primacía casi automática del derecho a la protección de datos frente al derecho a acceder a la información, (...). De ser así, (...), prácticamente quedaría vacío de contenido el carácter opcional, y no obligatorio por tanto, de la motivación previsto en el citado artículo 17.3 LTAIBG”¹⁵⁸⁰.

Lo sostenido por el CTPDA también se corrobora entre otros, por el Comisionado de Transparencia de Castilla y León (CTCYL), en cuya resolución 122/2019, de 28 de junio pone de manifiesto que el hecho de que la motivación de la solicitud de información no sea obligatoria, supone que no tenga que concurrir un interés específico para tener derecho a acceder a la información. Y ello sin perjuicio de que tal valoración pueda ser tenida en cuenta a la hora de la resolución¹⁵⁸¹.

Por otro lado, el CTCV ha recurrido directamente a la doctrina del TEDH para alertar sobre el perjuicio que puede suponer para el solicitante de información no facilitar los motivos de la solicitud. En tal sentido, la resolución 19/2017, del CTCV de 10 de marzo advierte que

“obviamente, el solicitante no está obligado a facilitar información concreta, de los motivos de su solicitud, como expresamente reconoce la legislación estatal y valenciana. No obstante, ello podría tener consecuencias contrarias al solicitante al momento de alcance definitivo de la información a la que tiene derecho a acceder. En este sentido cabe recordar la jurisprudencia europea. En esta dirección la muy reciente STEDH de 8 de noviembre de 2016 [caso Magyar] (...) (en especial §158 respecto de la importancia de los motivos de la solicitud para reconocer el derecho de acceso a la información). De igual modo, cabe tener en cuenta STJUE (...) del asunto C-28/08 P, de 29 de junio de 2010 por cuanto el solicitante tiene que “demostrar” la necesidad de la transmisión de datos que solicita (§78)”¹⁵⁸².

Sirva de ejemplo práctico en tal sentido, la resolución 180/2020 del CTCV, de 22 de diciembre en la que el solicitante de información es un periodista que motiva su solicitud en la realización de un estudio de investigación comparativo en todas las Comunidades Autónomas, sobre los datos de incidencia de fallecidos por COVID-19 en residencias de

¹⁵⁸⁰ Resolución del CTPDA 66/2016, de 27 de julio, FJ 4. En el mismo sentido se pronuncia el CTPDA en otras resoluciones en: 80/2016, de 3 de agosto, FJ3; 121/2017, de 15 de noviembre, FJ2, donde sitúa la falta de motivación “como un elemento de juicio más en la conformación de su decisión”; 11/2018, de 17 de enero, FJ4.

¹⁵⁸¹ Vid. Resolución del CTCYL 122/2019, de 28 de junio, FJ6.

¹⁵⁸² Resolución del CTCV 19/2017, de 10 de marzo, FJ 4. En idéntico sentido, resoluciones del CTCV 21/2017, de 10 de marzo, FJ 4., 38/2017, de 20 de abril, FJ 11.

mayores. Tal justificación es precisamente la que permite al CTCV conectar en el caso el derecho de acceso a la información con el derecho a la libertad de información, en un paralelismo con la doctrina del TEDH. Pues, en efecto, el acceso por parte de personas que llevan a cabo una tarea de *public watchdogs* se encuentra en tales casos privilegiado por el TEDH, por la especial protección que brinda el art. 10 CEDH. Operación que en el caso traslada y aplica el CTCV respecto del art. 20 CE.

Por otro lado, conocer la motivación de la solicitud permite en el supuesto al CTCV entender y valorar la relevancia pública de la información, considerando que era necesaria una respuesta ágil de la administración que facilitara el acceso a la misma. Pues, como indica en tal sentido el CTCV, se trataba de un asunto de gran repercusión social que estaba generando una preocupación generalizada al desembocar en una situación de alarma y excepcionalidad que requerían de la máxima transparencia¹⁵⁸³.

De este modo, la motivación de la solicitud de información concede criterios de juicio para en su caso, coadyuvar a la realización del juicio ponderativo y facilitar que “pueda inclinarse a favor del acceso a la información”¹⁵⁸⁴. Debe no obstante tenerse en cuenta que, en principio, la configuración del derecho de acceso a la información pública hace irrelevante el interés y condición del solicitante, y que “únicamente puede ser tenido en cuenta, y si es alegado por el interesado, para ponderar los límites aplicables al caso (arts. 14.2 y 15.3 LTAIBG)”¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸³ En tal sentido véase, Vid. Resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre, FJ 6.

¹⁵⁸⁴ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 369. Entre otros autores que consideran relevante la motivación de la solicitud como elemento a tener en cuenta en el juicio ponderativo, véanse por todos, entre otros, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información...”, cit., págs. 302 y 303. MESEGUER YEBRA, J. “El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014, págs. 15 y 16. COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p.274. IBÁÑEZ GARCÍA, I. “Derecho de acceso a la información pública (arts. 12...”, cit., págs. 341 a 343. BARRERO RODRÍGUEZ, C. “El ejercicio del derecho y el régimen...”, cit., p. 521. Puede destacarse también como ejemplo en el que la motivación sirve para valorar el interés público en juego, la resolución del CTAR 10/2019, de 4 de febrero, FJ 3.

¹⁵⁸⁵ Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 167. Precisan además los autores en esta misma página que “que la Administración o el órgano de revisión juzguen el interés del solicitante está por completo fuera de lugar, y entraña una vía sin fundamento legal que puede subvertir el sistema de transparencia pública”.

Puede destacarse en este sentido la resolución de la GAIP 335/2017, de 6 de octubre, FJ3, en la que se subraya que “la condición sindical que pueda tener la persona reclamante no resulta determinante para el acceso a la información que se reclama, sino que habrá que aplicar el régimen general de acceso a la información pública regulado en la LTAIPBG, que no queda sujeto a motivación ni requiere la invocación de ninguna norma y sólo puede ser desestimado ante la concurrencia de algún límite legalmente establecido, que no ha sido invocado por la Administración”.

No obstante, no se trata de una cuestión libre de polémica ya que existen pronunciamientos judiciales cuestionables donde se entra a valorar el interés del solicitante para ver si la información solicitada entra o

En este punto, recogiendo las posibles inferencias negativas que pueden derivarse de la no motivación a la hora de efectuar el juicio ponderativo, destaca COTINO HUESO la conveniencia de “regular la importancia de que se insista al solicitante para que pueda dar motivos de su solicitud y sepa que ello es para que tenga mayores probabilidades de éxito (...)”¹⁵⁸⁶.

Dicho esto, el CTCV también ha precisado la importancia del derecho de acceso a la información a partir de un caso donde el ayuntamiento al que se solicita la información no facilita el acceso por considerar que se solicitaba en base a un “simple interés informativo”. Al respecto, precisó el CTCV que,

“si el interés del reclamante es o no meramente informativo no tiene importancia a la hora de conceder el derecho de acceso, ya que para el ejercicio del mismo no es necesario motivar la solicitud (...). Es más, ese “*simple interés informativo*”, como lo denomina el Ayuntamiento,

no dentro del ámbito objetivo de la ley. En este sentido, la SAN de 27 de mayo de 2019 - ECLI:ES:AN:2019:2334, FJ 3, señala que “En definitiva, la solicitud se encuentra guiada únicamente por un mero interés privado, por cuanto con la información solicitada se persigue obtener información que pueda servir como justificante de la presentación de determinados escritos o instancias ante el órgano correspondiente. (...)La sentencia de instancia, tras exponer la normativa de aplicación, considera, acertadamente, que dicha información a la vista del objeto y finalidad de la Ley de Transparencia sólo tiene un interés meramente privado, conclusión que comparte la Sección, y es que lo único que pretende el recurrente con dicha información - suministrada, aunque parcialmente según el recurrente- es justificar ante el órgano judicial o administrativo correspondiente la remisión de determinada documentación al mismo, por lo que no nos encontramos ante una finalidad de control público o de rendición de cuentas de conformidad con la Ley de Transparencia. Así pues, si la información interesada no se encuentra dentro del ámbito objetivo de aplicación de dicha Ley, la desestimación de la reclamación y la declaración de conformidad a derecho de la misma por el juez a quo resulta ajustada a Derecho, conclusión que releva de examinar el fondo de la cuestión litigiosa, contrariamente a lo sostenido por el apelante. Resulta llano que el interés meramente privado que guía la solicitud no puede proyectar el efecto de examinar si la información se ha suministrado total o parcialmente, análisis que resultaría procedente de considerarse que la solicitud está presidida por un interés público, pero no es el supuesto”.

Este posicionamiento ha sido de hecho criticado acertadamente por Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 167, declarando al respecto que “a nuestro modo de ver, causa estupor que a estas alturas de aplicación de la LTAIBG se sigan utilizando criterios por completo ajenos a ella, y propios del marco legal anterior a la misma. En efecto, el análisis del interés del solicitante es, inicialmente, por completo irrelevante”. Además, se añade en esta misma página en nota al pie que “en nuestra opinión, afirmar como que «la información interesada no se encuentra dentro del ámbito objetivo de aplicación de dicha Ley (LTAIBG)» es manifiestamente desafortunado, pues, de acuerdo con la Ley, el ámbito objetivo está determinado exclusivamente por la posesión de la información solicitada por el sujeto obligado (art. 12 LTAIBG)”.

¹⁵⁸⁶ En concreto propone a tales efectos, COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p.274, como una posible propuesta regulatoria que, “el ejercicio de este derecho no obliga a dar razones de los motivos por los que se solicita la información pública, no obstante los sujetos obligados habrán de advertir de la importancia que puede tener para que se reconozca el acceso a la información pública solicitada la exposición del tipo de sujeto del que se trata por su posible importancia en el control social de la acción pública; la explicación de la relevancia e interés público que puede tener la información que solicita o el tratamiento de la misma que tenga previsto y su posible conexión con intereses que no sean solo particulares”.

es precisamente el importante derecho a saber que tenemos todos los ciudadanos y ciudadanas a través de las leyes de transparencia estatal y autonómica”¹⁵⁸⁷.

b) Naturaleza de la información solicitada

La naturaleza de la información debe vincularse al interés público para ser otro de los elementos a tener en cuenta por el TEDH a efectos de construir la iusfundamentalidad del acceso a la información en el marco del art. 10 CEDH. Este requisito ha sido especialmente definido a propósito del caso *Magyar*, donde el TEDH enfatiza la necesidad de acudir a las circunstancias del caso particular para definir en concreto el interés público de la información. En cualquier caso, el tribunal realiza una aproximación al concepto, refiriéndose al interés público en relación con

“asuntos que afectan al público en la medida en que puedan legítimamente interesarse por ellos, que atraen su atención o que le conciernen en grado significativo, especialmente en cuanto afectan al bienestar de los ciudadanos o a la vida de la comunidad. Este es también el caso de los asuntos que pueden suscitar una gran controversia, que se refieren a un tema social importante o que implican un problema sobre el que el público tendría interés en ser informado”¹⁵⁸⁸.

Este requisito está estrechamente vinculado a la finalidad de la solicitud, pues, lógicamente la finalidad a la que se destine va a ir íntimamente conectada con la naturaleza misma de la información. En este punto, la naturaleza de la información juega un rol importante en la ponderación de los intereses en conflicto. Diversos Consejos de transparencia han acudido a la jurisprudencia del TEDH para tener en cuenta el elemento del interés público de la información en la correspondiente ponderación de intereses en juego. Así, si bien es cierto que la legislación española no obliga a justificar los motivos de la solicitud, por cuanto no es causa en sí misma para la denegación del acceso a la información, hay que tener en cuenta que su plasmación puede favorecer en la práctica la ponderación de intereses. De este modo, podrá atenderse en su caso al interés público superior que concurra en el caso concreto para que prevalezca el acceso a la información pública sobre otros intereses en conflicto implicados. Así, por ejemplo, el CTCV ha reconocido que

¹⁵⁸⁷ Resolución del CTCV 107/2020, de 25 de septiembre, FJ5.

¹⁵⁸⁸ STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafo 162.

“este derecho queda especialmente cualificado y protegido cuando se ejerce con relación a materias de interés público y para finalidades de relevancia pública (STEHD Gran Sala, de 8 de noviembre de 2016 caso Magyar, § 156 y ss.)”¹⁵⁸⁹.

En la línea apuntada, el CTCV ha dispuesto que

“el solicitante no está obligado a facilitar información concreta de los motivos de su solicitud si bien ello podría tener consecuencias al momento del alcance definitivo de la información a la que tiene derecho a acceder. (...) también la Administración podrá ponderar la concurrencia de interés público vinculado con las finalidades de la transparencia en mayor o menor intensidad. Obviamente a mayor interés público que medie, mayor intensidad y alcance del derecho de acceso a la información”¹⁵⁹⁰.

Lo señalado anteriormente se ve claramente en un caso planteado ante el CTCV en el que la no motivación de la solicitud lleva al CTCV a verse impedido para entrar a valorar la posible conexidad del derecho de acceso a la información con un derecho fundamental que pudiera cualificar el acceso con la protección iusfundamental que le corresponde en aplicación de la jurisprudencia del TEDH. No obstante, aun en ese caso, el CTCV entiende que aunque no pueda otorgar esa protección iusfundamental, ello no es óbice para tener en cuenta el interés público en juego a la hora de efectuar la correspondiente ponderación¹⁵⁹¹.

Entre las materias respecto de las que los Consejos de transparencia autonómicos han venido constatando la existencia de interés público en la solicitud,—por encajar entre las finalidades perseguidas por la LTAIBG y respectivas leyes autonómicas, pueden destacarse entre otras: la información sobre suministro de energía eléctrica, respecto de la que el CTPDA ha manifestado la innegable trascendencia pública sobre el buen

¹⁵⁸⁹ Resolución del CTCV 98/2020, de 31 de julio, FJ 4. En el mismo sentido, resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre, FJ 6.

¹⁵⁹⁰ Resolución del CTCV 21/2017, de 10 de marzo, FJ 7.

En términos similares en un caso de conflicto sobre acceso a la información y protección de datos, señala el CTCV en la resolución 89/2017, de 22 de noviembre, FJ 3, que “en caso de haber expuesto los motivos, estos podrían haber sido tenidos en cuenta a la hora de realizar la ponderación; pero de ningún modo eso implica (como la propia ley establece) que la ausencia de motivación implique una primacía automática del derecho a la protección de datos frente al derecho a acceder a la información, porque ello equivaldría prácticamente a considerar que la motivación dejaría de ser opcional para convertirse en obligatoria”. En el mismo sentido, resolución del CTCV 79/2017, de 2 de noviembre, FJ 5.

¹⁵⁹¹ Vid. Resolución del CTCV 106/2018, de 21 de septiembre, FJ 3 y 4. Cabe también destacar la Resolución del CTCV 38/2017, de 3 de abril, FJ 11, en la que se señala que “hay que recordar la importancia de las finalidades expuestas por el solicitante de información, puesto que pueden llevar a facilitar el acceso y entender prevalente el mismo frente a otros derechos o intereses contrarios a dicho acceso a la información”.

funcionamiento de este servicio público esencial¹⁵⁹² para favorecer el escrutinio de la ciudadanía sobre la eficacia de la administración en la prestación del servicio. En el mismo sentido, se ha pronunciado el CTPDA sobre el acceso a la información relativa a recaudación de recursos y posterior utilización por parte de los poderes públicos (a saber, la gestión de impuestos que recaen sobre la ciudadanía)¹⁵⁹³.

Por su parte, la GAIP ha estimado el interés público subyacente en solicitudes de información relativas al conocimiento de recursos económicos de origen público que perciben grupos políticos o municipales¹⁵⁹⁴. Puede también destacarse el interés público intenso que ha reconocido la GAIP o el CTAR respecto de nombramientos de personal seleccionado en bolsas de trabajo de un organismo público, en orden a garantizar un escrutinio social que permita conocer el proceso de selección de personal y de contratación¹⁵⁹⁵. Igualmente se ha destacado el interés público que deriva de la solicitud de actas de inspección sobre servicios de instalaciones como las eléctricas, para garantizar su buen funcionamiento y calidad, por el riesgo que puede conllevar para la ciudadanía¹⁵⁹⁶. Más recientemente, se ha destacado un elevado interés público en torno a la información relacionada con la gestión del COVID-19, por la preocupación y excepcionalidad vividas durante la pandemia¹⁵⁹⁷.

c) Rol del solicitante de información

El papel que desempeña el solicitante de información constituye uno de los cuatro requisitos a tener en cuenta por el TEDH para reforzar el acceso a la información con la protección que brinda el art. 10 CEDH. Para el TEDH, el elemento clave para valorar la concurrencia del rol del solicitante es que el sujeto actúe como vigilante público o *watchdog* para difundir información de interés general a favor de la ciudadanía. Así, se recuerda en este punto que el TEDH ha otorgado este papel especial y privilegiado a favor de la prensa, ONG, investigadores académicos, y más recientemente a favor de *bloggers* y usuarios populares de Internet, e incluso de forma puntual a favor de particulares.

¹⁵⁹² Vid. Resolución del CTPDA 42/2016, de 22 de junio, FJ 7.

¹⁵⁹³ En tal sentido, Vid. Resolución del CTPDA 106/2016, de 16 de noviembre, FJ 4.

¹⁵⁹⁴ Así, entre otras, Vid. Resolución de la GAIP 171/2018, de 12 de julio, FJ 3.

¹⁵⁹⁵ Vid. Resolución de la GAIP 145/2021, de 4 de febrero, FJ 2; 294/2021, de 25 de marzo, FJ 2. Resolución del CTAR 17/2019, de 27 de mayo, FJ 6.

¹⁵⁹⁶ Vid. Resolución de la GAIP 728/2020, de 3 de diciembre, FJ 3.

¹⁵⁹⁷ En tal sentido, entre otras, Vid. Resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre, FJ 6.

Por otro lado, no puede obviarse que la LTAIBG reconoce en su art. 12 el derecho de acceso a la información pública a favor de todas las personas. Dicha precisión, resulta sumamente relevante en cuanto supone un reconocimiento general del derecho a favor de todas las personas, sin distinción alguna por razón del rol por el que solicita la información. Esta asunción general se expresa perfectamente entre otras en la resolución 14/2018, de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia de Navarra (CTN) en la que se expone que

“El derecho de acceso se reconoce a toda persona física o jurídica, pública o privada y tiene su fundamento en el interés legítimo de todos los ciudadanos de someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos y bajo qué criterios actúan las instituciones públicas”. Prosigue a continuación señalando que, “el derecho de acceso a la información pública se enmarca en el principio de transparencia de la actividad pública, y es entendido como un derecho público subjetivo de la ciudadanía que no precisa para su ejercicio de una cualificación específica ni de una legitimación determinada”¹⁵⁹⁸.

No obstante interesa tener en cuenta que, a efectos de favorecer el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, puede ser relevante “que la norma advierta a la ciudadanía y a los sujetos obligados la importancia que puede tener (...) la exposición del tipo de sujeto del que se trata por su importancia en el control social de la acción pública”¹⁵⁹⁹.

Diversos Consejos de transparencia autonómicos han justificado la naturaleza jurídica fundamental del derecho, en especial, tratándose de sujetos que cumplen esa clara función de *watchdog*, precisamente en atención a la doctrina del TEDH. Esta cuestión se pone de manifiesto en la resolución del CTPDA 10/2017, de 1 de febrero, en la que se reconoce expresamente que es la primera vez en la que se alega la condición profesional del solicitante ante dicho Consejo de transparencia, lo que no resulta intrascendente para el derecho de acceso a la información pública¹⁶⁰⁰. En este asunto, el CTPDA reconoce con carácter general la conexión entre el acceso a la información y el derecho a la libertad de

¹⁵⁹⁸ Resolución del CTN 14/2018, de 12 de noviembre, FJ3 y 5.

¹⁵⁹⁹ COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p. 277.

¹⁶⁰⁰ Vid. Resolución del CTPDA 10/2017, de 1 de febrero, FJ 2

información del art. 20 CE. Y además, acudiendo al caso *Magyar* refuerza dicho nexo en virtud del art. 10 CE¹⁶⁰¹.

Tales consideraciones, construidas en base a la doctrina del TEDH, vía art. 10.2 CE, llevan al CTPDA a concluir que el derecho de acceso a la información pública debe concebirse en tal caso como una proyección del derecho fundamental a la libertad de comunicar y recibir información del art. 20.1.d) CE¹⁶⁰². En el mismo sentido, se ha pronunciado el CTCV¹⁶⁰³ donde en su resolución 180/2020, de 22 de diciembre antes mencionada, argumenta a partir de la condición de periodista del solicitante de información que el acceso a la información se ve “privilegiado” por la protección que le confiere el art. 20 CE¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰¹ Al respecto, la Resolución del CTPDA 10/2017, de 1 de febrero, FJ 2, puntualiza que “la más reciente jurisprudencia del TEDH ha reafirmado la aplicabilidad de esta línea doctrinal cuando de periodistas se trata. En efecto, sobre la base de que la obtención de la información constituye un paso previo esencial para el ejercicio del periodismo y, por tanto, resulta necesaria en el desempeño de la profesión (Sentencia Rosiiianu c. Rumanía, de 24 de junio de 2014, §§ 61-63), se ha decantado en términos inequívocos por considerar que en estos casos se incide de plano en el derecho a recibir y comunicar información veraz consagrado en el art. 10 del Convenio. Así se desprende con toda evidencia de la Sentencia dictada por la Gran Sala en el caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016. Dejando siempre a salvo que el “derecho de acceso a la información no debería aplicarse exclusivamente a... la prensa” (§168), el TEDH destaca que tiene una particular importancia la circunstancia de que el solicitante actúe en su condición de periodista para determinar si la denegación del acceso implica la afectación del derecho del art. 10 del Convenio”.

¹⁶⁰² Resolución del CTPDA 10/2017, de 1 de febrero, FJ 2. Se sostiene el mismo argumento en la resolución 330/2019 del CTPDA, de 28 de noviembre, FJ 6, siendo también el solicitante de información un periodista. En tal sentido se señala que en la medida en que el solicitante de la información es un profesional de la comunicación que pretende el acceso a los datos personales con fines exclusivamente periodísticos, cabe considerar que es el propio derecho fundamental a la libertad de información ex artículo 20.1 d) CE el que entra en juego. En efecto, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso, y partiendo de la premisa de que la obtención de datos constituye una fase esencial para el ejercicio del periodismo, la denegación del acceso a los mismos supondría impedir al solicitante el correcto desenvolvimiento de su tarea de informar sobre los asuntos de interés público y, en consecuencia, obstaculizar que la prensa cumpla la función capital que desempeña en una sociedad democrática”. Véase en el mismo sentido, Vid. Resolución del CTPDA 384/2020, de 22 de diciembre, FJ 3. En esta resolución la fundamentación no solo se apoya en el asunto *Magyar*, sino que ratifica la inserción del derecho de acceso a la información en la libertad de recibir información del art. 20 CE en caso de periodistas, por remisión al más reciente asunto del TEDH *Centro para la democrática y Estado de Derecho c. Ucrania* de 26 de marzo de 2020.

¹⁶⁰³ Para una aproximación a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública por parte del CTCV acudiendo al estándar de protección internacional efectuado en sus resoluciones, véase COTINO HUESO, L. “Criterios relevantes e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 9, 2019, págs.43 y ss.

¹⁶⁰⁴ En concreto se apunta en la Resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre, FJ 6, que “en este caso su derecho de acceso conecta con el derecho de acceso a la información constitucionalmente protegido, gozando por tanto de un derecho de acceso privilegiado, tal y como este Consejo ha venido señalando en diversas resoluciones, que se han apoyado en referencias del derecho internacional; resulta obligado mencionar como referente la Sentencia STEDH Gran Sala, de 8 de noviembre de 2016, que estimó que la negación del acceso a la información suponía una interferencia con el derecho a la libertad de expresión apreciando en este caso, al igual que en el que nos ocupa, que el derecho de acceso a la información estaría revestido de la especial protección que le brinda el artículo 20 CE”.

En el mismo sentido, resolución del CTCV 25/2017, de 10 de marzo, FJ 3. En la misma línea se expresa también la GAIP, en cuyas resoluciones otorga un acceso privilegiado por conexión con el art. 20 CE al

La conclusión a estos efectos redundante en que el papel de *watchdog*, sea del tipo que sea, otorga una posición especial al derecho de acceso a la información por vincularlo con el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de información, al tiempo que obliga a interpretar restrictivamente los límites a su ejercicio¹⁶⁰⁵.

Por su parte, la Comisión de Transparencia de Castilla y León (CTCYL), destaca especialmente por la construcción argumental efectuada en la aplicación del test de iusfundamentalidad elaborado por el TEDH, a propósito del análisis del rol del solicitante. Dicha Comisión, ha dictado varias resoluciones en las que, tratando la cuestión del rol del solicitante de información y acudiendo al test del TEDH (con expresa remisión al art. 10.2 CE), resuelve en una valoración conjunta de los elementos del test. Esto es, aplica los criterios establecidos por el TEDH para determinar que era necesario facilitar la información solicitada. En concreto, puede destacarse la resolución 171/2020, de 23 de septiembre de la CTCYL, en la que partiendo de la relevancia del derecho de acceso a la información pública en el ámbito internacional, aclara que

“el solicitante de la información reúne la condición de profesional de los medios de comunicación. (...) Sin perjuicio de que el artículo 12 de la LTAIBG reconozca el derecho de acceso a la información pública a todas las personas, la condición de profesional de los medios de comunicación no es indiferente a los efectos de llevar a cabo la ponderación en la aplicación del artículo 14.1 h) (...)”¹⁶⁰⁶. Tras esta consideración, el CTCYL aplica el test de iusfundamentalidad en los elementos restantes, concluyendo finalmente que “de acuerdo con la interpretación realizada del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el TEDH, el acceso a la información pública que ha sido denegado goza de la protección del derecho a la libertad de recibir y difundir informaciones recogido en aquel precepto, de aplicación en el orden nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española”¹⁶⁰⁷.

tratarse de periodistas o sujetos que actúan como vigilantes públicos (entre otras, Vid. Resolución de la GAIP 627/2020, de 5 de noviembre, FJ2). Así, por ejemplo en la resolución 15/2019, de la GAIP, de 16 de enero, FJ5 se señala que “al interés de la reclamante en obtener la información, y considerando que es periodista, debe sumársele el interés público en la garantía del derecho fundamental a obtener y comunicar información veraz (artículo 20.1.d CE)”.

¹⁶⁰⁵ Vid. Resolución del CTCV 25/2017, de 10 de marzo, FJ3.

¹⁶⁰⁶ Resolución de la CTCYL 171/2020, de 23 de septiembre, FJ 9.

¹⁶⁰⁷ Resolución de la CTCYL 171/2020, de 23 de septiembre, FJ 9. En idéntico sentido, véanse resoluciones de la CTCYL 4/2021, de 2 de febrero, FJ 9., 172/2020, de 23 de septiembre, FJ 8., 173/2020, de 23 de septiembre, FJ 8., 174/2020, de 23 de septiembre, FJ 8., 186/2020, de 9 de octubre, FJ 7., 218/2020, de 20 de noviembre, FJ 9.

Cabe no obstante puntualizar que los sujetos a los que el TEDH se ha referido como *watchdogs* en su función de informadores públicos, no son los únicos a los que los Consejos de transparencia han venido extendiendo esa posición privilegiada de acceso, atendiendo al rol que desempeñan. Tal es el caso de los representantes políticos, tanto parlamentarios como electos locales, así como representantes sindicales, que en ejercicio del mandato representativo encomendado en los arts. 23 y 28 CE, precisan del acceso a la información para el desempeño de su función¹⁶⁰⁸. En tales casos, es doctrina reiterada del TC que el acceso a la información forma parte del contenido esencial de tales derechos fundamentales, pues se constituye en presupuesto necesario para el ejercicio del *ius in officium* que les es encomendado¹⁶⁰⁹. Asimismo se ha visto a propósito de la primera parte de la investigación, en el marco de las regulaciones especiales que concurren con la LTAIBG. En este sentido, cabe concluir que el rol del solicitante sigue teniendo una posición especial para privilegiar el acceso a la información cuando resulta instrumental para el *ius in officium* ejercido por los representantes políticos y sindicales. Dicho rol cualificado ha sido especialmente tratado por los Consejos de transparencia, y ello aun cuando no se refiere al rol típico tenido en cuenta por el TEDH para vincular el acceso a la información pública con el art. 10 CEDH.

d) Información lista y disponible

El último de los requisitos emanados de la doctrina del TEDH que debe superar el derecho de acceso a la información, junto con los tres anteriores, es que la información solicitada esté lista y disponible. En este sentido, y como ya se vio, el TEDH circunscribe el elemento de que la información esté lista y disponible a que no necesite la recopilación de información por parte del gobierno, esto es, una acción previa de reelaboración para verse amparado por el CEDH¹⁶¹⁰. Este requisito tiene reflejo exacto en la normativa de transparencia en el ámbito interno en forma de causa de inadmisión. Así, según reza el art. 18.1 a y c) LTAIBG “Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de

¹⁶⁰⁸ Sobre esta misma idea, véase Federación Española de Municipios y Provincias. “El derecho de acceso a la información pública...”, cit., p. 45.

¹⁶⁰⁹ Pueden verse entre otras, sobre el carácter fundamental del derecho de acceso a la información por parte de representantes políticos y sindicales, SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7., 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 5., 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5., 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2., 203/2001, de 15 de octubre, FJ 3., 94/1995, de 19 de junio, FJ 3., 168/1996, de 29 de octubre, FJ 6., 281/2005, de 7 de noviembre FJ 4.

¹⁶¹⁰ Vid. STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016, párrafos 169 y 170.

publicación general. (...) c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”.

A este respecto, los Consejos autonómicos de transparencia han aplicado el requisito de que la información debe existir y estar disponible¹⁶¹¹ en el entendido de que el derecho de acceso a la información no puede servir para que la administración elabore información de oficio de la que antes no disponía o para que realice *ad hoc* de un documento que antes no existía¹⁶¹². El dato relevante en este punto es que la información esté en poder de la administración requerida, haciéndola disponible y accesible. A este respecto, pueden destacarse entre otras la resolución 24/2019 del CTN, de 3 de junio de 2019, donde se señala que

“la información pública a la que se tiene acceso es aquella que existe, por estar ya elaborada, y obra en poder de la Administración. Por el contrario, no cabe derecho de acceso a la información que no existe, no está elaborada o no obra en poder de la Administración. (...) El derecho de acceso debe recaer sobre una información pública existente, ya que la Ley Página 4 de 6 no configura un derecho que tenga por objeto una actividad activa de nueva información por parte de la Administración, sino el derecho a poder acceder a la información pública en posesión de la Administración”¹⁶¹³.

Por encima del criterio del TEDH de que la información esté lista y disponible, sobre el que no ha profundizado en el sentido de si ampara una acción mínima de reelaboración¹⁶¹⁴, sí que hay Autoridades de transparencia que han apuntado en esta línea. Esto es, admitir expresamente una mínima acción de compilación a efectos de hacer disponible la información, sin que ello suponga incurrir en la causa de inadmisión de la reelaboración. Ello quiere decir que no toda actividad tendente al suministro de información y que pueda aparejar cierta reelaboración ha de considerarse inserta en la

¹⁶¹¹ Como indican FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p. 177 y 178., “desde el momento en que el objeto del derecho, tras la LTAIBG, no se limita a los documentos, sino que alcanza también a esos «contenidos», puede suceder que la información exista, aunque no esté plasmada en un documento. De este modo, la cuestión no es ya tanto de inexistencia del objeto (la información, no el documento), sino de disponibilidad del mismo. Así, en el contexto anterior en el cual el objeto del derecho eran necesariamente documentos quedaban fuera del mismo las informaciones verbales (como órdenes), no plasmadas en un documento. Pero no el marco actual el argumento no puede ser ya que no exista el documento, sino que la información (que existe) no esté disponible para ser comunicada”.

¹⁶¹² Vid. Resolución del CTPDA 34/2016, de 1 de junio, FJ 4.

¹⁶¹³ Cfr. Resolución del CTN 24/2019, de 3 de junio, FJ 3.

¹⁶¹⁴ Véase al respecto, PÉREZ CONCHILLO, E., CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Político*, nº113, 2022, p.227.

causa de inadmisión que prevé la LTAIBG, y así lo ha corroborado el TS¹⁶¹⁵. Puede destacarse en este punto la precisión efectuada por el CTN en su resolución 8/2021, de 1 de febrero de 2021, donde señala que

“el derecho de acceso a la información pública comprende, en consecuencia, tanto el acceso a documentos existentes como a determinada información en poder de la Administración que pueda facilitarse mediante una simple acción de compilación de la misma, no debiendo entenderse que una petición de información implica reelaboración por el hecho de que esa información no coincida exactamente con el contenido de un documento concreto preexistente. La Ley Foral admite algún grado de elaboración de la información, siempre que ello no implique una tarea compleja de elaboración o reelaboración -estudios, comparativas, investigaciones, etc., a efectos de entregarla al solicitante de forma desglosada o conjunta, no considerándose “reelaboración”, por ejemplo, la información que pueda obtenerse mediante el tratamiento informatizado de uso corriente, ni aquella que requiera aglutinar la información dispersa en varios documentos existentes. En suma, el concepto amplio de información pública (...) implica que los sujetos obligados, además de facilitar los documentos que obran en su poder, han de hacer un esfuerzo para hacer accesible la información de que disponen, prepararla y adaptarla a las necesidades de los ciudadanos, sin que ello signifique elaborar la información, sino simplemente hacer accesible la información que ya obra en su poder”¹⁶¹⁶.

En esta línea, la GAIP ha enfatizado la importancia que ostenta el deber de diligencia con el que ha de actuar la administración para buscar y hacer accesible la información en su

¹⁶¹⁵ Este extremo ha sido corroborado por la interpretación efectuada por el TS, que en su STS 306/2020, de 3 de marzo, FJ 5, precisa cuando entra en juego la causa de inadmisión de la reelaboración y cuando debe quedar fuera, por tratarse de una reelaboración básica mínima a efectos de hacer accesible la información de la que se dispone. En este sentido, y tal como interpreta el TS en la citada sentencia la causa de inadmisión opera en atención al grado de complejidad que supone la reelaboración para entenderla en el marco de lo dispuesto en el art. 18.1.c) LTAIBG. Puede verse al respecto SIERRA RODRÍGUEZ, J., GALDÁMEZ MORALES, A., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Decálogo jurisprudencial español...”, cit., p.240.

¹⁶¹⁶ Cfr. Resolución del CTN 8/2021, de 1 de febrero, FJ 3. En sentido similar, ha señalado la GAIP en su resolución 243/2019, de 3 de mayo, FJ 3, que “El derecho de acceso a la información pública no sólo tiene por objeto documentos o archivos elaborados previamente, sino que también se puede ejercer en relación con la información, naturalmente existente, pero que requiera alguna tarea de elaboración para poder atender lo solicitado. En este caso, el dato sobre si se ha dado acceso al servicio de defensa jurídica gratuita a personal al servicio de la Administración, si existe, como tal dato, bien en sentido positivo o negativo, debe ser información que se encuentra en poder de la entidad que presta este servicio; pero es posible que no esté expresada formalmente en estos términos, y que se deba extraer de los expedientes, es decir, que deba ser elaborada o reelaborada para atender los términos de la solicitud. Según el artículo 29.1.b) LTAIPBG, es procedente inadmitir las solicitudes de información pública “si para obtener la información que solicitan es necesaria una tarea compleja de elaboración o reelaboración”. Por tanto, si no se acredita una tarea compleja de elaboración o reelaboración, el hecho de tener que elaborar la información solicitada no es motivo para dejar de atender la solicitud de información”.

poder. De modo que en ningún caso, una mala praxis de la administración, pueda ampararse en la acción de reelaboración como causa de inadmisión de la solicitud de información¹⁶¹⁷.

Llegados a este punto podría extraerse ya una conclusión determinante a efectos de la presente investigación. Y es que el art. 10.2 CE ostenta un papel esencial como hermenéutica interpretativa de los derechos para comprender los déficits y carencias existentes en el sistema español, así como sus aspectos positivos. La aplicación práctica emanada de las resoluciones del CTBG estatal y respectivos homólogos autonómicos, crea un constante acervo sobre la LTAIBG, que en ocasiones se ven obligados a referenciar el marco internacional en aquellos aspectos menos avanzados de nuestra legislación.

En este apartado ha podido comprobarse cómo las Autoridades de transparencia recurren en muchas ocasiones a la jurisprudencia internacional, aplicando en particular los elementos desarrollados en el test de iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información elaborado por el TEDH. Si bien es cierto que dicho test viene claramente perfilado por los matices propios del art. 10 CEDH en el que ha encontrado resguardo, ha servido internamente a los Consejos de transparencia para advertir, y transferir en lo posible, la intensificación de su alcance en una perspectiva multinivel.

6. Articulación de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental vinculado al art. 20.1.d) CE

Una vez expuestos los términos en que se ha desarrollado el debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso en nuestra doctrina, así como la posición del TS y del TC y de los Consejos de transparencia es el momento de plantear los argumentos por los se defiende el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública. Para ello, como presupuesto se expondrán las razones y el contexto que justifican la relevancia

¹⁶¹⁷ Vid. Resolución de 1 de marzo de 2016, de finalización de la Reclamación 1/2016, de la GAIP, FJ 1 y 3. En concreto se señala en el FJ 3 que “como esta Comisión señaló, en relación con este mismo municipio, en la Resolución de la Reclamación 28/2015, el deber de diligencia en la instrucción de oficio de los procedimientos administrativos (artículo 78.1 LRJAPPAC) obligaba al Ayuntamiento a buscar exhaustivamente la información solicitada en sus archivos y a ofrecer al solicitante una respuesta definitiva (previa consulta del contratista y de quien correspondiera, en caso de insuficiencia de los archivos) en el plazo máximo de un mes establecido en el artículo 33.1 de la LTAIPBG, sin que el referido precepto permita oponer al derecho de acceso circunstancias propias de la organización interna de la Administración, como pueda ser una gestión indebida de sus archivos, como se desprende del artículo 19 de la LTAIPBG”. Vid. Federación Española de Municipios y Provincias. “¿Qué es información pública...”, cit., p. 48.

actual del debate sobre la iusfundamentalización del derecho de acceso en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

La presente investigación intenta atender a la realidad del constitucionalismo actual. Se parte metodológicamente de la relevancia jurídico constitucional que ha adquirido el derecho de acceso a la información pública en el seno del constitucionalismo multinivel. Como se ha expuesto, esta técnica multinivel surge para hacer frente a los retos que la globalización ha traído consigo al Derecho Constitucional con elementos cada vez más porosos, abiertos e interconectados, que llaman al diálogo entre tribunales, a la apertura y a la relación entre ordenamientos. En este contexto, el derecho de acceso a la información pública resulta un ejemplo paradigmático de cómo tales relaciones aportan riqueza a un derecho afectado propiamente por las características de la globalización, en particular, en su dimensión tecnológica e informativa.

Por un lado, en el derecho de acceso se advierte el enriquecimiento mutuo entre espacios constitucionales, a partir de los matices propios de cada uno de ellos. Así, en el ámbito universal de la ONU se reconoce la perspectiva activa de búsqueda de información. No sólo deben tenerse en cuenta los arts. 19 DUDH y del PIDCP, sino la actividad generada en torno a la protección de este derecho por parte de organismos y expertos en dicho marco de actuación universal. En este sentido, la labor efectuada por la Relatoría Especial para la protección y promoción de la libertad de opinión y expresión en el marco de la ONU, así como los diversos informes, recomendaciones y declaraciones conjuntas elaboradas por los tres relatores especiales de la ONU, de la OSCE y de la OEA, o los dictámenes y observaciones generales del Comité de Derechos Humanos y la ONG Artículo 19, comparten un denominador común sustentado en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho humano, que sin duda alguna se ampara en el derecho a investigar y recibir información garantizado en los arts. 19 DUDH y art. 19 PIDCP. Todo ello sin olvidar el espacio latinoamericano que, a través de la CADH y la jurisprudencia de la CIDH, ha sido pionero en el reconocimiento de la manifestación de búsqueda activa de la información.

Por su parte, en el ámbito regional europeo el derecho de acceso ha sido objeto de preocupación y tratamiento en diversos instrumentos de *soft law*, así como a través de instrumentos normativos específicos, entre los que cabe destacar el Convenio 205 de acceso a los documentos en el seno del Consejo de Europa, que debe entenderse en el marco del art 10 CEDH, y el Reglamento 1049/2001 en el ámbito supranacional europeo

en conexión con el art. 42 CDFUE. En el primer caso, el Convenio 205 configura un derecho de alcance general a favor de todas las personas sin discriminación y sin que tengan que darse razones de la solicitud de información. Este derecho no encuentra expresa mención en el Convenio pero ha quedado perfectamente enmarcado por el TEDH como un derecho vinculado a la libertad de información que permite extraer un derecho de contorno claramente democrático, ligado a la formación de la opinión pública y la garantía de pluralismo.

De otro lado, en el seno de la UE concurre una independización de tal derecho, regulándose de forma autónoma (art. 42 CDFUE). En este ámbito, sobre la base del principio de apertura y de libre acceso como regla general el Reglamento 1049/2001, interpretado de conformidad con el art. 15 TFUE, consagra el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión a favor de todo ciudadano europeo y residentes de Estados miembros. Como no puede ser de otro modo, el alcance en este caso va dirigido a documentos de origen institucional europeo, siempre y cuando se trate de casos en que por razón de las circunstancias resulte aplicable el Derecho de la UE en atención al art. 51 CDFUE. De otro lado, junto a la jurisprudencia emanada del TJUE debe mencionarse al Defensor del Pueblo europeo como una institución de garantía específica que ostenta un papel estratégico, a través de sus recomendaciones, para la defensa de la transparencia y el acceso a los documentos públicos, orientado a evitar casos de mala administración en el seno de la UE.

En esta perspectiva multinivel debe resaltarse especialmente el papel central que ha tenido el TEDH como referente proactivo en la interpretación evolutiva del derecho de acceso a la información pública. En este punto, la labor pretoriana de la Corte de Estrasburgo ha sido fundamental para atestiguar la relevancia democrática del derecho y se ha erigido en un pilar de apoyo y referente internacional en defensa de su iusfundamentalidad. A partir de ahí, evidentemente, el art. 10.2 CE debería actuar de hilo conductor para trasladar los avances apuntados al ámbito interno¹⁶¹⁸. Como sabemos, el art. 10.2 CE goza de una

¹⁶¹⁸ Que también habrá de tenerse muy en consideración cuando resulte de aplicación el art. 42 CDFUE, ya que tal como dispone el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales (...)”.

potencialidad interpretativa extraordinaria que se ha dejado advertir en una interesante capacidad adaptativa del TC a favor de nuevas interpretaciones de derechos fundamentales, tales como el derecho fundamental a la protección de datos o a la protección acústica frente al ruido en el marco del derecho a la intimidad.

Ahora bien, el problema está en que esa potencialidad interpretativa se ha acogido con limitaciones por el TC al no admitir que de él puedan derivarse nuevos derechos. En relación al derecho de acceso el TC debe aceptar no es un nuevo derecho (como hizo para no acoger la interpretación evolutiva de la reagrupación familiar), sino una manifestación del derecho a recibir información como lo es la protección frente al ruido o la asistencia jurídica gratuita. El derecho de acceso a la información pública no es el art. 105.b) CE sino que va más allá. Es una manifestación del art. 20.1.d) CE. Este derecho fundamental debe interpretarse evolutivamente para acoger, en el contexto de la sociedad de la información, una perspectiva activa de búsqueda de la información en la dimensión de la libertad de recibir información. No en vano, el propio TC ha subrayado que los derechos fundamentales no son mera letra y su protección en la actualidad debe pasar también por responder a los riesgos derivados de una sociedad tecnológicamente avanzada¹⁶¹⁹.

Es necesario asumir en el ámbito constitucional interno el desarrollo interpretativo del TEDH sobre la libertad de información habida cuenta del proceso de cambio que las TIC han supuesto metamórficamente para las libertades comunicativas y, en ese contexto, reconocer el derecho de acceso como una manifestación de la libertad de información a favor de todas las personas. El cambio tecnológico e informativo ha sido relevante para situar el derecho de acceso a la información pública en el foco del constitucionalismo, fruto de la alteridad entre el papel tradicional otorgado a los medios de comunicación, como profesionales de la información, y el ciudadano, como receptor pasivo clásico de la misma.

Esta idea puede entenderse con la metáfora de un reloj de arena donde el protagonismo de los medios de comunicación, situado en la parte alta del reloj, va descendiendo y estrechándose, hasta dar paso a un nuevo espacio ensanchado ahora por el protagonismo que adquiere la ciudadanía en la sociedad digital. El protagonismo de los profesionales de la información no se pierde, sino que se ha transformado en una nueva realidad digital, en la que la ciudadanía ya no es un sujeto pasivo sino demandante de una sociedad

¹⁶¹⁹ Se pronuncia en tales términos en la ya citada STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ5.

participada a través de Internet. En este contexto, es importante recordar el rol esencial que desempeñan los profesionales de la comunicación para mantener vivas categorías ligadas a la libertad de información como la veracidad de la misma.

El escenario digital aun plantea muchos interrogantes entre los que puede resaltarse la dificultad para garantizar la formación de la opinión pública y la creación de un espacio de debate plural en el que prevalezcan intereses y valores democráticos. Así, las graves alteraciones informacionales, fruto del cambio de paradigma comunicativo, están generalizando fenómenos como la desinformación en el marco de un preocupante proceso de capitalización de la información potenciado por el protagonismo de grandes plataformas digitales. Esto, ligado al desarrollo del proceso de integración europea para hacer frente a la globalización, está revelando una incapacidad estatal para solventar problemas que antes le eran propios como soberano estatal. Sin embargo, los Estados resultan “confinados en espacios limitados, para abordar el control de lo que ocurre en las infovías mundializadas”¹⁶²⁰.

El desdibujamiento del espacio público y privado que se planteó a propósito del cuestionado pronunciamiento del TC en la STC 27/2020, de 24 de febrero, lleva a tener en cuenta no sólo la relación entre la ciudadanía y el poder público, sino también la zona de grises donde intervienen poderes desregulados pero que interfieren en el espacio público de toma de decisiones. Además, asistimos a un proceso en que parte de esa información que se presumía en poder del Estado puede llegar a disposición de poderes privados por vías propias de la sociedad digital. De ahí que el derecho de acceso a la información pública sea un buen ejemplo de la importancia de advertir la porosidad entre lo público y lo privado, con objeto de adecuar los mecanismos de garantía a la realidad en que han de hacerse efectivos.

Es interesante retomar en este punto la definición ya citada de BOBBIO sobre la democracia como “el gobierno del poder público en público”¹⁶²¹, esto es, como el “régimen del poder visible”¹⁶²². Con ello coloca la visibilidad del poder y, en definitiva, la transparencia como un atributo de la democracia. Subyace aquí una relación clara entre la visibilidad, como presupuesto del poder legítimo, y el necesario control y escrutinio

¹⁶²⁰ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Taurus, Madrid, 2000, p.7.

¹⁶²¹ BOBBIO, N. *El futuro... cit.*, p.65.

¹⁶²² BOBBIO, N. *El futuro...*, cit., p. 66.

que debe ejercer la soberanía en una relación bilateral y democráticamente equilibrada. El problema hoy está en advertir donde acaba lo público y empieza lo privado al haberse transmutado procesos democráticos propios de la esfera pública hacia espacios eminentemente privados.

Todos estos cambios informativos que afectan al espacio público, a las relaciones de poder, a la libre formación de la opinión pública y participación efectiva de la ciudadanía, están generando una paradoja contraria a la democracia como régimen del poder visible, que ya era apuntada por BOBBIO en 1984¹⁶²³. El autor se planteaba entonces las posibilidades derivadas de un Estado que fuera “dueño de los grandes memorizadores artificiales” (en alusión a las “computadoras”) señalando la dificultad de determinar si ese paradigma sería “pesadilla o destino”. En ese escenario tecnológico subrayaba la paradoja que supondría para la democracia invertir el funcionamiento normal del poder visible. Esto es, “sería una tendencia contraria a la que dio vida al ideal de la democracia como ideal del poder visible: no la tendencia hacia el máximo control de poder por parte de los ciudadanos, sino al contrario, hacia el máximo control de los súbditos por parte de quien detenta el poder”¹⁶²⁴.

Como advertía BOBBIO con ese futurible escenario tecnológico que hoy ya es realidad parece confirmarse la inversión de la pirámide democrática de control del poder. Se impone una carga antidemocrática sobre la ciudadanía por parte de quienes ostentan en gran medida el poder con la particularidad de que no es el Estado, como poder legítimo, quien ejerce hoy ese control sino poderes desregulados que se han visto favorecidos por la invisibilidad que les brinda la sociedad digital¹⁶²⁵.

¹⁶²³ Aunque la obra citada de BOBBIO sobre el futuro de la democracia es de 1986 por ser la primera edición en español, el trabajo fue publicado en su primera edición en italiano en 1984.

¹⁶²⁴ Cfr. BOBBIO, N. *El futuro...*, cit., p. 83.

¹⁶²⁵ Podría decirse que ese control se ejerce hoy tanto de forma activa como pasiva. De forma activa cuando, por ejemplo, se recopila información personal a través de redes sociales que posteriormente es utilizada para crear perfiles psicológicos de los usuarios con fines electorales. Ese uso subrepticio de la información para usarla después con fines que afectan a la propia toma de decisiones de las personas es desconocida para la ciudadanía que cree decidir libremente cuando, sin embargo, ha sido influida en su decisión en un determinado sentido. De esta forma se falsea su capacidad de decisión, manipulándose la relación entre gobernantes y gobernados. De modo que, el acceso a información sobre qué datos se recaban, dónde, cómo, por qué y el uso que posteriormente se les dará, es decir, acceso a información sobre el funcionamiento y actuación de tales plataformas relativo el manejo de datos personales es un elemento crucial para que las grandes potencias digitales se rijan por el principio de transparencia, dificultando así la manipulación de las decisiones democráticas de la ciudadanía.

No obstante, también puede entenderse como una forma de control pasivo la posición de desventaja y debilidad en la que la desinformación coloca al ciudadano. En este sentido, es tal el estímulo informacional de escasa confiabilidad que se recibe que materialmente puede producir el mismo resultado de desconocimiento sobre las decisiones propias, que una falta de acceso material a información. En este

En este contexto de incertidumbre y de alteración del proceso de comunicación, el derecho de acceso a la información pública resulta fundamental no ya sólo ante un problema de falta de acceso a información pública *stricto sensu*, sino de falta de acceso a información comprensible y de calidad, en un contexto hiperinformado y sobreexpuesto a información masiva. Esta última visión debe permitir entender el acceso a la información más allá del contexto analógico, en términos de accesibilidad y calidad para obtener su finalidad racional formativa a favor del individuo y de la colectividad¹⁶²⁶.

Pueden justificarse ahora dos presupuestos esenciales de esta investigación: uno metodológico, que explica por qué se ha asumido como objeto de estudio el derecho de acceso a la información en poder del Estado y no de los poderes privados. Y otro sustantivo, sobre la naturaleza jurídica que debe ostentar el derecho de acceso a la información pública. El primer presupuesto se justifica en que es el poder público, visible y legítimo, el que está capacitado para demarcar jurídicamente el horizonte político en el que se adopten medidas de protección y garantía a favor de los ciudadanos. E incluso, en su caso, medidas que condicionen a los poderes privados a respetar el principio de transparencia, el acceso a la información y el principio democrático en su actuación¹⁶²⁷. El segundo presupuesto sobre la naturaleza jurídica del derecho lleva a sostener su naturaleza iusfundamental por los motivos expuestos y por los de carácter sustantivos que se expondrán a continuación.

El acceso a la información pública constituye un elemento sustancial del principio de transparencia, basilar, a su vez, para la efectividad del principio democrático. En este punto se recuerda la defensa efectuada sobre el principio de transparencia como pilar definitorio característico de la tercera fase evolutiva del principio democrático.

supuesto, se falsea la condición democrática de sujeto político del ciudadano, al sustraerle desde una perspectiva pasiva del conocimiento para formar racionalmente su opinión sobre asuntos que le pertenecen como parte de la comunidad política. No puede sostenerse la libertad de decisión ni de participación efectiva en los asuntos públicos cuando no se accede a información pública orientada a la garantía democrática de la opinión pública.

¹⁶²⁶ Parece pronunciarse en términos similares, INNERARITY, D. *Comprender la democracia*, 2ª edición. Gedisa, Barcelona, 2018, p.30, al señalar que “mi hipótesis es que, frente a la seducción del recurso a los procedimientos desdemocratizadores, las mejores soluciones son las más democráticas: fortalecer la cooperación y la organización institucional de la inteligencia colectiva”.

¹⁶²⁷ Sirva de ejemplo en este sentido la *Digital Services Act* como iniciativa adoptada en el marco de la UE, actualmente en fase de aprobación, que pretende establecer buenas prácticas y mecanismos para asegurar los derechos de las personas en el entorno digital. Puede accederse a más información en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>

Dicho esto, cabe dar un paso más y señalar que el derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento es un derecho subjetivo de espectro amplio, abierto y complejo, reconocido a favor de todas las personas para acceder a información en poder de los sujetos públicos, o privados vinculados a lo público, obligados por la LTAIBG que actúen en el ejercicio de sus funciones. En virtud de este derecho no es necesario acreditar la existencia de un interés legítimo y puede actuarse guiado por diversidad de fines, altruistas o personales, para la consecución de distintos motivos. La finalidad de la solicitud es por tanto ajena al derecho de acceso que, regido por un principio de máxima apertura, no siempre tiene que encajar con fines públicos. Por tanto, el derecho de acceso no necesariamente debe reducirse a casos que contribuyan a la formación de la opinión pública.

En la medida en que se trate de información a disposición del poder público debe ser accesible a la ciudadanía sin tener que darse razones que lleven a fiscalizar la solicitud. Pues como indican FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, “el legislador parte de una presunción inicial, según la cual toda la información en poder de los sujetos obligados, debido a su vinculación a una actividad pública (...) es de interés público, salvo que en el caso concreto deba prevalecer otro interés (público o privado) legítimo”¹⁶²⁸. Esto ha llevado a que la doctrina suela criticar como sorprendentes pronunciamientos judiciales y del CTBG recientes que han tratado de supeditar el ejercicio del derecho a la finalidad con la que se solicitaba por concurrir fines privados. Sin embargo, aunque esta postura resulte comprensible, posteriormente se aportará un matiz importante que resulta compatible y que, en mi opinión, es crucial en lo que concierne al debate sobre la iusfundamentalización del derecho.

En cualquier caso, el espectro amplio que caracteriza el derecho, siendo en principio ajeno a los fines públicos o privados que concurren en la solicitud, no es óbice para que resulte conveniente hacer más concéntrica la esfera de casos protegidos en el debate sobre su iusfundamentalidad. Como se explicará a continuación, el derecho de acceso como derecho fundamental sí podría tener entonces una connotación más restrictiva, donde la finalidad pública sea un elemento a tener en cuenta en relación con asuntos de interés

¹⁶²⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública...*, cit., p.186.

público que permitan construir un espacio público de libertad, igualdad, pluralismo y efectiva participación.

Conviene recordar que por más que en el ámbito internacional el derecho de acceso a la información goce de carácter iusfundamental en base a una serie de requisitos que configuran el acceso como presupuesto de la libertad de información, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha reconocido así. Como ya quedó apuntado, el derecho de acceso a la información pública se ha configurado como un derecho subjetivo autónomo, desvinculado del art. 20.1.d) CE, con encaje constitucional exclusivo en el art. 105.b) CE, aunque luego su desarrollo legislativo ha trascendido los estrechos márgenes de ese precepto constitucional.

Su ubicación sistemática fuera del Título I de la CE, ha sido un argumento claro para configurarlo como un derecho legal que podía haberse regulado mediante ley orgánica y tener las garantías de los derechos de la Secc. I del Cap. II del Tít. I por su vinculación con el art. 20 CE (como ocurre con la asistencia jurídica gratuita pese a ubicarse en el art. 119 CE). Así, la LTAIBG ha quedado “anclada”¹⁶²⁹ en el art. 105.b) CE y, por ende, aprobada como ley ordinaria de carácter básico estatal en la mayoría de sus preceptos.

Esa operación de encaje realizada por el legislador ha sido criticada con razón por la doctrina, en tanto supone un distanciamiento con la visión de la que gozaba ya el derecho en el momento previo a su aprobación en el contexto internacional. Además, dicho encaje resulta forzado partiendo de que la ley se refiere al derecho de acceso a la información pública y sin embargo se autoproclama como desarrollo del art. 105.b) CE, siendo éste claramente insuficiente para albergar el significado constitucional que impregna el derecho como resulta del propio contenido de la LTAIBG. La falta de un marco regulatorio con una base constitucional suficiente y clara lleva en la práctica a condicionar el alcance y la aplicación del derecho de acceso. Y lo que es más grave, produce su desprotección por afectar al régimen de garantías que en realidad debería serle propio como derecho fundamental, atendiendo al art. 53.1 (vinculación a los poderes públicos, reserva de ley y respeto al contenido esencial) y las jurisdiccionales específicas del art. 53.2 CE (basadas en la preferencia y sumariedad del procedimiento ordinario de tutela, y en su caso, el amparo constitucional).

¹⁶²⁹ Utiliza dicho apelativo, COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso a...”, cit., p. 27.

En este sentido, debe hacerse una doble apreciación sobre su configuración como derecho autónomo desvinculado del art. 20 CE, al conectarse autónomamente con el art. 105 CE. Por un lado, puede apreciarse un aspecto positivo derivado de tal configuración autónoma, ya que ello ha permitido reconocer el derecho a favor de todas las personas, sin tener en cuenta el rol del solicitante o la finalidad, pública o privada, de la solicitud de la información. Así, por más que la finalidad se regule como un elemento ponderativo que puede aportarse por el solicitante, dicha expresión se ha previsto como voluntaria, impidiendo considerar por sí misma su ausencia como causa de denegación (art. 17.3 LTAIBG). Más aún, al no haberse configurado el derecho de acceso como iusfundamental, por su vinculación con el art. 20 CE, no se ha visto condicionado por los requisitos que el TEDH ha desarrollado para considerarlo reconducible al art. 10 CEDH.

Sin embargo, el punto negativo derivado de su configuración autónoma es que impide la apertura al contexto internacional que en esta materia deriva del art. 10.2 CE. Nótese que el art. 10.2 CE permite actualizar el contenido y alcance de derechos fundamentales consagrados en la Constitución. De esta forma, al reconocerse autónomamente al margen del art. 20 CE y, por ende, fuera de la Sección I del Capítulo II del Título I, dicha autonomía dificulta su configuración como derecho fundamental a diferencia de lo que ocurre con la protección de datos (art. 18.4 CE) o con la protección frente al ruido que no se puede encauzar con otro derecho distinto a la intimidad (art.18.1 CE).

En este sentido, nos encontramos ante un dilema. Por un lado, su configuración legal permite reconocerlo de forma más amplia, al no constreñirlo a los presupuestos de la libertad de información pero, consecuentemente, no goza de las garantías propias de los derechos fundamentales. Por otro lado, si se reconociera como un derecho fundamental estaría parametrado por su vinculación con el art. 20 CE, pero gozaría de mayores garantías al verse beneficiado por el régimen cualificado de protección propio de los derechos fundamentales.

Lo idóneo sería que el derecho de acceso a la información fuera expresamente reconocido en la Constitución a través de una reforma que despejara las dudas sobre su naturaleza jurídica, atendiendo a la evolución de la sociedad digital y al canon de protección internacional. Sin embargo, resulta un escenario difícilmente imaginable. En cambio, una opción que en la práctica resulta factible resultaría de un pronunciamiento del TC que articulase el acceso a la información pública (*ex* art. 105 CE) como presupuesto instrumental del art. 20.1.d) CE de la misma forma que ha hecho en su jurisprudencia con

la asistencia jurídica gratuita en relación a la tutela judicial efectiva. Se trataría de una revisión del contenido esencial de la libertad de información con especial incidencia en la modalidad de recepción de la misma del art. 20.1.d) CE, actualizada al contexto tecnológico y a la consideración de este derecho en una perspectiva multinivel, incorporada a nuestro ordenamiento a través del art. 10.2 CE. No se trata de reconocer un nuevo derecho simplemente porque lo haga el TEDH sino de considerar la evolución de su contenido atendiendo a lo reconocido en un contexto multinivel.

No puede obviarse que el art. 105.b) CE se ha reconocido ya como derecho instrumental en casos determinados en los que indubitadamente pasa a formar parte integrante del contenido de otros derechos fundamentales. En estos supuestos, al existir un régimen jurídico específico, la LTAIBG se aplica con carácter supletorio entendiendo tales casos como supuestos donde concurre un régimen específico propio en aplicación de la DA1^a de la LTAIBG. El problema fuera de esos casos específicos en los que la vinculación se ha hecho mayormente por razón del *ius in officium* o de otros casos concretos¹⁶³⁰, es que no se ha dado un reconocimiento general que permita extender la iusfundamentalidad del acceso a la información pública a favor de todas las personas.

Hay autores que han defendido su reconocimiento como derecho fundamental autónomo con identidad propia. Pero ese escenario parece difícilmente realizable a través de una reforma constitucional, *ex arts.* 81 y 168 CE, y en la práctica no se ha articulado de tal modo, ni tan siquiera instrumentalmente a través del art. 20.1.d) CE.

A continuación se hará una propuesta interpretativa *de lege ferenda* compatible con el régimen legal hoy existente. A lo largo de la investigación se ha rechazado la interpretación clásica que ha venido efectuándose sobre la libertad de información en base a lo que se ha denominado “modelo de emisor latente”¹⁶³¹. Este modelo reconoce la libertad de información a favor de todas las personas pero, en la medida en que es un presupuesto indispensable para comunicar información, y esta dimensión se ha reservado especialmente a favor de medios de comunicación, la interpretación del derecho les ha sido especialmente favorable. Late así una interpretación de la libertad de información

¹⁶³⁰ Tal sería el supuesto del acceso a la información que tiene el titular sobre el tratamiento de sus propios datos o el acceso del interesado en un procedimiento a acceder a información para ejercer de forma efectiva su derecho de defensa

¹⁶³¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 194.

que puede haberse visto predeterminada por la ausencia de referencia expresa en la Constitución a la facultad de búsqueda o de investigación de la información¹⁶³².

Ese prisma para observar la libertad de información se ha centrado en los profesionales de la comunicación relegando a la ciudadanía a una mera posición pasiva. Este entendimiento ha llevado a reducir el derecho situando al ciudadano como un consumidor del producto-noticia y a los profesionales de la comunicación como intermediarios que facilitan aquel producto.

Sin embargo, el desarrollo tecnológico está dando cada vez más peso a la modalidad de la recepción de información como el derecho a la libertad de informarse y no como simple anverso de la libertad de comunicarla¹⁶³³. Esos cambios se están produciendo al margen del contenido constitucionalmente reconocido del derecho. En la actualidad esto produce una clara disonancia entre el contenido reconocido y las necesidades que reclama su interpretación evolutiva. En todo caso, el punto de encuentro entre ambos converge en la concepción de la libertad de recibir información como un derecho amplio de acceso a la fuente o medio de difusión de la información (que en este caso es el Estado) para favorecer su búsqueda activa¹⁶³⁴.

En esta línea, se defiende una concepción de la libertad de recibir información como un derecho que, si bien puede realizarse desde la clásica posición pasiva (a través de la perspectiva comúnmente conocida en la que el sujeto actúa de mero “*receptor-destinatario*”¹⁶³⁵ de la información ya producida como noticia por terceros) será esencial visibilizar su vertiente de búsqueda e investigación de la información internacionalmente reconocida (arts. 19 DUDH y del PIDCP) a través de la figura del “*receptor inquieto*”¹⁶³⁶. Esta última modalidad debe entenderse como el derecho a acceder a las “fuentes de

¹⁶³² Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit. p. 194.

¹⁶³³ De ahí que se comparta con los autores la insostenibilidad dogmática de configurar el contenido del derecho sobre el peso que se confiere a la posición del emisor frente a la del receptor, y se justifique la necesidad de reforzar la posición receptora de la información. Sostiene la necesidad de revertir el modelo dogmático clásico por uno en que se refuerce la posición del ciudadano como receptor, Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 125.

¹⁶³⁴ Como sostuvo VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p.141, respecto de la libertad de recibir información, “su objeto (...) es la recepción libre de información veraz por cualquier medio de difusión. La recepción consiste en el acceso a la información”. Por tanto, como subraya FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 195, el objeto protegido por el derecho radica en brindar al ciudadano la posibilidad de “desarrollar una actividad cognoscitiva, de acceso a las “fuentes de información”, y no la pretensión de obtener una determinada “noticia””.

¹⁶³⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 133.

¹⁶³⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 133.

información”¹⁶³⁷. De esta forma, se atiende al origen del que emana la información como objeto del derecho y no al resultado obtenido tras el proceso intelectual informativo de los profesionales de la comunicación.

En todo caso, el problema que se plantea en este punto para aquellos que se mantienen reacios a considerar el derecho de acceso a la información pública como una manifestación del art. 20.1.d) CE radica en la comprensión del derecho de acceso a la información pública como un derecho de tipo prestacional. Así entendido, el derecho no podría encajar con la naturaleza de libertad que ostenta el art. 20.1.d) CE. Como es sabido, es doctrina constitucional reiterada que la libertad de información no puede convertirse en la pretensión de recibir una noticia determinada o en el deber del Estado de realizar una determinada prestación informativa. Sin embargo, es posible entender el derecho de acceso a la información como un derecho de libertad.

Si, con VILLAVERDE MENÉNDEZ, entendemos que la información es todo aquello que forma parte del proceso de comunicación y que ha pasado al ámbito de lo público debiendo ser accesible a cualquiera, se llega a la presunción de que “todo aquello que sea público, accesible, es de interés para cualquiera, por tanto, es información que el receptor tiene derecho a recibir”¹⁶³⁸. Cabe sostener que cuando es el Estado quien actúa como fuente de la información, cual es el caso del acceso a los archivos y registros (del art. 105 CE) y del más amplio acceso a la información pública (configurado en el 12 de la LTAIBG) debería existir el derecho a acceder a tal información en conexión con el art. 20.1.d) CE. La única particularidad en este caso es que la fuente de información está en poder del Estado, lo que no es óbice para entenderlo como medio de difusión a efectos de subsumirlo en el art. 20.1.d) CE¹⁶³⁹.

Hecha esta precisión y defendiendo que el objeto del derecho a recibir información radica en el acceso a la fuente de la que emana y no en la exigencia de una prestación informativa, el derecho de acceso a la información pública se satisface cuando “el papel de (...) los poderes públicos) es de intermediación y garantía para la efectividad del derecho, pero no de producción de la información misma”¹⁶⁴⁰. Evidentemente, sostener el derecho de acceso a la información como un derecho de libertad exige partir del

¹⁶³⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 196.

¹⁶³⁸ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Los derechos del público: la revisión...”, cit., p. 139.

¹⁶³⁹ Desarrolla esta idea en términos similares, Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los derechos del público...* cit., p. 119.

¹⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho fundamental...”, cit., p. 197.

presupuesto de que la información existe y está disponible para que el ciudadano pueda acceder a ella. Exige por tanto una actitud, si se quiere intermediadora, del poder público para que haga disponible la información en su poder pero no producirla *ad casum*. Este último supuesto se trataría de una actuación prestacional no amparable en el art. 20.1.d) CE¹⁶⁴¹.

Visto por tanto desde una perspectiva teórica, es posible articular la interpretación del derecho de acceso a la información pública *ex art. 105 CE en conexión con el art. 20.1.d) CE* para extender su iusfundamentalidad a todas las personas y no sólo cuando se reúna una determinada cualificación subjetiva en el solicitante. Eso sí, esta opción requiere interpretar ampliamente la libertad de recibir información para amparar en ella la dimensión activa de búsqueda e investigación de la información a favor de todas las personas. Es imprescindible destacar que esta postura viene siendo avalada en el ámbito internacional, en base a una serie de requisitos sobre los que el TEDH ha justificado tal opción en su jurisprudencia consolidada a partir de 2016.

¿Cómo articular tal interpretación en la práctica teniendo en cuenta que la LTAIBG no contempla expresamente vínculo alguno con el art. 20.1.d) CE, a efectos de justificar su naturaleza fundamental general más allá de casos concretos donde por razón de la función/cargo se ha reconocido tal carácter? Para responder a tal cuestión resulta imprescindible según la postura defendida acudir a la problemática Disposición Adicional 1ª 2º de la LTAIBG, siendo ésta una alternativa que ha sido emprendida interpretativamente por algunos Consejos de transparencia. Esta vía resulta interesante por conciliar la legislación vigente de transparencia con la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información, cuando, en efecto, corresponda esa naturaleza cualificada, sin llegar a la consecuencia de la inconstitucionalidad de la LTAIBG.

Para ello, debe acudirse a la problemática DA1ª de la LTAIBG en cuyo apartado 2º se regula el caso de que se produzca una concurrencia normativa entre la LTAIBG y la existencia de un régimen específico que resulte aplicable al caso. En tal supuesto, la DA1ª

¹⁶⁴¹ En esta línea sostienen FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. El derecho de acceso a la información pública..., cit., p. 171, que “lo cierto es que para poder postular que el derecho de acceso a la información pública es un derecho de libertad, manifestación de la libertad de informarse, y no un derecho de estructura prestacional, es preciso admitir que la preexistencia misma de la información constituye el presupuesto del derecho, como derecho de acceso a la fuente de información y no un derecho que tenga por objeto una actividad de producción informativa por parte del sujeto obligado. Y de aquí la exigencia tradicional de que la información solicitada se encuentre plasmada en un documento, entendido en sentido amplio”.

prevé la supletoriedad de la LTAIBG. Ya se expuso en partes anteriores de la investigación la problemática interpretación derivada de la regla de la supletoriedad, pues hay autoridades de transparencia que manteniendo una interpretación restrictiva, no admiten su competencia cuando resulte aplicable y se haya alegado un régimen específico, desplazando la aplicación de la LTAIBG. Al contrario, hay otras que se consideran competentes realizando una interpretación amplia de la supletoriedad, de conformidad con el principio de máxima transparencia.

Esta última opción debe verse reforzada y entenderse como la más apropiada tras el reciente pronunciamiento del TS en su STS 312/2022, de 10 de marzo de 2022, donde efectúa una interpretación pro acceso de la DA1ª a la cuestión de si la existencia de un régimen especial excluye la aplicación de la LTAIBG¹⁶⁴². Según esta última interpretación, aun siendo supletoria la LTAIBG cuando resulte aplicable la normativa específica, será compatible la aplicación de la LTAIBG en todo aquello que sea más favorable¹⁶⁴³. Además, debe tenerse en cuenta que la LTAIBG es posterior a los regímenes especiales concurrentes por lo que ha de seguir siendo aplicable en pos de la máxima apertura y efectividad del principio de transparencia.

Dicho esto cabe apreciar la dificultad comprensiva que añade la DA1ª LTAIBG al abrir la puerta a la distinción entre un acceso a la información de carácter ordinario, y un derecho de acceso a la información cualificado al situarse en concurrencia instrumental con otros derechos fundamentales. Esto es, por un lado nos encontramos con el derecho de acceso a la información pública regulado en la LTAIBG como derecho de configuración legal ordinario, con carácter general para todas las personas¹⁶⁴⁴. De otro lado, la referida DA1ª apartado 2º LTAIBG abre la puerta de forma indeterminada a otro derecho de acceso a la información de contorno claramente privilegiado, por beneficiarse de la naturaleza iusfundamental y del consiguiente régimen de garantías que le es propio, al resultar instrumental para el ejercicio de derechos fundamentales.

En este caso, tal y como han sostenido Autoridades de transparencia como la GAIP o el CTCV en favor de una interpretación amplia de la polémica DA1ª habría que estar al

¹⁶⁴² En tal sentido, Vid. STS 312/2022, de 10 de marzo, FJ 3.

¹⁶⁴³ Vid. STS 312/2022, de 10 de marzo, FJ 4. Esta misma posición del TS se apunta claramente en la STS 311/2022, de 10 de marzo, FJ 4.

¹⁶⁴⁴ Por cierto, dicha configuración ordinaria obvia la situación nada singular de concurrencia con el ejercicio de otros derechos fundamentales (especialmente arts. 20 y 23 CE) quedando sin articular dicha complejidad.

régimen especial aplicable por tratarse de la normativa reguladora de un derecho fundamental que, no obstante, puede y debe compatibilizarse con la aplicación supletoria de la LTAIBG en todo aquello que resulte beneficioso¹⁶⁴⁵. Además, esta interpretación asume la LTAIBG como norma básica y transversal de mínimos, que establece un estándar común para todos los casos de acceso a la información.

De lo anterior cabe advertir que en unos supuestos el derecho de acceso a la información quedará configurado como derecho legal, y en otros casos, quedará integrado en el contenido de otros derechos fundamentales. De ahí que teniendo en cuenta el contexto, sujeto solicitante, o ante quién se interponga la reclamación de acceso a la información, habrá que plantearse si se trata o no de un derecho fundamental con objeto de adecuar su régimen jurídico de garantías (que huelga decir, será más intenso y cualificado en el supuesto de la iusfundamentalidad)¹⁶⁴⁶.

No resulta ocioso hacer una remisión al análisis efectuado ya sobre la DA1^a que cabe complementar ahora con una serie de paradojas que se generan con ella y que se mencionan aquí por facilitar el entendimiento de la propuesta efectuada. COTINO HUESO se ha referido a dichas paradojas, que pueden concentrarse en que: A) Por un lado, nos encontramos con que el acceso ordinario a la información pública previsto en la LTAIBG cada vez se ve más absorbido por regímenes privilegiados de acceso al concurrir con derechos fundamentales; B) Paradójicamente, estos derechos fundamentales cualificados encuentran una deficiente regulación especial de acceso, a veces incluso inexistente, que genera inseguridad jurídica y dificulta la efectiva garantía del derecho en cuestión; C) Por el contrario, el acceso ordinario a la información pública sí que está dotado de una regulación completa a todos los efectos en la LTAIBG, aun cuando se ha limitado su naturaleza jurídica a derecho de configuración legal, y se ha ignorado la existencia de derechos fundamentales de acceso a la información incuestionables (como es el caso del acceso por parte de parlamentarios, concejales o representantes sindicales)¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁵ Como ha sostenido con buen criterio el CTCV en su resolución 39/2017, de 20 de abril, FJ 2, “de no ser interpretada bajo el principio de máxima transparencia podría llevar a resultados negativos para el derecho constitucional de acceso a la información y a un régimen dispersor o disgregador de la regulación general que la Ley 19/2013 implica de este derecho”.

¹⁶⁴⁶ Vid. COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso...”, cit., p. 23.

¹⁶⁴⁷ Vid. COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso...”, cit., p. 27.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la aplicación del régimen específico va a estar supeditada a que dicha normativa contenga un régimen sustantivo propio que regule todas las cuestiones relativas al acceso a la información, sin que baste con que haga referencia a algún pormenor en la materia. Sólo en este caso, la normativa específica desplazaría la LTAIBG como supletoria¹⁶⁴⁸. Ahora bien, una de las cuestiones que no ha tenido en cuenta la LTAIBG y que no aclara la DA1^a es qué pasa cuando dicha regulación especial proviene del ejercicio de un derecho fundamental. En tal caso, si la DA1^a abre la puerta a la concurrencia del régimen aplicable a un derecho fundamental, habrá que tener en cuenta lo que ello supone a efectos de sus garantías. Esta cuestión es clave, ya que el *nomen iuris* de la iusfundamentalidad no es simplemente formal sino que conlleva consecuencias materiales esenciales para el orden constitucional.

En este sentido podrían plantearse dos escenarios: A) Que la regulación especial del derecho fundamental contemple un régimen específico de acceso a la información, como sería el caso de los representantes políticos. En este caso, dicha normativa sería preferente y la LTAIBG quedaría como supletoria pero aplicable para todo aquello que fuera ventajoso; B) Que la regulación especial del derecho fundamental en cuestión no sea capaz de desplazar la LTAIBG por no contener un régimen completo sobre el acceso a la información, y por tanto, la LTAIBG no quedase desplazada. Tal sería el caso de los representantes sindicales, supuesto en el que existe un régimen normativo propio, pero no por ello específico a efectos de desplazar como supletoria la LTAIBG en atención a la DA1^a. Esto es así porque según se vio y se ha declarado por el TS y por Autoridades de transparencia, no basta con la existencia de cualquier normativa propia del ámbito sectorial de que se trate para desplazar la LTAIBG, sino que es necesario que regule por completo el régimen de acceso a la información aplicable en ese supuesto. Si eso no sucede, como resulta de la normativa de los representantes sindicales, la LTAIBG seguirá siendo aplicable como norma general sin perjuicio de que tales solicitudes sean tratadas como cualificadas o reforzadas al concurrir un derecho fundamental.

Aquí está la clave y así ha sido apuntado por el CTCV¹⁶⁴⁹ al señalar que,

¹⁶⁴⁸ Resulta que este supuesto no siempre sucede y hay casos donde aun existiendo normativa propia no se cumple el requisito de la especialidad referido en la DA1^a, al no contemplar de manera integral el régimen jurídico del acceso a la información. En este caso, la LTAIBG seguiría siendo norma directamente aplicable.

¹⁶⁴⁹ Tal como ha señalado el CTCV en su resolución 38/2017, de 20 de abril, FJ 3 no sólo ha de tenerse en cuenta “el derecho de acceso a la información y su regulación, sino que deba tener en cuenta todos los elementos jurídicos relevantes para determinar si procede reconocer o no el derecho de acceso a la

“las especialidades en el régimen de acceso a la información pública que deban darse por la concurrencia de un derecho fundamental (derecho de acceso a la protección de datos, derecho de acceso en razón del derecho a participar en los asuntos públicos, libertad de expresión e información, etc.) deben tenerse en cuenta como régimen especial, sin perjuicio de la aplicación supletoria y en lo posible de la ley de transparencia”¹⁶⁵⁰.

Esto último lleva a una necesaria aclaración. Este segundo escenario esbozado no debe llevar a ignorar que, en todo caso, se está ante un derecho fundamental cuyo contenido esencial no podrá verse afectado, ni su efectividad habrá de depender de la existencia o no de una ley o régimen específico que lo desarrolle precisamente por ser un derecho fundamental. Es decir, el régimen de concurrencia del acceso ordinario a la información pública con un derecho fundamental estará predeterminado (exista o no regulación especial que desplace la LTAIBG) por la garantía genérica de los derechos del Capítulo II del Título I del art. 53.1 CE. Esto es, vinculación a los poderes públicos, reserva de ley

información reclamado. Y entre estos elementos relevantes, (...) pueden concurrir otros elementos constitucionales a tener en cuenta. A priori y en general, la concurrencia del derecho de acceso a la información de un sujeto con otros de sus derechos constitucionales implicará que el acceso a la información contará con una más intensa protección constitucional y legal. Al mismo tiempo, y también en principio, la concurrencia de los derechos que garantizan el acceso reducirá las posibilidades de restringir o limitar el mismo. (...) Los derechos concurrentes [que en el caso eran la protección de datos, art. 18.4 CE y el acceso a la justicia, art. 24 CE] están reconocidos por la Constitución. Su régimen jurídico se determina tanto por su contenido constitucionalmente reconocido y por su desarrollo normativo. Y este régimen jurídico de los derechos fundamentales concurrentes en cuanto sirve para garantizar el acceso a la información pública confluye con la legislación de transparencia. Desde la perspectiva de la legislación de transparencia, este régimen jurídico específico puede ser visto bajo el principio de especialidad. En este sentido, hay que tener en cuenta la Disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013 (...) En consecuencia, las especialidades en el régimen de acceso a la información pública que deban darse por la concurrencia de un derecho fundamental (derecho de acceso a la protección de datos, derecho de acceso en razón del derecho a participar en los asuntos públicos, libertad de expresión e información, etc.) deben tenerse en cuenta como régimen especial, sin perjuicio de la aplicación supletoria y en lo posible de la ley de transparencia, (...).”

¹⁶⁵⁰ Tal como ha señalado el CTCV en su resolución 38/2017, de 20 de abril, FJ 3 no sólo ha de tenerse en cuenta “el derecho de acceso a la información y su regulación, sino que deba tener en cuenta todos los elementos jurídicos relevantes para determinar si procede reconocer o no el derecho de acceso a la información reclamado. Y entre estos elementos relevantes, (...) pueden concurrir otros elementos constitucionales a tener en cuenta. A priori y en general, la concurrencia del derecho de acceso a la información de un sujeto con otros de sus derechos constitucionales implicará que el acceso a la información contará con una más intensa protección constitucional y legal. Al mismo tiempo, y también en principio, la concurrencia de los derechos que garantizan el acceso reducirá las posibilidades de restringir o limitar el mismo. (...) Los derechos concurrentes [que en el caso eran la protección de datos, art. 18.4 CE y el acceso a la justicia, art. 24 CE] están reconocidos por la Constitución. Su régimen jurídico se determina tanto por su contenido constitucionalmente reconocido y por su desarrollo normativo. Y este régimen jurídico de los derechos fundamentales concurrentes en cuanto sirve para garantizar el acceso a la información pública confluye con la legislación de transparencia. Desde la perspectiva de la legislación de transparencia, este régimen jurídico específico puede ser visto bajo el principio de especialidad. En este sentido, hay que tener en cuenta la Disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013 (...) En consecuencia, las especialidades en el régimen de acceso a la información pública que deban darse por la concurrencia de un derecho fundamental (derecho de acceso a la protección de datos, derecho de acceso en razón del derecho a participar en los asuntos públicos, libertad de expresión e información, etc.) deben tenerse en cuenta como régimen especial, sin perjuicio de la aplicación supletoria y en lo posible de la ley de transparencia, (...).”

y respeto al contenido esencial del derecho¹⁶⁵¹. De ahí que al margen de que no pueda desplazarse la aplicación de la LTAIBG se defiende que el derecho fundamental en cuestión habrá de ser siempre respetado por la eficacia directa que despliega su contenido esencial. De esta forma, el art. 53.1 CE es base y régimen constitucional para atender a las prescripciones, contenido y alcance del derecho fundamental que concurre con la LTAIBG.

Se trata por tanto no sólo de considerar como régimen especial a efectos de la aplicación de la DA1ª el desarrollo legal del derecho fundamental concurrente con la normativa de transparencia, sino también la propia base constitucional sobre la que se asienta en cuanto predetermina su contenido y régimen de garantías. Como indica COTINO HUESO, así, “se considera que la protección constitucional y el desarrollo legal del derecho fundamental es una regulación especial que no excluye la aplicación supletoria de la normativa de transparencia”¹⁶⁵².

No son escasos los supuestos de concurrencia de derechos fundamentales con la regulación de la LTAIBG, ya sea a través de derechos vinculados al *ius in officium* como el de parlamentarios, concejales, medios de comunicación o representantes sindicales; o bien fuera de ellos, como sucede con la protección de datos (para el caso de acceso a la información por parte del titular de los datos) o el acceso a la justicia (para el acceso a la información del interesado en un procedimiento cuyo derecho a la tutela judicial efectiva pudiera verse afectado). Por esto, se subraya que el hecho de que la regulación legal específica del concreto derecho fundamental no contenga un régimen sustantivo propio sobre el derecho de acceso, no puede desmerecer su iusfundamentalidad provocando la afección a su contenido esencial. Tan es así que una denegación de acceso a la información cuando sea presupuesto para el ejercicio de tales derechos fundamentales supondrá una vulneración del derecho fundamental en cuestión. De este modo, el órgano de garantía en cuestión no sólo ha de aplicar la normativa de transparencia sino valorar la

¹⁶⁵¹ Como ha señalado COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso...”, cit., págs. 25 y 27, “cabe recordar que en razón del art. 53.1º CE los derechos fundamentales vinculan directamente a los poderes públicos. De ahí que son derechos directamente alegables a los tribunales son precisar la interposición normativa”. Por ello sostiene que, “cuando el acceso a la información tenga naturaleza iusfundamental, como punto de partida y en general, el contenido constitucional con su protección especial del derecho fundamental será el régimen aplicable. Así será directamente a través de su vinculación y efecto directo (art. 53.1 CE), así como a través de la regulación específica de acceso a la información por los parlamentarios, concejales o representantes sindicales, o la regulación del acceso por derecho de protección de datos”.

¹⁶⁵² Cfr. COTINO HUESO, L. “Criterios relevantes e innovadores...”, cit., p.44.

conurrencia del derecho fundamental en juego y el elemento cualificante que lleva implícito a efectos de la ponderación y, en su caso, concesión del acceso.

Llegados a este punto, cabría sostener lo mismo respecto del acceso a la información pública en conexión con la libertad de información, *ex art. 20.1.d) CE*. Pues nos encontramos frente a un supuesto en el que directamente no existe régimen legal específico que desarrolle el derecho de acceso a la información pública en el marco de la libertad de información, y por tanto, concurre con el régimen legal ordinario previsto en la LTAIBG. Se reitera no obstante que ello no desmerece la cualificación que otorga la concreta vinculación del acceso ordinario de acceso a la información con la libertad de información y el régimen de garantías que le es de aplicación en virtud del art. 53.1 y 2 CE.

Se llega aquí a una pregunta crucial de la postura y argumentación defendida: ¿Es el derecho de acceso a la información pública un derecho fundamental por su conexión con el art. 20.1.d) CE a favor de todas las personas y en todo caso? ¿Permite el art. 20.1.d) CE constituirse en base general para la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información pública con carácter general, sin perjuicio de casos concretos donde se ha reconocido el vínculo con otros derechos fundamentales? ¿Cómo se articula la tesis expresada sobre la aplicación de la DA1ª a este caso?

Como viene defendiéndose, el derecho de acceso a la información pública se considera una manifestación de la libertad de recibir información, pero entendida en la dimensión internacionalmente desarrollada de búsqueda e investigación de la información de conformidad con los arts. 19 DUDH y 19 del PIDCP. Además, las bases expuestas con anterioridad sobre el derecho de acceso a la información y el art. 10.2 CE permiten sostener que nuestro ordenamiento está compelido a adaptar el contenido esencial de la libertad de recibir información a su interpretación evolutiva y *pro libertate*, habiéndose vinculado con la fiscalización y control difuso del poder público en las sociedades modernas.

El derecho de acceso se entiende, como no puede ser de otro modo, reconocido a favor de todas las personas. Ahora bien, a efectos de su iusfundamentalidad ¿debe entenderse así con carácter general o deben concurrir ciertas circunstancias? Para responder a esta cuestión se tiene muy en cuenta el contexto multinivel y, en particular, los avances llevados a cabo a partir del caso *Magyar* en la jurisprudencia del TEDH. Partiendo de

dicho presupuesto, se defiende como más apropiada la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, pero no con carácter general sino sujeto a los matices que ha desarrollado el TEDH. Es decir, la LTAIBG ampara un régimen de protección del acceso a la información como derecho legal ordinario, pero ello no impide reducir la esfera en el que puede tener la naturaleza de derecho fundamental.

Dicha naturaleza del derecho vendrá reconocida en aquel núcleo de casos en los que el acceso a la información se constituye en presupuesto democrático para la efectiva realización de la libertad de información, en su modalidad de recepción activa (búsqueda de la información). Y en los que, por tanto la LTAIBG concurrirá con otro régimen constitucional aplicable y preferente por su cualificación, al tratarse de un derecho fundamental. Se trata de apreciar la dimensión objetiva del derecho, esencialmente vinculada con el principio democrático, el instituto de la opinión pública y la garantía del pluralismo, para situar tales casos como los indefectiblemente ligados a la iusfundamentalidad del acceso.

Ha sido especialmente el TEDH a través de la elaboración de su test de iusfundamentalidad, el que ha concretado los elementos que sin duda alguna convierten el acceso a la información en presupuesto del art. 10 CEDH. Nótese en este punto que el Convenio 205 de acceso a los documentos públicos del Consejo de Europa, en su art. 4.1 prescribe que “un solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”. Y así ha de entenderse efectivamente con carácter general. Ahora bien, esto puede matizarse en la consideración del derecho de acceso a la información como derecho fundamental. Por eso, en este último caso el TEDH ha desarrollado elementos que precisan el contenido intangible e irreductible del acceso, y por el que habrá de ser considerado derecho fundamental. Entre ellos, como se vio en el análisis de la jurisprudencia del TEDH, el test de iusfundamentalidad se basa en la superación de cuatro requisitos: 1) finalidad de la solicitud; 2) interés público de la misma; 3) rol de vigilante público del solicitante; 4) y que la información esté lista y disponible.

Trasladando dicho test a nuestro ordenamiento interno, puede obtenerse una imagen de la iusfundamentalidad del acceso a la información, *ex art. 105.b) CE*, en conexión directa con el art. 20 CE, siempre que resulte aplicable el test del TEDH¹⁶⁵³. En la práctica, puede

¹⁶⁵³ En este mismo sentido ha señalado Cfr. COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p. 270, que “si se supera el test, el acceso a la información pública solicitado contará con la protección del

sostenerse que la articulación iusfundamental del derecho de acceso, teniendo en cuenta el art. 10.2 CE y lo dispuesto en la DA1^a, lleva efectivamente a que “dado que no hay una regulación específica en España que desarrolle el derecho de acceso a la información pública como libertad de información, en los casos nada extraños en los que se den los requisitos del TEDH sería aplicable la Ley 19/2013 (en razón de la Disposición adicional primera de la ley)”¹⁶⁵⁴.

Con ello, habrá supuestos en los que las condiciones del acceso no permitan superar el test del TEDH, y sin embargo, ello no abocará a una desprotección del acceso sino a la sujeción a la ley general aplicable. Esto es, quedará sometida a la LTAIBG, siendo ésta la esfera más amplia legal y ordinaria de protección a favor de todas las personas. Sin embargo, cuando concurren los elementos señalados se pasará a través de la DA1^a de esa esfera más amplia a una esfera más específica, en la que teniendo en cuenta las garantías que emanan del art. 53.1 CE, habrá que atender al régimen especialmente cualificado que adquiere en ese caso el acceso como derecho fundamental.

De otro lado, los elementos del test han sido en algún caso apuntados como limitantes para el reconocimiento general del derecho de acceso como iusfundamental, pudiendo llegar a banalizarlo. Sin embargo, es posible apreciar tales elementos en positivo por cuanto permiten distinguir matices que confieren al acceso a la información de un valor democrático indiscutible para la garantía de la libertad de información del art. 20 CE. En tales casos tiene sentido desplegar la iusfundamentalidad, pues la extensión de aquella a todos los supuestos sin apreciación del valor democrático que descansa en el derecho de acceso puede terminar banalizando esa esfera cualificada.

Por tanto, la superación de los elementos del test permitiría sostener la vinculación del acceso a la información como presupuesto del contenido esencial de la libertad de información, y ello sin perjuicio de su tutela general en régimen ordinario para el resto de casos no cualificados, vía LTAIBG. De esta forma, el acceso se constituye en un presupuesto democrático imprescindible para la conformación de sociedades libres y abiertas que sitúan como pilares la libre formación de la opinión pública, el pluralismo y la efectiva participación de los individuos, *ex art. 20 CE*. Por tanto, no es superficial la conexión con este derecho fundamental, en tanto se constituye directamente en la base

art. 10 CEDH, y en virtud del art. 10.2 CE, de la protección iusfundamental de la libertad de expresión e información”.

¹⁶⁵⁴ Cfr. COTINO HUESO, L. “Algunas propuestas de mejora...”, cit., p. 270.

del reconocimiento general del derecho de acceso como derecho fundamental a favor de cualquier persona. Y ello sin perjuicio de otras conexiones con el ejercicio de otros derechos fundamentales concretos que se refieren a aspectos específicos de tutela¹⁶⁵⁵.

Cabría hacer alguna consideración sobre los elementos que configuran el test de iusfundamentalidad por parte del TEDH, al proponerse como presupuesto para la iusfundamentalidad del acceso a la información en virtud del art. 20.1.d) CE, en un paralelismo con el art. 10 CEDH. En primer lugar, y principalmente por destacar la perspectiva democrática que subyace en el derecho de acceso a la información con la libertad de información se entiende que la naturaleza y finalidad de la solicitud hayan de ser públicas, contribuyendo al debate público en sociedad. Ciertamente es que estos elementos han sido criticados, sosteniéndose que limitan el derecho cuando además la LTAIBG no lo impone. Por tanto, suponen una visión del derecho más restringida que la legalmente reconocida y postulan una visión ajena al propio significado del derecho. En efecto, la LTAIBG toma tales elementos como voluntarios, siendo ajena a la finalidad por la que se solicita la información. Como ya se dijo, la finalidad es un elemento previsto en la LTAIBG como voluntario y que, en caso de aportarse, será tenido en cuenta en el juicio

¹⁶⁵⁵ De otro lado surge una cuestión a tener en cuenta, ¿estaría afectada la LTAIBG de inconstitucionalidad por su falta de regulación por ley orgánica al abrirse la puerta a derechos fundamentales a través de la DA1^{er}? ROLLNERT LIERN, G. “La regulación del derecho...”, cit., págs. 80 y ss, ha advertido de sobre los problemas de articulación que surgirían de la declaración de inconstitucionalidad de la LTAIBG, como por ejemplo en lo que se refiere a las consecuencias sobre las leyes autonómicas de transparencia. En concreto subraya el autor un importante aspecto en la p. 94, sobre los efectos derivados de una sentencia del TC estimatoria de amparo en base a los criterios sentados por el TEDH, al subrayar que “una eventual sentencia estimatoria del amparo sería mucho menos traumática que una declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Transparencia. Declarar la inconstitucionalidad parcial de la LTBG supondría descalificar radicalmente la opción del legislador de desarrollar mediante ley ordinaria el derecho de acceso reconocido por el art. 105.b) CE (...) Sin perjuicio de que, como se ha expuesto, exista una sólida argumentación basada en la interpretación conforme a los tratados internacionales para defender la inserción del derecho de acceso en la libertad de información, una cosa es admitir la innegable conexión entre ambos derechos y que se estime más oportuno y adecuado el desarrollo del derecho de acceso por ley orgánica para dotarlo de mayores garantías y otra que el Tribunal Constitucional pueda llegar a asumir esa tesis hasta el punto de otorgarle virtualidad suficiente para destruir la presunción de constitucionalidad de su regulación por ley ordinaria al amparo del art. 105.b) CE”.

Esta cuestión no habría suscitado polémica si el derecho de acceso a la información se hubiera desarrollado a partir del art. 20.1.d) CE, y no en razón de un derecho de configuración legal como resulta del art. 105.b) CE. No obstante, una vez acogida por el legislador la opción de regular el derecho por ley ordinaria existe una opción interpretativa conciliadora, y que se defiende como más ventajosa frente a una posible inconstitucionalidad de la ley. Como ha advertido COTINO HUESO, L. “Los derechos fundamentales de acceso...”, cit., p. 31, “el carácter instrumental de estos derechos fundamentales de acceso lleva a que en muchos casos lo que se precise es una regulación de su ejercicio por ley (art. 53.1 CE, esto es, una regulación que no implica su desarrollo que debiera darse por ley orgánica (art. 81 CE)”. Son buenos ejemplos en este sentido el caso de los representantes políticos, parlamentarios y concejales, y representantes sindicales cuya regulación de acceso no viene desarrollada en leyes orgánicas y, sin embargo, ello no ha entorpecido ni planteado problemas respecto a la conexidad con el derecho fundamental en cuestión.

ponderativo sobre la concesión del acceso. Ahora bien, la ausencia de este elemento no puede por sí sola ser causa de denegación.

La ley se ocupa de garantizar el acceso de forma amplia, en una pluralidad de casos diversos. No obstante, cuando se trate de valorar los elementos del test del TEDH (a efectos de determinar si forma parte del contenido esencial del art. 20.1.d) CE) será un elemento ponderativo crucial para encontrarse protegido por esa esfera más concéntrica de iusfundamentalidad a los efectos de la DA1^a. Esa interpretación no tiene por qué entenderse como restrictiva porque en ningún caso se impone la carga de acreditar la finalidad de la solicitud, ni la fiscalización de la misma. Al contrario, la valoración de la finalidad e interés público de la solicitud opera como un elemento valorativo adicional que puede otorgar en su caso una protección reforzada con encaje en el art. 20 CE. Sin embargo, si esa finalidad e interés público no quedan acreditados, no significa que el derecho de acceso quede desprotegido. Jugará a su favor lo dispuesto en efecto en el art. 17.3 LTAIBG, no siéndole exigible la motivación y quedando protegido por la esfera más amplia de protección que emana de la aplicación de la LTAIBG.

Cabe matizar que habrían de incluirse en este sentido como casos indirectos que también satisfacen la finalidad e interés público, aquellos en los que solicitándose la información para satisfacción de un interés privado, objetivamente sirvan más allá de la concreta solicitud para satisfacer el principio de transparencia sobre la gestión de asuntos de interés público¹⁶⁵⁶.

Distinta valoración merece, a mi juicio, la necesidad actual del elemento del test del TEDH relativo al rol del solicitante. Es un requisito de la Corte de Estrasburgo que el solicitante actúe como *public watchdog*, o vigilante público de la democracia, fiscalizando asuntos de interés general. Esta visión ha hecho que el TEDH tradicionalmente haya puesto el punto de mira para otorgar dicha función a los profesionales de la información, extendiéndose después también a favor de investigadores académicos u ONG. No obstante, el desarrollo de la sociedad digital hizo que el TEDH diera un paso más en el reconocimiento de este derecho a favor de usuarios de redes

¹⁶⁵⁶ En este mismo sentido apunta Cfr. COTINO HUESO, L. “El reconocimiento y contenido internacional...”, cit, p. 289, que “la clave en el futuro será la valoración del interés público (...)”, en casos donde “su acción contribuya sin duda al interés público. Se trata de habituales supuesto en que solicita la información quien no ha obtenido una subvención, un contrato, un empleo o beneficio público y quiere fiscalizar la actuación pública”.

sociales y *bloggers* que igualmente son capaces hoy de ejercer esa función, e incluso esporádicamente lo ha reconocido a favor de sujetos particulares.

Con ello, la tendencia del TEDH habría de consolidarse en este punto definitivamente a favor de una interpretación algo más amplia para que se pase de una perspectiva formalista sobre el rol del solicitante a asumir una posición más sustantiva donde se valore si la persona es capaz o no de contribuir al debate público sobre asuntos e interés general¹⁶⁵⁷. Esta idea parece verse reforzada hoy en la sociedad tecnológica e informativa donde se está poniendo de manifiesto el desdibujamiento de esa frontera entre quién tradicionalmente era un *watchdog* y quién puede serlo hoy. El marco se ve claramente ampliado porque las TIC favorecen el papel *watchdog* poniéndolo también al alcance de particulares, sin necesidad de cumplir un rol formal específico. Esto lleva a que antecedentes como el caso *Guseva*, hasta ahora aislados, donde el TEDH reconoció puntualmente el derecho de acceso a favor de un particular, deban convertirse en la apuesta y tendencia general del TEDH.

Esta visión refuerza el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública a favor de todas las personas. Únicamente con la particularidad de que cuando nos encontremos ante la aplicación del test para determinar la iusfundamentalidad del derecho se valore esa función sustantiva de vigilante público. En definitiva, se trata de la tendencia que, desde mi punto de vista, consolida mejor la vertiente activa de la libertad de información en su modalidad de recepción, favoreciendo la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Esa figura del *watchdog* como sujeto cualificado por su profesión, vinculada de un modo u otro a informar, queda superada si se atiende en realidad a la dimensión de recepción activa.

Finalmente, sobre los elementos que configuran el test de iusfundamentalidad falta mencionar el de que la información esté lista y disponible, siendo un requisito también previsto en la LTAIBG. No obstante, en el ordenamiento interno dicho requisito se ha interpretado como compatible con una acción básica de reelaboración, tendente a hacer disponible la información que no conlleve una carga excesiva a tal efecto. Este matiz sería

¹⁶⁵⁷ Se apunta esta misma idea en PÉREZ CONCHILLO, E., CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso...”, cit., p. 227.

interesante de trasladar a la doctrina del TEDH, para no incurrir en el riesgo de reducción excesiva del derecho¹⁶⁵⁸.

Se concluye, por tanto, defendiendo la tesis de que el derecho de acceso a la información pública del art. 105.b) CE puede configurarse en nuestro ordenamiento como derecho fundamental reconocido a favor de todas las personas, a través de dos vías: 1) la DA1^a para articular y determinar los supuestos de concurrencia con el art. 20.1.d) CE, como base general de iusfundamentalidad del acceso; 2) y, como manifestación del art. 20.1.d) CE en los supuestos en los que se acomode a lo establecido por el TEDH.

Nuestro ordenamiento no puede ser ajeno a la evolución que el derecho ha adquirido gracias a la interpretación conforme al contexto internacional, vía art. 10.2 CE. Y en la práctica dicha opción interpretativa podría ser mejor tratada a través de una reforma de la DA1^a que aclare el caso de concurrencia de la LTAIBG con el régimen cualificado de un derecho fundamental por la eficacia directa que despliega. Esta opción puede articularse a través de la DA1^a entendiendo el régimen constitucional del derecho fundamental a la libertad de información como especial, en concurrencia con la LTAIBG, que debe operar en términos favorables cuando interfiera con aquel. En este sentido, se defiende además que en los casos en los que el acceso a la información sea una manifestación de la libertad de información compartirá con ésta la posición especial preferente que la doctrina constitucional ha elaborado a favor de las libertades comunicativas, por contribuir en su a la formación de la opinión pública en su dimensión objetiva.

Así las cosas, el derecho de acceso asentaría su base constitucional sobre el derecho a la libertad de recibir información, sin perjuicio de otras conexiones concretas con otros derechos fundamentales. Este encaje se ve reforzado por la metodología de trabajo utilizada que no sólo desarrolla el indiscutible valor del derecho en el contexto del constitucionalismo multinivel, sino la relevancia que ha adquirido hasta constituirse en referente del principio democrático el marco informativo global.

¹⁶⁵⁸ En este sentido, expresan PÉREZ CONCHILLO, E., CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso...”, cit., p. 217, que “en relación con el requisito de que la información esté lista y disponible, cabe apuntar que, en ocasiones, puede ser necesaria una reelaboración básica para facilitar el acceso, y la posibilidad de acudir a esta acción también debe ser tenida en cuenta por el TEDH para no restringir el derecho en exceso”.

CONCLUSIONES

1. La presente tesis doctoral tiene como primer objeto de análisis determinar el papel que juega el principio de transparencia en nuestro actual Estado social y democrático de Derecho. Para ello, se parte de la premisa de que la transparencia no ha sido un elemento incorporado tradicionalmente al ordenamiento constitucional. Dicho objetivo está vinculado al esencial y específico en este trabajo, cual es determinar la naturaleza y alcance jurídico constitucional del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento español con el propósito final de responder a una pregunta: ¿Debe ser considerado el derecho de acceso a la información pública un derecho fundamental?

2. Para responder a tales cuestiones deben tenerse en cuenta dos presupuestos teóricos que han marcado el desarrollo de la investigación. Por un lado, la investigación discurre en una lógica multinivel propia del constitucionalismo contemporáneo para estructurar y comprender el estado de la cuestión en los distintos planos constitucionales. Por otro lado, las hipótesis de trabajo principales se han relacionado en la investigación con los desafíos de la sociedad global tecnológica y de la información como contexto en el que afrontar los problemas del constitucionalismo actual.

3. Si partimos de lo dispuesto en la Constitución, la transparencia no aparece mencionada expresamente. La única referencia indirecta se sitúa en el Título IV relativo al “Gobierno y Administración” que, tras sentar los principios de actuación de la administración en el art. 103 CE, reserva al legislador en el art. 105.b) CE la regulación del acceso de la ciudadanía a los “archivos y registros administrativos”.

Esa falta de mención expresa, ligada a la ausencia de una fundamentación constitucional de la transparencia, ha retrasado hasta tiempos recientes la percepción de que era necesario construir una teoría constitucional de la transparencia, como elemento transversal que impregna nuestro sistema de valores, principios y derechos. Sobre su falta de plasmación constitucional debe recordarse: A) Que el Constituyente no pudo tenerla en cuenta porque la dimensión constitucional de la transparencia no ha estado siempre clara, como pone de manifiesto la visión procedimentalista que durante mucho tiempo ha imperado sobre ella; B) Que al tratarse más de una cuestión de tiempo y perspectiva, la falta de reconocimiento expreso no implica que carezca de una clara dimensión constitucional.

4. Para entender la importancia que la transparencia ha adquirido en España debe atenderse a las circunstancias político-sociales tras la crisis económica de 2008 que llevaron a la aparición de movimientos sociales como el 15-M. Estas situaciones impulsaron el debate sobre el necesario desarrollo constitucional de la transparencia.
5. Se ha acelerado la superación de una concepción del poder, en la que la relación entre gobernantes y gobernados ha estado marcada por el hermetismo. Esa visión unidireccional en la relación Estado-ciudadanía ha naturalizado durante mucho tiempo la concepción del poder público como una estructura cerrada en la toma de decisiones. Sin embargo, la transparencia ha permitido recolocar la visibilidad del poder como un elemento democrático estructural en el que la ciudadanía gana protagonismo.
6. No obstante, según los datos reflejados en diversos estudios como el Índice de Percepción de Corrupción, el Barómetro Global de Corrupción, los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, así como en atención a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y el IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024, puede afirmarse que la cultura de la transparencia no ha calado de forma suficiente en la actividad del poder público.
7. La finalidad de la transparencia es esencialmente medial, orientada a favorecer la regeneración institucional y la confianza de la ciudadanía a través de la apertura del poder público. De otro lado, su fundamento constitucional parte del presupuesto de que el poder público debe ser visible y, por tanto, se basa en la regla general de que la información en poder del Estado sea de conocimiento público, salvo que haya causa legal que excepcionalmente habilite al secreto.
8. Los elementos que configuran la transparencia se vinculan a la publicidad, pero no sólo. La transparencia precisa también que la difusión de la información se lleve a cabo con criterios de calidad para hacerla aprehensible a la ciudadanía.
9. La publicidad ha sido el elemento más comúnmente asociado a la transparencia, siendo un aspecto claramente definitorio de aquella. La publicidad se desdobra en un deber de la administración consistente en hacer disponible la información de *motu proprio* (publicidad activa) y en un derecho subjetivo a acceder a la información en poder del Estado (publicidad pasiva).

Se ha advertido cierta confusión entre transparencia y publicidad al tratarse en ocasiones como sinónimos. De hecho, es común la referencia al término transparencia activa/publicidad activa y transparencia pasiva/publicidad pasiva como indistintos. Existe, en este sentido, un riesgo de trivialización y reduccionismo de la transparencia pues la simple disponibilidad de la información pública no conlleva la transparencia. Mientras que la publicidad se vería satisfecha con la disponibilidad formal de la información, la transparencia se refiere en términos sustantivos a la accesibilidad de la misma. Se concluye así que: A) La publicidad es parte de la transparencia pero por sí sola no la garantiza; B) Mucha publicidad no significa más o mejor transparencia porque no cualquier tipo de publicidad coadyuva a tener un sistema más transparente.

Si la transparencia se basa en la bidireccionalidad entre el poder público y la ciudadanía dando protagonismo a ésta última, no parece adecuada la terminología utilizada en la LTAIBG. ¿Por qué equiparar la “publicidad activa” al deber de los sujetos obligados de hacer disponible la información cuando el derecho de acceso a la información pública también contempla una vertiente claramente activa a favor de la ciudadanía? No se comparte la opción del legislador de conceptualizar la vertiente activa de la publicidad atendiendo a los sujetos obligados y no a la ciudadanía, ya que no se corresponde a la iniciativa (activa) que ésta lleva a cabo cuando ejerce su derecho. Dicha opción no parece adecuada con el espíritu y finalidad de la ley. La construcción teórica de tales presupuestos exige la mayor precisión de técnica jurídica para alcanzar el objetivo democrático de la transparencia. Por ello, se proponen como alternativas más acertadas terminológicamente: a) el término de “publicidad institucional” en alusión al deber de la administración de publicar la información; b) el de “publicidad participativa” para aludir al derecho público subjetivo de la ciudadanía de acceder a la información pública.

10. La publicidad deberá acompañarse de la suficiente claridad y simplicidad para permitir la participación efectiva de la ciudadanía. Tales requisitos de la información son un elemento agregado para no reducir la transparencia a mera publicidad. La transparencia requiere un plus para que la información se haga accesible no sólo en términos formales de disponibilidad, sino desde una perspectiva finalista que garantice el conocimiento como presupuesto previo de la efectiva participación.

11. La transparencia entendida como la puesta a disposición de la información pública de calidad a la ciudadanía, ya sea en cumplimiento de las obligaciones de difusión de la

información por parte del poder público o del ejercicio del derecho de acceso, tiene dos consecuencias democráticas: la participación efectiva y la seguridad jurídica.

La transparencia opera como *prius* de la participación efectiva ya que parte del presupuesto de que la información genera conocimiento, como base ineludible de la formación de la opinión pública, siendo ésta esencial para participar de manera efectiva en los asuntos públicos. Además, la realidad del fenómeno participativo se ha visto superado por la concepción restrictiva del art. 23 de la Constitución. En la actualidad, la democracia representativa requiere de una mayor presencia de la ciudadanía en los asuntos públicos y, en este sentido, la mejora de los mecanismos participativos otorga un papel relevante a la transparencia y al acceso a la información pública.

Por otro lado, la transparencia permite motivar y justificar la racionalidad de la actuación del poder público en base a criterios de certeza y seguridad jurídica. Ello permite corroborar la sujeción del poder público a las prescripciones del Estado de Derecho.

12. La transparencia no está exenta de posibles riesgos y dificultades. El contexto de crisis en el que se ubica su expansión en el debate público le confirió en cierto modo una connotación de “moda” e, incluso, de herramienta molesta o vengativa frente al poder que desvirtúa su significado. A su vez, el contexto tecnológico también tiene un anverso de riesgos para la transparencia al facilitar la difusión masiva de información y, con ello, el riesgo de manipulación informativa. El fenómeno de la sobreinformación puede llevar a la desinformación, convirtiendo entonces la transparencia en una nueva vía de ocultismo. También se ha atribuido a la transparencia un riesgo de dificultar la toma de decisiones por sobreexposición de la vida pública, pudiendo llegar a bloquear la eficacia en la adopción de decisiones.

13. El encaje constitucional de la transparencia ha generado discrepancia en la doctrina, con el art. 105 CE en el centro del debate. En efecto, el art. 105.b) CE ha sido la base constitucional sobre la que se ha desarrollado el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en la LTAIBG. No obstante, aunque es un precepto importante no resulta suficiente para entender el encaje constitucional de la transparencia y el acceso a la información pública. El art. 105.b) CE no refleja adecuadamente la relevancia democrática de la transparencia y las garantías que requeriría, teniendo en cuenta su ubicación sistemática, ambigüedad, falta de mención expresa en la materia y

carencias de las que adolece el precepto al referirse muy limitadamente a los archivos y registros administrativos.

Además, las posibilidades que brinda el art. 105 CE son más limitadas que el desarrollo legal efectuado a sus expensas en la LTAIBG, generándose con ello confusión. Así puede verse a tenor de:

A) Los sujetos obligados. El ámbito subjetivo de aplicación del art. 105. b) CE, dedicado al “Gobierno y a la Administración” es más limitado que el elenco de sujetos obligados presentado por la LTAIBG.

B) Los sujetos beneficiarios del derecho. Parece que al igual que el art. 105.a) y c) CE exigen la condición de interesado al vincularse al procedimiento administrativo, dicho requisito pudiera extrapolarse al apartado b). Sin embargo, la LTAIBG no exige dicha condición al haberse reconocido como un derecho a favor de todas las personas en la lógica aperturista y pro acceso que ha de imperar.

C) El ámbito objetivo. La Constitución se refiere más limitadamente a los “archivos y registros administrativos” como objeto, cuando la LTAIBG desarrolla más ampliamente el derecho de acceso a la “información pública”.

Del estado de la cuestión sobre el encaje constitucional de la transparencia cabe señalar que el resultado al que lleva la LTAIBG excede del marco constitucional del art. 105. b) CE y que, por tanto, la opción del legislador de anclar la ley exclusivamente en dicho precepto no es adecuada siquiera a partir de su propia actuación.

14. Al ser la Constitución un sistema dotado de unidad y sistematicidad, debe hacerse una valoración conjunta del art. 105.b) CE, como base constitucional primera de la transparencia, que necesariamente debe complementarse con el apoyo de los arts. 1, 9, 18, 20, 23, 24, 103 y 106 CE. El nexo con los arts. 1.1, 9.2 y 9.3 CE deriva de su conexión con la definición del Estado social y democrático de Derecho y con el imperativo vinculante para los poderes públicos de facilitar la participación ciudadana. También se vincula con los derechos fundamentales de los arts. 18.4, 20.1.d), 23 y 24 CE, al constituirse en determinados supuestos en *prius* para su efectiva realización. No obstante, se resalta la relación que guarda especialmente con el art. 20.1.d) CE para garantizar la libre formación de la opinión pública y el pluralismo. También se relaciona con los principios de funcionamiento de la administración, arts. 103 y 106 CE.

15. La falta de consenso sobre la naturaleza jurídica de la transparencia ha dado lugar a su diversa consideración doctrinal como: A) Derecho de nueva generación; B) Valor constitucional; C) Principio constitucional que ha de regir la actuación del poder público. En línea con la propia LTAIBG, así como con la jurisprudencia analizada, se defiende la naturaleza jurídica de la transparencia como un principio constitucional. No se trata de un derecho porque la transparencia no contiene por sí misma una pretensión subjetiva, sino un modo de actuación del poder público. Otra cosa es que uno de los elementos concretos que la configuran (el acceso a la información pública) sí contenga una pretensión subjetiva ejercitable frente al poder. Tampoco se defiende su naturaleza de valor porque su eficacia no es sólo interpretativa, como corresponde a los fines éticos que configuran el contenido axiológico de la Constitución. Se defiende su naturaleza jurídica de principio constitucional que informa la actuación de los poderes públicos y que, a modo de mandato de optimización, vincula su actuación para garantizar el conocimiento y la participación de la ciudadanía. El principio de transparencia despliega una proyección normativa a través de la LTAIBG, capaz de generar concretas reglas jurídicas expresadas en obligaciones de difusión de información y pretensiones subjetivas a favor de las personas para acceder a la información pública.

16. Se defiende que la transparencia es un pilar definitorio del principio democrático en el marco del actual Estado social y democrático de Derecho. Para reflejar la vinculación entre transparencia y democracia debe subrayarse previamente que la canalización del conflicto es un rasgo característico del constitucionalismo democrático, a efectos de garantizar la articulación del pluralismo. No obstante, en la actualidad los déficits de legitimidad democrática experimentados se explican en buena parte: A) Por la banalización del conflicto social y la escasa influencia otorgada a la ciudadanía en la toma de decisiones cuando subyace la confrontación entre mayorías y minorías, fruto de la articulación del pluralismo; B) Por una cierta inercia del poder a mantenerse oculto y ajeno al escrutinio.

La transparencia permite reequilibrar esa relación poder-control de pesos y contrapesos. En la actualidad, cabe defender que la transparencia es un pilar esencial para configurar el significado del principio democrático en base a una serie de factores endógenos y exógenos analizados en la investigación.

17. Con los factores endógenos analizados se ha tratado de evidenciar que el modelo de democracia representativa, basado en una legitimidad de origen y de ejercicio, no puede

sustentarse sin ésta última. El mantenimiento de la legitimidad democrática en el ejercicio del poder es un aspecto clave que reclama en la actualidad una mejora de los mecanismos participativos de la ciudadanía. Ahí, la transparencia mejora la calidad democrática al reforzar la bidireccionalidad entre gobernantes y gobernados.

Por otro lado, con los factores endógenos derivados analizados se ha tratado de mostrar el vínculo entre transparencia y democracia a partir de la evolución del principio democrático. Se han identificado tres fases que discurren en distintos momentos:

A) La primera antecede a las constituciones normativas y se rige por un sentido formalista de democracia que niega el conflicto social, al igualar los intereses generales con los intereses de la mayoría política, reduciendo al pueblo a una unidad homogénea.

B) La segunda tiene lugar en el marco de las constituciones normativas, tras la segunda guerra mundial. A partir de entonces se toma conciencia de esa preterición de las minorías, dando lugar a una evolución integracionista del contenido del principio democrático. Así, el principio democrático estará fundamentado en un proceso de control del poder a través del reconocimiento del conflicto social y del pluralismo. La democracia se entiende ahora como la expresión de los intereses de la mayoría pero con respeto a los derechos de la minoría política, al no reducir el pueblo a una uniformidad.

C) En la actualidad se aprecia nuevamente un proceso constructivista del principio democrático (tercera fase), en el que la transparencia se sitúa como elemento clave definitorio para responder a los desafíos de la sociedad global de la información. Esto lleva a que se defienda la conceptualización de la democracia como el control del poder a través de las decisiones de la mayoría con respeto a las minorías pero subrayando la necesidad de que el poder público actúe con transparencia en el marco de la sociedad de la información. Este añadido resulta esencial para garantizar el conocimiento y la conformación de la opinión pública en un contexto global que está generando regresiones en la democracia pluralista como consecuencia la desinformación.

18. Con los factores exógenos se han destacado una serie de elementos que, siendo circunstanciales o externos a la democracia, refuerzan su vínculo con la transparencia. En este sentido, se ha destacado tanto el contexto de la sociedad digital y de la información como la debilidad del contexto político. En particular, el escenario tecnológico e informativo pone en evidencia:

A) Que ya no sólo los profesionales de la información son los que la comunican, sino que cada vez más el ciudadano adquiere un rol activo en la búsqueda de la información e, incluso, la comunica. Esto encaja en la dimensión de la transparencia como derecho subjetivo a acceder a la información pública.

B) Que la sociedad tecnológica de la información, unida al contexto global está despersonalizando la información como un elemento tradicionalmente en poder del Estado y regido por reglas democráticas. La información cada vez más escapa a la capacidad de control del Estado, dando el salto en forma de datos económicamente cuantificables al contexto global. En este escenario difuso, la visibilidad de la transparencia como elemento esencial del principio democrático es clave para contrarrestar desequilibrios que actualmente están dándose en el plano comunicativo, con una preocupante capacidad lesiva para las democracias contemporáneas.

19. Desde la perspectiva de la organización territorial del poder, la transparencia tampoco ha sido ajena a la realidad del Estado autonómico. La referencia estatutaria es importante para atestiguar la dimensión constitucional en la materia. De ahí que se hayan analizado los EEAA de segunda generación que son los que contienen declaraciones de derechos y menciones específicas en lo que interesa.

Los EEAA de nueva generación no han asumido competencias específicas en materia de transparencia, quedando dicha competencia circunscrita a la distribución de las bases-desarrollo, *ex art. 149.1.18ª CE*. A partir del análisis de los EEAA de segunda generación se ha observado que: A) Hay Estatutos que incorporan como derecho estatutario el acceso, con diversa nomenclatura, a los archivos y registros administrativos, a los documentos o a la información pública, en el marco de la buena administración; B) Hay Estatutos que de forma específica y expresa contemplan el principio de transparencia como un principio general de actuación de la administración.

20. Al efectuar una referencia comparada a las regulaciones del derecho de acceso a la información pública en los países europeos, resulta que:

A) Hay países que recogen en sus respectivas Constituciones el derecho de acceso a la información pública al máximo nivel como derecho fundamental. Es el caso de Suecia, Noruega, Hungría, Grecia, Portugal, Bélgica, Finlandia, Croacia, Bulgaria, Eslovenia, Rumania, Eslovaquia, Letonia, Lituania, República Checa, Polonia, Bélgica y Finlandia. En ocasiones se iusfundamentaliza, vinculado a la libertad de expresión e información y,

en otras, se reconoce como derecho autónomo, normalmente en el marco de los derechos de participación política. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha iusfundamentalidad no se traduce en todos los casos en un régimen especial de garantías, habiendo Constituciones que consagran los derechos sin categorizarlos.

B) Hay países que, mencionándolo o no expresamente en sus Constituciones, lo protegen como derecho de configuración legal. Son Austria, Países Bajos, Irlanda, Italia, Alemania y Dinamarca. Francia estaría en un punto intermedio pues, aunque lo reconoce legalmente y no expresamente en la Constitución, el Consejo de Estado ha interpretado el derecho de acceso como garantía fundamental para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

21. En relación a la pregunta de en qué medida se ve reflejada *de lege lata* la dimensión constitucional de la transparencia en la vigente LTAIBG, cabría destacar que parece existir un claro desfase entre la dimensión teórico constitucional de la transparencia y el lugar que el Derecho positivo le ha reservado hasta ahora. La LTAIBG aprobada en 2013 tuvo una buena acogida doctrinal en España, por varias razones: A) El contexto político social demandaba una ley de este tipo; B) No existía previamente en el ordenamiento español una ley específica dedicada transversalmente a la transparencia y al acceso a la información; C) La normativa existente hasta entonces era sectorial y la que resultaba aplicable con carácter general, esto es, la LRJAPPAC de 1992 era defectuosa e insuficiente; D) España era de los pocos países europeos que no tenía una regulación específica, incumpliendo a los estándares internacionales.

A la cuestión de si la LTAIBG debió tramitarse como ley orgánica, por ser el derecho de acceso a la información pública un derecho fundamental, o una ley ordinaria al tratarse de un derecho de configuración legal se le dio la respuesta más formalista. La ley se aprueba como una norma de rango legal ordinario, de carácter básico en la mayoría de sus preceptos, anclada en el art. 105.b) CE.

22. Al aprobarse como una ley ordinaria de carácter básico, dictada al amparo del art.149.1.1ª, 149.1.13ª, 149.1.18ª CE, entra en juego la distribución competencial bases-desarrollo. La LTAIBG se configura como la normativa básica, transversal y de mínimos que resulta aplicable con carácter general, sin perjuicio de la respectiva normativa de desarrollo aprobada en el ámbito autonómico. Ello habrá de conciliarse además con la

capacidad de las entidades locales de aprobar normas en ejercicio de su capacidad de autogobierno.

23. A partir del análisis de la LTAIBG cabe efectuar una serie de consideraciones que resultan especialmente destacables: A) El elenco de sujetos obligados por la ley se prevé de mayor a menor grado de vinculación a las prescripciones de la ley. Se valora positivamente la inclusión de sujetos no sólo públicos sino también privados que perciben dinero público. Por el contrario, hay aspectos cuestionables como: la falta de mención expresa al Gobierno –si bien ha de entenderse incluido entre los sujetos obligados–, la imprecisión terminológica de “las actividades sujetas a Derecho Administrativo” del art. 2.1.f) LTAIBG o la limitada sujeción que se establece para los sujetos del art. 4 LTAIBG “previo requerimiento” de las administraciones a las que quedan vinculadas; B) Aunque resulta positiva la configuración abierta y amplia con que se consagra el derecho de acceso a la información reconocido a favor de todas las personas, sin necesidad de acreditar un interés legítimo ni motivar los fines de la solicitud, se configura como derecho de carácter legal, no siéndole en principio aplicables las garantías normativas y jurisdiccionales propias de los derechos fundamentales *ex art. 53.1 y 2 CE*; C) El objeto del derecho que regula la LTAIBG ha de valorarse positivamente, en la medida que rompe con el más limitado acceso a los registros y documentos administrativos previamente regulado, en favor de una concepción más abierta y *pro libertate* de la información pública, alineada con las posibilidades que brinda Internet.

24. En el análisis de la LTAIBG se observan como elementos cuestionables: A) Un carácter excesivamente abierto de algunos de los límites legales, así como una excesiva amplitud y ambigüedad de algunas de las causas de inadmisión, que deben tratarse con cautela y restrictivamente; B) La imposición de un doble silencio administrativo negativo a la solicitud y a la posterior reclamación para la efectividad del derecho; C) La inexistencia de un auténtico régimen sancionador del que se derive una potestad coercitiva a favor de los Consejos de Transparencia para reforzar su posición de garantes de la transparencia y del derecho de acceso. Esa ausencia debilita el apego por el cumplimiento teniendo en cuenta, además, que no existe un régimen claro de infracciones y sanciones en caso de incumplimiento; D) La existencia de criterios interpretativos distintos por parte de los Consejos de transparencia, advirtiéndose una posible afección al ejercicio del derecho según el ámbito territorial (tal sería el caso de la interpretación sobre la DA1ª LTAIBG). No obstante, corresponde a la política territorial de que se trate

velar por la adopción de interpretaciones que resulten beneficiosas y garantistas con el derecho de acceso, en línea con el principio pro acceso y *pro libertate* que debe imperar; E) El problema derivado de la disparidad de criterios interpretativos que ha generado la problemática DA1^a de la LTAIBG, por la facilidad de desplazamiento de la LTAIBG que genera su interpretación restrictiva. Con ello resulta paradójico que habiéndose aprobado la LTAIBG transversalmente como norma de mínimos, para garantizar una serie de condiciones básicas a favor de toda la ciudadanía, pueda ceder ante cualquier régimen especial. Dicha DA1^a debería modificarse aclarando las controversias que sobre ella se han apuntado en la investigación; F) El nombramiento del Presidente del CTBG a propuesta del Gobierno, aunque ésta se ratifique por el Congreso. En este sentido, sería conveniente reforzar en lo posible la independencia del Presidente del CTBG, al ser el Gobierno uno de los sujetos controlados por la LTAIBG.

25. Una vez analizada la falta de adecuación en el encaje constitucional de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública se procede, en concreto, al estudio de este último, en el marco del constitucionalismo multinivel y de diálogo entre tribunales. Se atiende al contexto multinivel y a los estándares internacionales sentados en materia de acceso a la información pública para extrapolar las consecuencias de dicho análisis en el ámbito interno español. Evidentemente, las aportaciones normativas y jurisprudenciales en los distintos planos, global de la ONU, así como en el marco regional europeo –tanto en el espacio del Consejo de Europa como de la Unión Europea– constituyen, *ex art. 10.2 CE*, canon interpretativo de los derechos fundamentales consagrados en ella.

Las construcciones del derecho de acceso a la información pública elaboradas por los tribunales internacionales adquieren especial relevancia en virtud de la potencialidad interpretativa evolutiva que brinda el art. 10.2 CE. No obstante, se parte de las limitaciones con las que el TC ha operado al respecto, al no considerar los tratados sobre derechos humanos como canon autónomo de validez de las normas internas sobre derechos y, por ende, no atribuir al art. 10.2 CE la capacidad para crear nuevos derechos que no estén previamente consagrados en la Constitución. En cualquier caso, ello no impide aceptar que el precepto permite dinamizar y actualizar el contenido de derechos fundamentales contemplados en la Constitución en virtud del principio *favor libertatis*. Así, del estudio multinivel del derecho de acceso a la información se extraen importantes conclusiones sobre su alcance y configuración.

26. El marco global de la ONU constituye un referente de partida pues tanto el art. 19 DUDH como el art. 19 PIDCP contemplan la dimensión de “búsqueda” y “recepción” de la información en el marco de la libertad de expresión e información. Además, de la actuación del CDH y de los informes adoptados especialmente por la Relatoría Especial para la protección y promoción de las libertades de opinión y expresión, se deriva que el acceso a la información pública encaja en la referida dimensión de búsqueda y recepción de la información. Dicha Relatoría especial, junto a la de la OSCE y la OEA, han subrayado conjuntamente su carácter de derecho humano y de exigencia democrática para la fiscalización del poder público. Asimismo, se ha corroborado esta configuración en el espacio regional latinoamericano. Este espacio regional ha sido especialmente relevante en el ámbito interpretativo, ya que la CIDH interpretó en el conocido caso *Claude Reyes y otros c. Chile*, de 6 de junio de 2006, que el derecho de acceso a la información pública queda amparado en la expresión contenida en el art. 13 CADH relativa a “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas”.

27. En el marco del Consejo de Europa resulta especialmente reseñable el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, como instrumento jurídico vinculante que ha entrado en vigor en 2020 y que España ha firmado en 2021. Dicho Convenio consagra ampliamente el derecho de acceso a los documentos públicos a favor de cualquier persona, sin discriminación de ningún tipo, no teniendo que aportarse razones por las que se efectúa la solicitud. Ahora bien, como instrumento jurídico por excelencia en la protección de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa debe estarse a lo dispuesto en el art. 10 CEDH. Este precepto reconoce la “libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”. No se refiere expresamente al acceso a la información, sin embargo, dicha dimensión ha encontrado amparo en el marco de las libertades comunicativas gracias a la labor pretoriana del TEDH.

28. La posición del TEDH ha tenido un proceso evolutivo en torno a la cuestión de si el derecho de acceso a la información pública puede enmarcarse como manifestación de la libertad de recibir información. En el estudio de la jurisprudencia del TEDH se han identificado tres etapas al respecto:

A) En la etapa inicial, el TEDH no ampara el derecho de acceso como manifestación del art. 10 CEDH. El TEDH elude más bien pronunciarse, reconduciendo gran parte de los casos analizados a la posible vulneración de la vida privada y familiar del art. 8 CEDH.

B) En una etapa intermedia se observa una interpretación aún cautelosa sobre si el derecho de acceso a la información debía o no quedar protegido por el art. 10 CEDH. Concretamente, en el asunto *Sdruženi* de 2006, el TEDH señaló que del CEDH no puede derivarse un derecho general de acceso a los datos y documentos. No obstante, en 2009 se advierte, a propósito de los casos *Társaság* y *Kenedi*, su avance hacia una interpretación evolutiva sobre la libertad de información, amparando en ella el acceso a la información pública. Se identifican así nuevos matices en la jurisprudencia del Tribunal que, atendiendo al interés público de los asuntos planteados, extiende la labor de *watchdog* típicamente propia de los profesionales de la comunicación a favor de ONG, investigadores académicos o autores sobre cuestiones de interés público. Incluso existe algún antecedente a favor de particulares.

C) Finalmente, se identifica una tercera etapa en la jurisprudencia del TEDH, marcada por la paradigmática STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar* dictada en 2016.

29. En este importante asunto el TEDH: A) Construye su doctrina sobre la iusfundamentalidad del acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información del art. 10 CEDH en base a un test de iusfundamentalidad. Dicho test se configura por cuatro elementos: finalidad de la solicitud, interés público de la misma, rol del solicitante y que la información esté lista y disponible. De este modo, si se superan los cuatro elementos, el acceso a la información pasa a formar parte de la libertad de información y, por tanto, queda amparado en el art. 10 CEDH; B) Extiende el rol de *watchdog* no sólo a favor de los sujetos típicamente reconocidos hasta entonces, sino también de *bloggers* y usuarios populares de redes sociales.

En casos posteriores, el TEDH ha aplicado el test de iusfundamentalidad ratificando el estándar de protección del derecho de acceso a la información elaborado en el caso *Magyar*. Incluso, ha llegado a verse determinado por el test de iusfundamentalidad aplicando de forma estricta el requisito de la finalidad de la solicitud.

30. El TEDH ha dado un paso esencial en la interpretación de las libertades comunicativas en lo que al derecho de acceso se refiere. No obstante se advierte que, en cierto modo, la configuración del test de iusfundamentalidad ha quedado parametrada a propósito del caso *Magyar* por la doctrina aplicable a la libertad de información. De ahí que hay algunos elementos del test que puedan cuestionarse por haber quedado, de algún modo, constreñidos en exceso. En este sentido se advierte: A) La necesidad de tratar con cautela

la motivación de la solicitud si ésta se entiende como *conditio sine qua non* para entender satisfecho el requisito de la finalidad del test; B) Aunque parte de la doctrina ha criticado el requisito de la finalidad del test, por no atender a la tendencia normativa internacional y española de no exigir motivación para el acceso, se considera que puede resultar lógica en el debate sobre la iusfundamentalización del derecho; C) Sí se considera cuestionable, por otro lado, la conformación formalista del rol de *watchdog* que elabora el TEDH a propósito del test de iusfundamentalidad. Es posible plantear que, dada la velocidad con la que avanza la sociedad de la información, esa posición no quede constreñida a favor de sujetos cualificados por razón de la función que desempeñan, sino que atienda a un criterio sustantivo extendiéndose a todas las personas en la medida en que el asunto contribuya al debate público y se supere el test; D) Debe tratarse cautelosamente el requisito de que la información esté lista y disponible para que no se convierta en una formalidad a través de la cual pueda evadirse la rendición de cuentas y la puesta a disposición de la información. Sería conforme al derecho de acceso en el marco del art. 10 CEDH una acción de reelaboración básica dirigida a hacer disponible la información, sin entender que la información no está lista y disponible.

31. En la UE el acceso a la información pública es un mecanismo estratégico para la salvaguarda y refuerzo de la democracia y el Estado de Derecho. En el marco del Derecho originario destaca especialmente el Tratado de Lisboa con el que el derecho de acceso a los documentos públicos del Parlamento, el Consejo y la Comisión (que reconocía el antiguo art. 255 TCE) pasa a consagrarse en el art. 15.3 TFUE a favor de los “documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión”. Indudablemente, la CDFUE adquiere un valor añadido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, al tener fuerza jurídica vinculante. Con ello, el art. 42 CDFUE que se ve ampliado por el referido art. 15.3 TFUE, consagra el derecho de la ciudadanía europea a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Dicho precepto adquiere una posición esencial en el plano europeo al consagrar un auténtico derecho subjetivo exigible y ejercitable en los ordenamientos de los Estados parte, siempre que resulte de aplicación el Derecho de la UE, en virtud del art. 51.1 CDFUE.

En el marco del Derecho derivado destaca significativamente el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, sobre acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Aunque hubiera sido preferible que la alusión en el marco europeo al acceso hubiera sido en favor de la “información” en lugar de los

“documentos”, el Reglamento deja claro que el sentido ha de ser el mismo al referirse al “contenido, sea cual fuere su soporte”.

32. El derecho se consagra de forma distinta en el ámbito del Consejo de Europa y de la UE. Mientras que en el ámbito del Consejo de Europa la labor pretoriana del TEDH ha sido fundamental para construir interpretativamente la iusfundamentalidad del derecho de acceso sobre la base de la libertad de información del art. 10 CEDH (que no hace mención expresa al acceso), en la UE no sucede lo mismo. El derecho de acceso a los documentos de la UE se reconoce expresamente en el art. 42 CDFUE como un derecho autónomo, desligado de la libertad de expresión e información, art. 11 CDFUE, vinculado al estatus de la ciudadanía europea.

33. De la jurisprudencia dictada por el TJUE puede concluirse que: A) El derecho de acceso a los documentos favorece el principio de legitimidad democrática; B) Existe un principio general favorable al mayor acceso posible del público a los documentos de la UE favorable a su apertura y proximidad con la ciudadanía; C) Las excepciones por las que puede denegarse el acceso contempladas en el art. 4 Reglamento 1049/2001 UE deben interpretarse de forma estricta y restrictiva, sin que sea suficiente la emisión de juicios hipotéticos sobre la producción de un daño potencial para justificar la denegación; D) el objetivo del Reglamento 1049/2001 no es satisfacer intereses particulares de los solicitantes de información, pues, aunque exista un interés de este tipo, no es incompatible con la existencia de un interés superior y general que justifique la divulgación.

34. Una vez advertida la configuración multinivel del derecho de acceso a la información, el análisis se centra en el debate de la naturaleza jurídica del derecho en el ordenamiento constitucional español. Para ello se parte necesariamente de la relación de complementariedad que conecta el derecho de acceso a la información pública (*ex art. 105.b) CE* con la libertad de información garantizada en el art. 20.1.d) CE.

35. El desarrollo de la sociedad tecnológica y de la información está reflejando un desajuste en algunas de las premisas básicas y dogmáticas clásicas sobre las que se ha construido la libertad de información, abriéndose el debate sobre la necesaria actualización de este derecho fundamental. En este sentido, la veracidad junto al interés público de la información son requisitos para proteger la información al amparo del art. 20 CE. Concretamente, el requisito de la veracidad ha generado dudas incluso acerca de la titularidad de la libertad de comunicar la información. Pues, aun siendo una libertad

reconocida genéricamente, el requisito de la veracidad junto a las garantías de la cláusula de conciencia y el secreto profesional (también contempladas en el art. 20.1.d) CE) han condicionado en cierta medida su visión, vinculándola especialmente a favor de los profesionales de la información.

36. Esa concepción lleva a que se otorgue el rol activo de la comunicación especialmente a favor de los profesionales informativos, que son los que tradicionalmente han accedido a las fuentes de información para comunicar las noticias, relegando al ciudadano a una mera posición pasiva que encaja con la visión clásica de la libertad de recibir la información. Se posiciona entonces al ciudadano como un “receptor-consumidor” de la noticia producida por el profesional de la información.

37. No obstante, el paradigma tecnológico en que hoy se ejercen tales libertades es totalmente distinto al que les ha sido propio en el contexto analógico. Cabe destacar que: A) Concurren nuevas pautas de comportamiento social que han sido potenciadas por las redes sociales como principales cauces de la comunicación; B) En la actualidad se han incrementado fenómenos como la desinformación, el control de contenido o censura a través de Internet o la manipulación informativa, entre otros, que reflejan desequilibrios informativos y dificultan el requisito de la veracidad de la información; C) El medio por el que se emite la información ha dejado de monopolizarse por la prensa, radio y televisión, para discurrir en buena parte a través de redes sociales y medios digitales; D) Los sujetos activos y pasivos de la información han cambiado, los profesionales de la información ya no son los únicos protagonistas activos para su transmisión. Por un lado, las plataformas digitales han desplazado en gran medida el debate público a las redes sociales y, por otro, la ciudadanía ya no se identifica como mero sujeto pasivo receptor de la información. Las personas, individualmente, pueden ser también *social watchdog* para difundir información o bien para reclamarla desde una posición receptora actualizada; E) Se están difuminando las fronteras entre el espacio público y privado como consecuencia de que, paradójicamente, gran parte del debate público hoy se lleva a cabo en espacios eminentemente privados, a través de las plataformas digitales como nuevos foros abiertos a la ciudadanía para el ejercicio de sus derechos.

38. En la interpretación del art. 20.1.d) CE efectuada por la doctrina constitucional impera una perspectiva abstencionista. La libertad de recibir información sólo alcanza al derecho a acceder a la información que ya está difundida, sin que el Estado pueda obstaculizarla, pero no impone un deber al Estado de convertirse en fuente de información a favor de

quien demanda una determinada información. ¿Cabe exigir una facultad activa a través del acceso a la información pública de la ciudadanía encuadrada en la libertad de información?

39. La respuesta debe ser positiva. Visto el protagonismo que tradicionalmente se ha otorgado a la libertad de comunicar información, se advierte una importante necesidad de revisar la libertad de recibir información. Hoy no basta con la mera posición pasiva de la ciudadanía, más propia del contexto analógico. En la actualidad debe tener cabida la ciudadanía informante y, para ello, se requiere dar un paso más en la interpretación evolutiva de la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE. Con ello, sería posible contemplar una dimensión activa de búsqueda de la información, alineada con el art. 19 DUDH y la jurisprudencia evolutiva del TEDH. De esta forma, se protegería el acceso a la información pública como manifestación del art. 20.1.d), de conformidad con el principio de transparencia y el principio democrático.

40. A través de la identificación de la dimensión subjetiva y objetiva institucional del derecho de acceso a la información pública se aprecia su relación de complementariedad con el art. 20.1.d) CE. En especial, se advierte a través de la dimensión objetiva institucional del derecho, ya que ésta pone el acento en su posición de garante y *prius* respecto de la formación de una opinión pública libre e informada. El acceso a la información comparte esta dimensión con la garantía institucional del art. 20 CE e, incluso, la posición preferente que por esa misma finalidad democratizadora subyace en aquel. La particularidad en este caso es que la referencia al término “cualquier medio de difusión” al que apela el art. 20.1.d) CE sería el Estado como fuente de la información a la que se refiere el art. 105.b) CE.

41. La consecuencia derivada de la regulación del derecho de acceso a la información pública en la LTAIBG *ex* art. 105. b) CE es la limitación que emana de su configuración como derecho legal en lo que a su régimen de garantías constitucionales se refiere. Es decir, le quedan vedadas las garantías normativas y jurisdiccionales propias de los derechos fundamentales, art. 53.1 y 53.2 CE. El legislador podría haber otorgado al derecho de acceso a la información pública una mayor garantía constitucional, vinculándolo a las libertades informativas del art. 20 CE.

42. Las posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública han sido discrepantes. Se han identificado tres: A) Posición

negacionista. Esta doctrina considera que el derecho de acceso a la información pública no es un derecho fundamental, sino de configuración legal. Para ello, estos autores se centran en criterios de ubicación sistemática del art. 105 CE, junto con algunos otros matices. Aunque aceptan la relación del derecho de acceso con algunos derechos fundamentales, no entienden que esa instrumentalidad le transfiera dicha naturaleza jurídica; B) Posición intermedia. Este sector doctrinal parte de la regla general de que el derecho de acceso es un derecho de configuración legal que, en determinados casos (generalmente vinculados con el sujeto que ejerce el derecho) puede adquirir la naturaleza iusfundamental; C) Posición iusfundamentalista. Este sector doctrinal se separa de la configuración legal con la que se ha desarrollado el derecho defendiendo que es un derecho fundamental. No consideran incompatible que el derecho esté regulado *ex art.* 105 CE y, a su vez, sea parte esencial del contenido de la libertad de información del art. 20.1.d) CE, en conexión con la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional (art. 10.2 CE).

43. La posición sostenida por el TS y por el TC coinciden en: A) No haberse pronunciado expresamente sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información; B) Mantenerse al margen del desarrollo internacional en la materia. El TS se ha referido al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos contemplado en la Constitución como un derecho no fundamental aunque, eso sí, relacionado con otros derechos fundamentales (arts. 23, 20.1.d) y 24 CE). Su posición coincide con la postura doctrinal negacionista, al subrayar que el derecho previsto en el art. 105 CE no es susceptible de amparo constitucional. No obstante, reconoce su vinculación con el principio democrático y con el Estado de Derecho, así como con el principio de transparencia. La postura del TS resulta confusa en cuanto a la vinculación entre el acceso a la información pública y el art. 20 CE. Por un lado, ha reconocido dicha vinculación entendiendo que las normas constitucionales no pueden interpretarse de forma aislada. Por otro, ha concluido que la denegación del acceso no afecta a la libertad de información, sin profundizar al respecto. No obstante, se valora positivamente que, tras la entrada en vigor de la LTAIBG, los pronunciamientos del TS hayan mostrado una línea más expansiva en la interpretación del derecho. Eso sí, sobre la base del carácter legal con el que se ha configurado el derecho, sin profundizar al respecto.

44. La escasez de pronunciamientos del TC sobre el derecho de acceso a la información pública es consecuencia lógica de la forma en que se ha configurado el derecho hasta la

actualidad. Al regularse como un derecho de configuración legal se excluye, en gran medida, la posibilidad de llegar al TC para formular y/o admitir recursos de amparo sobre el derecho de acceso. Los precedentes existentes ratifican que el TC ha resuelto la cuestión sobre la naturaleza del derecho argumentando la obviedad de que el art. 105 CE es inadecuado para fundamentar una petición de amparo constitucional, por no consagrar un derecho garantizado en el art. 53.2 CE. Tras la entrada en vigor de la LTAIBG tampoco ha habido por el momento un pronunciamiento concluyente del TC sobre esta cuestión.

45. De la jurisprudencia del TC también pueden extraerse una serie de conclusiones importantes en relación al art. 10.2 CE, dado que resulta clave para la adecuada interpretación del derecho de acceso a la información pública en el contexto multinivel y, en particular, en atención a la interpretación evolutiva de la que ha sido objeto gracias al TEDH.

Es cuestionable que el TC aún no haya desarrollado una interpretación evolutiva de las libertades informativas ajustada al contexto social y tecnológico actual, teniendo como referente la doctrina del TEDH sobre el art. 10.1 CEDH. En cualquier caso, no resulta tan sorprendente si se atiende a la interpretación restrictiva y a las limitaciones que el TC ha derivado del art. 10.2 CE, pues a partir de él no admite la creación de nuevos derechos sino, en todo caso, la adaptación del contenido esencial de los ya consagrados en la CE.

46. La casuística ha reflejado en este sentido una posición ambivalente del TC en la que, en ocasiones, ha optado por la adaptabilidad de los derechos y en otras la ha rechazado. En este sentido, el TC ha reconocido una interpretación evolutiva en relación a: la protección de datos (art. 18.4 CE) a partir del art. 10.2 CE, la asistencia jurídica gratuita (art. 119 CE) como manifestación de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en caso de falta de medios económicos o la protección acústica frente al ruido como manifestación del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), utilizando el art. 10.2 CE para su interpretación conforme a la doctrina del TEDH. No obstante, también hay casos de interpretación restrictiva en los que el TC no se ha hecho eco de los avances interpretativos del TEDH. Tal sería el supuesto de la reagrupación familiar como manifestación del derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE).

El derecho de acceso a la información pública es susceptible de la misma operación interpretativa. Es un derecho de configuración legal, *ex* art. 105 CE, que opera como manifestación del art. 20 CE, interpretado evolutivamente conforme a la jurisprudencia

del TEDH (art.10.2 CE). Se advierte que la concepción que sostenga el TC sobre el acceso a la información pública, en definitiva, vendrá motivada por el valor hermenéutico integracionista o de límite que, en el caso concreto, otorgue al art. 10.2 CE. Cabe esperar que se sume a la interpretación integracionista del art. 10.2 CE, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH en este caso y adapte la interpretación evolutiva de las libertades informativas al contexto tecnológico actual.

47. En esta perspectiva, se valora positivamente la doctrina emanada de los Consejos de transparencia, estatal y autonómicos, sobre el derecho de acceso a la información pública y los criterios y matices que han aportado en el ámbito interno. Dichos Consejos de transparencia, a diferencia del TS y del TC, sí han asumido en buena parte la doctrina del TEDH valorando en muchas de sus resoluciones los criterios del test de iusfundamentalidad del asunto *Magyar*. De esta forma atienden a los elementos del test del TEDH como criterios a valorar en sus argumentaciones, a efectos de concesión o denegación del acceso. En sus resoluciones, incluso, se ha utilizado la doctrina del TEDH para reforzar la conexión entre el acceso a la información pública y la libertad de información del art. 20.1.d) CE.

48. Expuestos los términos del debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información planteados por la doctrina, por el TS y TC, así como por los Consejos de Transparencia, y partiendo de la limitada configuración con la que se ha desarrollado *ex art. 105 CE*, cabe plantear la tesis defendida. Se defiende la iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información pública, en línea con la posición iusfundamentalista aunque más allá del planteamiento general, se ha intentado concretar cómo se articula y en qué términos puede ser aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

49. En el constitucionalismo multinivel, el art. 10.2 CE debería actuar de hilo conductor para trasladar los avances desarrollados en el ámbito internacional al ámbito interno. En este sentido, la jurisprudencia constitucional según la cual no pueden derivarse nuevos derechos de la apertura internacional interpretativa *ex art. 10.2 CE*, no impide la concreción por esa vía de nuevas manifestaciones en derechos fundamentales ya consagrados en la CE, como se ha comprobado en relación a la protección frente al ruido.

En la actualidad no cabe entender la libertad de recibir información sin incluir el acceso a la información pública como manifestación de aquella. De aquí no resulta un nuevo derecho fundamental sino una manifestación del art. 20.1.d) en el contexto de la sociedad

de la información. En este sentido, es inevitable vincular el art. 105.b) CE con el art. 20.1.d) CE (al igual que se ha hecho instrumentalmente con la asistencia jurídica gratuita y la tutela judicial efectiva). La iusfundamentalidad del acceso no resulta por tanto del art. 10.2 CE, en sentido estricto, sino del nexo entre el art. 105 y 20 CE que, lógicamente, debe ser interpretado conforme al art. 10.2 CE. Esa vinculación requiere plantear una necesaria actualización de la libertad de recibir información para que este derecho resulte efectivo en el seno de democracias tecnológicas y participativas avanzadas. Para ello, la perspectiva pasiva clásica de esta libertad debe avanzar hacia la apertura de una dimensión activa de búsqueda de la información, alineada con el protagonismo que ha adquirido la ciudadanía en la sociedad digital.

50. Aunque el desarrollo legislativo ha trascendido los estrechos márgenes que acota el art. 105.b) CE, el acceso se ha configurado como un derecho de carácter legal ordinario, no regulado por ley orgánica. Por tanto, no se ve beneficiado con el régimen de garantías que debería serle propio como manifestación del art. 20.1.d) CE, esto es, las garantías normativas y jurisdiccionales del art. 53.1 y 53.2 CE. Sin embargo, no ha sucedido lo mismo con el supuesto similar de la asistencia jurídica gratuita regulada por ley ordinaria como derecho legal y consagrada en el art. 119 CE, pero que en el concreto supuesto de falta de medios económicos constituye una manifestación de la tutela judicial efectiva (así expresado en el art. 20.2 LOPJ).

51. De la configuración legal del derecho resulta una paradoja. Al reconocerse autónomamente como derecho desvinculado del art. 20 CE, el legislador no se ha visto condicionado por la doctrina sobre las libertades informativas, ni por la jurisprudencia del TEDH, y eso ha llevado a que en el art. 17.3 LTAIBG no sea requisito necesario aportar los motivos de la solicitud, a efectos de justificar la finalidad de la misma.

Sin embargo, si se considerara un derecho fundamental *ex art. 20 CE*, el derecho quedaría reforzado con un régimen de garantías cualificadas, aunque se viera condicionado en una esfera más concéntrica en la que deberán valorarse los requisitos del test del TEDH, conforme a la interpretación evolutiva de las libertades informativas. Se recuerda en este punto que el derecho de acceso a la información constituye una manifestación de otros derechos fundamentales que no han generado dudas. Tal sería el caso de los representantes políticos o sindicales, cuya iusfundamentalidad del derecho se ha articulado a través de la DA1ª LTAIBG.

52. Para articular la tesis sostenida sobre el derecho de acceso a la información pública como manifestación del art. 20 CE con carácter general, al margen de concretas vinculaciones con otros derechos fundamentales, debe acudir a la DA1ª LTAIBG. Ésta permite articular la LTAIBG con el régimen de acceso como derecho fundamental. Además, permite dar un paso más para preguntarse si la iusfundamentalidad del derecho de acceso *ex art. 20.1.d) CE* se despliega con carácter general en todo caso o ha de ajustarse a una serie de requisitos o supuestos determinados. Se defiende la segunda opción.

La DA1ª LTAIBG prevé la supletoriedad de la LTAIBG cuando exista un régimen especial aplicable. Dicha DA1ª llama a la distinción entre: A) Un derecho de acceso general ordinario aplicable en todo caso, al margen de los requisitos del test del TEDH, que quedará protegido por las disposiciones de la LTAIBG; B) Un derecho de acceso a la información cualificado al resultar instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Por esta vía se ha articulado la iusfundamentalidad del acceso a la información en el caso de los representantes políticos, desplazando la LTAIBG como supletoria al existir un régimen especial completo que regula el acceso para tal caso. Pero, ¿qué sucede si, concurriendo un derecho fundamental con la LTAIBG, no existe un régimen especial completo capaz de desplazar su aplicación? ¿Pasa inadvertida dicha iusfundamentalidad bajo las prescripciones ordinarias de la LTAIBG como ley aplicable?

53. La respuesta debe ser negativa. A la primera cuestión se responde con el ejemplo de los representantes sindicales que soliciten información al amparo de la LTAIBG. En tal caso, se actúa en ejercicio de un derecho fundamental pero no existe un régimen específico completo que regule el acceso a la información. Se aplica entonces la LTAIBG. La clave está en que se aplicará, sin perjuicio de la sujeción al régimen de garantías cualificadas que conlleva el respeto al contenido esencial del derecho.

54. En el mismo sentido sucede para el caso de concurrencia del art. 20.1.d) CE con la LTAIBG. No hay una regulación específica que desplace la LTAIBG en este caso, por tanto, ésta seguirá siendo de aplicación. Ahora bien, ¿qué pasa con la iusfundamentalidad de la libertad de información, que no cuenta propiamente como régimen especial? Se entiende que sí debe valorarse como tal y así se ha apuntado por algunos Consejos de Transparencia. La iusfundamentalidad de un derecho no debe pasar inadvertida bajo las prescripciones ordinarias de la LTAIBG como ley general aplicable, ni minusvalorar, a tenor de la DA1ª, el régimen sustantivo y cualificado de garantías que deviene de la

categoría iusfundamental de un derecho. En este caso, siempre que se está en presencia de un derecho amparado por las garantías del art. 53.1 y 53.2 CE deberá respetarse su contenido esencial. Asimismo, al vincular directamente a los poderes públicos su efectividad no habrá de depender de que exista o no una ley que lo desarrolle, precisamente por ser un derecho fundamental.

De esta forma el art. 53.1 CE se constituye en régimen y base constitucional para tener en cuenta, por vía de la DA1ª LTAIBG, la especificidad que deviene del carácter fundamental del acceso como manifestación de la libertad de información del art. 20 CE.

55. Surge no obstante la cuestión de si el derecho de acceso es un derecho fundamental por su conexión con el art. 20 CE en todos los casos y a favor de todas las personas. El derecho de acceso a la información pública se defiende como una manifestación iusfundamental de la libertad de recibir información, *ex* art. 20.1.d) CE, conforme a la dimensión internacionalmente desarrollada a tenor del art. 10.2 CE. Se entiende reconocido a favor de todas las personas y no sólo a favor de sujetos cualificados. Ahora bien, atendiendo a la doctrina del TEDH, no se defiende su carácter fundamental de forma indiscriminada, sino sujeto a las condiciones que ha desarrollado el TEDH.

Por tanto, la LTAIBG ampara un régimen de protección, al margen de los requisitos del test, basado en el carácter ordinario del derecho pero ello no impide reducir la esfera en la que puede y debe tener naturaleza de derecho fundamental. Para ello, se atenderá a los casos en los que el acceso se constituye en presupuesto democrático para la realización de la libertad de recibir información, delimitados por el TEDH en base a su test de iusfundamentalidad. Esto es: finalidad, interés público de la solicitud, rol del solicitante y disponibilidad de la información.

56. En los casos en los que no se superen los elementos del test del TEDH, la LTAIBG seguirá siendo de aplicación, amparando el acceso a la información en el marco de la esfera más amplia, como derecho legal ordinario. En los casos en los que se superen dichos elementos, el art. 105 CE concurrirá por la DA1ª LTAIBG con el art. 20 CE, tratándose entonces de la esfera nuclear cualificada en la que habrán de trasladarse los presupuestos de iusfundamentalidad que ha desarrollado el TEDH, atendiendo a los elementos del test *Magyar*.

57. No se comparte la visión sostenida por una parte de la doctrina en cuanto a la crítica de los elementos del test del TEDH como limitantes. Tales elementos confieren una

imagen detallada de los matices democráticos esenciales vinculados inexorablemente al art. 20 CE. No todo ha de ser un derecho fundamental. Sólo cuando concurren los elementos del test, el acceso a la información pública despliega la auténtica fuerza del art. 20 CE al ligarse a la formación de la opinión pública. A mi juicio sólo plantea dudas el requisito del rol del solicitante. En la actualidad no tiene sentido visualizar el derecho desde una perspectiva formalista, por razón de la función que ejerce el solicitante. Lo interesante es si contribuye o no al debate público como *social watchdog*, pudiendo también satisfacerse este elemento hoy por particulares.

Defendida la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información pública como manifestación del art. 20.1.d) CE en los términos expuestos cabe dar un paso más. En tales supuestos debe reconocerse a su favor, a efectos de ponderación, la especial posición preferente que ha desarrollado el TC en su doctrina sobre las libertades informativas por su contribución democrática a la formación de una opinión pública libre e informada.

CONCLUSIONS

1. The main overall aim of this doctoral thesis is to analyse the role played by the transparency principle in the current social and democratic rule of law. This is predicated on the premise that transparency has not traditionally been an integral part of the constitutional order, but rather viewed throughout history as an impediment to the exercise of power. This aim is linked to this paper's core and specific objective, which is to determine the nature and constitutional legal scope of the right of access to public information in the Spanish legal system, with the ultimate aim of answering the question: Should the right of access to public information be a fundamental right?

2. In answering such questions, it is necessary to bear in mind two theoretical assumptions that have shaped the development of the research. On the one hand, the research follows the multilevel approach of contemporary constitutionalism in order to frame and understand the state of play at the various constitutional levels. On the other hand, the research's main working hypotheses concern the challenges presented by the global technological and information society as the context for tackling present-day issues of constitutionalism.

3. Taking the terms of the Constitution as a starting point, transparency is not explicitly mentioned. The only indirect reference can be found in Part IV on "Government and Administration" which, after establishing the principles of action of the administration in Art. 103 SC, reserves to the legislator in Art. 105.b) SC the regulation of citizens' access to "administrative archives and registers".

This failure to expressly mention transparency, together with no constitutional basis for it, has until recently set back the case for developing a constitutional theory of transparency as a cross-cutting component permeating our system of values, principles and rights. With respect to this failure to enshrine it in the Constitution, it is worth remembering that: A) The Constituent Assembly was unable to take it into consideration because transparency's constitutional dimension has not always been clear, as evidenced by the proceduralist view that has prevailed for a long time; B) As this is largely a question of time and perspective, the absence of any express recognition does not imply that it has no clear constitutional dimension.

4. In order to understand how important transparency has become in Spain, we need to look at the political and social circumstances that followed the 2008 economic crisis.

There was a major crisis of representation linked to corruption, a lack of citizen participation in public affairs, and the ensuing fragmentation of the principle of democratic legitimacy, etc. which led to the emergence of social movements such as the 15-M movement. These events triggered the debate on the necessary constitutional development of transparency.

5. There was a rapid departure from the liberal state's privileged conception of power, where the relationship between governors and governed was marked by secrecy. For a long time, this one-way view of the state-citizen relationship has normalised the idea of public administration as a closed system in terms of decision-making and even in the monopolisation of the handling of information. However, transparency has made it possible to reposition the visibility of power as a democratic structural element in keeping with the evolution from a liberal to a social and democratic state governed by the rule of law. This leads to a two-way approach whereby citizens become more involved in the relationship with public authorities and information is regarded as a public asset.

6. However, according to data from various sources such as the Corruption Perceptions Index, the Global Corruption Barometer, the Centre for Sociological Research and the Ombudsman's annual reports, as well as the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda and the 4th Spanish Open Government Plan 2020-2024, it can be said that the transparency culture is not yet sufficiently embedded in the activities of public authorities. Transparency is a cornerstone of all public affairs, and is linked to the fight against corruption, and citizen trust and participation, as well as accountability, publicity and democratic quality within the framework of good governance.

7. The purpose of transparency is essentially instrumental, aimed at fostering institutional regeneration and public trust through the openness of public authorities. At the same time, its constitutional foundation is rooted in the premise that public authority must be visible and, therefore, it is based on the general principle that information held by the State should be publicly accessible, unless there is a statutory exemption justifying non-disclosure.

8. The constituent components of transparency are linked to publicity, but not exclusively so. Transparency also calls for information to be disseminated according to quality criteria in order to make it accessible to the public.

9. Publicity has been the component most commonly associated with transparency, being one of its most distinctive features. Publicity is divided into the administration's duty to

make information available of its own accord (active publicity) and a subjective right of access to information held by the State (passive publicity).

There has been some confusion between transparency and publicity, which at times are treated as synonyms. Indeed, using the terms active transparency/active publicity and passive transparency/passive publicity interchangeably is commonplace. Transparency in this sense runs the risk of trivialisation and reductionism, since the mere availability of public information does not imply transparency. While publicity would be fulfilled by making information formally available, transparency is substantively concerned with the accessibility of that information. This leads to the conclusion that: A) Publicity is part of transparency but by itself does not guarantee it; B) A lot of publicity does not mean more or better transparency because not all publicity contributes towards a more transparent system.

If transparency is based on a two-way relationship between public authorities and citizens, with the latter playing the leading role, the terminology used in LTAIBG does not seem appropriate. Why equate "active publicity" with the duty of obliged bodies to make information available when the right of access to public information also includes a manifestly active dimension for citizens' benefit? We question the legislator's decision to define the active side of publicity in terms of obliged parties and not citizens, as this does not reflect the (active) initiative that citizens take when exercising their right. Such a decision does not seem to be in keeping with the spirit and purpose of the law. The theoretical construction of these assumptions calls for the most precise legal technique in order to achieve the democratic objective of transparency. The following alternatives are therefore proposed as being more terminologically correct: a) "institutional publicity" to refer to the duty of the administration to publish information; b) "participatory publicity" to refer to the subjective public right of citizens to access public information.

10. Publicity must be accompanied by enough clarity and simplicity to make effective public participation possible. Adding these information requirements prevents transparency from being reduced to mere publicity. Transparency demands something extra so that information is made accessible not only in terms of being formally available, but also from a finalist perspective to ensure citizens have the knowledge they need for effective participation.

11. Transparency, understood as the provision of quality public information to citizens, either in compliance with the obligations of public authorities to disseminate information or through exercising the right of access, has two democratic consequences: effective participation and legal certainty.

Transparency acts as a *prius* of effective participation as it is founded on the assumption that information generates knowledge, which is the unavoidable basis for shaping public opinion and essential for effective participation in public affairs. What is more, the reality of the participatory phenomenon has been overshadowed by the restrictive approach taken with respect to Art. 23 of the Constitution. Nowadays, representative democracy requires greater citizen involvement in public affairs and, in this sense, the improvement of participation mechanisms confers a fundamental role upon transparency and access to public information.

Furthermore, transparency helps both encourage and justify the reasonableness of the actions of public authorities based on criteria of certainty and legal security. This further underlines the fact that public authorities are subject to the requirements of the rule of law.

12. Transparency is not without its potential risks and pitfalls. The crisis context that led to its proliferation in the public debate gave it something of a "fashionable" air and even made it seem like an annoying or vindictive tool for those in power, thus distorting its meaning. At the same time, the technological context also poses risks for transparency by facilitating the massive dissemination of information and, with it, the danger of it being manipulated. The phenomenon of over-information can lead to misinformation, thus turning transparency into a new means of concealment. Transparency is also credited with the risk of hampering decision making by overexposing public life and potentially blocking effective decision making.

13. Transparency's constitutional fit has led to doctrinal discrepancies, with Art. 105 SC at the heart of the debate. Indeed, Art. 105.b) SC has been the constitutional basis on which transparency and the right of access to public information have been established in the LTAIBG. However, although it is a key precept, it is not sufficient for understanding the constitutional fit of transparency and access to public information. In the Constitution, Art. 105.b) SC fails to adequately capture the democratic relevance of transparency and the guarantees it requires, taking into account its systematic location, its ambiguity, the

failure to expressly mention the issue and the precept's shortcomings, referring as it does to only archives and administrative records.

Moreover, Art. 105 SC provides more limited possibilities than the legal provisions developed to its cost in the LTAIBG, thus generating confusion. This can be seen in terms of:

A) Data subjects. The subjective scope of applicability of Art. 105. b) SC, which refers to the "Government and the Administration", is more limited than the list of obligated subjects contained in the LTAIBG.

B) The beneficiaries of the right. It seems that just as Art. 105.a) and c) SC requires the condition of interested party to be linked to the administrative procedure, this requirement could be extrapolated to section b). However, the LTAIBG does not stipulate this condition as it has already been recognised as a right for all persons based on the prevailing rationale in favour of openness and access.

C) The objective scope. The Constitution narrowly refers to the object as "administrative archives and records", while the LTAIBG develops the right of access to "public information" more broadly.

From the standpoint of transparency's constitutional fit, it should be noted that the end result of the LTAIBG goes beyond the constitutional framework of Art. 105. b) SC and therefore, the legislator's decision to anchor the law exclusively in this precept is not appropriate, even if the legislative action itself is.

14. As the Constitution is a framework endowed with unity and systematicity, a joint evaluation must be made of Art. 105.b) SC as the primary constitutional basis for transparency, with the necessary complementary support of Arts. 1, 9, 18, 20, 23, 24, 103 and 106 SC. The link with Arts. 1.1, 9.2 and 9.3 CE stems from its connection with the definition of the social and democratic rule of law and the binding imperative on public authorities to facilitate citizen participation. It is also related to the fundamental rights of Arts. 18.4, 20.1.d), 23 and 24 SC, as in some cases it is a *prius* for their effective implementation. However, the relationship with Art. 20.1.d) SC guaranteeing the free formation of public opinion and pluralism is particularly emphasised. It also relates to the administration's operating principles, Arts. 103 and 106 SC.

15. The lack of consensus on the legal nature of transparency has led to varying doctrinal interpretations of it as: A) A new generation right; B) A constitutional value; C) A constitutional principle that should govern the actions of public authorities. In accordance with the LTAIBG itself, as well as with the case law analysed, the legal nature of transparency as a constitutional principle is defended. It is not a right because there is no subjective claim to transparency per se, but rather it is a way for the public authority to act. That one of its specific components (access to public information) does provide for a subjective claim that can be brought against the authorities is another matter. Nor is its nature as a value defended because its effectiveness is not merely interpretative, as is the case with the ethical aims that make up the axiological content of the Constitution. Its legal nature is defended as a constitutional principle that informs the actions of public authorities and that, as a mandate for improvement, binds their actions to guarantee the knowledge and participation of citizens. The principle of transparency has a normative projection through the LTAIBG, capable of generating specific legal rules expressed as obligations to disseminate information and subjective claims so that individuals can access public information.

16. It is argued that transparency is a cornerstone of the democratic principle within the framework of the current social and democratic rule of law. To illustrate the link between transparency and democracy, it must first be stressed that channelling conflict is a defining feature of democratic constitutionalism, in order to guarantee the expression of pluralism. However, the democratic legitimacy deficits experienced today can largely be explained by: A) The trivialisation of social conflict and citizens' lack of influence in decision-making when there is an underlying conflict between majorities and minorities, resulting from the expression of pluralism; B) A certain tendency by authority to remain hidden away from scrutiny.

Transparency makes it possible to recalibrate this relationship between power and checks and balances. Today, it can be argued that transparency is a cornerstone in shaping the meaning of the democratic principle on the basis of a series of recognised identified endogenous and exogenous factors.

17. In analysing the endogenous factors, we have tried to show that the model of representative democracy is based on and cannot be sustained without legitimacy of origin and exercise. Maintaining democratic legitimacy in the exercise of power is a key issue that now demands better mechanisms for citizen participation. It is here that

transparency improves the quality of democracy by strengthening the two-way flow of information between governors and governed.

Furthermore, by analysing the resulting endogenous factors, we have tried to show the link between transparency and democracy on the basis of the evolution of the democratic principle, taking into account the achievements of constitutionalism. Three phases occurring at different points in time have been identified: A) The first predates normative constitutions and is governed by a formalist view of democracy that denies social conflict by equating general interests with those of the political majority, reducing the people to a homogeneous unit.

B) The second is to be found within the framework of post-World War II normative constitutions. From that point onwards, there was heightened awareness of this disregard for minorities, leading to the integrationist development of the content of the democratic principle. In this way, the democratic principle becomes based on a process of checks and balances on power through the recognition of social conflict and pluralism. Democracy is now understood to be the expression of the interests of the majority while respecting the rights of the political minority and not reducing the population to uniformity.

C) Nowadays, a constructivist third phase of the democratic principle can again be seen, whereby transparency is a key defining factor in responding to the challenges of the global information society. This brings us to the conceptualisation of democracy as the control of power through the decisions of the majority while respecting minorities, yet underlining the need for public authority to act transparently in the context of the information society. This extension is essential for guaranteeing knowledge and shaping public opinion in a global context where pluralism is in decline as a consequence of disinformation.

18. Among the exogenous factors a number of elements have been highlighted that, despite being circumstantial or external to democracy, reinforce its link with transparency. Examples include both the backdrop of the digital and information society and the fragility of the political context. The technological and information landscape, in particular, brings to light the following:

A) It is no longer only information professionals who convey information. Increasingly, citizens are playing an active role in finding and even disseminating information. This

fits with the dimension of transparency as a subjective right of access to public information.

B) The technological information society, together with the global context, is depersonalising information that was traditionally in the hands of the State and governed by democratic norms. Information is increasingly slipping beyond the State's control, making the leap in the form of economically quantifiable data into the global context. In this hazy scenario, the visibility of transparency as an essential part of the democratic principle is crucial to counteract the current imbalances in the communication sphere, which can be worryingly harmful to contemporary democracies.

19. From the perspective of the territorial organisation of power, transparency has not been immune to the reality of the autonomous state either. The statutory reference is important to attest to the constitutional dimension of the matter. As such, an analysis has been made of the second generation Statutes of Autonomy (SA), which are those containing declarations of rights and specific mentions in the relevant areas.

The new generation of SAs have not assumed specific powers in the area of transparency, this power being reserved on the basis of the shared competence bases-development, *ex Art. 149.1.18 CE*. The analysis of the second generation SAs shows that: A) Some statutes include provisions for the statutory right of access, under various guises, to administrative archives and records, documents or public information, within the framework of good administration; B) Some statutes specifically and expressly provide for the principle of transparency as a general principle of action on the part of the administration.

20. A comparative look at the regulation of the right of access to public information in European countries shows that:

A) Some countries enshrine the right of access to public information as a fundamental right at the highest level in their respective constitutions. This is the case for Sweden, Norway, Hungary, Greece, Portugal, Belgium, Finland, Croatia, Bulgaria, Slovenia, Romania, Slovakia, Latvia, Lithuania, the Czech Republic, Poland, Belgium and Finland. Sometimes it is recognised as a fundamental right linked to freedom of expression and information, and at other times it is recognised as an autonomous right, usually in the context of the right to political participation. However, it should be borne in mind that in

not all cases is such a fundamental right reflected in a special guarantee system, and some constitutions enshrine rights without classifying them.

B) Other countries, whether or not it is expressly mentioned in their constitutions, afford it protection as a legal right. These are Austria, the Netherlands, Ireland, Italy, Germany and Denmark. France would fall somewhere in between since, although the right of access is recognised legally but not expressly in the Constitution, the Council of State has nevertheless taken the view that the right of access is essential to the exercise of fundamental rights and freedoms.

21. On the question of the extent to which the constitutional dimension of transparency is reflected *de lege lata* in the current LTAIBG, there appears to be a clear gap between the theoretical constitutional dimension of transparency and its place in positive law thus far. The LTAIBG passed in 2013 was well received in Spain for several reasons: A) The political and social context called for such a law; B) Previously, the Spanish legal system had no specific cross-cutting law addressing transparency and access to information; C) The existing legislation was sector-specific and the legislation that was generally applicable, i.e. the 1992 LRJAPPAC, was flawed and inadequate; D) Spain was one of the few European countries without specific regulations, in breach of international standards.

The question of whether the LTAIBG should be passed as an organic law, insofar as the right of access to public information is a fundamental right, or as an ordinary law, insofar as it is a legally established right, was given the more formalistic answer. The law, approved under Art. 105.b) SC, was passed as an ordinary law with most of its precepts being basic.

22. By being approved as an ordinary law of a basic nature, dictated under the protection of Art.149.1.1, 149.1.13, 149.1.18 SC, the shared competence bases-development comes into play. The LTAIBG is configured as the basic, cross-cutting and minimum regulation of general application, without prejudice to the respective implementing regulations approved at regional level. This must also be compatible with local authorities' ability to adopt rules while exercising their self-governing powers.

23. An analysis of the LTAIBG highlights a number of considerations: A) The list of persons bound by the law is arranged in descending order of the degree to which they are subject to the provisions of the law. The inclusion of not only public but also private

subjects receiving public money is welcomed. However, there are questionable aspects such as: the failure to expressly mention the Government - although it should be clear that it is among the obligated parties -, the imprecise terminology of "activities subject to Administrative Law" in Art. 2.1.f) LTAIBG or the limited liability established for the subjects of Art. 4 LTAIBG "upon request" from the administrations to which they are linked; B) While it is positive that the right of access to information is open and broadly configured in favour of all persons, without the need to prove a legitimate interest or justify the purpose of the request, it is configured as a legal right, and the normative and jurisdictional guarantees of fundamental rights *ex* Art. 53.1 and 2 SC do not apply to it in principle; C) The purpose of the right regulated by the LTAIBG should be viewed positively, insofar as it is a departure from the more limited access to administrative records and documents previously in place, in favour of a more open and *pro libertate* view of public information, in tune with the opportunities provided by the Internet.

24. In the analysis of the LTAIBG, the following aspects remain open to question: A) The excessively open nature of some of the legal limits, as well as the excessive breadth and ambiguity of some of the grounds for inadmissibility, which should be treated with caution and restraint; B) The imposition of a double negative administrative silence on the application and subsequent claim for the enforcement of the right; C) The absence of a proper sanctioning regime giving the Transparency Councils real coercive power to enforce their position as guarantors of transparency and the right of access. This absence undermines the commitment to compliance, as there is no clear regime of infringements and sanctions in the event of non-compliance; D) The Transparency Councils have different interpretative criteria, with a possible impact on how the right is exercised depending on the territorial scope (as would be the case with the interpretation of the first Additional Provision (DA1) of the LTAIBG). However, it is up to the relevant territorial policy to adopt interpretations that benefit and guarantee the right of access, in accordance with the pro-access and *pro libertate* principle that should prevail; E) The issue arising from the disparity of interpretative criteria generated by the problematic DA1, due to the ease with which the LTAIBG can be displaced as a result of its restrictive interpretation. It is therefore paradoxical that having approved the LTAIBG cross-cuttingly as a minimum standard guaranteeing a series of basic conditions benefiting all citizens, it can give way to any special regime. The aforementioned DA1 should be amended to clear up the discrepancies identified in the research; F) Although the appointment of the President

of the CTBG is ratified by Congress, it is proposed by the Government. As such, it would be advisable to bolster the independence of the President of the CTBG as far as possible, given that the Government is one of the subjects controlled by the LTAIBG.

25. Having analysed the inadequacy of transparency's constitutional fit and the right of access to public information, we turn now to the latter in the context of multilevel constitutionalism and the dialogue between the courts. The multilevel context and international standards on access to public information are taken into account in order to extrapolate the conclusions of this analysis as determining factors in the Spanish domestic sphere. Evidently, the normative and jurisprudential contributions handed down at different levels, both globally by the UN and at the European regional level - both in the Council of Europe and the EU - are, *ex Art. 10.2 SC*, an interpretative canon for the fundamental rights enshrined therein.

The interpretations of the right of access to public information developed by international courts take on special relevance by virtue of the evolutionary interpretative possibilities provided by Art. 10.2 SC. However, it is based on the limitations under which the CC has operated in this respect, failing to consider human rights treaties as an autonomous canon of validity of the internal rules on rights and, therefore, not ascribing to Art. 10.2 SC the power to create new rights not previously enshrined in the Constitution. In any case, this does not preclude accepting that the precept makes it possible to revitalise and update the content of the fundamental rights provided for in the Constitution by virtue of the principle of *favor libertatis*. As such, the multilevel review of the right of access to information draws important conclusions about the scope and form of the right of access to information.

26. The UN global framework is a starting point, as both Art. 19 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Art. 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) contain the right to "seek" and "receive" information within the framework of freedom of expression and information. Moreover, from the Human Rights Council's work and the reports adopted in particular by the Office of the Special Rapporteur on the protection and promotion of freedom of opinion and expression, it is clear that access to public information is part of the aforementioned dimension of seeking and receiving information. This Special Rapporteur, together with the Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE) and the Organisation of American States (OAS), have collectively emphasised its nature as a human right and a democratic

requirement for the oversight of public authority. This approach has also been confirmed in the Latin American region. This region has been particularly prominent in the interpretative sphere, with the interpretation of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) in the well-known case of *Claude Reyes et al. v. Chile*, 6 June 2006, that the right of access to public information is protected by the expression contained in Article 13 of the American Convention on Human Rights (ACHR) on “the freedom to seek, receive and impart information and ideas”.

27. Within the framework of the Council of Europe, its Convention 205 on Access to Official Documents is noteworthy as a binding legal instrument that came into force in 2020 and was signed by Spain in 2021. This Convention broadly establishes the right of access to official documents for any person, free of discrimination of any kind and without the need to state the reasons for the request. However, as the legal instrument par excellence for the protection of human rights in the Council of Europe, the provisions of Art. 10 ECHR must be borne in mind. This precept recognises the “freedom to receive and impart information or ideas”. It does not expressly refer to access to information, but this element has found protection in the framework of the communicative freedoms thanks to the praetorian work of the ECtHR.

28. The ECtHR's position on the question of whether the right of access to public information can be framed as a manifestation of the freedom to receive information has evolved. A review of the ECtHR's case law reveals three phases in terms of its position on this question:

A) Initially, the ECtHR does not defend the right of access as a manifestation of Art. 10 ECHR. Instead, the ECtHR avoids pronouncing on the issue, redirecting a large proportion of the cases analysed to the possible violation of private and family life under Art. 8 ECHR.

B) In an intervening phase, there is still cautious interpretation over whether the right of access to information should be protected by Art. 10 ECHR. In particular, in the 2006 *Sdružení* case, the ECtHR stated that a general right of access to data and documents cannot be deduced from the ECHR. However, in the 2009 *Társaság* and *Kenedi* cases, it acknowledged a move towards an evolutionary interpretation of freedom of information, including access to public information. New nuances are thus identified in the Court's case law which, bearing in mind the public interest of the issues raised, extends the

watchdog role typically performed by media professionals to NGOs, academic researchers and writers on issues of public interest. There is even precedent for private individuals.

C) A third and final phase in the ECtHR's case law can be seen, marked by the landmark *Magyar* case (Grand Chamber) handed down in 2016.

29. In this important case, the ECtHR: A) establishes its doctrine on the fundamental right of access to public information as a manifestation of the freedom of information of Art. 10 ECHR on the basis of a test of fundamental rights. This test is made up of four criteria: the purpose of the information request, the public interest of the request, the role of the applicant and whether the information is ready and available. Thus, if all four criteria are met, access to information becomes part of freedom of information and is therefore covered by Art. 10 ECHR; B) extends the watchdog role not only to the subjects traditionally recognised until now, but also to bloggers and popular users of social networks.

In later cases, the ECtHR has applied the test of fundamental rights while maintaining the standard of protection of the right of access to information established in the *Magyar* case. The test of fundamental rights has even been determined by a strict application of the requirement of the purpose of the request.

30. The ECtHR has taken a major step in the interpretation of the communicative freedoms as far as the right of access is concerned. To some extent, however, it should be noted that the parameters of the test of fundamental rights have been shaped in the *Magyar* case by the doctrine applicable to freedom of information. For this reason, some elements of the test could be challenged for being overly restrictive, for example: A) Care should be taken with the reasons for the request if it is understood as a *conditio sine qua non* for the requirement of the purpose of the test to be fulfilled; B) Although some scholars have criticised the requirement of the purpose of the test for being out of step with the international and Spanish regulatory trend of not requiring the reasons for access, it is thought that it may be reasonable in the debate on the fundamentalisation of the right; C) Furthermore, the ECtHR's formalistic approach to the watchdog role in the context of the test of fundamental rights is called into question. Given the speed at which the information society is advancing, it is possible to argue that this position should not be limited only to those who are qualified by virtue of the role they play, but should be a substantive

criterion that extends to all persons insofar as the issue contributes to public debate and passes the test; D) The requirement that information be ready and available should be treated with caution lest it become a formality by which liability and availability of information can be sidestepped. In line with the right of access under Art. 10 ECHR this would mean a simple re-drafting exercise aimed at making information available, without implying that the information is not ready and available.

31. In the EU, access to public information is a strategic mechanism to safeguard and strengthen democracy and the rule of law. The Treaty of Lisbon is noteworthy in the context of original law, whereby the right of access to public documents of the Parliament, the Council and the Commission (previously recognised in Article 255 of the Treaty Establishing the European Community (TEC)) is now enshrined in Article 15(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) with respect to “documents of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union”. Without a doubt the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) is further enhanced following the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, as it has binding legal force. Thus, Article 42 CFREU, supplemented by the aforementioned Article 15(3) TFEU, enshrines the right of European citizens to have access to documents of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union. This provision assumes an essential position in the European sphere by enshrining a genuine subjective right that is enforceable and exercisable in the legal systems of the Member States, provided that EU law is applicable, by virtue of Article 51. 1 CFREU.

In the context of secondary legislation, Regulation 1049/2001 of 30 May 2001 on public access to European Parliament, Council and Commission documents is of particular importance. Although it would have been preferable if the reference to access in the European framework had been for "information" rather than "documents", the Regulation makes it clear that the meaning is the same when referring to "content, whatever its medium".

32. The Council of Europe and the EU enshrine the right in different ways. While the ECHR has been used by the Council of Europe to interpret the fundamental nature of the right of access on the basis of the freedom of information in Article 10 ECHR (which does not expressly mention access), this is not the case for the EU. The right of access to EU documents is expressly recognised in Art. 42 CFREU as an autonomous right,

independent of freedom of expression and information, Art. 11 CFREU, and linked to the status of European citizenship.

33. From Court of Justice of the European Union (CJEU) case law it can be concluded that: a) the right of access to documents fosters the principle of democratic legitimacy; b) there is a general principle in favour of the widest possible public access to EU documents in the interests of openness and proximity to citizens; c) the exceptions for which access may be refused under Art. 4 of Regulation (EU) No 1049/2001 must be interpreted strictly and restrictively, and hypothetical assumptions about the existence of possible harm are not sufficient for justifying refusal; d) the objective of Regulation 1049/2001 is not to satisfy the private interests of information applicants, since, even if there is such an interest, it is not incompatible with the existence of an overriding and general interest justifying disclosure.

34. Having noted the multilevel configuration of the right of access to information, the analysis focuses on the debate about the legal nature of the right in the Spanish constitutional order. The starting point for this is necessarily the complementary relationship between the right of access to public information *ex* Art. 105.b SC and the freedom of information guaranteed in Art. 20.1.d) SC.

35. The growth of the technological and information society has brought about an imbalance in some of the basic and classical dogmatic premises on which freedom of information has been built, sparking a debate on the need to update this fundamental right. In this respect, both veracity and the public interest of the information are requirements for the protection of information under Art. 20 SC. In particular, the veracity requirement has even raised doubts about the ownership of the freedom to communicate information. Although it is a generically recognised freedom, the veracity requirement along with the conscience clause and professional secrecy guarantees (also contemplated in Art. 20.1.d) SC) have, to a certain extent, influenced its outlook, making it more favourable to information professionals in particular.

36. This approach means that the active communication role is given primarily to information professionals, who have traditionally had access to information sources in order to communicate the news, while the citizen is relegated to a merely passive position, which fits with the classical view of the freedom to receive information. The citizen is

then positioned as a "recipient-consumer" of the news produced by the information professional.

37. However, today these freedoms are exercised in a completely different technological paradigm compared to that of the analogue context. It must be borne in mind that: A) New patterns of social behaviour have been boosted as social networks become the main channels of communication; B) Nowadays, phenomena such as disinformation, content control or censorship via the Internet and the manipulation of information are on the rise, reflecting imbalances in information and obstructing the need for information veracity; C) The press, radio and television no longer monopolise the way in which information is disseminated, since it is now done largely through social networks and digital media; D) Active and passive subjects of information have changed; information professionals are no longer the only active players involved in its transmission. On the one hand, digital platforms have largely shifted public debate to social networks and, on the other hand, citizens no longer identify themselves as mere passive recipients of information. Individuals can also act as social watchdogs to disseminate or demand information from an updated receiving position; E) The boundaries between public and private space are blurring because, paradoxically, much of today's public debate takes place in largely private spaces, as digital platforms become new open forums where citizens can exercise their rights.

38. An abstentionist perspective prevails in the interpretation of Art. 20.1.d) SC provided by constitutional doctrine. The freedom to receive information without being impeded by the State extends only to the right to access information that is already disseminated, but does not impose a duty on the State to provide it on behalf of those who demand a particular piece of information. Is it possible to enforce an active right through citizens' access to public information under freedom of information?

39. The answer must be yes. Given the prominence traditionally accorded to the freedom to communicate information, it is important to review the freedom to receive information. Today, it is not enough for citizens to adopt a merely passive position, more typical of the analogue context. The informed citizen now has a place and, to this end, it is necessary to take the evolutionary interpretation of the freedom to receive information in Art. 20.1.d) SC a step further. In this way, it is possible to envisage information seeking having an active dimension, in line with Art. 19 UDHR and evolving from ECtHR case law. In

this way, access to public information would be protected as a manifestation of Art. 20.1.d) SC, consistent with the principle of transparency and the democratic principle.

40. By identifying the subjective and objective institutional dimensions of the right of access to public information, we can appreciate its complementary relationship with Art. 20.1.d) CE. This is seen in particular through the right's objective institutional dimension, which emphasises its role as guarantor and *prius* with respect to the formation of public opinion. Access to information shares not only this dimension with the institutional guarantee of Art. 20 SC, but also the preferential position that, with the same democratising purpose, underlies it. The particularity in this case is that the reference to "any means of dissemination" to which Art. 20.1.d) SC appeals would be the State as the information source referred to in Art. 105.b) CE.

41. The consequence of the regulation of the right of access to public information in the LTAIBG *ex* Art. 105. b) SC is the limitation arising from its configuration as a legal right in terms of its system of constitutional guarantees. In other words, the normative and jurisdictional guarantees inherent to fundamental rights, Arts. 53.1 and 53.2 SC, are denied. The legislator could have given greater constitutional coverage to the right of access to public information by also attaching it to a right broadly enshrined in the Constitution, such as Article 20 SC.

42. Doctrinal positions on the legal nature of the right of access to public information have varied. Three basic positions have been identified: A) The denialist position. This considers that the right of access to public information is not a fundamental, but a legal, right. To this end, attention focuses on the criteria of the systematic placement of Art. 105 SC, together with some other nuances. Although the relationship of the right of access to some fundamental rights is accepted, there is no recognition that this instrumentation confers legal nature upon the right of access; B) The intermediate position. This camp sets out from the premise that the right of access is a right of legal configuration which, in certain cases (generally linked to the subject exercising the right), may acquire fundamental character; C) The fundamentalist position. This position breaks away from the legal configuration of the right as it has been established, arguing that it is a fundamental right. Here it is not considered incompatible that the right is regulated *ex* Art. 105 SC and, simultaneously, forms an essential part of the content of freedom of information in Art. 20.1.d) SC, in relation to the interpretation of rights pursuant to the international context (Art. 10.2 SC).

43. The SC and CC are inconsistent in: A) Not having expressly ruled on the legal nature of the right of access to information; B) Steering clear of international developments in this area. The SC has made reference to the right of access to administrative archives and registers contemplated in the Constitution as a non-fundamental right, although it is nonetheless related to other fundamental rights (Arts. 23, 20.1.d) and 24 SC). Its position is consistent with the denialist position, emphasising that the right provided for in Art. 105 SC is not constitutionally protectable. However, it recognises the link with the democratic principle and the rule of law, as well as with the principle of transparency. The SC's position on the relationship between access to public information and Art. 20 SC is unclear. On the one hand, it has acknowledged this link on the understanding that constitutional norms cannot be interpreted in isolation. On the other hand, it has concluded that denying access does not affect freedom of information, without elaborating on this point. However, one positive development is that, since the LTAIBG came into force, the SC's pronouncements have followed a generally broad line in the interpretation of the right albeit on the basis of the legal configuration of the right, without going into depth.

44. The lack of pronouncements from the CC on the right of access to public information is a natural consequence of the way in which the right has been configured. The fact that it is regulated as a statutory right by and large precludes the option of going to the Constitutional Court to file and/or admit appeals for amparo on the right of access. Precedent confirms that the CC has resolved the question of the nature of the right by arguing the obvious fact that Art. 105 SC is an unsuitable basis for an appeal for amparo, as it does not enshrine a right guaranteed in Art. 53.2 SC. Since the LTAIBG came into force, there has been no conclusive pronouncement by the CC on this issue either.

45. A number of important conclusions can also be drawn from the CC's case law in relation to Art. 10.2 SC, given that it is key to the correct interpretation of the right of access to public information in the multilevel context and, in particular, in view of its evolutionary interpretation thanks to the ECtHR.

One might question why the CC has not yet developed an evolutionary interpretation of freedom of information suited to the current social and technological context, taking the ECtHR doctrine on Art. 10.1 ECHR as a point of reference. Regardless, this is not so surprising if viewed in the light of the restrictive interpretation and limitations that the CC has drawn from Art. 10.2 SC, since it does not allow the creation of new rights, but

rather, in any event, the adaptation of the essential content of those already enshrined in the SC.

46. In this sense, casuistry reflects the CC's ambivalent position whereby, on occasion, it has opted for the adaptability of rights and at other times has rejected it. In this sense, the CC has recognised an evolutionary interpretation in relation to: data protection (Art. 18.4 CE) based on Art. 10.2 SC, free legal aid (Art. 119 SC) as a manifestation of effective judicial protection (Art. 24 SC) in the event of insufficient financial means and acoustic protection against noise as a manifestation of the right to personal and family privacy (Art. 18.1 SC), using Art. 10.2 CE for its interpretation in accordance with ECtHR doctrine. However, there are also instances of restrictive interpretation in which the CC does not echo the interpretative advances of the ECtHR, such as in the case of family reunification as a manifestation of the fundamental right to family privacy (Art. 18.1 SC).

The right of access to public information is subject to the same interpretative process. It is a right of legal configuration, *ex* Art. 105 CE, operating as a manifestation of Art. 20 CE, interpreted evolutionarily in accordance with ECtHR case law (Art. 10.2 SC). It should be noted that the CC's approach to access to public information will ultimately be determined by the integrationist or limiting hermeneutic value that, in the specific case, it grants to Art. 10.2 SC. It is to be hoped that it will follow the integrationist interpretation of Art. 10.2 SC, supported in this case by ECtHR case law, and adapt the evolutionary interpretation of freedom of information to the current technological context.

47. From this standpoint, we welcome the doctrine emanating from the state and regional Transparency Councils on the right of access to public information and the criteria and nuances that they have contributed internally. These Transparency Councils, unlike the SC and the CC, have largely taken on board ECtHR doctrine, evaluating many of their decisions using the criteria from the *Magyar* case's test of fundamental rights. In doing so, they use the elements of the ECtHR test as criteria to be weighed up in their deliberations, in order to grant or deny access. In their rulings, the Councils even use ECtHR doctrine to reinforce the connection between access to public information and freedom of information in Art. 20.1.d) SC.

48. Having set out the terms of the debate on the legal nature of the right of access to information established by the doctrine, the SC and the CC and the Transparency Councils, and taking as a starting point the limited configuration with which it has been

developed *ex Art. 105 SC*, this thesis can be defended. It defends the fundamental nature of the right of access to public information, in line with the position that it is a fundamental right. However, beyond this general approach, an attempt has been made to specify how its fundamental nature is articulated and in what terms it can be applicable in our legal system.

49. In multilevel constitutionalism, Art. 10.2 SC must be the guiding principle for bringing the advances developed in the international arena into the domestic sphere. In this regard, the constitutional case law which holds that no new rights can be derived from the international interpretative openness *ex Art. 10.2 SC* does not prevent new manifestations of fundamental rights already enshrined in the SC from being given concrete expression in this way, as has been proven in relation to protection against noise.

Nowadays, the freedom to receive information cannot be understood without including access to public information as a manifestation of that freedom. This is not a new fundamental right, but a manifestation of Art. 20.1.d) in the context of the information society. In this sense, Article 105. b) SC must inevitably be linked to Article 20.1.d) SC (as has been done instrumentally for legal aid and effective judicial protection). Therefore, the fundamental right of access does not derive from Art. 10.2 SC, but from the relationship between Arts. 105 and 20 SC, which, logically, must be interpreted in accordance with Art. 10.2 SC. This link calls for a necessary update of the freedom to receive information in order to make this right effective in advanced technological and participatory democracies. To this end, the classical passive perspective of this freedom must shift towards opening up an active dimension to the search for information, in line with citizens' newfound prominence in the digital society.

50. Although legal developments have transcended the narrow confines of Art. 105.b) SC, access has been configured as an ordinary legal right, not regulated by an organic law. Therefore, it does not benefit from the system of guarantees inherent to it as a manifestation of Art. 20.1.d) SC, i.e. the normative and jurisdictional guarantees of Arts. 53.1 and 53.2 SC. However, the same cannot be said of the similar case of free legal aid which is regulated as a legal right by ordinary law and enshrined in Art. 119 SC, but which in the specific case of insufficient financial means constitutes a manifestation of effective judicial protection (as expressed in Art. 20.2 LOPJ).

51. The legal configuration of the law gives rise to a paradox. As it is recognised independently as a right not linked to Art. 20 SC, the legislator has not been constrained by the doctrine on freedom of information, nor by ECtHR case law, which has led to the fact that in Art. 17.3 LTAIBG it is not necessary to give reasons for the request, in order to justify its purpose.

However, if it were to be considered a fundamental right under Art. 20 SC, it would be reinforced by a regime of qualified guarantees, albeit conditioned in a more concentric sphere in which the ECtHR test criteria must be assessed, in accordance with the evolutionary interpretation of freedom of information. Here it should be remembered that the right of access to information is a manifestation of other fundamental rights that have not given rise to uncertainty. Such would be the case of political or trade union representatives, the fundamental nature of whose rights has been articulated through the LTAIBG DA1.

52. In order to articulate the thesis on the right of access to public information as a manifestation of Art. 20 SC in general, irrespective of any specific links with other fundamental rights, we must turn to the LTAIBG DA1. This makes it possible to articulate the LTAIBG with the access regime being a fundamental right. Moreover, it allows us to go a step further and raise the question: does the fundamental nature of the right of access *ex* Art. 20.1.d) SC apply generally in all cases or must it be adjusted to a series of requirements or specific cases? The second alternative is defended.

The LTAIBG DA1 provides for substituting the LTAIBG when there is a special applicable regime. DA1 calls for distinction between: A) An ordinary general right of access applicable in any case, regardless of ECtHR test criteria, which is protected by the provisions of the LTAIBG; B) A right of access to information qualified by the fact that it is instrumental to the exercise of other fundamental rights. In this way, the fundamental nature of the right of access to information in the case of political representatives has been articulated, substituting the LTAIBG, as there is a complete special regime that regulates access in this case. But what happens if a fundamental right is consistent with the LTAIBG but there is no complete special regime capable of displacing its application? Does the fundamental nature of that right go unrecognised on the basis that it is an applicable right under the ordinary prescriptions of the LTAIBG?

53. The answer must be no. The first question is answered with the example of trade union representatives requesting information under the LTAIBG. In this case, it is a fundamental right being exercised, but there is no comprehensive specific regime governing access to information. The LTAIBG then applies. The key is that it will be applied, without prejudice, subject to the regime of qualified guarantees which implies respect for the essential content of the right.

54. The same applies to the case of concurrence of Art. 20.1.d) SC with the LTAIBG. There is no specific regulation displacing the LTAIBG in this case, so the latter will continue to apply. However, what happens with the fundamental nature of freedom of information, which does not strictly speaking count as a special regime? It is recognised that it should be assessed as such, as noted by some Transparency Councils. The fundamental nature of a right should not go unrecognised under the ordinary prescriptions of the LTAIBG as the applicable general law, nor should the substantive and qualified regime of guarantees derived from the fundamental nature of a right be undervalued in the terms of DA1. In this case, whenever there is a right protected by the guarantees of Art. 53.1 and 53.2 SC, its essential content must be respected. Likewise, as it is directly binding on public authorities, its effectiveness should not depend on whether or not there is a law in existence, precisely because it is a fundamental right.

In this way, Art. 53.1 SC is established as the constitutional regime and the basis, through the LTAIBG DA1, for taking into account the specificity derived from the fundamental nature of access as a manifestation of the freedom of information in Art. 20 SC.

55. However, the question arises as to whether the right of access is a fundamental right because of its connection with Art. 20 SC in all cases and in favour of all persons. The right of access to public information is defended as a fundamental manifestation of the freedom to receive information, *ex* Art. 20.1.d) SC, in accordance with the internationally developed dimension of Art. 10.2 SC. It is meant to be recognised in favour of all persons and not only in favour of qualified individuals. However, according to ECtHR doctrine, its fundamental character is not upheld indiscriminately, but is subject to the conditions developed by the ECtHR.

Therefore, the LTAIBG provides for a protection regime, irrespective of the requirements of proof, based on the ordinary nature of the right, but this does not prevent reducing the scope in which it can and should have the nature of a fundamental right. To do so, we will

examine cases where access constitutes a democratic requirement for the implementation of the freedom to receive information, as defined by the ECtHR on the basis of its test of fundamental rights, i.e. purpose, public interest, role of the applicant and availability of information.

56. In cases where the ECtHR test criteria are not met, the LTAIBG will continue to apply, protecting access to information in the broadest sense as an ordinary legal right. In cases where these criteria are exceeded, Art. 105 SC will concur with Art. 20 SC via the LTAIBG DA1, which is then the qualifying core element in which the conditions of fundamentality developed by the ECtHR will have to be applied, taking into account the *Magyar* test criteria.

57. The position of some scholars who have criticised the ECtHR's test criteria as restrictive is not shared. Such criteria give a detailed picture of the essential democratic nuances inextricably linked to Art. 20 SC. Not everything has to be a fundamental right. Only when the test criteria are met does access to public information exhibit the true force of Art. 20 SC, linked as it is to the shaping of public opinion. In my view, only the criterion of the role of the applicant raises concerns. It makes no sense today to view the law from a formalistic perspective because of the role of the applicant. What is interesting is whether or not it contributes to the public debate as a social watchdog, which today can also be fulfilled by private individuals.

Having defended the fundamental nature of the right of access to public information as a manifestation of Art. 20.1.d) SC in the terms set out above, it is worth going a step further. In these cases, the special preferential position that the CC has established in its doctrine on freedom of information must be given due recognition, in the interests of balance, because of its democratic contribution to shaping public opinion.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en América latina: la acción constitucional de acceso a la información pública en el ecuador”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 16, 2018.

- “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Político*, nº 109, 2020.

ABAD ALCALÁ, L. “El acceso a la información pública en la Unión Europea y en el Consejo de Europa”, *Comunicación y Pluralismo*, nº 9, 2010.

AGUILAR CALAHORO, A. “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J., y BALAGUER CALLEJÓN, F (Coords.) *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017.

- “La aplicación nacional de la Carta de derechos fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 61, 2018.

- “La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 20, 2013.

- “La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011.

- *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

AGUILAR JUNCOSA, I. M. “Los riesgos de corrupción de los lobbies”, *Revista Española de Transparencia*, nº 12, 2021.

AHUMADA RUIZ, M. “La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones europeas. En busca del equilibrio”, en *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos*, XXV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

ALCARAZ RAMOS, M. “Algunas reflexiones sobre transparencia, democracia y ética pública”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. BERNAL PULIDO, C (trad.) 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. “Integración europea, reducción del Estado: de las limitaciones de soberanía de los ejecutivos nacionales al principio cooperativo entre el Estado constitucional y la Unión Europea”, en GORDILLO PÉREZ, L. I (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ALLAN, T. R. S. “The rule of law”, en DYZENHAUS, D., y THORBURN, M (Eds.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016

ALONSO GARCÍA, E. “La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 61, 1989.

ALONSO TIMÓN, A. J. “El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho”, en SORIANO GARCÍA, J. E (Dir.) ESTEPA MONTERO, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel, 2014.

- “Transparencia y buena gobernanza”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I y VIDAL PRADO, C (Coords.) *La Constitución Española 1978-2018*, Francis Lefevre, Madrid, 2018.

ÁLVAREZ CONDE, E. “El Derecho Constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, nº 88, 2013.

ÁLVAREZ CONDE, E., y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2019.

ÁLVAREZ RICO, M. “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Revista de Documentación Administrativa*, nº 183, 1979.

ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I. “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., y CORREAS SOSA, I. “Constitución de Letonia”, *Revista General de las Cortes Generales*, nº 65, 2005.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., y VIDAL PRADO, C (Coords.) *La Constitución Española 1978-2018*, Francis Lefevre, Madrid, 2018.

ALZAGA VILLAAMIL, O. *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Foro, Madrid, 1978.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho Europeo”, *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 3, 2013.

- “Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización”, *Revista Políticas Públicas*, vol. 5, nº 1, 2012.

ANTONINO DE LA CÁMARA, M. “Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 4, 2017.

ARAGÓN REYES, M. “Artículo 1”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dirs.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.

- *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

ARAGUÀS GALCERÀ, I. “Los límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la

información pública y buen gobierno, y en la legislación autonómica de transparencia”, en ARAGUÀS GALCERÀ, I., PÉREZ GARCÍA, I. L., ARTIGAS MONGE, R., et al. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2017.

ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013.

ARENA, G. “Transparencia administrativa y democracia”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 37, 1993.

ARENAS-DOLZ, F. “Por una democracia del conocimiento: compromiso cívico y participación política en la era de la conectividad”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

ARES GONZÁLEZ, V. “Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014.

- “Transparencia en la Unión Europea: una visión comparada. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, *Revista Participación Educativa*, nº 3, 2013.

ARIAS MALDONADO, M. “La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016.

ARNÁEZ ARCE, V. M. “Consideraciones sobre la eficacia del régimen jurídico de la transparencia pública en España”, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018.

ARNOLD, R. “Reflections on the Universality of Human Rights”, en ARNOLD, R (Ed.) *The Universalism of Human Rights*, Springer, 2013.

ARNOLD, R., FELDBAUM, E. “Aspects of Fundamental Rights Convergence in Europe with Some Comparative References to the Developments in Germany, United Kingdom and France”, en ARNOLD, R (Ed.) *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. “La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005.

- *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

ASÚNSOLO MORALES, C. R. “Los derechos humanos como límites al poder público y privado: otra vía de fundamentación”, *DIXI*, vol. 17, nº 22.

ATARAMA ROJAS, T. “Una propuesta para la delimitación del contenido constitucional del derecho a la comunicación en el Perú”, *Derecom*, nº 15, 2013.

AYALA GONZÁLEZ, R., y FERNÁNDEZ VELA, R. “Participación ciudadana en las leyes de transparencia de las Comunidades Autónomas”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto*.

Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, *Revista de Derecho Constitucional europeo*, nº 12, 2009.

- “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015.

AZURMENDI ADARRAGA, A. “De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información”, *Comunicación y Sociedad*, vol. XVIII, nº 2, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, F. “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en APARICIO, M. A (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la forma de Estado de la Universidad de Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001.

- “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson, 2008.

- “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 98, 2013.

- “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003.

- “Interpretación constitucional y populismo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 33, 2020.

- “La constitución del algoritmo”, ponencia presentada en las Jornadas “La Constitución del algoritmo”, *Fundación Manuel Giménez Abad*, 15 de abril de 2021. Disponible en: https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/documentacion/documentos/2021/20210421_dc_transcripcion_jornada_constitucion_algoritmo_es_o.pdf

- “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 13, 2010.

- “La Unión Europea frente al Brexit y otros procesos disgregadores en el contexto global”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., y TUDELA ARANDA, J (Coords.) *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2019.

- “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 30, 2018.

- “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007.

- “Redes sociais, companhias tecnológicas e democracia”, *Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, nº 2, 2020.

- “Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 32, 2019.

- “Relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.) CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR J. F., BALAGUER CALLEJÓN M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A. *Manual de Derecho Constitucional Vol. I. Constitución y Fuentes del Derecho. Derecho Constitucional Europeo. Tribunal Constitucional. Estado Autonómico*, (Decimosexta edición actualizada), Tecnos, Madrid, 2021
- “Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978”, *Revista de Derecho Político*, nº 27-28, 1988.
- “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013.
- *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1991.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Derecho de la información y de la comunicación*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- *Lecciones de Derecho Constitucional*, Universidad de Málaga, 2014.
- BALKIN, J. M. “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, *New York University Law Review*, vol. 79, nº 1, 2004.
- BALLESTER MARTÍNEZ, B. “La forja jurisprudencial del principio de transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A. “La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública, ¿el caballo de Troya de la transparencia?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 161, 2014.
- BALTHASAR, A. “Special Report: Access to Information Held by Public Authorities—Austria”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.
- BARBER, N. W. *The Principles of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BARRERO ORTEGA, A. “La transformación de la Constitución española a la luz del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 2008.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Ámbito subjetivo y objetivo”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- “El derecho de acceso a la información pública: algunas cuestiones claves en la aplicación de las leyes de transparencia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018.
- “El ejercicio del derecho y el régimen de impugnaciones”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- “Transparencia: ámbito subjetivo”, en GUICHOT, E (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

BARRERO, C., GUICHOT, E., y HORGUÉ, C. “Publicidad activa”, en GUICHOT, E (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

BARTLETT QUINTANILLA, P., DARBISHIRE, H., y PAVLOU, A. *Guía de acceso a los documentos de la UE. Acceso a la información de la Unión Europea*. Access Info, Madrid, 2013.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Libertades de expresión e información y medios de comunicación (prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998)*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

BASTIDA, F. J. “Artículo 20.1, 2 y 4”, en PÉREZ TREMP, P., y SAIZ ARNAIZ, A (Dir.) MONTESINOS PADILLA, C (Coord.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (Preámbulo a artículo 96). Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990.

BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

BAUZÁ MARTORELL, F.J. “La potestad sancionadora frente al incumplimiento de la normativa sobre acceso, transparencia y reutilización de la información”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

BERMEJO VERA, J. “El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 57, 1988.

BIGLINO CAMPOS, P. “Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017.

BILBAO UBILLOS, J. M. “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la Drittwirkung: una visión de conjunto”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 21, 2017.

BIRKINSHAW, P. “Freedom of information and openness: fundamental human rights?”, *Administrative Law Review*, vol. 58, nº 1, 2006.

- *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal*, fourth Edition, Cambridge University Press, 2010.

BLANCO ALFONSO, I. “Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública. Una aproximación desde la fenomenología”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 187, 2020.

BLANES CLIMENT, M. A. “¿No querían transparencia? Tomen 11 leyes”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

- “La incidencia del Covid-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 11, 2020.

- “Sin transparencia no hay democracia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 8, 2014.

- *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

BLASCO DÍAZ, J. L. “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

BOIX PALOP, A. “Transparencia, participación y procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias para un modelo de open government”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y Oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

BRADLEY, A.W., EDWING, K. D., y KNIGHT, C. J. S. “The rule of law”, en BRADLEY, A.W., EDWING, K. D., y KNIGHT, C. J. S. *Constitutional and administrative law*, 7ªed, Pearson, Harlow, United Kingdom, 2018

BRAGE CAMAZANO, J. “Aproximación a una Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005.

BRANDEIS, L. *Other's people money: and How the Bankers Use It*, New York: Frederick Stokes, 1914.

BRASIL MENEZES, P. *Diálogos judiciais entre Cortes Constitucionais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020.

BRITAIN, S. “The Relationship Between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: an Originalist Analysis”, *European Constitutional Law Review*, vol. 11, nº 3, 2015.

BUSTOS GISBERT, R. “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

- “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95, 2012.

- *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

BUSTOS GISBERT, R., y ORZA LINARES, R. M. “Los derechos fundamentales de la comunicación y sus límites”, en TORRES LÓPEZ, M., SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., ROZADOS OLIVA, M (Dirs.) *Elementos para el estudio del Derecho de la Comunicación*, Tecnos, 2014.

CAAMAÑO, F. “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007.

CABRERA MARTÍN, M. “Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-agosto 2017”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, 2017.

CALLEWAERT, J. “Do we still need article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences”, *Common Market Law Review*, nº 55, 2018.

CÁMARA VILLAR, G. “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la constitución española”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.) CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR J. F., BALAGUER CALLEJÓN M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A. *Manual de Derecho Constitucional. Vol.II Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2021.

- “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, nº 93.

CAMPOS ACUÑA, M. C. “Implantación de la Ley 19/1013 ¿Cirugía o maquillaje? Claves para el diseño de una estrategia de transparencia”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 18, 2015.

CANOSA USERA, R. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/9.pdf>

- “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007.

- “La interpretación evolutiva del Convenio europeo de derechos humanos”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

CAPODIFERRO CUBERO, D. “La libertad de información frente a internet”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017.

CARBONELL SÁNCHEZ, M. “El derecho de acceso a la información como derecho fundamental”, en LÓPEZ-AYLLÓN, S. *Democracia, transparencia y constitución. Propuestas para un debate necesario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

CÁRDABA PÉREZ, A. “La construcción social del open government como un nuevo paradigma de gobernanza”, en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

CARLONI, E. “El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia. Características, tendencias y problemas abiertos”, *Revistas online INAP*, nº 7, 2017.

- “Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall’accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni”, *Diritto pubblico*, nº 2, 2005.

CARMONA CONTRERAS, A. “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 107, 2016.

CARRASCO DURÁN, M. “Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la declaración de derechos contenida en la Constitución”, en GORDILLO PÉREZ, L.

I (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CARRILLO, M. “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988.

- “Los Derechos Humanos en la jurisdicción española”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 276, 2020.

- “Transparencia y derechos de acceso a la información en las administraciones públicas”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 17, 2015.

CASADO CASADO, L. “Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: veinte años del convenio de Aarhus”, *Revista catalana de dret ambiental*, vol. IX, nº 1, 2018.

CASCAJO CASTRO, J. L. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, Biblioteca jurídica online del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2560/12.pdf>

CASTELLÀ ANDREU, J. M. “Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del parlamento a la sociedad”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013.

- “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en APARICIO, M. A (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la forma de Estado de la Universidad de Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001.

CASTELLS ARTECHE, J. M. “El derecho de acceso a la documentación administrativa en la actualidad”, *Bilduma: Revista del Servicio de Archivo del Ayuntamiento de Errenteria* nº 8, 1994.

- “El marco actual del derecho de acceso a la documentación administrativa”, *Revista catalana d'Arxivística*, nº 3, 1991.

CASTELLS, M. “¿Hacia el Estado red?, globalización económica e instituciones políticas en la era de la información”, ponencia presentada en el «*Seminario sobre sociedad y reforma del estado*», organizado por el Ministerio da Administração Federal e Reforma Do Estado, Republica Federativa do Brasil, São Paul, 26 de marzo de 1998.

- “Globalización, sociedad y política en la era de la información”, *Bitácora Urbano-Territorial*, vol. 4, nº 1, 2000.

- “Tecnologías de la información y la comunicación y desarrollo global”, *Revista de Economía Mundial*, nº 7, 2002.

- *Comunicación y Poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

- *De la crisis económica a la crisis política. Una mirada crítica*, La Vanguardia, Barcelona, 2016.

- *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol II. El poder de la identidad* (2ª ed.), Alianza Editorial, Madrid, 2003.

CATALÀ IBAS, A. “Diálogo entre tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, 2016.

CEBRIÁN ZAZURCA, E. “El impacto de internet en el estado democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016.

CENDEJAS JÁUREGUI, M. “El derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Derecho Comparado de la Información*, nº 15, 2010.

CERIONI, M. “El ciudadano-usuario de las informaciones públicas. El caso de una exosmosis dogmática en el ordenamiento constitucional italiano”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 10, 2015.

- “El ciudadano-usuario de las informaciones públicas. El caso de una exosmosis dogmática en el ordenamiento constitucional italiano”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 10, 2015.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El uso de los medios electrónicos en la difusión de información pública”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

- “La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa”, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. 188, nº 756, 2012.

- “Publicidad y transparencia en el Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 45, 1998.

CHINCHILLA MARÍN, M. C. *La Radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.

CHOFRE SIRVENT, J. “El Parlamento Europeo y el déficit de partidos políticos: el protagonismo de los grupos políticos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. “Estado democrático, participación ciudadana y control de la administración”, en SORIANO GARCÍA, J. E (Dir.) ESTEPA MONTERO, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel, 2014.

CORCHETE MARTÍN, M. J. “Artículo 105”, en PÉREZ TREMP, P., y SAIZ ARNAIZ, A. (Dirs.) MONTESINOS PADILLA, C (Coord.) *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (Preámbulo a artículo 96). Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- “Nuevas experiencias de la democracia en la ciudad: de la gobernanza al buen gobierno”, en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CORREDOIRA Y ALFONSO, L., y SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. “La compleja configuración de un derecho-libertad poliédrico, el derecho a la información. Referencias históricas”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017.

COSTA-SÁNCHEZ, C., y LÓPEZ-GARCÍA, X. “Comunicación y crisis del coronavirus en España. Primeras lecciones”, *El profesional de la información*, vol. 29, nº 3, 2020.

COTINO HUESO, L. “Criterios relevantes e innovadores del Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 9, 2019.

- “Del “deber de publicidad” de Brandeis al “Open Government” de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías”, en ESCOBAR ROCA, G (Ed.) *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013.
 - “Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monografías XIV, 2013.
 - “El avanzado reconocimiento y regulación del derecho acceso a la información pública y la transparencia en Iberoamérica (y su brecha con la realidad)”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 14, 2017.
 - “El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.
 - “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 40, 2017.
 - “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías” en GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., y RUBIO NÚÑEZ, R (Coords.) PENDÁS GARCÍA, B (Dir.) *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*. Vol. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
 - “La nueva ley de transparencia y acceso a la información”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, nº 7, 2014.
 - “Los derechos fundamentales de acceso a la información pública, sus límites y la supletoriedad de la legislación general de transparencia”, en COTINO HUESO, L., y BOIX PALOP, A. *Los Límites al Derecho de Acceso a la Información Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
 - “Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución europea y en la realidad de su ejercicio”, en CARRILLO, M., y LÓPEZ BOFILL, H. *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2006.
- COUSIDO, P. “Naturaleza y constitucionalidad del derecho a la información”, en BEL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., y COUSIDO, P. *Derecho de la Información (I). Sujetos y medios*, Colex, Madrid, 1992.
- CRUZ VILLALÓN, J. “La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral”, *Temas Laborales*, nº 145, 2018.
- “Human Rights in Europe: the Crowded House”, *King’s College London, Center of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012*. Disponible en: <https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/research/CELWPEL012012FINAL.pdf>
 - “Qué hacer con la Carta: Rubio Llorente en diálogo con la CDFUE”, en BIGLINO CAMPOS, P., y BASTIDA FREIJEDO, F. J (Coords.) *Reflexiones sobre la forma del poder. Estudios sobre la obra de Francisco Rubio Llorente*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

- CUENCA GÓMEZ, P. “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, versión electrónica, nº 12, 2012.
- CURTIN, D. M. “Citizens’ fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?”, *Common Market Law Review*, nº 37, 2000.
- DARBISHIRE, H. “Ten challenges for the right to information in the age of mega-leaks”, en MCGONAGLE, T., DONDERS, Y. *The United Nations and Freedom of Expression and Information*, Cambridge University Press, 2015
- DE ASÍS, R. *Paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DE CABO MARTÍN, C. “Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009.
- DE CARRERAS, F. “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 60, 2000.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. “Introducción”, en DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., y TARÍN QUIRÓS, C (Coords.) *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014.
- DE LA OLIVA, A. “Límites constitucionales a la obtención y uso de la información”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 6, 1984.
- DE LA SERNA BILBAO, M, N. “Artículo 19. Tramitación”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.
- DE LUCAS MARTÍN, J. “La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?”, en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y ORTS BERENGUER, E (Dirs.) CUERDA ARNAU, M. L (Coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE MARIANO SÁNCHEZ-JÁUREGUI, M. J. “Artículo 6. Información institucional, organizativa y de planificación”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.
- “Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. “Las transformaciones de la democracia contemporánea y el pensamiento de Manuel García-Pelayo”, *Revista de Derecho Político*, nº 75-76, 2009.
- “Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “Los derechos y las libertades públicas (II)”, en ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. *Lecciones de Derecho Constitucional*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DE VERGOTTINI, G. “El diálogo entre Tribunales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011.

DE WITTE, B. “The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of justice”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Dir.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011.

DEBBASCH, C. “Introduction”, en *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990.

DÍAZ REVORIO, F. J. “Democracia, representación y participación ciudadana, a la búsqueda de un equilibrio que la Constitución no logró”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018.

DÍEZ BUESO, L. “La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, 2002.

DÍEZ-PICAZO, L. M. “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006.

DROMI, R. *Política pública de la comunicación: acceso social a la información veraz*, Buenos Aires, Hispania Libros, 2009.

DURO CARRIÓN, S. “Los valores y principios constitucionales como límites a la actuación de los poderes del estado y la función pública”, *Revista de Derecho Político*, nº 111, 2021.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

ELENA CÓRDOBA, A. “Fortalecimiento de la posición del ciudadano”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

ELÍAS MÉNDEZ, C. “Current trends and perspectives regarding constitutional jurisdiction in the Member States of the Eu”, *Rivista di Studi Politici Internazionali*, vol. 80, nº 4, 2013.

- “El marco institucional de la Unión Europea”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y ELÍAS MÉNDEZ, C. *El Derecho Constitucional Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

- “La jurisdicción constitucional en los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011.

EMBID IRUJO, A. *El ciudadano y la Administración. (Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. “El nuevo derecho de acceso a la información pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2014, (acceso al recurso en su versión online).

ERRERA, R. “Freedom of speech in Europe”, en NOLTE, G (Ed.) *European an US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una jurisdicción en permanente reforma”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 67, 2020.

ESCOBAR ROCA, G (Dir.) *Transparencia e Información Pública*, XIII Informe sobre Derechos Humanos, Federación Iberoamericana de Ombudsmán, Trama Editorial, Madrid, 2015.

- “Derechos y principios constitucionales de la comunicación pública en el ciberespacio”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

- *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ESPÍN, E. “Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información”, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., *et tal. Derecho Constitucional. Vol I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016.

Federación Española de Municipios y Provincias. “¿Qué es información pública?”, en *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Federación Española de Municipios y Provincias. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental”, en *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Federación Española de Municipios y Provincias. “Los datos de carácter personal como límite al derecho de acceso a la información pública”, en *Comentarios sobre aspectos clave en materia de acceso a la información pública*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Federación Española de Municipios y Provincias. *Guía de procedimiento de acceso a la información pública local*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

FENSTER, M. “The opacity of Transparency”, *Iowa Law Review*, vol. 91, nº 3, 2006.

FERNÁNDEZ DEL TORCO, A., y DE PEDRO GARCÍA, C. “El acceso de los ciudadanos a los archivos”, *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, nº 3-4, 1999.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. “Artículo 12. Derecho de acceso a la información pública”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

- “Artículo 13. Información pública”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

- “Derecho de acceso a la información pública: naturaleza, sujetos activos y ordenación”, en TRONCOSO REIGADO, A (Dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017.

- “El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia en el sector público. Problemas y disfunciones”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

- “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 13, 2017.

- “El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 4, 2017.

- “La transparencia administrativa como moderna exigencia democrática”, en ZAMBONINO PULITO, M (Dir.) ABOULAS, H., y TEIJEIRO LILLO, M. E (Coords.) *Gobernanza, Derecho Administrativo y políticas públicas en España y Marruecos*, Dykinson, Madrid, 2014.

- “La transparencia administrativa en Portugal. Una referencia para el Derecho Administrativo español”, *Revista de Administración Pública*, nº 163, 2004.

- “La transparencia pública: pasado, presente y futuro”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 51, 2018.

- “Los órganos de garantía ante la revisión judicial de su actuación”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 7, 2018.

- *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., PÉREZ MONGUIÓ, J. M. *El derecho de acceso a la información pública en España*, 2ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2021.

- *El derecho de acceso a la información pública en España*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2017.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. “Procedimiento administrativo e información del sector público”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y SIERRA RODRÍGUEZ, J. “Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva Época*, nº 11, 2019.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La evolución del constitucionalismo en España: de la polarización a la integración”, *THEMIS, Revista de Derecho*, nº 14, 1989.

FERNÁNDEZ VIVAS, Y. “Debatiendo: La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, 2015.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., y GARCÍA SANZ, M. “Artículo 20: libertad de expresión y derecho de información”, en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23 de la Constitución española de 1978*, Edersa, 2006.

FERRAJOLI, L. “Libertad de información y propiedad privada”, en CARBONELL, M (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Editorial Porrúa, México, 2004.

- *Derechos y garantías. La ley del más débil* (7ª ed.), Trotta, Madrid, 2010.

- *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez., Trotta, Madrid, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, E., y QUERALT JIMÉNEZ, A. “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?, en GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E (Eds.) *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2017.

FIGUEROA DOMÍNGUEZ, M. V. “Artículo 10. Portal de la Transparencia”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

FLORES ANARTE, L. “Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero”, *Estudios de Deusto*, vol. 68, nº 1, 2020.

FLORES MARTÍNEZ, A. “Nuevo criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Constitución Española”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 24, 2011.

FOSSAS ESPADALER, E. “«Cosa interpretada» en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82 (2), 2008.

FREIXES SANJUÁN, T. “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en FREIXES SANJUÁN, T., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y ROVIRA VIÑAS, A (Dirs.) *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos. Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “Los derechos fundamentales: el enfoque multinivel”, en FREIXES SANJUÁN, T., y GAVARA DE CARA, J.C. *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Primera*, BOE, Madrid, 2016.

FREIXES SANJUÁN, T., y REMOTTI CARBONELL, C. “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992.

FRIEDRICH, C. H. *Constitutional Government and Democracy*, tomo I, en la versión en castellano, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

FROSINI, V. “El horizonte jurídico de internet”, traducido por SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 28, 2017.

GALDÁMEZ MORALES, A. “Derecho a la verdad y cánones de veracidad”, *Estudios de Deusto*, vol. 69, nº 2, 2021.

- “Posverdad y crisis de legitimidad: el creciente impacto de las fake news”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 8, 2019.

GALERA VICTORIA, A. “Las estrategias de la Unión Europea ante los retos de la globalización”, en BALAGUER CALLEJÓN, F., y TUDELA ARANDA, J (Coords.) *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2019.

GAMBINO, S. “Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo”, traducido por FALBO, A., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 28, 2017.

GARCÍA COSTA, F. M. “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones”, *Revista de Administración Pública*, nº 100, 1983.

- “El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, 2003.

GARCÍA GUERRERO, J. L. “La desconstitucionalización de la Constitución económica española”, en GORDILLO PÉREZ, L. I (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GARCÍA MACHO, R. “El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- “La transparencia en el sector público”, en BLASCO ESTEVE, A (Coord.) *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2012.

GARCÍA MUÑOZ, Ò. “La protección de los datos de carácter personal”, en *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.

GARCÍA ROCA, J. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 30, 2012.

- “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, en GARCÍA ROCA, J., y CARMONA CUENCA, E. (Eds.) *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2017.

- “La transformación del Convenio europeo de derechos humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 18, 2018.

- “Los riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 106, 2019.

- “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

- *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

GARCÍA SANZ, R. M. “La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, nº 106, 2019.

GARCÍA TOMA, V. “Valores, principios, fines e interpretación constitucional”, *Derecho & Sociedad*, nº 21, 2003.

GARMENDIA PÉREZ, G. “Control cívico de la transparencia”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015

GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980.

GARRIDO GÓMEZ, M. I. “El principio democrático en el constitucionalismo y su plausibilidad”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I., y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J (Eds.) *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Comares, Granada, 2014.

GARROS FONT, I. “La intimidad y los demás derechos privados legítimos”, en *Los Límites al derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

GARTON ASH, T. *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Atlantic Books, 2016.

GAVARA DE CARA, J. C. “Los derechos fundamentales: valoración y posibles modificaciones”, en FREIXES SANJUÁN, T., y GAVARA DE CARA, J. C. *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte Primera*, BOE, Madrid, 2016.

GAVENTA, J., MCGEE, R, *et al.* “Review of impact and effectiveness of transparency and accountability initiatives: Synthesis Report”, Prepared for the Transparency and Accountability Initiative Workshop, *Institute of Development Studies*, 2010.

- “The Impact of Transparency and Accountability Initiatives”, *Development Policy Review*, vol. 31, S1, 2013.

GIFREU FONT, J. “La configuración del derecho de acceso a la información pública de los electos locales en el marco de la normativa sobre transparencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 181, 2016.

GIL-LEIVA, I., y MOYA MARTÍNEZ, G. “El acceso a la información pública: estudio de casos de Brasil, España y Portugal”, *Informação & Sociedade: Estudos*, vol. 21, nº 1, 2011

GIMENO FELIU, J. M. “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, nº 9, 2019.

- “La crisis sanitaria covid-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ejemplar dedicado a Coronavirus y otros problemas, nº 86-87, 2020.

GIRÓN REGUERA, E. “Artículo 5. Principios generales”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

GOMES CANOTILHO, J. J. “El principio democrático. Entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “El recurso al art. 10.2 CE como paradigma de los dos Tribunales Constitucionales”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, nº 5, 2017.

- “Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después”, *Estudios de Deusto*, vol. 54, nº 1, 2006.

GÓMEZ MONTORO, A. J. “La obsolescencia de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 115, 2019.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “La sociedad de la información en Europa (I), en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

- *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 4ª edición, Sanz y Torres, Madrid, 2018.

- “El Derecho Constitucional Europeo y el proceso de integración europea: paz, democracia y globalización”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., y ELÍAS MÉNDEZ, C. *Derecho Constitucional Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 8, 1976.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N. “Artículo 42. Derecho de acceso a los Documentos”, en MANGAS MARTÍN, A (Dir.) y GONZÁLEZ ALONSO, L. N (Coord.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVAA, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. A. “El acceso de los ciudadanos a la información administrativa”, *Actualidad Administrativa*, nº 10, 2009.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M. “La sociedad de la información en Europa (II), en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J. “Algunas reflexiones en torno al Derecho contemporáneo y la globalización”, en BAYOD LÓPEZ, C (Dir.) *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GRIMMELIKHUIJSEN, S., PORUMBESCU, G., HONG, B., e IM, T. “The Effect of Transparency on Trust in Government: A Cross-National Comparative Experiment”, *Public Administration Review*, vol. 73, nº 4, 2013.

GUICCIARDINI, F. *Ricordi*, Letteratura italiana Einaudi, Edizione di riferimento a cura di Giorgio Masi, Mursa, Milano, 1994.

GUICHOT, E. “Transparencia versus protección de datos”, en BLANCO ESTEVE, A (Coords.) *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

- “El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia”, *Reala. Nueva Época*, nº 8, 2017.

- “Nuevos retos de la transparencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 49, 2019.

- “Cuestiones generales” en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Revista Derecho Comparado de la Información*, nº 19, 2012.

- “Ejercicio del derecho de acceso a la información pública y régimen de impugnaciones”, en WENCES, I., KÖLLING, M., y RAGONE, S (Coords.) *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

- “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en GUICHOT, E (Coord.) *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

- “El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en GUICHOT, E (Coord.) BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
 - “Límites a la transparencia y el acceso a la información”, en GUICHOT, E. (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
 - “Límites”, en GUICHOT, E., y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
 - “Regulaciones especiales”, en GUICHOT, E y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *El derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
 - “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, *Documento de trabajo 170/2011*, Fundación Alternativas, 2011.
 - “Transparencia: aspectos generales”, en GUICHOT, E. (Coord.), BARRERO, C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., *et al. Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.
 - *Transparencia y acceso a la información pública en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Madrid, 2011.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. “Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J., y BALAGUER CALLEJÓN, F (Coords.) *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
 - “La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 20, 2013
 - “Spain. The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental rights of the European Union on Spanish constitutional law: make a virtue of necessity”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Dirs.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2001.
- GUILLEN, A., SÁENZ, K., BADI, M.H., y CASTILLO, J. “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”, *Daena: International Journal of Good Conscience*, vol. 4, nº 1, 2009.
- GUTIÉRREZ DAVID, E. “Derecho de acceso a la información pública”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, 2014.
- GUTIÉRREZ, A. “Tres años de la ley de transparencia: Perspectiva de una activista”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 5, 2017.
- HÄBERLE, P. “El constitucionalismo como proyecto científico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 29, 2018.
- “La sociedad abierta de los interpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”, *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, nº 11, 2008.

HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1994.

HALFELD REZENDE RIBEIRO, J. H. “Transparency as a paradigm for democracy under the Rule of Law”, *International Journal of Open Government*, nº 7, 2018.

HERNÁNDEZ DÍEZ, J. “Artículo 11. Principios Técnicos”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

HERNÁNDEZ GODINEZ, A. *El acceso a la información pública. Evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación*, [Tesis doctoral], Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2010.

HERNÁNDEZ RAMOS, M. “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del Convenio desde la teoría general de los derechos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E., y MORENO MARTÍNEZ, C. “La transparencia pública en el escenario post COVID-19: hoja de ruta para una Administración más abierta”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 13, 2021.

HERRERA, C. M. “Los derechos sociales y los fundamentos del constitucionalismo democrático”, en GARRIDO GÓMEZ, M. I., y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J (Eds.) *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Comares, Granada, 2014.

HESSE, K. “Límites de la mutación constitucional”, en HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional* (Eds. CRUZ VILLALÓN, P., AZPITARTE SÁNCHEZ, M). Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

HINS, W., VOORHOOF, D. “Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights”, *European Constitutional Law Review*, nº 3, 2007.

HOFFMANN-RIEM, W. “La dimensión jurídico-objetiva de la libertad de información y comunicación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, 2006.

- *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Civitas, Navarra, 2018.

IBÁÑEZ GARCÍA, I. “Derecho de acceso a la información pública (arts. 12 a 24)”, en DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., y TARÍN QUIRÓS, C (Coords.) *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2014.

INNERARITY, D. *Comprender la democracia*, 2ª edición. Gedisa, Barcelona, 2018.

- *La política en tiempos de indignación*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015.

- *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020.

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid, 2016.

ISENSEE RIMASSA, C., y MUÑOZ SEVERINO, J. “Acceso a la información pública y principio de transparencia. Concepto, bloque de constitucionalidad y test de proporcionalidad”, *Derecho y Justicia*, nº 3, 2013.

J. DE GRAAF, K., T. MARSEILLE, A., D. TOLSMA, H. “Transparency and Access to Government Information in the Netherlands”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

JACOBS, F.G. “Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: The European Court of Justice”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, nº 3, 2003.

JEGOUZO, Y. “El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos”, *Documentación Administrativa*, nº 239, 1994.

JIMENA QUESADA, L. “Afectación de la integración económica y la globalización a los valores y al Estado social”, en GARCÍA GUERRERO, J. L., y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L (Dir.) *Constitucionalizando la globalización. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- “La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: Signo de madurez constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018.

- “Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humanos”, en ALÁEZ CORRAL, B (Coord.) *Reforma Constitucional y defensa de la democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

JIMÉNEZ PLAZA, M. I. “La Disposición Adicional 1ª de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho de acceso a la información por los concejales: reflexiones sobre el régimen de tutela”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 49, 2018.

- *El derecho de acceso a la información municipal*, Iustel, Madrid, 2006.

JOSHI, A. “Do They Work? Assessing the Impact of Transparency and Accountability Initiatives in Service Delivery”, *Development Policy Review*, vol. 31, S1, 2013.

KAUFMAN, E. “Redes, medios, violencia y democracia. Escenarios de debilitamiento institucional y desconfianza ciudadana”, *Derecom*, nº 25, 2018.

KAYE, D. “Challenges to Freedom of Information in the Digital Age”, *Journal of International Media and Entertainment Law*, vol. 7, nº 2, 2017-2018.

KESSLER, A. S. “Representative versus direct democracy: The role of informational asymmetries Public Choice”, *Public Choice*, vol. 122, nº 1, 2005.

KEUNEN, S., VAN GARSSE, S. “Access to Information in Belgium”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

KONNICKX FRASQUET, A. “Información y participación ciudadanas”, en ZABALLOS DOMINGO, M. J (Coord.) *Comentarios a la Ley Básica de Régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local)*, Civitas, Madrid, 2003.

KOOIMAN, J. “Social-political governance: introduction”, en KOOIMAN, J (Ed.) *et al. Modern governance. New government-society interactions*, SAGE Publications, London, 1993.

LAFUENTE BENACHES, M. M. “Publicidad activa y medios propios de la Administración Pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 45, 2017.

- LAPORTA, F. J. “El derecho a informar y sus enemigos”, en CARBONELL, M (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. “Notas sobre el Derecho Administrativo de la información”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LAZKANO BROTONS, I. “El derecho a recibir información administrativa local”, *Mediatika*, nº 11, 2005.
- LIFANTE VIDA, I. *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra Editores, Lima, 2021.
- LIMA DE ARRUDA, C. S. “Direito à informação: requisito do devido processo legal em um Estado democrático de Direito”, *Páginas a&b: arquivos e bibliotecas*, 3ª série, nº 6, 2016.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J. “Transparencia y corrupción. Un análisis desde la sociedad civil”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015.
- LOBATO GÓMEZ, J. M., y CARPINTERO SUÁREZ, A. “Artículo 9. Control”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. “El Derecho primario de la UE. La protección de los derechos fundamentales en la UE”, en LÓPEZ CASTILLO, A (Dir.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. II, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “Encuesta sobre la reforma de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, 2012.
- “La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 5, 2003.
- “Sobre la reforma de la Constitución. Una visión de conjunto”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, nº 23, 2014.
- LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática”, *Estudios de Deusto*, vol. 66, nº 2, 2018.
- LÓPEZ GARCÍA, G., y BOIX PALOP, A. “Derecho y cuarto poder en la era digital”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 130, 2005.
- LÓPEZ GUERRA, L. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013.
- “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
- LÓPEZ PINA, A. Prólogo a HOFFMANN-RIEM, W. *Big Data. Desafíos también para el Derecho*. [Traducido por KNÖRR ARGOTE, E.], Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2018.
- LOR, P. J., y BRITZ, J. J. “Is a knowledge society possible without freedom of access to information?”, *Journal of Information Science*, vol. 33, nº 4, 2007.

MAGALLÓN ROSA, R. *Desinformación y pandemia. La nueva realidad*. Ediciones Pirámide, 2020.

MAGRI, M. “Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale”, *Istituzioni del federalismo, rivista di studi giuridici e politici*, nº 2, 2013.

MANGANARO F “Trasparenza e obblighi di pubblicazione”, *Nuove autonomie, Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3, 2014.

- “L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa”, en *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, vol. II. Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012.

MARGETTS, H. “The Internet and Transparency”, *The Political Quarterly*, vol. 82, nº 4, 2011.

MARIQUE, Y., y SLAUTSKY, E., “Freedom of Information in France: Law and Practice”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

MARTÍN DELGADO, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, *XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 2016.

- “La configuración legal de los Consejos Autonómicos de transparencia: algunos riesgos para el ejercicio de su función de control”, *Dilemata, Revista Internacional de éticas aplicadas*, nº 27, 2018.

- “Transparencia, reutilización y datos abiertos. Algunas reflexiones generales sobre el acceso libre a la información pública”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MARTIN LIPSET, S. “Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy”, *The American Political Science Review*, vol. 53, nº 1, 1959.

MARTÍN MORALES, R. “La fragmentación del espacio público en los sistemas democráticos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 36, 2022.

MARTÍN NÚÑEZ, E. “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre la participación política”, *Revista catalana de dret públic*, nº 37, 2008.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. “Artículo 42. Derecho de acceso a los documentos”, en LÓPEZ CASTILLO, A (Dir.) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. *Administración Pública Electrónica*, Civitas, Pamplona, 2009.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.)

Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MATHIESEN, K. "Access to information as a human right", *SSRN Electronic Journal*, nº 7, 2008.
MATIA PORTILLA, E. "Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 42, 2017.

MATÍA PORTILLA, F. J. "De primacía, derechos y tribunales", en GORDILLO PÉREZ, L.I. (Coord.) *Constitución Española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la Integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MCGONAGLE, T. "The development of freedom of expression and information within the UN: leaps and bounds or fits and starts?", en MCGONAGLE, T., DONDEERS, Y, *The United Nations and Freedom of Expression and Information*, Cambridge University Press, 2015.

MEDINA GUERRERO, M. "Artículo 7. Información de relevancia jurídica", en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

MEIJER, A. "Understanding modern transparency", *International Review of Administrative Sciences*, vol. 75, nº 2, 2009.

- "Understanding the Complex Dynamics of Transparency", *Public Administration Review*, vol. 73, nº 3, 2013.

MENDEL, T. *Libertad de Información: Comparación Jurídica*, 2ª ed, UNESCO, París, 2008.

MÉNDEZ JUEZ, M. "Transparencia pública en la regeneración democrática: La necesidad de visibilizar las agendas institucionales en España", *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, vol. 4, nº 1, 2017.

MERCADO PACHECO, P. "Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 9, 2005.

MESEGUER YEBRA, J. "Artículo 22. Formalización del acceso", en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

- "El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014.

- "Las "mejoras" autonómicas en la regulación del derecho de acceso a la información pública", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 90, 2014.

MESTRE DELGADO, J. F. "Artículo 105", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.

- *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993.

- *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1998.

MIR PUIGPELAT, O. "El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma", *Revista catalana de dret públic*, nº 55, 2017.

MOCK, W. “On the centrality of information law: a rational choice discussion of information law and transparency”, *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, vol. 17, nº 4, 1999.

MONEREO PÉREZ, J. L., y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “Obligaciones e interpretación (Artículo 1), en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L (Dir.) *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017.

MONGE ANTOLÍN, V. “La banalización del discurso de la transparencia en la sociedad de la información”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 15, 2018.

MONTESINOS PADILLA, C. *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal: el caso español*, Tirant lo Blanch, 2017.

MONTILLA MARTOS, J. A. “El derecho a la reagrupación familiar”, en AJA, E. (Dir.) *Los derechos de los inmigrantes en España*, Instituto de Derecho Público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006.

- “Libertad de expresión”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.) CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR J. F., BALAGUER CALLEJÓN M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A. *Manual de Derecho Constitucional Vol. II. Derechos y Libertades fundamentales, Deberes Constitucionales y Principios Rectores. Instituciones y Órganos Constitucionales*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2021.

- “Transparencia y acceso a la información pública en España”, en WOLFGANG SARLET, I., MONTILLA MARTOS, J.A., y LINDEN RUARO, R (Coords.) *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2016.

- *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002.

- *Reforma federal y estatutos de segunda generación. Los estatutos de autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- “La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018.

MORENO GÓNZALEZ, G. “El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional”, *Euromía: Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8, 2015.

MORENO SARDÀ, A. “Transparencia y calidad humana de la información: un cambio de paradigma”, *La Ley*, nº 6632/2019, 2019.

MORETÓN TOQUERO, A. “Artículo 23. Recursos”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

- “Los límites del derecho de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014.

MORLEY, D. *Medios, modernidad y tecnología. Hacia una teoría indisciplinaria de la cultura*, Gedisa, Barcelona, 2008.

MUELLER, C.E., ENGEWALD, B., y HERR, M. “Freedom of Information in Germany”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

MUÑOZ MACHADO, S. “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”, *Revista de Administración Pública*, nº 34, 1977.

- *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.

MUÑOZ SORO, J. F., y BERMEJO LATRE, J. L. “La redefinición del ámbito objetivo de la transparencia y el derecho de acceso a la información del sector público”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*. Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

MUÑOZ-MACHADO CAÑAS, J. “Noticias falsas. confianza y configuración de la opinión pública en los tiempos de internet”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ejemplar dedicado a Coronavirus y otros problemas, nº 86-87, 2020.

NAIB, S. *The Right to Information Act 2005: A Handbook*, Oxford University Press, 2011.

NAVAS CASTILLO, A., y NAVAS CASTILLO, F. “El derecho de información de los ciudadanos en el ámbito parlamentario”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

NAVAS CASTILLO, F. “Libertad de expresión y derecho a la información”, en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

NEAMTU, B., C. DRAGOS, D. “Freedom of Information in the European Union: Legal Challenges and Practices of EU Institutions”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

Normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016.

NORRIS, P. “Electoral Transparency, Accountability, and Integrity”, en NORRIS, P., y NAI, A (Eds.) *Election Watchdogs: Transparency, Accountability and Integrity*, Oxford University Press, 2017.

NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A. “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, *Revista de Derecho UNED*, nº 3, 2008.

O’NEILL, O. *A question of trust*, The BBC Reith Lectures, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

OLIVER, P. “The protection of privacy in the economic sphere before the European Court of Justice”, *Common Market Law Review*, nº 46, 2009.

OLIVER, R. *What is Transparency?*, McGraw-Hill, 2014.

OLLERO TASSARA, A. “Diálogo de tribunales en el marco europeo”, en DE LUCAS MARTÍN, J., VIDAL GIL, E., FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., y BELLVER CAPELLA, V (Coords.) *Pensar en el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompарт*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

OLMEDO PALACIOS, M. “La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Diario la Ley*, nº 8237, 2014.

ORDOÑEZ SOLÍS, D. “La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, 2015.

ORDUÑA MORENO, F. J (Dir.) SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R (Coords.) *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *El derecho a la comunicación*, 3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2017.

- *Retos de la libertad de información*, Dykinson, Madrid, 2017.

- “Derecho a la información: balance y cuestiones pendientes”, *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017.

OTERO PARGA, M. “El compromiso con la transparencia. Especial referencia a la realidad gallega”, *Derechos y Libertades*, nº 39, Época II, 2018.

PALOMAR OLMEDA, A. “Artículo 105”, en CAZORLA PRIETO, L. M (Dir.) PALOMAR OLMEDA, A (Coord.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Arts. 97 a Disp. Final*, Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

- “El control judicial de las decisiones en materia de transparencia administrativa”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014.

PALOMARES HERRERA, M. “A vueltas con los límites al derecho de acceso a la información pública en España: mención especial a la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46, 2017.

- “Estudio comparado sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España”, *Ius Humani: Revista de Derecho*, nº 6, 2017.

- “La reciente tendencia iusfundamental del derecho de acceso a la información pública en el Derecho español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 152, 2018.

- “Panorámica de la transparencia en el Estado y la tendencia del derecho de acceso a la información pública en España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 17, 2017.

PAPA, A. “Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni”, en PAPA, A. *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021.

- “El derecho a ser informados en el marco de la tutela multinivel de la libertad de expresión”, en HÄBERLE, P., BALAGUER CALLEJÓN, F., WOLFGANG SARLET, I, *et al* (Coords.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. “Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en

ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VIII-Artículos 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 2006.

PASTOR PALOMAR, N. “La entrada en vigor del Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 47, 2019.

PAUNER CHULVI, C. *Derecho de la información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PEREA FLORENCIO, V. “La legislación de transparencia y los Parlamentos”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015.

PÉREZ CONCHILLO, E. “El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria”, *Revista de Derecho Político*, nº 109, 2020.

PÉREZ CONCHILLO, E., CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Político*, nº 113, 2022.

PÉREZ FRANCESCH, J. L. “Perspectivas constitucionales de las nuevas tecnologías en seguridad”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L (Coord.) *Seguridad y libertad en el sistema democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PÉREZ MIRAS, A. “Los derechos estatutarios autonómicos en el contexto de la tutela multinivel”, en HÄBERLE, P., BALAGUER CALLEJÓN, F., WOLFGANG SARLET, I, *et al* (Coords.) *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

PÉREZ ROYO, J. “Derecho a la información”, *Boletín de la ANABAD XLIX*, nº 3-4, 1999.

PÉREZ ROYO, J., y CARRASCO DURÁN, M. *Curso de Derecho Constitucional* (Decimoséptima edición), Marcial Pons, Madrid, 2021.

PERNICE, I. “A constitution for Europe – Amendments and legal make-up to the convention’s draft”, *European Constitutional Law Network-Series*, nº 5, 2005.

- “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 17, 2012.

- “La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización”, *Documento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales*, nº 61, 2012.

- “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015.

PETERS, A. “Towards transparency as a global norm”, en BIANCHI, A., y PETERS, A (Eds.) *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

PINHEIRO LISBOA MIRANDA, J. L. “The judiciary – principle of transparency and the duty of information”, *International Journal of Open Government*, nº 7, 2018.

PIÑAR MAÑAS, J. L. “El fortalecimiento de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública como objeto de la ley 19/2013”, en TRONCOSO REIGADO, A (Dir.) *Comentario a la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017.

- “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista Catalana de dret públic*, nº 49, 2014.

POIARES MADURO, M. “Europe and the constitution: what if this as good as it gets?” en WEILER, J. H. H., WIND, M. *European Constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, 2003.

POLAKIEWICZ, J. “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 81, 1993.

POMED SÁNCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 142, 1997.

- “Transparencia”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 9, 2016.

- “Un lector errático reflexiona sobre el principio de transparencia”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 15, 2018.

- *El derecho de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

PONCE SOLÉ, J. *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PORRAS RAMÍREZ, J. M. “La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España”, *Direitos Fundamentals & Justiça*, nº 3, 2016.

- “Los límites a la transparencia. El menguado alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a la información en poder de las instituciones europeas”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 33, 2014.

PRATS CATALÁ, J. “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

PRECIADO DOMÈNECH, C. H. *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

PRESNO LINERA, M. A. “La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control”, en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 8, 2014.

PUNSET BLANCO, R. “Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni (con el sorprendente epílogo del caso Taricco)”, en PUNSET BLANCO, R., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L (Coords.) *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2018.

PUOTI, B. *La trasparenza amministrativa tra il diritto di accesso civico e la legge 150/2000*, [Tesis Doctoral], Università degli Studi di Salerno, 2017.

QUERALT JIMÉNEZ, A. “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A (Coords.) *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

RAMÍREZ NÁRDIZ, A. “¿Más participación igual a mejor democracia? Acerca de la crítica a la democracia participativa”, *Revista de Derecho Político*, nº 94, 2015.

- “La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa”, *Revista de Derecho Político*, nº 90, 2014.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. “Gobierno Abierto”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, 2014.

RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso a la información: de garantía del ciudadano hasta su (posible) consideración como derecho fundamental”, en SORIANO GARCÍA, J. E (Dir.) ESTEPA MONTERO, M (Coord.) *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. 1, Iustel, 2014.

- “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 160, 2013.

- *Archivos y registros administrativos como objeto del derecho de acceso previsto por el artículo 105 b) de la Constitución Española* [Tesis Doctoral], Universidad Rey Juan Carlos, 2008.

- *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Editorial Reus, Madrid, 2008.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. “Acerca de la naturaleza del derecho de acceso a la información pública (A propósito de la STEDH de 28 de noviembre de 2013)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2014, (acceso al recurso en su versión online).

REIMONDO ANSELMINO, N., REVIGLIO, M. C., y DIVIANI, R. “Esfera pública y redes sociales en Internet: ¿Qué es lo nuevo en Facebook?”, *Revista mediterránea de comunicación*, nº 7, 2016.

REQUEJO PAGÉS, J. L. “Identidad nacional e integración europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 100, 2014.

REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

REY MARTÍNEZ, F. “Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 5, 2013.

- “*Quod omnes tangit ab omnibus cognitum es-se debet*: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014.

REY PÉREZ, J. L. “La reforma del artículo 135: una alteración del título preliminar (estado social) por la puerta de atrás”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, 2011.

RICHTERICH, A. “How data-driven research fuelled the cambridge analytica controversy”, *Partecipazione e Conflitto*, vol. 11, nº 2, 2018.

RIDAO MARTÍN, J. “Algunos fundamentos jurídicos y doctrinales para una necesaria regulación del Lobby en la esfera estatal”, en RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J (Dir.) *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

- “Consideraciones ante la futura efectividad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *Diario La Ley*, nº 8340, Sección Tribuna, 2014.

RIDOLA, P. *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli Editore, Turín, 2006

RIPOL CARULLA, S. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. La influencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ DE LA ROSA, L. G. “El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Ciencias Humanas*, vol. 9, nº 1, 2012.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. “Derechos fundamentales en la Unión Europea e interpretación constitucional”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 28, 2015.

RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J. “El buen gobierno y la buena administración en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J., y SENDÍN GARCÍA, M. A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014.

ROELOFS, P. “Transparency and mistrust: Who or what should be made transparent?”, *Governance*, vol. 32, nº 3, 2019.

ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014.

- “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 101, 2014.

- “La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria: problemática jurídico-constitucional”, en VALERO TORRIJOS, J., y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.) *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

ROSADO IGLESIAS, G. “El estatuto jurídico de los profesionales de la información”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

RUBIO NÚÑEZ, R. “Los efectos de la posverdad en la democracia”, *Revista de Derecho Político*, nº 103, 2018.

RUBIO NÚÑEZ, R., y GONZALO ROZAS, M. A. “Artículo 3. Otros sujetos obligados”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

RUBIO NÚÑEZ, R., y VALLE ESCOLANO, R. “Implantando la transparencia en el ámbito local: hablan los protagonistas”, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018.

RUFAS QUINTANA, J. L. “Las experiencias de transparencia en el Parlamento Europeo”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015.

RUGGE, G. “Trilogues and access to documents: *De Capitani v. Parliament*”, *Common Market Law Review*, nº 56, 2019.

RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J., y RUIZ GIMÉNEZ ARRIETA, I. “Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española”, en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23 de la Constitución española de 1978*, Edersa, 2006

RUIZ RICO, J .J. “El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.

RUIZ ROBLEDO, A. *Compendio de Derecho Constitucional Español*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RUIZ ZAPATERO, G. G. “El TEDH y la protección de la privacidad de los datos tributarios”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 5, 2006.

RUIZ-RICO RUIZ, C. “Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 52, nº 154, 2019.

RUIZ-RICO RUIZ, G. “La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa”, *Revista de Derecho Político*, nº 110, 2021.

RYDHOLM, L. “China and the world’s first Freedom of Information Act: the Swedish Freedom of the Press Act of 1766”, *Javnost - The Public*, vol. 20, nº 4, 2013.

SAINZ MORENO, F. “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980.

- “Secreto y transparencia”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

- “Un caso de aplicación directa de la Constitución: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 24, 1980.

SAIZ ARNAIZ, A. “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo I. Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.

- “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”, en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALAMERO TEXEIDÓ, L. “De la publicidad a la transparencia en las Cámaras Legislativas: análisis crítico”, *Revista Actualidad Administrativa*, Especial «transparencia y lucha contra la corrupción», nº I, 2019.

SALVADOR MARTÍNEZ, M. “El Defensor del Pueblo Europeo”, en CAMISÓN YAGÜE, J. (Coord.) *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2011.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 137, 2013.

- “La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un Derecho global sobre derechos humanos”, *Anales De Derecho*, nº extraordinario 1, 2020.

- “Sociedad del miedo y desafección constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 108, 2020.

- *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. “Artículo 4. Obligación de suministrar información”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

- “Criterios delimitadores de lo público y lo privado”, en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A., y AZNAR GÓMEZ, H (Coords.) *Sobre la intimidad*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U, Valencia, 1996.

- “El «día después» de la Ley de transparencia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014.

- “El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública”, en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- “Regulación Constitucional de la función de informar: Una interpretación innovadora”, en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., y DESANTES GUANTER, J. M. *Información, Derecho y Libertad en la Nueva Europa*, Sección Departamental de Derecho Constitucional, Madrid, 1994.

- “Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en CORREDOIRA Y ALFONSO, L., y COTINO HUESO, L (Dir.) *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “Un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M (Coord.) *El derecho de acceso a la información pública*, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

- *El derecho de acceso a la información. Un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, Madrid, 2022.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., y TEJEDOR FUENTES, L. “El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, nº 2, 2016.

SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ FERRO, S. “Libertades informativas y poder ejecutivo: secretos oficiales”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ MORÓN, M. “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, *Revista de Administración Pública*, nº 137, 1995.

- “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista catalana de dret públic*, nº 37, 2008.

- *La participación del ciudadano en la administración pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ MUÑOZ, O. “Los partidos y la actual crisis de representatividad del Parlamento” en CASCAJO CASTRO, J. L., y MARTÍN DE LA VEGA, A (Coords.) *Participación, representación y democracia. XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ-MOLINA, P. “Artículo 10”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y (Coord.) *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SARMIENTO MÉNDEZ, X. A. “¿Transparentan bien la información los Parlamentos?: Ideas sobre la calidad de los legislativos en el siglo XXI”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015

SARMIENTO, D. “El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 77, 2021.

SAVONA, P., y SIMONATI, A. “Transparency in Action in Italy: The Triple Right of Access and Its Complicated Life”, en C. DRAGOS, D., KOVAČ, P., T. MARSEILLE, A (Eds.) *The Laws of Transparency in Action. A European Perspective*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2019.

SCHAUER, F. "Transparency in Three Dimensions", *University of Illinois Law Review*, vol. 2011, nº4, 2011.

SCHEECK, L. “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *ZaöRV*, nº 65, 2005.

SCHILLACI, A. “Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europea*, nº 17, 2012.

- *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità: Compromisos internacionales y parámetro de constitucionalidad* [Tesis doctoral], Editorial de la Universidad de Granada, 2008.

SENDÍN GARCÍA, M. A. “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº 33, 2014.

- “El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 294-295, 2004.

- “Transparencia y acceso a la información pública”, en RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ., y SENDÍN GARCÍA, M.A. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 13/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014.

SERRA CRISTÓBAL, R. “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 47, 2021.

- “De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 47, 2021.

SIERRA RODRÍGUEZ, J. “Competencia estatal y silencio administrativo autonómico”, *Actualidad Administrativa. Especial Transparencia y Corrupción*, nº I, 2019.

- “Estado de alarma, transparencia gubernamental y rendición de cuentas durante la crisis del COVID-19”, en RENIU VILAMALA, J. M., y MESEGUER SÁNCHEZ, J. V (Dir.) *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*, Aranzadi, 2020.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., GALDÁMEZ MORALES, A., GONZÁLEZ MORO, A., *et al.* “Decálogo jurisprudencial español sobre derecho de acceso a la información pública”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 21, 2021.

SOLOZABAL ECHEVARRIA, J. J. “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 23, 1988.

SOMMERMAN, K-P. “Citizen participation in multi-level democracies: an introduction”, en FRAENKEL-HAEBERLE, C., (*et al.*) *Citizen participation in multi-level democracies*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2015.

- “Transformative Effects of the Aarhus Convention in Europe”, *ZaöRV*, nº 77, 2017.

- “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho”, en GARCÍA MACHO, R (Coord.) *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

STIGLITZ, J. E. “On liberty, the right to know, and public discourse: the role of transparency in public life”, en GIBNEY, M. J (Coord.) *Globalizing rights*, Oxford University Press, 2003.

STUART MILL, J. *Considerations on Representative Government*, Prometheus Books, New York, 1991.

SUÁREZ GONZALO, S. “Tus likes ¿tu voto? Explotación masiva de datos personales y manipulación informativa en la campaña electoral de Donald Trump a la presidencia de EEUU 2016”, *Quaderns del CAC*, nº 44, 2018.

TAJADURA TEJADA, J. “Estado y derechos fundamentales: reflexiones en el cuadragésimo aniversario de la Constitución de 1978”, *Lex Social*, vol. 9, nº 1, 2019.

TEJEDOR BIELSA, J. C. “A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, *Nueva Época*, nº 12, 2014.

TEJEIRO LILLO, M. E. “El régimen sancionador: una deficiencia pendiente en la Ley de Transparencia estatal”, *Revista Actualidad Administrativa*, Especial «transparencia y lucha contra la corrupción», nº I, 2019.

TERUEL LOZANO, G, M. “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 12, 2017.

- “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, nº 9, 2016.

THOMPSON, J. B. “Los límites cambiantes de la vida pública y la privada”, *Comunicación y Sociedad*, *Nueva época*, nº 15, 2011.

TORREBLANCA LÓPEZ, A. “El archivo como servicio público”, *Boletín de la ANABAD LII*, nº 3, 2002.

TORRES DEL MORAL, A. “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, en TORRES DEL MORAL, A (Dir.) *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.

TORRES DEL MORAL, A., y NAVAS CASTILLO, F. “Encuadramiento terminológico y evolución histórica de las libertades informativas”, en TORRES DEL MORAL (Dir.) *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009.

TORRES DÍAZ, M. C. “La fundamentalidad del derecho de acceso a la información pública: análisis crítico desde el marco constitucional de la participación ciudadana” en COTINO HUESO, L., SAHUQUILLO OROZCO, J. L., y CORREDOIRA Y ALFONSO, L (Eds.) *El paradigma del Gobierno Abierto. Retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

TORRES PÉREZ, A. “Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue”, *European Constitutional Law Review*, nº 10, 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009.

TRETTEL, M. “The politics of deliberative democracy. A comparative survey of the "law in action" of citizen participation”, *Revista de Derecho Político*, nº 94, 2015.

TRONCOSO REIGADA, A. “Artículo 15. Protección de datos personales”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

- “Presentación” en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

TUDELA ARANDA, J. “La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 111, 2017.

- “Parlamento, ciudadanía y democracia representativa”, en ESCOBAR ROCA, G (Ed.) *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013.

TUGENDHAT, M. *Liberty Intact: Human Rights in English Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

TUR AUSINA, R. “Lealtad constitucional y democracia”, *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013.

URANIA GALETTA, D. “Transparencia y buen gobierno. Evaluación y propuestas a partir de la experiencia en la Unión Europea e Italia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 27, 2018.

URÍAS MARTÍNEZ, J. *Lecciones de derecho de la información*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2009.

VALENZUELA MENDOZA, R. E. “¿Continuidad o nuevo diseño constitucional en materia de equilibrio de poderes? El papel de la transparencia”, en OROZCO TORRES, L. E., GUTIÉRREZ

- CASAS, C., VILLEGAS DELGADO, C., *et al.* (Eds y Coords.) *100 años de Constitución. Estudios multidisciplinares*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019.
- VALERO TORRIJOS, J. “El uso de los medios electrónicos y la transparencia en el sector público”, en PAU I VALL, F (Coord.) *La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2015.
- VALIM, R. “El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño”, *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, vol. 3, nº 1, 2016.
- VALLESPÍN, F. “Las transformaciones de la democracia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 41, 2015.
- VAN DE HEYNING, C., LAWSON, R. “The EU as a part to the European Convention of Human Rights: EU law and the European Court of Justice case law as inspiration and challenge to the European Court of Human Rights jurisprudence”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Eds.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011.
- VELASCO RICO, I. “Hacia una reforma de la Ley estatal de transparencia: retos y propuestas de mejora”, *Anuario de Transparencia Local*, nº 2, 2019.
- VIBERT, F. *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- VILAR GONZÁLEZ, S. “La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la normativa internacional ratificada por España”, en BAYOD LÓPEZ, C (Dir.) *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VILLANUEVA CUEVAS, A. “El derecho de acceso a archivos y registros”, *Revista Jurídica de Castilla- la Mancha*, nº 18, 1993.
- VILLANUEVA, E. *Derecho Comparado de la Información*, 2ª edición, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I “Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional”, en ALÁEZ CORRAL, B (Coord.) *Reforma Constitucional y defensa de la democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- “Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5. La libertad de expresión”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Tomo I, Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.
- “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del Siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”, en PUNSET BLANCO, R., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L (Coords.) *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2018.
- “El marco constitucional de la transparencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 116, 2019.
- “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información”, en CARBONELL, M (Coord.) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Editorial Porrúa, México, 2004.

- “La intimidad, ese “terrible derecho” en la era de la confusa publicidad virtual”, *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, nº 14, 2013.

- “Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «procesos de comunicación pública»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 68, 2003.

- *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994.

- *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

VILLORIA MENDIETA, M. “El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo”, en HOFMANN, A., RAMÍREZ ALUJAS, A., y BOJÓRQUEZ PEREZNIETO, J. A (Coords.) *La promesa del Gobierno Abierto*, 2012. Disponible a través del enlace: https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf

- “La corrupción: conceptos, variables de análisis, efectos e instrumentos de lucha”, en VILLORIA MENDIETA, M., e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, Tecnos, Madrid, 2015.

- “La publicidad activa en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias”, *Colección Govern Obert*, nº 1, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2014.

- “La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas aplicadas*, nº 27, 2018.

VOERMANS, W. “Protection of european human rights by highest courts in Europe: The art of triangulation”, en POPELIER, P., VAN DE HEYNING, C., VAN NUFFEL, P (Dirs.) *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersintia, Cambridge, 2011.

WADHAM, J., HARRIS, K., y METCALFE, E. *Blackstone’s guide to The Freedom of Information Act 2000*, fifth edition, Oxford University Press, Oxford, 2013.

WALKER, M. “Postnational constitutionalism and the problem of translation”, en WEILER, J.H.H., WIND, M. *European Constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, 2003.

WEBER, A. “El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008.

WEILER, J. H. H. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Jean Monnet Working Paper 9/03, Franz Mayer*, Heidelberg, 24-27 de febrero de 2003. Disponible en: <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf>

WORTHY, B. “More Open but Not More Trusted? The Effect of the Freedom of Information Act 2000 on the United Kingdom Central Government”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 23, nº4, 2010.

XIOL RÍOS, J. A. “El diálogo entre tribunales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 33, 2020.

ZAMBRANO GÓMEZ, E. “Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, en TRONCOSO REIGADA, A (Dir.) *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Pamplona, 2017.

INFORMES, RESOLUCIONES, DICTÁMENES Y OTROS DOCUMENTOS DE TRABAJO

Amnistía Internacional. “La receta equivocada el impacto de las medidas de austeridad en el derecho a la salud en España”, 2018.

Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/70/1, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 21 de octubre de 2015.

Barómetro Global de Corrupción elaborado por Transparencia Internacional, de 2021.

CANAVAGGIO, P. Informe para la UNESCO “Les avancées récentes du droit d'accès à l'information publique dans le monde” en *Vers un droit d'accès à l'information publique au maroc etude comparative avec les normes et les meilleures pratiques dans le monde*, UNESCO, 2011.

Código 93/730/CE Código de conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión.

COM (2019) 22, Documento de Reflexión para una Europa sostenible de aquí a 2030, Bruselas, 30 de enero de 2019.

COM (2019) 356 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2018 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, Bruselas, 29 de julio de 2019.

COM(2016) 533 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2015 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, Bruselas, 24 de julio de 2016.

COM(2016) 739 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad, Estrasburgo, 22 de noviembre de 2016.

COM(2017) 738 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2016 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, Bruselas, 6 de diciembre de 2017.

COM(2018) 663 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2017 del Reglamento (CE) n.º 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, Bruselas, 3 de octubre de 2018.

COM(2021) 459 final/2 Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2020 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 9 de noviembre de 2021.

COM(2021) 459 final/2 Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2020 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 9 de noviembre de 2021.

COM/2020/561 final, Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2019 del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 15 de septiembre de 2020.

Comentarios al Plan Estratégico 2022 – 2025 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, Access Info Europe, de 3 de septiembre de 2021.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión. “Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información”, OEA, 2007.

Comunicación de la Comisión Europea “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo” COM(2018) 236 final, de 26 de abril de 2018.

Comunicación del Comité de Derechos Humanos n.º 1470/2006, 28 de marzo de 2011.

Comunicación del Comité de Derechos Humanos n.º 2202/2012, de 18 de julio de 2013.

Consulta al CTPDA 1/2016, de 11 de mayo.

Criterio Interpretativo adoptado por el Pleno de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) sobre reclamación en caso de silencio administrativo, de 7 de enero de 2016.

Criterio Interpretativo conjunto CTBG y la AEPD CI/002/2015, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24 de junio de 2015

Criterio Interpretativo conjunto del CTBG y la AEPD CI/002/2015, sobre aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24 de junio de 2015.

Criterio Interpretativo CTBG 1/2019, sobre aplicación del artículo 14, número 1, apartado h), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: perjuicio para los intereses económicos y comerciales, de 24 de septiembre de 2019.

Criterio interpretativo del CTBG 2/2019, “Publicidad activa (1). Concepto y naturaleza”, de 20 de diciembre de 2019.

Criterio interpretativo del CTBG 3/2015, sobre “Alcance las obligaciones de transparencia de las entidades privadas”.

Criterio Interpretativo del CTBG 3/2016 sobre “Causas de inadmisión de solicitudes de información: solicitud de información repetitiva o abusiva”, de 14 de julio de 2016.

Criterio Interpretativo del CTBG 5/2015, sobre actuación ante solicitudes complejas o voluminosas, de 14 de octubre de 2015.

Criterio Interpretativo del CTBG 6/2015, “Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo”, 12 de noviembre de 2015.

Criterio Interpretativo del CTBG 7/2015, “Causas de inadmisión de solicitudes de información: relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. (Artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013”, de 12 de noviembre de 2015.

Criterio Interpretativo del CTBG 8/2015, sobre aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública, de 12 de noviembre de 2015

Criterio Interpretativo del CTBG y de la AEPD, 4/2015, sobre publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita, de 23 de julio de 2015.

Criterio Interpretativo del CTBG y la AEPD CI/002/2016 sobre información relativa a las agendas de los responsables públicos, 5 de julio de 2016.

DE MARCO, S., GANUZA, E., GÜEMES, C., et al. Ciudadanos y democracia representativa: ¿una relación conflictiva? Análisis de la desconfianza en las instituciones en España, Opiniones y Actitudes, CIS, nº 75, Madrid, 2018.

Decisión de la Comisión 94/90/ECSC, de 8 de febrero de 1994, relativa al acceso público a los documentos de la Comisión y Decisión del Parlamento Europeo 97/632/CE, 10 de julio de 1997, relativa al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo.

Decisión del Consejo 93/731/CE, de 10 de julio de 1997, relativa al acceso público a los documentos del Consejo.

Declaración Conjunta Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Londres, 10 de julio de 2019.

Declaración Conjunta sobre acceso a la información y sobre la legislación que regula el secreto emitida por el Relator Especial de la ONU para la libertad de expresión y opinión, el Representante de la OSCE para Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, de 6 de diciembre de 2004.

Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación y Propaganda, emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y de la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Viena, 3 de marzo de 2017.

Declaración de Principios sobre libertad de expresión elaborada por el Relator Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, 2000.

Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982.

Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre libertad de expresión e información, de 29 de abril de 1982.

DÍEZ GARCÍA, L., y LARAÑA, E. Democracia, dignidad y movimientos sociales: el surgimiento de la cultura cívica y la irrupción de los "indignados" en la vida pública, CIS, Madrid, 2017.

Documento elaborado por Transparency International, Access Info Europe, Sunlight Foundation y Open Knowledge, "Estándares internacionales para la regulación del lobby. Hacia una mayor transparencia, integridad y participación", 2015.

Estudio cualitativo del CIS, "Representaciones políticas y 15M", nº 2921, 18 de octubre de 2011.

Estudio del CIS "Representaciones políticas y 15M", elaborado por el Centro de Investigaciones nº 2921, 18 de octubre de 2011

Fundación CIVIO, “Las costuras de la Ley de Transparencia: cuando las administraciones ignoran al Consejo”, 28 de septiembre de 2018.

Global Right to Information, Access Info Europe y Centre for Law and Democracy. Disponible en <https://www.rti-rating.org/>

Informe “El lobby en Europa: influencia encubierta y acceso privilegiado”, elaborado por Transparencia Internacional, 2015.

Informe anual 2019 del Defensor del Pueblo europeo, de 4 de mayo de 2020.

Informe anual 2020 del Defensor del Pueblo europeo, de 18 de mayo de 2021.

Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2003.

Informe del Parlamento Europeo sobre la celebración de un Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre un Registro de transparencia obligatorio (2020/2272(ACI)), A9-0123/2021, de 16 de abril de 2021.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. A/HRC/14/23, 26 de marzo de 2010.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 enero 2000.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/68/362, 4 de septiembre de 2013.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. E/CN.4/2005/64, 17 de diciembre de 2004.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, ONU doc. E/CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999.

Informe del Secretario General de la ONU, sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, (S/2004/616).

Informe Digital New Report 2021, elaborado por el Reuters Institute for the Study of Journalism, Universidad de Oxford.

Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Catalunya, El Defensor de les Persones, El derecho de acceso a la información pública, marzo 2012.

Informe Mundial de la UNESCO “Hacia las sociedades del conocimiento”, ONU, 2005.

Informes de Percepción de la Corrupción elaborados por Transparencia Internacional.

IV Plan de Gobierno Abierto España 2020-2024, de 29 de octubre de 2020. Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones.

IV Plan de Gobierno Abierto, España, 2020-2024. Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Gobernanza Europea, COM (2001) 428 final (2001/C 287/01), de 12 de octubre de 2001.

Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025, COM (2017) 2025, de 1 de marzo de 2017.

Libro Verde de la Comisión Europea sobre Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea Bruselas, COM(2007) 185 final, de 18 de abril de 2007.

Libro Verde de la Comisión Europea sobre la información del sector público en la sociedad de la información, (COM (98)585 final, 1998).

Libro Verde Iniciativa Europea en favor de la Transparencia, presentado por la Comisión Europea, Bruselas, 3 de mayo de 2006 COM(2006) 194 final.

MARTÍN DELGADO, I. Conclusiones del Congreso sobre la reforma de la ley estatal de transparencia: retos y posibilidades. 10 propuestas de reforma para 10 carencias detectadas. Congreso celebrado los días 9 y 10 de noviembre de 2017, organizado por el Centro de Estudios Europeos “Luis Ortega Álvarez” y la Oficina de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto emitido por el Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, 21 de enero de 2009.

NAVARRO, C. “Procesos y confianza política: ¿quiénes deben ser virtuosos?”, en FONT, J., NAVARRO, C., WOJCIESZAK, M., et al. “¿“Democracia sigilosa” en España? Preferencias de la ciudadanía española sobre las formas de decisión política y sus factores explicativos”, Opiniones y Actitudes, CIS, nº 71, 2012.

Ó FATHAIGH, R., VOORHOOF, D. “Refusal to give access to ‘confidential’ information about politicians violated NGO’s Article 10 rights”. Strasbourg Observers, 27 de abril de 2020.

Observación General nº 34 del Comité de Derechos Humanos (doc. CCPR/C/GC/34) de 12 de septiembre de 2011.

PALACIOS BRIHUEGA, I. Los españoles y la calidad de la democracia, Opiniones y Actitudes, CIS, nº 74, Madrid, 2016.

Plan de acción contra la desinformación de la Comisión Europa, JOIN(2018) 36 final, Bruselas, 5.12.2018.

Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una estrategia española de desarrollo sostenible, 2018.

Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para incorporar un nuevo Título XIV para la regulación de los grupos de interés, presentada en mayo de 2021.

Propuesta para la regulación del lobby, Transparency International y Access Info Europe, 2017.

Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, nº 582, de 23 de enero de 1970, sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos.

Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 2106 (2017) sobre control parlamentario de la corrupción: cooperación parlamentaria con los medios de investigación, de 27 de junio de 2017.

Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, nº 582, de 23 de enero de 1970, sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos.

Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, nº 854, sobre acceso público a los documentos del gobierno y a la libertad de información, de 1 de febrero de 1979.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002) 2, sobre acceso a los documentos oficiales, de 21 de febrero de 2002.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2007) 11, dirigida a los Estados miembros, sobre la promoción de la libertad de expresión e información en el nuevo entorno de la información y la comunicación, de 26 de septiembre de 2007.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2018) 1, sobre pluralismo en los medios y transparencia en la propiedad de los medios, de 7 de marzo de 2018.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2018) 4, sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública local, de 21 de marzo de 2018.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (81) 19, dirigida a los Estados Miembros, sobre acceso a la información en poder de las autoridades públicas, de 25 de noviembre de 1981.

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto, OECD/LEGAL/0438, 14 de diciembre de 2017.

Relatoría especial para la libertad de expresión. Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información, OEA, 2007.

Resolución CTBG 510/2017, de 26 de junio de 2018.

Resolución de la GAIP 1/2016, de 1 de marzo.

Resolución de la GAIP 243/2019, de 3 de mayo.

Resolución de la GAIP 294/2021, de 25 de marzo.

Resolución de la GAIP 3/2016, de 10 de marzo.

Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) Fortalecimiento de la Democracia, de 20 de junio de 2017.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/Res. 2057 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/Res. 2121 (XXXV-O/05), de 7 de junio de 2005.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), de 6 de junio de 2006.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), de 5 de junio de 2007.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08), de 3 de junio de 2008.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), de 4 de junio de 2009.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2607 (XL-O/10), de 7 de junio de 2010.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2661 (XLI-O/11), de 7 de junio de 2011.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2727 (XLII-O/12), de 4 de junio de 2012.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2811 (XLIII-O/13), de 6 de junio de 2013.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2842 (XLIV-O/14), de 4 de junio de 2014.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2885 (XLVI-O/16), de 14 de junio de 2016.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2905 (XLVII-O/17), de 20 de junio de 2017.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), de 5 de junio de 2018.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2931 (XLIX-O/19), de 27 de junio de 2019.

Resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/Res.1932 (XXXIII-O/03), sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, de 10 de junio de 2003.

Resolución de la Asamblea General nº 59 (I), “Convocatoria de una conferencia internacional de libertad de información”, de 14 de diciembre de 1946.

Resolución de la Asamblea General ONU 74/5, Proclamación del 28 de septiembre Día Internacional del Acceso Universal a la Información, de 15 de octubre de 2019.

Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, nº 428 sobre medios de comunicación masiva, de 23 de enero de 1970.

Resolución de la Comisión Vasca de acceso a la información 11/2017, de 26 de junio

Resolución de la Comisión Vasca de acceso a la información 11/2017, de 26 de junio.

Resolución de la CTCYL 12/2016, de 9 de junio.

Resolución de la CTCYL 121/2018, de 1 de junio.

Resolución de la CTCYL 124/2018, de 8 de junio.

Resolución de la CTCYL 13/2016, de 9 de junio.

Resolución de la CTCYL 171/2020, de 23 de septiembre.

Resolución de la CTCYL 172/2020, de 23 de septiembre.

Resolución de la CTCYL 173/2020, de 23 de septiembre.

Resolución de la CTCYL 174/2020, de 23 de septiembre.

Resolución de la CTCYL 186/2020, de 9 de octubre.

Resolución de la CTCYL 209/2020, de 6 de noviembre.

Resolución de la CTCYL 21/2016, de 21 de julio.

Resolución de la CTCYL 216/2020, de 20 de noviembre.
Resolución de la CTCYL 218/2020, de 20 de noviembre.
Resolución de la CTCYL 235/2020, de 18 de diciembre.
Resolución de la CTCYL 25/2016, de 8 de agosto.
Resolución de la CTCYL 27/2018, de 16 de febrero.
Resolución de la CTCYL 30/2016, de 7 de septiembre.
Resolución de la CTCYL 32/2018, de 16 de febrero.
Resolución de la CTCYL 37/2021, de 19 de marzo.
Resolución de la CTCYL 4/2021, de 2 de febrero.
Resolución de la CTCYL 60/2017, de 14 de junio.
Resolución de la CTCYL 86/2019, de 29 de abril.
Resolución de la CTCYL 9/2017, de 23 de enero.
Resolución de la CTG 61/2017, de 11 de noviembre.
Resolución de la CTG 132/2020, de 27 de enero de 2021.
Resolución de la CTG 14/2019, de 2 de febrero.
Resolución de la CTG 25/2016, de 15 de diciembre.
Resolución de la GAIP 145/2021, de 4 de febrero.
Resolución de la GAIP 171/2018, de 12 de julio.
Resolución de la GAIP 189/2017, de 7 de junio.
Resolución de la GAIP 22/2016, de 7 de julio.
Resolución de la GAIP 24/2016, de 7 de junio.
Resolución de la GAIP 244/2021, de 12 de marzo.
Resolución de la GAIP 25/2016, de 7 de julio.
Resolución de la GAIP 294/2021, de 25 de marzo.
Resolución de la GAIP 31/2016, de 7 de julio.
Resolución de la GAIP 331/2018, de 15 de noviembre
Resolución de la GAIP 335/2017, de 6 de octubre.
Resolución de la GAIP 4/2016, de 11 de febrero.
Resolución de la GAIP 45/2016, de 7 de julio.
Resolución de la GAIP 627/2020, de 5 de noviembre.
Resolución de la GAIP 728/2020, de 3 de diciembre.
Resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre.

Resolución del CTCV 38/2017, de 20 de abril.
Resolución del CBTG 28/2017, de 18 de abril.
Resolución del CTAR 10/2019, de 4 de febrero.
Resolución del CTAR 17/2019, de 27 de mayo.
Resolución del CTAR 6/2017, de 27 de febrero.
Resolución del CTAR 6/2017, de 27 de marzo.
Resolución del CTBG 343/2021, de 7 de septiembre.
Resolución del CTBG 100/2016, de 14 de junio.
Resolución del CTBG 101/2018, de 21 de mayo.
Resolución del CTBG 106/2016, de 14 de junio.
Resolución del CTBG 106/2018, de 23 de mayo.
Resolución del CTBG 107/2018, de 23 de mayo.
Resolución del CTBG 114/2018, de 15 de junio.
Resolución del CTBG 125/2020, de 17 de junio.
Resolución del CTBG 132/2015, de 17 de julio.
Resolución del CTBG 158/2021, de 30 de junio.
Resolución del CTBG 171/2015, de 4 de septiembre.
Resolución del CTBG 171/2018, de 7 de junio.
Resolución del CTBG 173/2017, de 18 de julio
Resolución del CTBG 178/2017, de 26 de mayo.
Resolución del CTBG 20/2018, de 12 de abril.
Resolución del CTBG 203/2016, de 28 de diciembre.
Resolución del CTBG 214/2021, de 20 de julio.
Resolución del CTBG 219/2018, de 10 de julio.
Resolución del CTBG 220/2020, de 1 de junio.
Resolución del CTBG 221/2019, de 16 de julio.
Resolución del CTBG 242/2018, de 13 de julio.
Resolución del CTBG 25/2017, de 11 de abril.
Resolución del CTBG 25/2018, de 13 de abril.
Resolución del CTBG 258/2016 de 23 de enero de 2017.
Resolución del CTBG 262/2016, de 12 de septiembre.
Resolución del CTBG 263/2017, de 30 de agosto.

Resolución del CTBG 265/2019, de 11 de julio.
Resolución del CTBG 276/2019, de 11 de julio.
Resolución del CTBG 28/2016, de 25 de mayo.
Resolución del CTBG 28/2017, de 18 de abril.
Resolución del CTBG 284/2018, de 26 de julio.
Resolución del CTBG 296/2017, de 15 de septiembre.
Resolución del CTBG 296/2018, de 12 de febrero de 2019.
Resolución del CTBG 298/2017, de 18 de septiembre.
Resolución del CTBG 304/2020, de 9 de octubre.
Resolución del CTBG 308/2019, de 5 de agosto.
Resolución del CTBG 311/2017, de 26 de septiembre.
Resolución del CTBG 312/2017, de 26 de septiembre.
Resolución del CTBG 322/2019, de 20 de noviembre.
Resolución del CTBG 327/2017, de 2 de octubre.
Resolución del CTBG 334/2018, de 18 de enero de 2019.
Resolución del CTBG 340/2017, de 6 de octubre.
Resolución del CTBG 343/2017, de 13 de octubre.
Resolución del CTBG 344/2017, de 13 de octubre.
Resolución del CTBG 345/2017, de 17 de octubre.
Resolución del CTBG 363/2019, de 22 de agosto.
Resolución del CTBG 373/2017, de 30 de octubre.
Resolución del CTBG 386/2020, de 21 de septiembre.
Resolución del CTBG 394/2019, de 28 de agosto.
Resolución del CTBG 412/2018, de 19 de julio.
Resolución del CTBG 414/2021, de 24 de septiembre.
Resolución del CTBG 426/2016, de 27 de diciembre.
Resolución del CTBG 428/2017, de 12 de diciembre.
Resolución del CTBG 44/2018, de 30 de abril.
Resolución del CTBG 45/2019, de 8 de abril de 2019.
Resolución del CTBG 453/2018, de 29 de octubre.
Resolución del CTBG 47/2018, de 12 de febrero.
Resolución del CTBG 473/2017, de 18 de enero de 2018.

Resolución del CTBG 475/2017, de 23 de enero de 2018.

Resolución del CTBG 483/2019, de 3 de octubre

Resolución del CTBG 484/2017, de 21 de noviembre.

Resolución del CTBG 486/2017, de 2 de febrero de 2018.

Resolución del CTBG 491/2015, de 10 de marzo de 2016.

Resolución del CTBG 497/2019, de 9 de octubre de 2019

Resolución del CTBG 499/2016, de 21 de febrero de 2017.

Resolución del CTBG 505/2019, de 9 de octubre.

Resolución del CTBG 51/2016, de 15 de junio.

Resolución del CTBG 542/2017, de 13 de marzo de 2018.

Resolución del CTBG 551/2017, de 21 de marzo de 2018.

Resolución del CTBG 585/2018, de 2 de enero de 2019.

Resolución del CTBG 626/2018, de 22 de enero de 2019.

Resolución del CTBG 648/2018, de 31 de enero de 2019.

Resolución del CTBG 659/2018, de 1 de febrero de 2019.

Resolución del CTBG 68/2016, de 30 de mayo.

Resolución del CTBG 692/2018, de 14 de febrero de 2019.

Resolución del CTBG 71/2016, de 12 de julio.

Resolución del CTBG 713/2019, de 9 de enero de 2020.

Resolución del CTBG 718/2018, de 25 de febrero de 2019.

Resolución del CTBG 739/2020, de 2 de febrero de 2021.

Resolución del CTBG 741/2018, de 1 de marzo de 2019.

Resolución del CTBG 744/2019, de 17 de enero de 2020.

Resolución del CTBG 782/2019, de 9 de enero de 2020.

Resolución del CTBG 84/2016, de 6 de junio.

Resolución del CTBG 85/2017 de 23 de mayo.

Resolución del CTBG 850/2019, 19 de febrero de 2020.

Resolución del CTBG 88/2017, de 25 de mayo.

Resolución del CTBG 898/2019, de 12 de marzo de 2020.

Resolución del CTBG 9/2017, de 6 de abril.

Resolución del CTBG 94/2018, de 21 de mayo.

Resolución del CTBG, 198/2018, de 30 de julio.

Resolución del CTBG, 234/2019, de 1 de julio.

Resolución del CTC 114/2020, de 26 de agosto.

Resolución del CTC 225/2019, de 6 de marzo de 2020.

Resolución del CTC 233/2019, de 25 de junio de 2020.

Resolución del CTC 24/2018, de 26 de octubre.

Resolución del CTC 26/2018, 12 de noviembre.

Resolución del CTC 62/2017, de 1 de abril.

Resolución del CTC 65/2016, de 2 de abril de 2017.

Resolución del CTC 65/2017, de 2 de abril.

Resolución del CTC 66/2016, de 3 de abril de 2017.

Resolución del CTC 67/2016, de 4 de abril de 2017.

Resolución del CTC 69/2016, de 6 de abril de 2017.

Resolución del CTC 75/2016, de 12 de abril de 2017.

Resolución del CTC 75/2016, de 12 de abril de 2017.

Resolución del CTCV 106/2018, de 21 de septiembre.

Resolución del CTCV 107/2020, de 25 de septiembre.

Resolución del CTCV 116/2019, de 12 de septiembre.

Resolución del CTCV 117/2019, de 12 de septiembre.

Resolución del CTCV 117/2019, de 12 de septiembre.

Resolución del CTCV 131/2020, de 23 de octubre.

Resolución del CTCV 14/2016, de 6 de octubre.

Resolución del CTCV 180/2020, de 22 de diciembre.

Resolución del CTCV 19/2017, de 10 de marzo.

Resolución del CTCV 19/2019, de 14 de febrero.

Resolución del CTCV 20/2016, de 28 de octubre.

Resolución del CTCV 21/2017, de 10 de marzo.

Resolución del CTCV 23-Bis, de 3 de noviembre de 2016.

Resolución del CTCV 25/2017, de 10 de marzo

Resolución del CTCV 26/2017, de 10 de marzo.

Resolución del CTCV 31/2017, de 20 de abril.

Resolución del CTCV 31/2017, de 20 de abril.

Resolución del CTCV 38/2017, de 20 de abril.

Resolución del CTCV 39/2017, de 20 de abril.
Resolución del CTCV 7/2017, de 9 de febrero.
Resolución del CTCV 7/2017, de 9 de febrero.
Resolución del CTCV 73/2020, de 10 de junio.
Resolución del CTCV 79/2017, de 2 de noviembre.
Resolución del CTCV 89/2017, de 22 de noviembre.
Resolución del CTCV 98/2020, de 31 de julio.
Resolución del CTCV, 6/2017 de 9 de febrero.
Resolución del CTCYL 122/2019, de 28 de junio.
Resolución del CTCYL 37/2017, de 6 de abril.
Resolución del CTCYL 99/2020, de 15 de mayo.
Resolución del CTN 14/2018, de 12 de noviembre.
Resolución del CTN 24/2019, de 3 de junio.
Resolución del CTN 3/2018, de 21 de mayo.
Resolución del CTN 8/2021, de 1 de febrero.
Resolución del CTPDA 10/2017, de 1 de febrero.
Resolución del CTPDA 106/2016, de 16 de noviembre.
Resolución del CTPDA 11/2018, de 17 de enero.
Resolución del CTPDA 111/2018, de 6 de abril.
Resolución del CTPDA 121/2017, de 15 de noviembre.
Resolución del CTPDA 144/2017, de 30 de noviembre.
Resolución del CTPDA 152/2017, de 20 de diciembre.
Resolución del CTPDA 18/2017, de 8 de febrero.
Resolución del CTPDA 204/2018, de 30 de mayo.
Resolución del CTPDA 272/2019, de 8 de octubre.
Resolución del CTPDA 34/2016, de 1 de junio.
Resolución del CTPDA 37/2020, de 12 de febrero.
Resolución del CTPDA 382/2020, de 16 de diciembre.
Resolución del CTPDA 4/2018, de 3 de enero.
Resolución del CTPDA 42/2016, de 22 de junio.
Resolución del CTPDA 423/2018, de 19 de noviembre.
Resolución del CTPDA 451/2018, de 27 de diciembre.

Resolución del CTPDA 481/2018, de 27 de diciembre.

Resolución del CTPDA 56/2016, de 13 de julio.

Resolución del CTPDA 64/2016, de 20 de julio.

Resolución del CTPDA 66/2016, de 27 de julio.

Resolución del CTPDA 66/2017, de 10 de mayo.

Resolución del CTPDA 788/2021, de 24 de noviembre.

Resolución del CTPDA 8/2018, de 10 de enero.

Resolución del CTPDA 80/2016, de 3 de agosto.

Resolución del CTPDA 82/2016, de 3 de agosto.

Resolución del CTPDA 86/2016 de 7 de septiembre.

Resolución del CTPDA 89/2016, de 14 de septiembre.

Resolución del CTPDA 89/2016, de 14 de septiembre.

Resolución del CTPDA 96/2016, de 19 de octubre.

Resolución del CTPDA 97/2016, de 19 de octubre.

Resolución del CTRM, 30/2015 de 17 de mayo de 2016.

Resolución del CTRM, 30/2016, de 17 de mayo.

Resolución del Parlamento Europeo, sobre el desarrollo del marco para las actividades de los grupos de interés en las instituciones europeas (2007/2115(INI), Bruselas, de 8 de mayo de 2008.

Resolución del Parlamento Europeo, sobre el desarrollo del marco para las actividades de los grupos de interés en las instituciones europeas (2007/2115(INI), Bruselas, de 8 de mayo de 2008.

VOORHOOF, D., O FATHAIGH, R. “Studio Monitori and Others v. Georgia: Access to Public Documents Must Be ‘instrumental’ for the Right to Freedom of Expression”. Strasbourg Observers, Human Rights Centre UGent, 23 de marzo de 2020.

JURISPRUDENCIA

- Jurisprudencia del TEDH

STEDH asunto *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987.

STEDH asunto *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989.

STEDH asunto *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998.

STEDH asunto *McGinley y Egan c. Reino Unido*, de 9 de junio de 1998.

STEDH asunto *Odièvre c. Francia*, de 13 de febrero de 2003.

STEDH asunto *Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004.

STEDH asunto *Sîrbu y otros c. Moldavia*, de 15 de junio de 2004.

STEDH asunto *Roche c. Reino Unido*, de 19 de octubre de 2005.

STEDH asunto *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, de 10 de julio de 2006.

STEDH asunto *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009.

STEDH (Gran Sala), asunto *Gillberg c. Suecia GS*, de 3 de abril de 2012.

STEDH asunto *Animals Defenders International c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013.

STEDH asunto *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Austria*, de 28 de noviembre 2013.

STEDH asunto *Youth Initiative for Humans Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013.

STEDH asunto *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015.

STEDH asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 21 de julio de 2015.

STEDH (Gran Sala) asunto *Magyar Helsinki c. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016.

STEDH asunto *Bubon c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017.

STEDH (Gran Sala) *Regner c. República Checa*, de 19 de septiembre de 2017.

STEDH (Gran Sala) asunto *Satakunnan Markkinapörss OY y Satamedia OY c. Finlandia*, de 27 de junio de 2017.

STEDH asunto *Falzon c. Malta*, de 20 de marzo de 2018.

STEDH asunto *Guja c. República de Moldavia (II)*, de 27 de febrero de 2018.

STEDH asunto *Gîrleanu c. Rumania*, de 26 de junio de 2018.

STEDH *Brisc c. Rumania*, de 11 de diciembre de 2018.

STEDH asunto *Khadija Ismayilova c. Azerbaijan*, de 10 de enero de 2019.

STEDH *Affaire Cangi vs. Turquía*, de 29 de enero de 2019.

STEDH asunto *Szurovecz c. Hungría*, de 8 de octubre de 2019.

STEDH asunto *Studio Monitori y otros c. Georgia*, de 30 de enero de 2020.

STEDH asunto *Centro para la Democracia y el Estado de Derecho c. Ucrania*, de 26 de marzo de 2020.

- Jurisprudencia del TJUE

STJUE T-194/94, asunto *Carvel y Guardian Newspaper c. Consejo*, de 19 de octubre de 1995.

STJUE C-58/94, asunto *Países Bajos/Consejo*, de 30 de abril de 1996.

STJUE T-174/95, asunto *Svenska Journalistförbundet c. Consejo de la Unión Europea*, de 17 de junio de 1998.

STJUE T-309/97, asunto *Bavarian Lager/Comisión*, de 14 de octubre de 1999.

STJUE C-174/98 P y C-189/98 P, asuntos acumulados *Países Bajos y Van der Wall/Comisión*, de 11 de enero de 2000.

STJUE asunto C-353/99, *Consejo/Hautala*, de 6 de diciembre de 2001.

STJUE asunto T-211/00 *Aldo Kuijer/Consejo*, de 7 de febrero de 2002.

STJUE C-39/05 P y C-52/05 P, asuntos acumulados *Suecia y Turco/Consejo*, de 1 de julio de 2008.

STJUE de la Gran Sala C-73/07, asunto *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*, de 16 de diciembre de 2008.

STJUE T-233/09, asunto *Access Info Europe/Consejo*, de 22 de marzo de 2011.

STJUE de la Gran Sala C-399/11, asunto *Melloni*, de 26 de febrero de 2013.

STJUE de la Gran Sala C-617/10, asunto *Åkerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013.

Sentencia T-540/15, asunto *De Capitani/Parlamento Europeo*, de 22 de marzo de 2018.

Sentencia T-851/16, asunto *Access Info Europe/Comisión Europea*, de 7 de febrero de 2018.

STJUE C-57/16 P, asunto *ClientEarth/Comisión*, de 4 de septiembre de 2018.

STJUE C-178/18 P, asunto *MSD Animal Health Innovation GmbH e Intervet international BV/Agencia Europea de Medicamentos*, de 22 de enero de 2020.

STJUE C-175/18 P, asunto *PTC Therapeutics International/EMA*, de 22 de enero de 2020.

STJUE T-485/18, asunto *Compañía de Tranvías de La Coruña, S. A/Comisión Europea*, de 6 de febrero de 2020.

STJUE T-734/17 *ViaSat, Inc. c. Comisión Europea*, de 26 de marzo de 2020.

STJUE C-761/18 P, asunto *Leino-Sandberg/Parlamento*, de 21 de enero de 2021.

- Jurisprudencia del TC

STC 1/2015, de 19 de enero.

STC 104/1986, de 17 de julio.

STC 104/2000, de 13 de abril.

STC 104/2018, de 4 de octubre.

STC 107/2001, de 23 de abril.

STC 112/2006, de 5 de abril.

STC 117/1998, de 2 de junio.

STC 118/2019, de 16 de octubre.

STC 119/1995, de 17 de julio.

STC 119/2001, de 24 de mayo.
STC 119/2001, de 24 de mayo.
STC 124/2003, de 19 de junio.
STC 124/2018, de 14 de noviembre.
STC 127/1994, de 5 de mayo
STC 134/1999, de 15 de julio.
STC 142/1993, de 22 de abril.
STC 150/2011, de 29 de septiembre.
STC 151/2014, de 25 de septiembre.
STC 159/1986, de 16 de diciembre.
STC 159/2005, de 20 de junio.
STC 16/1982, de 28 de abril.
STC 16/1994, de 20 de enero.
STC 16/2004, de 23 de febrero.
STC 160/1987, de 27 de octubre.
STC 161/1988, de 20 de septiembre.
STC 161/2013, de 26 de septiembre.
STC 164/2021, de 4 de octubre.
STC 165/1987, de 27 de octubre
STC 168/1996, de 29 de octubre.
STC 168/2021, de 5 de octubre.
STC 169/2009 de 9 julio.
STC 171/1990, de 12 de noviembre.
STC 172/1990, de 12 de noviembre.
STC 172/2020, de 19 de noviembre.
STC 172/2020, de 19 de noviembre.
STC 173/1995, de 21 de noviembre.
STC 176/1995, de 11 de diciembre.
STC 177/2002, de 14 de octubre.
STC 18/1981, de 8 de junio.
STC 180/2003, de 13 de octubre.
STC 181/1989, de 3 de noviembre.
STC 183/2001, de 17 de septiembre.
STC 184/2012, de 17 de octubre.

STC 190/2020, de 16 de diciembre.
STC 196/1990, de 29 de noviembre.
STC 199/2016, de 28 de noviembre.
STC 20/2011, de 14 de marzo.
STC 203/2001, de 15 de octubre.
STC 219/1992, de 3 de diciembre.
STC 220/1991, de 25 de noviembre.
STC 23/2020, de 13 de febrero.
STC 236/2007, de 7 de noviembre.
STC 24/2019, de 25 de febrero.
STC 240/1992, de 21 de diciembre.
STC 247/2007, de 12 de diciembre
STC 254/1993, de 20 de julio.
STC 27/2020, de 4 de febrero.
STC 273/2000, de 15 de noviembre.
STC 281/2005, de 7 de noviembre.
STC 290/2000, de 30 de noviembre.
STC 30/1982, de 1 de junio.
STC 31/2010, 28 de junio.
STC 31/2015, de 35 de febrero.
STC 32/2017, de 27 de febrero.
STC 32/2019, de 28 de febrero.
STC 336/1993, de 15 de noviembre.
STC 36/1991, de 14 de febrero.
STC 38/1999, de 22 de marzo.
STC 40/1992, 30 de marzo.
STC 40/2003, de 17 de febrero.
STC 47/2002, de 25 de febrero.
STC 50/1999, de 6 de abril.
STC 51/1984, de 25 de abril.
STC 53/1985, de 11 de abril.
STC 56/2004, de 19 de abril.
STC 57/2004, de 19 de abril.
STC 57/2011, de 3 de mayo

STC 6/1881, de 16 de marzo.
STC 6/1981, de 16 de marzo.
STC 6/2020, de 27 de enero
STC 64/1991 de 22 de marzo.
STC 75/2002, de 8 de abril.
STC 76/1983, de 5 de agosto.
STC 77/1982, de 20 de diciembre.
STC 78/1995, de 22 de mayo.
STC 79/2014, de 28 de mayo.
STC 85/1992, de 8 de junio.
STC 87/2020, de 20 de julio.
STC 94/1995, de 19 de junio.
STC 95/2003, de 22 de mayo.

- Jurisprudencia del TS

STS 1519/2020, 12 de noviembre.
STS 1547/2017, de 16 de octubre
STS 1565/2020, de 19 de noviembre
STS 1768/2019, de 16 de diciembre.
STS 1817/2020, de 29 de diciembre.
STS 235/2021, de 19 de febrero.
STS 257/2021, de 24 de febrero.
STS 306/2020, de 3 de marzo.
STS 311/2022, de 10 de marzo.
STS 312/2022, de 10 de marzo.
STS 367/2016 de 3 de junio.
STS 454/2021, de 25 de marzo.
STS 66/2021, de 25 de enero.
STS 748/2020, de 11 de junio.
STS de 12 de noviembre de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:7165.
STS de 14 de noviembre de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:8241.
STS de 15 de junio - ECLI:ES:TS:2015:2876.
STS de 15 de junio de 2015 - ECLI:ES:TS:2015:2870

STS de 16 de octubre de 1979 - ECLI:ES:TS:1979:2276.
STS de 17 de febrero de 2004 - ECLI:ES:TS:2004:1007.
STS de 19 de junio de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:4291.
STS de 19 de mayo de 1988 - ECLI:ES:TS:1988:3768.
STS de 19 de mayo de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:3359.
STS de 2 de diciembre de 2005 - ECLI:ES:TS:2005:8237.
STS de 20 de junio de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:4328.
STS de 25 de abril de 2000 - ECLI:ES:TS:2000:3466.
STS de 25 de febrero de 2013 - ECLI:ES:TS:2013:1025.
STS de 27 de noviembre de 2009 - ECLI:ES:TS:2009:7515.
STS de 28 de mayo de 1997 - ECLI:ES:TS:1997:3745.
STS de 28 de octubre de 2003 - ECLI:ES:TS:2003:6651.
STS de 29 de marzo de 2006 - ECLI:ES:TS:2006:2554.
STS de 29 de mayo de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:3886.
STS de 3 de junio de 2011 - ECLI:ES:TS:2011:3726.
STS de 3 de octubre de 2006 - ECLI:ES:TS:2006:6168.
STS de 30 de marzo de 1999 - ECLI:ES:TS:1999:2206.
STS de 4 de julio de 1987 - ECLI:ES:TS:1987:11517.
STS de 7 de mayo de 1996 - ECLI:ES:TS:1996:2715.