



La naturaleza del derecho de acceso a la información pública

Emilio Guichot Reina¹

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
España*

ORCID: [0000-0001-8945-4604](https://orcid.org/0000-0001-8945-4604)

RECIBIDO: 21 de julio de 2023

ACEPTADO: 24 de julio de 2023

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento
"De la transparencia al Gobierno Abierto" (PID2022-140415NB-I00)

¹ Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Director del Instituto Universitario de Investigación Clavero Arévalo. Consultor de organizaciones públicas internacionales y españolas, así como de entidades privadas. Especialista en protección de datos y en transparencia. Premio a la Trayectoria Profesional en Protección de Datos de la Agencia vasca de protección de datos en 2015. Ha dirigido el proyecto de investigación estatal "Observatorio de la Transparencia".



RESUMEN: Desde hace décadas se debate a nivel mundial en el plano judicial y doctrinal sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información pública. En la actualidad, puede hablarse de una decantación mayoritaria hacia su consideración como derecho fundamental, sea autónomo, en las cartas de derechos fundamentales más recientes, sea como parte del contenido de la libertad de información, en las más veteranas. De ello damos cuenta en la primera parte de este trabajo, poniendo especial atención en las conclusiones extraídas del Derecho internacional y europeo, pues, conforme dispone el artículo 10.2 de la Constitución Española, "las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España". Prestaremos especial atención a la nueva jurisprudencia sobre el tema emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En España, el debate, tanto a nivel político como doctrinal, ha sido particularmente intenso, muy especialmente a partir de la tramitación, aprobación y entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. También nuestros tribunales internos se han pronunciado al respecto.

Sobre ello se reflexiona en la segunda parte de este trabajo para llegar a unas conclusiones sobre la naturaleza del derecho de acceso y la dificultad del encaje entre la dogmática tradicional de la libertad de información y el derecho de acceso a la información en la sociedad tecnológica en la que vivimos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la información pública, libertad de información, Derecho internacional, Derecho europeo, Convenio 205, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Ley de Transparencia, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

CONTENIDOS: 1.- Una mirada hacia afuera: la progresiva consolidación del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y sus diferentes cauces. 1.1. - *Derecho internacional*. 1.2.- *Derecho europeo*. 1.2.1.- Consejo de Europa. 1.2.2.- Unión Europea. 1.2.3.- El encaje entre el reconocimiento y desarrollo del derecho de acceso en el Consejo de Europa y en la Unión Europea. 2.- Una mirada hacia adentro: la naturaleza del derecho de acceso en el Derecho español. 2.1.- *El debate coetáneo a la aprobación de la LTAIPBG*. 2.2.- *La interpretación ulterior a la aprobación de la LTAIPBG*. 3.- Balance y conclusiones. - Bibliografía.



The nature of the right to access to public information

ABSTRACT: For decades, the nature of the right of access to public information has been debated worldwide at the judicial and doctrinal level. At present, one can speak of an indisputable majority decantation towards its consideration as a fundamental right, be it autonomous, in the most recent fundamental rights letters, or as part of the content of freedom of information, in the most veteran ones. We will give an account of this in the first section, paying special attention to the conclusions drawn from international and European Law, since, as is known, according to article 10.2 of the Spanish Constitution, "the norms related to fundamental rights that the Constitution recognizes will be interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and international agreements on the same subject ratified by Spain". We will pay special attention to the new jurisprudence on the subject emanating from the European Court of Human Rights.

In Spain, the debate, both at a political and doctrinal level, has been particularly intense, especially since the processing, approval and entry into force of Law 19/2013, of November 9, on transparency, access to public information and good governance. Our internal courts have also ruled on the matter.

This article reaches conclusions about the nature of the right of access and the difficulty of fitting in between the traditional profiles of freedom of information and the right of access to information in the technological society in which we live.

KEYWORDS: Right of access to public information, freedom of information, nature, international law, European law, Convention 205, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Transparency Law, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.



Desde hace décadas se debate a nivel mundial en el plano judicial y doctrinal sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información pública. En la actualidad, puede hablarse de una decantación mayoritaria indiscutible hacia su consideración como derecho fundamental, sea autónomo, en las cartas de derechos fundamentales más recientes, sea como parte del contenido de la libertad de información, en las más veteranas. De ello daremos cuenta en el primer epígrafe, poniendo especial atención en las conclusiones extraídas del Derecho internacional y europeo, pues, como es sabido, conforme dispone el artículo 10.2 de la Constitución Española, "las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España" ². Prestaremos especial atención a la nueva jurisprudencia sobre el tema emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

En España, el debate, tanto a nivel político como doctrinal, ha sido particularmente intenso, muy especialmente a partir de la tramitación, aprobación y entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de noviembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIPBG). También nuestros tribunales internos se han pronunciado al respecto, como reseñaremos.

Sobre ello reflexionaremos en este artículo que, por su brevedad, no aspira más que a exponer de forma conclusiva las líneas maestras de esta cuestión, que hemos abordado con más detalle en otros trabajos, para llegar a unas conclusiones.

² Sobre la interpretación por parte del Tribunal Constitucional del alcance de este precepto, véase, recientemente, el sólido trabajo de PÉREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 221-236, y la bibliografía allí citada.



1. Una mirada hacia afuera: la progresiva consolidación del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental y sus diferentes cauces

1.1. Derecho internacional

El sistema de derechos fundamentales de Naciones Unidas acoge la libertad de información y expresión, en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) –que incluye la libertad de investigar–³, y en el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) –que alude a la libertad de buscar informaciones–⁴. Ambos vienen siendo interpretados como inclusivos del derecho a acceder a la información en poder de las autoridades públicas⁵.

³ Artículo 19: "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."

⁴ Artículo 19.2: "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"

⁵ Entre otros textos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General núm. 34 (2011) dice que: «El párrafo 2 del artículo 19 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos. 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». El Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión ha manifestado esta misma posición en sus informes anuales. Véase el detalle en PEREZ CONCHILLO, E., *op. cit.*, pp. 238-239. La Declaración Conjunta de 6 de diciembre de 2004 del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión afirma que: «El derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (por ejemplo, las Leyes de Libertad de Acceso a la 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».



1.2. Derecho europeo

En el ámbito regional europeo se ha afirmado el carácter iusfundamental del derecho de acceso⁶. Eso sí, de forma diferente en función de la fecha de la carta de derechos fundamentales en cuestión.

1.2.1. Consejo de Europa

1.2.1.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos

El sistema europeo de derechos fundamentales más veterano está constituido, como es sabido, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), aprobado en el seno del Consejo de Europa. El CEDH no reconoció expresamente el derecho de acceso a la información pública. Se ha planteado ante el TEDH si este derecho debe considerarse incluido en el artículo 10 CEDH, referido a la libertad de expresión, que comprende la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber interferencias de la autoridad pública. Obsérvese que, a diferencia de los textos internacionales, no hay aquí referencia a la "investigación" o "búsqueda"⁷.

⁶ En el ámbito regional americano, como es sabido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha adoptado esta interpretación desde su célebre sentencia *Claude Reyes* y otros contra Chile, de 6 de junio de 2006 y en el seno de la Organización de Estados Americanos se han aprobado una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información en 2010, y una nueva versión más avanzada en 2020, la llamada Ley Modelo 2.0. Al respecto, nos permitimos la remisión a nuestros trabajos "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho Comparado de la Información*, núm. 19, 2012, y "Transparencia y acceso a la información, comparativa del modelo europeo y americano", *Revista iberoamericana de gobierno local*, núm. 15, diciembre 2019, pp. 2254-1834, y a la bibliografía en ellos citada.

⁷ "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."



Sintetizando aquí la exposición que hemos desarrollado en otros trabajos⁸, ha de apuntarse que, durante décadas, el TEDH recondujo las demandas basadas en una omisión por parte de los poderes públicos de facilitar información a los reclamantes a la posible vulneración del artículo 8, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia. Esta solución pudo explicarse porque en los asuntos planteados se pretendía información concerniente a la vida personal de los propios solicitantes. Siendo así, el TEDH prefirió optar por encajar –a veces, forzadamente– la obligación de facilitar la información solicitada dentro del contenido activo del derecho al respeto a la vida privada, en línea con la facultad positiva de acceder a la información que un tercero posee sobre una persona que forma parte del contenido del derecho a la protección de datos⁹. En todo caso, el TEDH siempre se limitó a afirmar que la libertad de recibir información se caracteriza, “al menos de forma principal”, como un derecho a obtenerla de los sujetos privados sin injerencia del poder público, cuidándose de no descartar que pudiera hacerse valer frente a la Administración en función de las circunstancias del caso¹⁰. Todavía en 2004 señaló la dificultad de derivar del artículo 10 CEDH un derecho general de acceso a la información¹¹. Pero, dos años más tarde, en 2006, y pese a reiterar esa dificultad, el TEDH admitió que una vulneración del derecho de acceso a la información pública puede constituir una injerencia en el artículo 10 CEDH, que sólo cabe si está prevista por ley, es necesaria y está justificada en una sociedad democrática, y, a partir de esta premisa, entrar a resolver si había habido una

⁸ *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 27-37, y, muy recientemente, *El acceso a la información pública en el Derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 21-35.

⁹ Abordaron directamente el tema las SSTEDH de 26 de marzo de 1987, *Leander* contra Suecia (acceso por una persona a su expediente policial); de 7 de julio de 1989, *Gaskin* contra Reino Unido (acceso por una persona a su expediente en poder de los servicios de asistencia social); o de 19 de febrero de 1998, *Guerra* y otros contra Italia (acceso por los vecinos de una industria contaminante a la difusión por la Administración de información en materia medioambiental) o de 9 de junio de 1998, *McGinley* y *Egan* contra Reino Unido (acceso a información sobre exposición a radiaciones).

¹⁰ El principio general, luego reiterado, fue elaborado en la Sentencia *Leander* contra Suecia: «[...] el derecho a la libertad de recibir información prohíbe básicamente que un Gobierno impida a una persona recibir información que otras quieren o pueden estar dispuestas a ofrecerle. El artículo 10 no confiere al individuo, en circunstancias como las del caso de autos, un derecho de acceso a un registro que contenga información sobre su situación personal, ni conlleva la obligación del Gobierno de facilitar una información tal al individuo» (apartado 74) (la traducción y la cursiva son nuestras).

¹¹ En la STEDH de 28 de septiembre de 2004, *Loiseau* contra Francia.



vulneración del derecho de acceso a la información a la luz del artículo 10 CEDH en el caso en cuestión¹².

Posteriormente, el TEDH continuó admitiendo que, en determinadas circunstancias, el derecho de acceso a la información pública forma parte de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, lo que acompañó de un reconocimiento expreso de que su jurisprudencia había evolucionado en este punto. Afirmó, en efecto, que la libertad de recibir información básicamente prohíbe al Gobierno impedir que una persona reciba información que otros quieren o pueden estar dispuestos a facilitarle, y no consiste en un derecho general de acceso a la información pública, pero que cuando se trata de información de interés público efectivamente existente y en poder monopolístico de las autoridades públicas, recopilar información es el paso previo a la difusión y la denegación de acceso a sujetos cualificados que tienen por objetivo la divulgación constituye una injerencia en la libertad de información. Entre esos sujetos cualificados incluyó a periodistas¹³, organizaciones no gubernamentales¹⁴ e investigadores¹⁵, ya que todos ellos desempeñan un papel clave de "perros guardianes" y de difusión de la información entre la ciudadanía. En todos los casos, y resulta importante destacarlo, los demandantes habían solicitado la información conforme a su ley nacional de acceso a la información pública, y en la mayoría de ellos, de hecho, los tribunales nacionales habían ordenado la entrega de información en su aplicación.

Esta reelaboración de su doctrina anterior tuvo su contestación dentro del propio TEDH con ocasión de una sentencia de 2015¹⁶. Un voto particular cuestionó que se pudieran extraer del artículo 10 CEDH obligaciones tales, cuando la jurisprudencia

¹² Así, en la STEDH de 10 de julio de 2006, *Sdruzeni Jihoceské Matky* contra República Checa se solicitaba información sobre el funcionamiento de una central nuclear checa. El TEDH admitió que en el caso concreto la denegación de la información constituía una injerencia en el derecho del demandante a recibir información. No obstante, estimó que se trataba de una injerencia no arbitraria sino proporcionada, ya que la solicitud de información versaba sobre aspectos técnicos carente de interés general y cuyo conocimiento público podía afectar al secreto industrial, a la seguridad nacional y a la salud pública. El TEDH dejó apuntado que otra solución cabría en el caso de tratarse de información de interés general sobre el impacto ambiental de la central.

¹³ SSTEDH de 31 de julio de 2012, *Shapovalov* contra Ucrania, y de 24 de junio de 2014, *Roşiiianu* contra Rumanía.

¹⁴ SSTEDH de 14 de abril de 2009, *Társaság a Szabadságjogokért* contra Hungría, de 25 de junio de 2013, *Youth Initiative for Human Rights* contra Serbia, y de 28 de noviembre de 2013, *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung* contra Austria.

¹⁵ SSTEDH de 16 de agosto de 2009, *Kennedy* contra Hungría, de 3 de abril de 2012, *Gillberg* contra Suecia.

¹⁶ STEDH de 17 de febrero de 2015, *Guseva* contra Bulgaria.



tradicional de la Gran Sala lo había negado¹⁷, y otro, de profundo calado, también contrario a la mencionada extensión, puso además de relieve las debilidades de la jurisprudencia reciente, que había diferenciado dos categorías de sujetos, los "perros guardianes", por un lado, con la mayor protección de su derecho de acceso a la información, y los demás, que no la disfrutarían, desconociendo que en la sociedad actual, internet ha permitido a cualquier ciudadano actuar como "perro guardián" y difundir información, y que, por ende, el derecho de acceso debe reconocerse a todos los ciudadanos y con independencia de la finalidad para la que soliciten la información¹⁸.

Tras estas sentencias "iniciales", de reelaboración de su doctrina, y ante estas discrepancias en su propio seno, el TEDH llevó a cabo su acercamiento más teórico y completo al año siguiente, en 2016, en una sentencia de la Gran Sala, a cuya elaboración dogmática se remiten sentencias posteriores¹⁹. En ella, el TEDH comienza haciendo una defensa de la coherencia de su jurisprudencia y se lanza a profundizar en la construcción teórica. Acude a los diferentes medios de interpretación reconocidos por el Derecho internacional de los tratados y acogidos en su jurisprudencia. De este modo, considera que nada puede concluirse del estudio de los trabajos preparatorios –argüido por el Gobierno británico como excluyente de obligaciones positivas de dar acceso a información, dado que se eliminó en el texto final la referencia del anteproyecto a la "búsqueda" de información–. A continuación, constata que tras la adopción del CEDH, los instrumentos internacionales, los propios trabajos del Consejo de Europa, la práctica totalidad de los Estados parte del CEDH, la Unión Europea y otras organizaciones regionales no europeas han evolucionado de tal manera que se deriva un amplio consenso en cuanto a la necesidad de reconocer un derecho individual de acceso a las informaciones en poder del Estado para ayudar al público a forjarse una opinión sobre cuestiones de interés general. La conclusión es que nada se opone a que el derecho de acceso a la información pueda considerarse parte integrante de la libertad de expresión si se reúnen una serie de condiciones, lo que se argumenta como forma de lograr la efectividad de las disposiciones del Convenio, puesto que sostener que el derecho de acceso a la información no puede en ninguna circunstancia derivar del artículo 10 CEDH llevaría a situaciones en las que la libertad "de recibir y de comunicar" informaciones se vería obstaculizada de una manera y hasta un grado en que la sustancia misma de la libertad de expresión quedaría afectada. En definitiva, y considerando que "ha llegado el momento de clarificar los principios clásicos", el TEDH afirma que sigue considerando que "el derecho a la

¹⁷ Así, el voto discrepante del Juez Mahoney, que se refiere a la STEDH *Guerra* y otros contra Italia.

¹⁸ Voto particular discrepante del Juez Wojtyczek.

¹⁹ STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Magyar Helsinki Bizottság* contra Hungría.



libertad de recibir informaciones prohíbe en esencia a un gobierno que impida a alguien recibir informaciones que otros aspiran a o pueden consentir en suministrarle". Además, "no puede entenderse que el derecho de recibir informaciones imponga a un Estado obligaciones positivas de recogida y de difusión, *motu proprio*, de informaciones." Estima que "el artículo 10 no confiere al individuo un derecho de acceso a las informaciones en poder de una autoridad pública, ni obliga al Estado a comunicárselas. Sin embargo, un derecho o una obligación tales pueden nacer, en primer lugar, cuando la divulgación de informaciones se haya ordenado por una decisión judicial ejecutiva y, en segundo lugar, cuando el acceso a la información sea determinante para el ejercicio por el individuo de su libertad de expresión, en particular la libertad de recibir y de comunicar informaciones, y denegar este acceso constituya una injerencia en el ejercicio de este derecho".

Para determinar esto último, ha de estar a un análisis caso por caso, pero el pronunciamiento aporta una serie de criterios clave que han sido ya manejados de forma sistemática en su jurisprudencia posterior, a saber: a) El *objetivo de la solicitud de información*, esto es, si se encamina a recibir y comunicar información e ideas, como es el caso de las actividades periodísticas u otras encaminadas a abrir un debate público o que sean un elemento esencial de la participación en ese debate; b) La *naturaleza de las informaciones solicitadas*, esto es, que se trate de informaciones de interés público, en especial, porque contribuyan a la transparencia sobre la actuación en los asuntos públicos o sobre cuestiones de interés social general, y permitan así la participación del conjunto de la colectividad en la gobernanza pública; c) La *condición de solicitante*, que es una consecuencia de los dos criterios anterior, es decir, si se trata de periodistas, de organizaciones no gubernamentales o, en general, de sujetos que tienen como objetivo informar al público en calidad de "perros guardianes", lo que no quiere decir que se les aplique a ellos exclusivamente. Así, por ejemplo, investigadores universitarios y autores de obras sobre temas de interés público tienen también un alto nivel de protección, y blogueros y utilizadores populares de las redes sociales también les pueden ser asimilados; y d) La *disponibilidad de la información*, que constituye un criterio importante en la apreciación global de si ha habido injerencia. Si concurren estos criterios, ha de concluirse que ha habido una injerencia en la libertad de información y proceder al análisis posterior de si se trata de una injerencia legalmente prevista y necesaria en una sociedad democrática.

Hay que constatar que este importante pronunciamiento no fue tampoco unánime. No lo fue en los principios que sienta, dado que cuenta con un voto discrepante suscrito por dos Jueces, que consideran que no existe una *communis opinio* acerca de la integración del derecho de acceso en la libertad de información y, de hecho, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, invocada por el propio TEDH, se trata de derechos autónomos. Además, pone de relieve que con esta aproximación todas las excepciones o limitaciones contempladas en las normativas



nacionales reguladoras del derecho de acceso se convierten en relativas, esto es, sometidas a la aplicación del criterio de la ponderación, siendo así que en muchos Derechos algunas son imperativas, esto es, sometidas sólo al criterio del perjuicio²⁰. Tampoco fue unánime en su aproximación a la ponderación entre el interés público de la divulgación y la protección de datos²¹.

A partir de esta sentencia, la doctrina en ella sentada y, en especial, los criterios antes enumerados, han sido el referente de las sentencias posteriores, cuyo número se ha ido incrementando de forma exponencial, con una gran aceleración en los últimos años. Han seguido la misma lógica: los demandantes son periodistas, investigadores –en sentido amplio– u organizaciones no gubernamentales que invocaron ante las autoridades nacionales la respectiva ley de acceso a la información pública. En unos casos, el TEDH ha estimado que no se ha producido injerencia en la libertad de información. Así, cuando el demandante no ha motivado el interés público que persiguen con la solicitud y en su caso posterior difusión de información, esto es, la conexión con la libertad de información –y ello pese a tratarse de información sobre corrupción relacionada con personajes públicos por razón de su cargo–, y ha conseguido de hecho pese a la negativa realizar su tarea²²; o cuando la información, tal y como la solicita el demandante, no está preparada y disponible, sino que hay que confeccionarla a medida, y se le ha ofrecido “en bruto”, por considerar que el artículo 10 no impone obligación alguna de recopilar información a petición del demandante, especialmente cuanto esto supondría una cantidad de trabajo considerable²³. Cuando sí ha considerado que hay una injerencia en la libertad de información, ha comprobado si está prevista en la ley nacional y ha llevado a cabo su propia ponderación entre el interés público en la divulgación, por su contribución al debate público en una sociedad democrática, y el derecho o bien protegido y reconocido como límite en la propia ley nacional de acceso a la información, tomando en cuenta al respecto si los demandantes expusieron las razones por la cual la divulgación de la información pretendida servía un interés público prevalente sobre el mencionado derecho. Así, ha tenido ocasión de ponderar con el derecho a la vida privada –poniendo el énfasis en la mayor o menor relación de la información personal con la vida privada –; con la seguridad pública y su relación con el régimen de los secretos oficiales y la información clasificada –afirmando que incluso en este

²⁰ Voto discrepante del Juez Spano, al que se adhiere el Juez Kjølbro.

²¹ Así, para el voto particular concurrente de los Jueces Nussberger y Keller, el TEDH descartó de forma simplista la protección de datos, al entender que no formaban parte de la vida privada, frente a su propia jurisprudencia en torno al artículo 8 CEDH y a la legislación y jurisprudencia de la Unión europea – como veremos –, lo que, auguran, traerá problemas en el futuro. El voto discrepante del Juez Spano, al que se adhiere el Juez Kjølbro, también apunta en este sentido.

²² STEDH de 30 de enero de 2020, *Studio Monitori* y otros contra Georgia.

²³ STEDH de 7 de febrero de 2017, *Bubon* contra Rusia.



caso es necesario un juicio de ponderación sin que baste la clasificación para excluir *per se* el acceso, por mucho que se reconozca un amplio margen de apreciación al Estado²⁴; o con la garantía de imparcialidad e igualdad de trato ante la justicia²⁵. Cualquiera que sea el motivo de denegación invocado, en fin, ha exigido una ponderación motivada. En otros casos, se ha enfrentado a denegaciones que no se amparan siquiera en un límite legal, en cuyo caso declara la violación²⁶. Es más, pese a que, como vimos, el TEDH ha establecido que el artículo 10 CEDH no impone a los Estados obligaciones positivas de recogida y difusión, ha considerado que, en los casos en que la ley nacional sí lo hace, un incumplimiento o un cumplimiento *pro forma* basado en información falsa, inexacta o insuficiente constituiría una injerencia en la libertad de información²⁷.

1.2.1.2. El desarrollo normativo del derecho de acceso. En especial, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa, sobre acceso a los documentos públicos

Como es sabido, los materiales emanados del Consejo de Europa, en forma de Declaraciones y Recomendaciones –sin carácter vinculante– o Convenios –Tratados internacionales que como tales obligan una vez suscritos, ratificados y producida su entrada en vigor según las reglas nacionales–, constituyen la expresión más aproximada de un *ius publicum* europeo en permanente y acelerada formación y, además, fuente directa de inspiración del Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE).

Hasta 2009, el documento más importante lo constituía la Recomendación del Comité de Ministros de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, carente de efecto vinculante. Sin embargo, el 18 de junio de 2009 se abrió a la firma el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa, sobre acceso a los documentos públicos (en adelante, Convenio 205), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2020. En su articulado, el Convenio regula las cuestiones de ámbito objetivo y subjetivo, límites, procedimiento, garantías y medidas complementarias, que se plantean a toda norma sobre acceso a la información pública. Conviene a nuestros efectos tan sólo reseñar que reconoce el derecho a toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno ni motivar la solicitud, pudiendo admitirse las solicitudes anónimas; que sólo admite límites al derecho de acceso establecidos por ley, necesarias y proporcionadas por motivos enunciados de manera exhaustiva en sistema de lista cerrada y que han de ser objeto como regla general de la aplicación del criterio del daño y de la ponderación con el interés público, si bien se permite que por excepción

²⁴ SSTEDH de 18 de marzo de 2021, *Yuriy Chumak* contra Ucrania, y de 3 de febrero de 2022, *Šeks* contra Croacia.

²⁵ STEDH de 21 de enero de 2021, *Leshchenko* contra Ucrania.

²⁶ STEDH de 9 de diciembre de 2021, *Rovshan Hajiye* contra Azerbaiyán.

²⁷ STEDH de 1 de julio de 2021, *Association Burestop 55* y otros contra Francia.



algunos de ellos se recojan de forma absoluta, sometidos sólo al primero de esos criterios; que el solicitante tiene derecho a elegir entre consultar el original o a recibir una copia en la forma o formato disponibles a su elección, salvo que se trate de una preferencia irrazonable; y que exige la puesta a disposición de los solicitantes de un recurso ante un tribunal o ante otra instancia independiente o imparcial prevista por la ley. Además, el Convenio 205 prevé medidas de publicidad activa, esto es, la puesta a disposición de todas las personas, por su propia iniciativa y cuando lo estimen conveniente, de todos los documentos públicos en su poder con el objeto de promover la transparencia y la eficacia de la Administración y para fomentar la participación informada del público en materias del interés general. Se limita, en este punto, a este principio general, dejando un amplio margen a los Estados a la hora de arbitrar las materias y los medios para hacerlo efectivo.

1.2.2. Unión Europea

La Unión Europea aprobó su Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, CDFUE) el 7 de diciembre de 2000. Se trata, pues, de un texto muy posterior a los textos internacionales y europeos de derechos fundamentales hasta ahora mencionados, y consagró el derecho de acceso como derecho fundamental relacionado con la ciudadanía²⁸. Resulta destacable que la consagración de este derecho vino de la mano de exhaustivos estudios de Derecho comparado, tanto a nivel legislativo²⁹ como judicial³⁰, que pusieron de manifiesto que se trata de un derecho reconocido en los Estados miembros, a menudo con carácter constitucional y en los demás casos con reconocimiento legal. Es esta pertenencia al acervo

²⁸ En su artículo 42, conforme al cual: "Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión"

²⁹ Con ocasión de la aprobación del Código de Conducta, en 1993, y del nuevo Reglamento, en 2001, se hicieron públicos sendos estudios. El primero, «El acceso del público a la información», se publicó como anexo a la Comunicación de 5 de mayo de 1993, COM (93) 191 final («DO» C 156, p. 5). Al segundo, de 9 de octubre de 2000, puede accederse a través de la página europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/index_fr.htm#. Con posterioridad, aún se ha publicado un tercero (*Comparative analysis of the Member States' and candidate countries' legislation concerning access to documents*, 1 de julio de 2003, SG/616/03, Directorate B).

³⁰ Resultan una buena síntesis expresiva de los análisis jurídicos llevados a cabo en el seno del Tribunal las conclusiones de los Abogados generales, mucho más propicias a la divagación conceptual y al estudio comparado que las sentencias. En las elaboradas por Leger, en la STJ de 6 de diciembre de 2001, Consejo contra *Heidi Hautala*, asunto C-353/99 P, se hace un exhaustivo estudio comparado y se concluye que el derecho de acceso es un derecho reconocido, con las naturales diferencias en los grados de protección y formas de ejercicio, en el Derecho convencional, internacional y europeo, y en el Derecho interno de los Estados miembros. Tales normas nacionales, pertenecientes a regímenes jurídicos que no tienen necesariamente un contenido homogéneo, traducen, no obstante, una concepción común de la mayor parte de los Estados miembros.



jurídico de los Estados miembros la que ha llevado a su consagración como derecho fundamental en la Unión Europea³¹. Huelga recordar que el propio Tribunal Constitucional da un puesto principal a la Carta en la interpretación de los derechos fundamentales por mor del mencionado artículo 10.2 de la Constitución³².

El derecho de acceso ha sido objeto en la Unión Europea de una regulación legal, contenida hoy en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en adelante, Reglamento 1049/2001), que hemos estudiado detenidamente en otros trabajos³³, y en el que baste señalar a nuestros efectos que en la práctica se reconoce el derecho a toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno ni motivar la solicitud; que se establecen tres categorías de excepciones, unas sólo sometidas al test del daño, otras, además, al del perjuicio y las terceras en que se requiere, además, que el perjuicio sea grave; que el solicitante puede elegir la modalidad de acceso; y en que las garantías quedan confiadas al Juez comunitario, junto a la posibilidad de acudir al Defensor del pueblo en este último caso sin potestad para anular la decisión de la respectiva Institución. También se prevén medidas de publicidad activa.

1.2.3 El encaje entre el reconocimiento y desarrollo del derecho de acceso en el Consejo de Europa y en la Unión europea

Cabe plantearnos, como cierre de este apartado dedicado al Derecho europeo, si existen elementos de fricción entre el sistema del Consejo de Europa y el de la Unión Europea, más allá de la constatación de que mientras que en el CEDH, el derecho de acceso se ha hecho derivar de la libertad de información y expresión, cuando se reúnen ciertas condiciones, y en el CDFUE se ha consagrado como un derecho autónomo.

Lo primero que hay que advertir al respecto es que no hay un solo Derecho del Consejo de Europa, sino una jurisprudencia del TEDH alumbrada recientemente en torno a las relaciones entre derecho de acceso y libertad de información, por una parte, y el Convenio 205, por otra. El TEDH ha llevado a cabo una interpretación de la libertad de información "actualizada" que tiene en cuenta que el derecho de

³¹ En efecto, en el Derecho de los Estados europeos se ha alcanzado también mayoritariamente el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información, bien como integrante del contenido de la libertad de información en los sistemas constitucionales más tradicionales, bien como derecho autónomo en los más modernos, siendo esta la solución actualmente mayoritaria. Véase, en detalle, GUICHOT, E., *El acceso a la información pública en el Derecho europeo*, op. cit., pp. 49-63.

³² Ver, por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de mayo.

³³ *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, op. cit., pp. 77-284, y, muy recientemente, *El acceso a la información pública en el Derecho europeo*, op. cit., pp. 49-292.



acceso a la información cuenta con un reconocimiento casi universal en el Derecho internacional y comparado, incluido en el Derecho nacional de la práctica totalidad de los Estados parte. Falto de un reconocimiento autónomo en el CEDH –lo que se explica sin duda por su fecha de aprobación–, ha procedido de una forma similar a lo ocurrido en otros sistemas jurídicos nacionales veteranos: anudando este derecho a la libertad de información. Este enfoque, de hecho, coincide con el de los documentos emanados del Consejo de Europa en forma de Recomendaciones o Convenio, que enlazan de modo expreso el derecho de acceso a la información pública con la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 CEDH. Esta es, pues, la solución que se ha alcanzado a la vista de la inexistencia de un precepto autónomo que consagre el derecho de acceso, a diferencia de lo que ocurre en un sistema de derechos fundamentales más reciente como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como hemos visto.

Ahora bien, la integración "con matices" del derecho de acceso a la información en la libertad de información ha conllevado algunos "lastres".

Por de pronto, resulta cuestionable la afirmación del TEDH de que el derecho de acceso forma parte de la libertad de información, además de bajo los presupuestos antes mencionados, "cuando la divulgación de informaciones se haya ordenado por una decisión judicial ejecutiva", o "cuando la normativa nacional dispone la publicación *motu proprio* de la información". Nos parece que en ambos casos se trata de elementos nacionales –garantía del cumplimiento de las sentencias, previsiones de publicidad activa sujetas o no a control judicial– que no tendrían que condicionar el ámbito de aplicación del artículo 10 CEDH.

Además, hay una inconsecuencia entre la afirmación de que la libertad de información no implica obligaciones positivas de facilitar información y el reconocimiento de que puede conllevar la obligación de las autoridades públicas de dar información, sea a solicitud de una persona, o sea, incluso, de oficio –cuando así lo prevé su Derecho nacional–. La explicación de esta aparente contradicción sería, en la jurisprudencia examinada, que esta obligación puede nacer cuando el acceso a la información sea determinante para el ejercicio por el individuo de su libertad de expresión, en particular la libertad de recibir y de comunicar informaciones. Y ello ocurriría, notablemente, cuando se trata de información de relevancia pública disponible y en poder monopolístico de las autoridades públicas y solicitada por una serie de sujetos ("perros guardianes") que desempeñan a estos fines un papel esencial en la difusión de información a la sociedad. De este modo, el derecho de acceso sería instrumental para la libertad de información, pues sin él los "perros guardianes" no pueden difundir información ni los ciudadanos recibirla. Ahora bien, el razonamiento, por lo demás de gran peso, obvia algunos datos. Por de pronto, que la información en poder de las autoridades públicas lo es en casi todos los casos, y no por tanto excepcionalmente, en monopolio y que, por la propia naturaleza de las actividades de las autoridades públicas y la necesidad de su escrutinio, la regla y no



la excepción es su interés público. También, la dificultad de seguir manteniendo una distinción entre “perros guardianes” y otros sujetos en el mundo de *Twitter* y *Facebook*. Además, obvia que en la generalidad de los instrumentos internacionales y nacionales, en los que se apoya el propio Tribunal de Estrasburgo para esta interpretación “evolutiva” y “adaptada a los tiempos actuales” del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho de acceso se reconoce a todos los ciudadanos por igual, y no sólo a los “mediadores profesionales” de la información, y que no se condiciona a una previa motivación del interés público de la información ni a un compromiso de posterior difusión. Ello es así en los textos “constitucionales” y “legales” de la Unión Europea y en los Derechos de los Estados parte. Es más, los propios instrumentos normativos aprobados por el Consejo de Europa en forma de recomendación o de convenio siguen esta lógica. Resulta significativo que el Convenio 205, abierto a firma en 2009 y por ello previo a la formulación general de esta doctrina jurisprudencial, afirma que “[p]lese a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha reconocido un derecho general de acceso a los documentos o informaciones públicas, la reciente jurisprudencia del Tribunal sugiere que bajo determinadas circunstancias el artículo 10 del Convenio puede comportar un derecho de acceso a documentos en poder de autoridades públicas [...] El Convenio del Consejo de Europa de acceso a los documentos públicos se presenta como el primer instrumento internacional vinculante que reconoce un derecho general de acceso a los documentos públicos en poder de las autoridades públicas.”

Otro problema dogmático que se plantea es el siguiente: el TEDH viene a asumir que la aplicación de los límites al derecho de acceso ha de ser siempre objeto de una ponderación. Sin embargo, como veremos, no es esta la regla sin excepción en los Derechos de los Estados partes. En muchos de ellos conviven límites relativos, sometidos al doble criterio del perjuicio y de la ponderación, con límites imperativos, esto es, sometidos sólo al criterio del perjuicio, de tal modo que, en caso de que dar la información puede causarles un perjuicio, ha de denegarse el acceso, lo que sucede en especial en casos de límites que salvaguardan intereses públicos como la defensa, las relaciones internacionales o la seguridad nacional. El propio Convenio 205 lo admite. Es también el caso de la normativa de la Unión Europea, respecto de este tipo de límites. De esta forma, la aplicación sin excepción del criterio de la “necesidad” –incluso si se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados en su apreciación– puede dar origen a no pocas colisiones de enjundia, muy en especial en relación con la información clasificada.



2. Una mirada hacia adentro: la naturaleza del derecho de acceso en el Derecho español

2.1. El debate coetáneo a la aprobación de la LTAIPBG

Mirando ya a nuestro país, hay que comenzar señalando que cuál fuera la naturaleza del derecho de acceso a la información constituyó uno de los temas más controvertidos en el debate parlamentario y extraparlamentario. En efecto, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y ciudadanos reivindicaron su consideración de derecho fundamental³⁴ y sobre este punto giró una parte muy significativa del debate en la Comisión Constitucional con los comparecientes, cuya amplia mayoría³⁵ se decantó por su consideración como parte integrante del derecho fundamental a la libertad de información³⁶. Todas las enmiendas a la totalidad mantenidas al Proyecto tuvieron este punto en el núcleo de su oposición³⁷, y el tema fue ampliamente discutido en el debate de totalidad, así como en el debate en Comisión y en el debate sobre las enmiendas en el Pleno, en gran medida por contraste con el derecho a la protección de datos, confrontando su reconocimiento como derecho fundamental a través de una discutible interpretación del artículo 18.4 CE, con la negativa del Gobierno a extraer el derecho de acceso del 20.4 CE en virtud de un similar mecanismo hermenéutico y regular el acceso a la información por ley orgánica, e interpretando además que al no hacerlo

³⁴ Esta reivindicación fue, probablemente, la más reiterada entre los grupos pro-acceso, la prensa y en la consulta pública, como se reconoce en el «Informe sobre la consulta pública electrónica del Anteproyecto» elaborado por el propio Ministerio de la Presidencia, así como por el informe de la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

³⁵ Así, el Presidente de Transparencia Internacional España, el profesor J. LIZCANO; el profesor titular de Derecho de la Información M. SÁNCHEZ DE DIEGO; la abogada del Estado en excedencia y miembro de la Coalición Pro-Acceso E. DE LA NUEZ; la presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función Pública R. DE ANDRÉS; el representante de la Red de Abogados para la Defensa Ambiental, A. RUIZ; el catedrático de Ciencias Políticas M. VILLORIA; el experto en transparencia A. GUTIÉRREZ-RUBÍ o los periodistas B. BERGARECHE e I. ESCOLAR. Por mi parte, abordé con detalle el argumento en los términos que se exponen en el texto más adelante.

³⁶ El entonces director de la Agencia Española de Protección de Datos y hoy presidente del Consejo de Transparencia y Protección de Datos, J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, expresó sus dudas, y el profesor T.-R. FERNÁNDEZ y el en esas fechas director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales B. PENDÁS ofrecieron su opinión contraria en términos muy generales.

³⁷ Al respecto, resulta especialmente llamativa por la prolijidad de sus argumentos, que hacen suyos los de la Coalición Pro-Acceso, la enmienda a la totalidad núm. 75 del Grupo parlamentario La Izquierda plural.



se deja en peor posición a efectos de valoración ponderada al derecho de acceso en los casos de colisión con el derecho a la protección de datos. El Gobierno, en el debate de totalidad, y el Grupo Parlamentario Popular, en Comisión y en el debate de las enmiendas en el Pleno del congreso, mantuvieron su posición desfavorable a esta inserción del derecho de acceso en la libertad de información y, consiguientemente, a la necesidad de regularlo mediante ley orgánica.

La opción acogida por la LTAIPBG tenía sin duda argumentos a favor. Debemos partir de que, en 1978, cuando se aprobó la Constitución. La referencia directa al derecho de acceso a la información administrativa («a los archivos y registros administrativos», en la dicción constitucional) está contenida en el artículo 105.b) CE. El artículo 105.b) no se inserta en el Título I («De los derechos y deberes fundamentales»), sino en el IV («Del Gobierno y de la Administración»). En su momento fue una decisión pionera la de elevar el derecho de acceso a rango constitucional pero actualmente condiciona la aproximación jurídica. Por la peculiar distinción entre categorías de derechos, propia de nuestra Constitución, y por la ubicación del artículo 105, el tratamiento hasta el momento en nuestro Derecho había sido el de un derecho íntimamente conectado con la libertad de información, pero autónomo, un derecho constitucional desarrollado por leyes ordinarias aplicables sólo al poder ejecutivo, que fueron aprobadas con apoyo en el título competencial del artículo 149.1.18^a (bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas). Un derecho, en definitiva, que no se predicaba, por ello mismo, frente a los demás poderes y órganos constitucionales (algunos de los cuales tienen sus propias regulaciones en materia de publicidad).

En la línea de la no consideración del derecho de acceso como integrante de la libertad de información se había venido moviendo también una jurisprudencia muy escasa y que no abordaba frontalmente la cuestión general de las relaciones entre



ambos derechos³⁸. Es más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo más coetánea a la aprobación de la LTAIPBG ya dejaba imprejuizada la cuestión, sin rechazarla, probablemente a la vista de que los recurrentes hacían alusión a la necesidad de interpretar nuestro ordenamiento conforme a este reconocimiento internacional y europeo del carácter iusfundamental del derecho de acceso³⁹.

En cuanto a la doctrina existente en el momento de elaboración de la LTAIPBG, esquematizando y reduciendo a dos las principales posturas sostenidas, puede decirse que inicialmente la mayoritaria consideró que el derecho de acceso es un derecho constitucional autónomo de configuración legal, diferente de la libertad de información, ya que esta sería el trasunto de la libertad de transmitir información y, por ello, impone a los poderes públicos un mero deber de abstención de interferir el

³⁸ Véase al respecto STC 161/1988, de 20 de septiembre, que inadmite parcialmente un recurso de amparo en el que se invoca el artículo 105.b), si bien ha de tenerse en cuenta que en este caso no se alegaba la conexión de este precepto con el artículo 20.1.d). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta esas fechas era reiterada esta aproximación: «El artículo 105 b) de la Constitución dispone que la ley regulará, entre otras materias, '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'. Este precepto constitucional remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como 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)» (así, STS de 30 de marzo de 1999, 6563/2994). Cuando se planteó frontalmente la relación entre los artículos 20.1.d) y 105.b) de la Constitución, en un caso paradigmático de demanda de información formulada por un profesional de los medios de comunicación en relación con una investigación periodística sobre el destino de los fondos públicos, el Tribunal Supremo concedió que el derecho a comprobar la veracidad de la información mediante el acceso a la misma deriva del artículo 20.1.d), pero ha de conectarse con el artículo 105.b). Es necesaria una interpretación conjunta del ordenamiento, que lleva a resolver la cuestión aplicando la normativa legal sobre acceso, esto es, a día de hoy, el artículo 37 de la LRJAP-PAC (STS de 19 de mayo de 2003, 3193/1999).

³⁹ La STS de 29 de mayo de 2012 (6622/2009) dice «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—...». Descarta la procedencia de estimar la solicitud que había presentado la organización no gubernamental Access Info porque, habida cuenta de su tenor, no era una solicitud de acceso a información existente sino más bien una pregunta sobre planes de futuro al estilo de las que se formulan en el Parlamento.



proceso de comunicación entre sujetos privados⁴⁰. Los profesores que estudiaron posteriormente el tema, sin embargo, defendieron que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho a recibir información consagrado en el artículo 20.1.d) CE, de modo que de dicho precepto deriva el correspondiente deber de la Administración de facilitar el libre acceso a la información administrativa, como imperativo del principio de publicidad y transparencia, y en directa conexión con el principio de democracia⁴¹. Mi postura, que defendí en diversos trabajos previos a la elaboración de la LTAIPBG⁴², y en la comparecencia en la Comisión Constitucional, era favorable a su consideración como derecho fundamental, por los argumentos que después se expondrán.

⁴⁰En esta línea se inscribirían, entre otros, ÁLVAREZ RICO, M., «El derecho de acceso a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 183, 1979, pp. 103-133; o POMED SÁNCHEZ, L. A., *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP. Madrid, 1989. Parcialmente en sintonía MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993, para quien el derecho de acceso es un instrumento para la efectividad de otros derechos, como la protección de la intimidad (respecto al acceso por el propio interesado a sus datos), la tutela judicial efectiva o la libertad de información (en cuanto al acceso de los medios de comunicación a la información oficial).

⁴¹ Es la tesis de VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 118, seguida y matizada por FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 350-358. En el mismo sentido, 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, Madrid, 2007, pp. 7-41. G. RUIZ-RICO RUIZ ("La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa", *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021, pp. 47-78) resalta que "si se interpreta de manera flexible y dúctil la libertad consagrada en el artículo 20.1.d) (esto es, la modalidad "pasiva" de la libertad de información) sería en potencia viable extraer de su contenido esencial ese mismo derecho a recibir información cuando aquélla procede de los poderes públicos"

⁴² Por todos, en GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, op. cit.



2.2. La interpretación ulterior a la aprobación de la LTAIPBG

La doctrina posterior a la aprobación de la LTAIPBG se ha mostrado casi unánime en la consideración del derecho de acceso como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de información⁴³.

En cuanto a la jurisprudencia, en diversos pronunciamientos de tribunales inferiores pareció ir abriéndose paso la concepción del derecho de acceso como parte del derecho fundamental a la libertad de información⁴⁴.

El Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno, se hizo eco de ellas, si bien advirtió de que "la posición de los órganos jurisdiccionales españoles dista de ser considerada definitiva sobre esta cuestión". Otros Consejos autonómicos, como el

⁴³ En este sentido, BLANES CLIMENT, M. A., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 208-210; 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 del sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 37-71; FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 34-35; MONTILLA MARTOS, J. A., Prólogo a la obra de PEREZ CONCHILLO, E., *op. cit.*, p. 22; PIÑAR MAÑAS, J. L., «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la LTAIPBG», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, CEU, Madrid, 2014, pp. 45-62, p. 48; RAMS RAMOS, L., «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, diciembre de 2013, pp. 155-180; REY MARTÍNEZ, F., «Quod Omnes tangit ab ómnibus cognitum ese debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 33, 2014, pp. 1-19; 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*, núm. 34, 2014, pp. 349-368. En contra, a la vista de los datos normativos, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada, 2014, pp. 139-142. Lo considera un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos, TRIANA REYES, B., "Dimensión constitucional del derecho de acceso a la información y transparencia", en TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J. J., *Acceso a la información pública y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 53-77, en p. 76.

⁴⁴ Así la SJCCA núm. 2, de 22 de junio de 2017 (46/2017) califica al derecho de acceso como derecho fundamental y enfatiza de forma prolija su reconocimiento a nivel internacional y comparado. Además, recuerda que, para salvaguardar su derecho fundamental, el recurrente puede instar el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, de carácter preferente y sumario, regulado en los artículos 114 y ss. LJCA y en su caso el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, la SJCCA núm. 7, de 25 de enero de 2019 (3/2019), se pronuncia en el mismo sentido.



valenciano o el andaluz, fueron más atentos a la evolución de la doctrina del TEDH y se refirieron a ella en sus resoluciones⁴⁵.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha mantenido firme en la afirmación de que, pese a la conexión con el artículo 20.1.d) CE, el derecho de acceso tiene su anclaje en el artículo 105.b) y, por ende, no es un derecho fundamental susceptible de ser tutelado por el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, por el recurso de amparo constitucional. Lo ha reiterado muy recientemente, en 2023, afirmando enfáticamente que "se trata [...] de un derecho que no es un derecho fundamental, como se infiere de su configuración y ubicación sistemática en la Constitución, en el Título IV CE "del Gobierno y la Administración", y al margen, en definitiva, de la previsión del artículo 53.2 de la CE. Si bien puede entrar en conexión con otros derechos, o en colisión con ellos, como podría ser el derecho a la información que se alega [...]", de tal forma que "[...] bastaría para desestimar el recurso de casación por este motivo, con señalar que el artículo 20.1.d) de la CE, sobre la libertad de información o el derecho a la información, es un derecho fundamental que no presta cobertura a la solicitud, "pues esa solicitud encuentra su cauce constitucional y legal adecuado en la interpretación y aplicación del artículo 105 b) de la CE, y de la mentada Ley 19/2013." Su base constitucional precisa sería, pues, el artículo 105.b), que "atendida su caracterización y ubicación sistemáticas en la Constitución, no reconoce un derecho fundamental. Es un derecho subjetivo ejercitable ante las Administraciones Públicas, a tenor de la norma legal de desarrollo, que es la Ley 19/2013, que por eso no tiene carácter de ley orgánica" y "se sitúa [...] fuera del perímetro de protección que establece el artículo 53.2 de la CE", de modo que "el cauce procesal que establece el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, previsto en los artículos 114 y siguientes de la LJCA, no proporciona una vía adecuada para la protección de las vulneraciones del artículo 105.b) de la CE, y de la Ley 19/2013, por mucho que quiera vincularse con algún derecho fundamental como, en este caso, la libertad de información". Por ello, "[...] ni puede convertirse al derecho del artículo 105.b) en un derecho fundamental, ni podemos extender la libertad de información del artículo 20.1.d) a cuestiones que resultan ajenas a la configuración y caracterización de este derecho

⁴⁵ Puede verse una detallada relación en PEREZ CONCHILLO, E., *op. cit.*, pp. 374-375.



fundamental"⁴⁶. Obsérvese que la doctrina así sentada hace abstracción de la jurisprudencia del TEDH, lo que resulta llamativo toda vez que en el asunto que dio origen a la formulación de esta doctrina se invocaba como norma a considerar en el recurso de casación, entre otras, el artículo 10 CEDH.

A ello se une que dos años antes en un asunto en que la información, de incuestionable interés público, era solicitada por un periodista, el Tribunal Supremo afirmó rotundamente que la condición de periodista no implica una diferente posición (más favorable) en el ejercicio del derecho y en la interpretación de los límites en relación a la de cualquier persona "no profesional" de la información,

⁴⁶ Por primera vez, en la STS de 7 de febrero de 2023 (7678/2021), que resuelve un recurso contra la STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2021 (509/2020). El solicitante era *Greenpeace* y la información se refería a licencias para exportación de armas a Arabia Saudí. Había empleado la vía preferente y sumaria de protección de los derechos fundamentales, invocando el artículo 20.1.d) CE. El TSJ de Madrid, tras evocar su propio precedente, en la STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2015 (237/2015) y la STS de 30 de marzo de 1999 (6563/1994), había descartado que el derecho de acceso derivara del artículo 20.1.d) CE. No obstante, la sentencia acababa afirmando que el artículo 20.1.d) tiene límites, que son los contenidos en el artículo 14 LTAIPB y en la LSO y en lugar de inadmitir, desestimaba el recurso, lo que dio ocasión para el planteamiento de un recurso de casación. Las cuestiones de interés casacional eran las siguientes: "si a los efectos del derecho a la información reconocido en el artículo 20.1.d) de la CE, cabe incluir dentro de los límites a los que se refiere el apartado 4, los establecidos en el artículo 14.1.a), b) y h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en este caso, respecto de la exportación de armas. Y determinar el alcance de la calificación de determinados documentos como materia clasificada y secreta en relación con el derecho de acceso a la información." El TS despliega una prolija argumentación y concluye lo siguiente: "En relación con la primera cuestión de interés casacional, debemos declarar, dejando al margen el derecho fundamental del artículo 20.1.d) de la CE que no resulta aplicable, que los límites previstos en el artículo 14.1, letras a), b) y h) de la expresada Ley 19/2013, resultan de aplicación al derecho de acceso del artículo 105 b) de la CE, además de los límites constitucionales establecidos en ese precepto "la seguridad y defensa del Estado". En lo relativo a la segunda cuestión de interés casacional, debemos señalar que, en el supuesto de tratarse de materia clasificada y calificación de secreta, como es el caso, ha de justificarse suficientemente el interés público esencial que avala tal pretensión de información y las poderosas razones relativas a la lesión de los derechos fundamentales afectados, o los relevantes bienes jurídicamente protegidos, que determinen el acceso a los detalles de tal operación mediante el alzamiento por el Consejo de Ministros de la declaración de "materia clasificada" y secreta". Esta doctrina se reitera, por remisión a la sentencia citada, en la STS de 29 de mayo de 2023 (373/2022), con el mismo recurrente y asunto; y en la STS de 21 de abril de 2023 (350/2022), sobre acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la votación telemática para la elección de miembros de órganos constitucionales.



saliendo por cierto al paso de una interpretación contraria de la Audiencia Nacional⁴⁷. Esta afirmación se encuentra en línea con la normativa internacional, comparada, europea y española, pero, como vemos, no con la jurisprudencia del TEDH.

En fin, cabe constatar que tanto el asunto de la información sobre exportación de armas como el de la seguridad de los puentes parecían cumplir todas las condiciones establecidas en la jurisprudencia del TEDH para considerar las solicitudes amparadas por la libertad de información (los solicitantes eran una ONG y un periodista, prototipos de *watch dogs*, se trataba de información de incuestionable interés público, la finalidad era la de difundir la información solicitada, la información estaba en poder de los sujetos a los que se solicitaba), por lo que sería del máximo interés comprobar qué habría resuelto en este caso el Tribunal Constitucional si se le hubiera sometido la cuestión a través de un recurso de amparo basado en el artículo 20.1.d) CE o, en su caso, el propio TEDH.

⁴⁷ Así, en la STS 454/2021, de 25 de marzo de 2021 (2578/2020). Un periodista solicitaba datos sobre inspecciones a puentes de ferrocarril. La SAN de 23 de diciembre de 2019 (58/2019), había considerado que "[C]uando el solicitante de información es un periodista deben redoblar estas cautelas para no interferir en la libertad de expresión y comunicación libre de información de los medios de comunicación, derechos fundamentales protegidos constitucionalmente." Para el Tribunal Supremo, "[...] no cabe sostener que la LTAIBG imponga una interpretación distinta de los límites al derecho al acceso en atención a la condición del sujeto que formule la solicitud. El Preámbulo de la LTAIBG (apartado III) ya señala que la titularidad del derecho de acceso a la información pública corresponde a *"todas las personas"*, y en efecto, el artículo 12 LTAIBG define el ámbito subjetivo de aplicación de este derecho indicando 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." Por tanto, la LTAIBG reconoce la titularidad del derecho de acceso a la información pública de forma muy amplia a *"todas las personas"*, sin mayores distinciones, empleando una fórmula similar a la del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, que en su artículo 2.1 señala que *"cada Parte garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder..."* a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas. Esta amplia delimitación subjetiva es igualmente similar a la que resulta del artículo 105.b) de la CE, que reconoce *"a los ciudadanos"* el acceso a los archivos y registros administrativos. Así pues, en la LTAIBG el derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho reconocido a *"todas las personas"*, sin que sus preceptos autoricen una diferente interpretación de los límites del derecho de acceso por razón de la profesión de la persona que solicite el acceso. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del reconocimiento efectuado de forma constante por el Tribunal Constitucional del papel innegable que desempeñan los medios de comunicación *"...en orden a garantizar la plena eficacia del pluralismo como valor superior del ordenamiento reconocido en el artículo 1.1 CE."* (STC 58/2018, FD 7) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en similares términos, del papel esencial que la prensa juega en una sociedad democrática, a la que le incumbe *"comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general"* (sentencia de 14 de junio de 2016, recurso 53421/10, asunto Jiménez Losantos c. España, apartado 28 y las que allí se citan).



3. Balance y conclusiones

Como comprobamos en el anterior epígrafe dedicado al Derecho internacional y europeo, la aproximación a la naturaleza del derecho de acceso a la información ha estado marcada por su falta de inclusión expresa en los textos de derechos fundamentales más veteranos, que acogen, eso sí, la libertad de información y expresión, entendida tradicionalmente como impositiva de un deber de abstención de los poderes públicos en la comunicación entre sujetos privados. En ausencia de un reconocimiento autónomo, el TEDH, que no puede “crear” derechos, lo ha extraído de la libertad de información, dando así un giro evolutivo a su interpretación tradicional del artículo 10 CEDH. Eso sí, con los límites derivados de ese anclaje, que se expresan en los criterios que han de cumplirse para que una solicitud se entienda amparada en el ejercicio de la libertad de información: que el solicitante desempeñe un papel especial en el flujo comunicativo (*watch dogs*), que se trate de información de interés público de la información, que la finalidad de la solicitud sea su posterior divulgación y que la información esté disponible. Además, si concurre otro de los derechos o bienes públicos tutelados por el CEDH, ha de acudir siempre a la técnica de la ponderación. De este modo, el TEDH logra el encaje del derecho en las claves tradicionales de la libertad de información: información existente en poder del Estado de relevancia pública solicitada por mediadores del flujo informativo para su difusión. Ha sido ya una importante apertura, pero está acotada por las condiciones antes expresadas⁴⁸.

Esta concepción lleva a una colisión con algunos de los presupuestos fundamentales en que se basa el reconocimiento y la regulación del derecho de acceso a nivel mundial (DUDH, PIDCP) y europeo (en el caso del propio Consejo de Europa, con el Convenio 205; en el de la Unión Europea, con la CDFUE y con el Reglamento 1049/2001). En todos estos casos se trata de un derecho de ciudadanía reconocido a todas las personas, y no sólo a los “mediadores profesionales” de la información. Además, las regulaciones del derecho (los textos europeos antes citados, pero igualmente las leyes nacionales) coinciden en no exigir la motivación de la solicitud ni la acreditación de interés legítimo alguno o de consignación de la finalidad para la que se pretende la información, y someten el ejercicio del derecho a límites tasados, en unos casos absolutos (sujetos al criterio del perjuicio), y en otros relativos (supeditados a que no concurra un interés público superior en la

⁴⁸ Critico con estos límites y con el reconocimiento del derecho de acceso como instrumental de la libertad de información, 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*, núm. 42, 2018, pp. 483-509.



divulgación)⁴⁹. En España, la LTAIPBG responde también a este perfil, salvo en que, por excepción, cuando concurre un límite se prevé que se pondere no sólo con el interés público de la información sino con el interés privado que pueda tener el solicitante, como dispone el artículo 14.2 y hemos criticado en trabajos anteriores.

Un tema de interés es si puede tomarse en consideración el interés público de la información solicitada para determinar si entra en el objeto de protección de la libertad de información y del derecho de acceso o para ponderarlo con los límites que puedan concurrir para la salvaguarda de otros bienes públicos o privados. La jurisprudencia del TEDH comentada lo incluye entre los criterios de delimitación de la inclusión del derecho de acceso en la libertad de información, conectando con el requisito de la "relevancia pública" de la información que, junto a su veracidad, han sido tradicionalmente las definidoras del ámbito protegido por la libertad de información, y que justifica su conexión con el principio de democracia y la necesidad de garantizar el flujo de ese tipo de información para la generación de una opinión pública informada. La óptica del derecho de acceso suele ser diversa: se puede solicitar cualquier tipo de información que esté en poder de los sujetos obligados para el ejercicio de sus funciones, probablemente porque en este caso se puede suponer que por ello mismo es de relevancia pública. Eso no obsta para que el interés público de la información sea decisivo allá donde la divulgación pretendida supone la afectación a un bien público o privado. Esto es, el interés público de la

⁴⁹ En EEUU, país de referencia en esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado siempre que el interés personal del solicitante es irrelevante, lo que implica que la Administración debe tratar de igual modo a cualquier solicitante respecto de la misma información (salvo aquella en que el solicitante sea el propio afectado). Es más, ha de hacerse abstracción de la finalidad particular del solicitante, y focalizar en la naturaleza del documento solicitado y su relación con el interés público general, y los posibles efectos de la divulgación en el público en general. Se excluye, por tanto, la información solicitada para obtener o complementar pruebas para un proceso judicial privado, para cuyo acceso han de utilizarse los cauces oportunos dentro del proceso judicial. Esta perspectiva tiene además como consecuencia la de facilitar un criterio que permite también su aplicación a categorías abstractas de documentos. El *leading case* lo constituye la sentencia dictada en el asunto *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* [489 U.S. 749 (1989)]. En el Convenio núm. 205, la ponderación también se refiere al interés público. En la jurisprudencia comunitaria, el interés público no incluye el privado del solicitante, esto es, el interés añadido y específico que pueda tener el solicitante, habida cuenta de la repercusión del conocimiento de la documentación para su esfera de intereses. Evidentemente, muchos de los solicitantes persiguen intereses particulares más allá del puro conocimiento de la actividad pública, a menudo directamente relacionados con la tutela de derecho o intereses propios, de modo que el derecho de acceso se hace valer con una finalidad instrumental. Sin embargo, la jurisprudencia ha afirmado que el interés a ponderar con el que protege la excepción es el de la transparencia, y no el específico del solicitante, lo que se descartó expresamente en los trabajos preparatorios del Reglamento. Y, de este modo, no aprecia la concurrencia de un interés público cuando el solicitante pretende acceder a la información para hacer valer sus derechos y, en su caso, obtener una indemnización ante los tribunales nacionales o ante el propio Juez europeo. Véase GUICHOT, E., *El acceso a la información pública en el Derecho europeo*, op. cit., pp. 123-127.



información tiende a jugar no para definir el propio objeto del derecho sino en el momento ponderativo⁵⁰.

En definitiva, la colisión entre la dogmática desarrollada por el TEDH (limitado como está por el debate interno en que Magistrados discrepantes de la posición mayoritaria y Estados parte arguyen que no corresponde al TEDH la creación de nuevos derechos y la necesidad de acomodar esta apertura a los perfiles tradicionales de la libertad de información y expresión) es importante y en buena medida insoslayable: mientras que por aplicación de los presupuestos de la libertad de información, la condición de los solicitantes, el interés público de la información en cuestión y, por ende, la motivación de la finalidad de la solicitud resultan esenciales, esta dogmática no se acompasa con la regulación en tratados y leyes (pero también "constitucional", en el caso de la CDFUE) de un derecho de ciudadanía en que se reconoce el derecho a todas las personas por igual –ni, consideramos, con la cuasi-dilución de las fronteras entre profesionales de la información y ciudadanos en general, en el mundo tecnológico de las redes sociales. Aparte, como señalamos, *supra*, tiene sus propias contradicciones, como la de ampliar el objeto protegido por el propio artículo 10 CEDH en los casos en que el derecho de acceso e incluso las obligaciones de información activa derivan de las respectivas leyes nacionales.

A nuestro juicio, el derecho de acceso a la información pública debe reputarse hoy un derecho fundamental en directa conexión con el principio del Estado democrático. Evidentemente, este derecho no tiene encaje en la concepción clásica de los derechos fundamentales como libertades frente a la intromisión pública, en la medida que se trata de un derecho que requiere de una prestación, la transmisión

⁵⁰ Aunque no es siempre así en el Derecho comparado, dado que, en otras ocasiones, cuando se solicita información sin relevancia pública se descarta que se trate de información pública, esto es, cubierta por el propio objeto del derecho. En España, en particular, la argumentación basada sin más en la desestimación de la reclamación por no adecuarse a la finalidad de la ley debe entenderse proscrita por el Tribunal Supremo, que sentó una doctrina contundente desde finales de 2020, según la cual "tampoco puede mantenerse que la persecución de un interés privado legítimo [...] 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. Todo ello se compadece con la falta de exigencia de motivación de la solicitud. En cuanto a la causa de inadmisión del artículo 18.1.e), referida a las solicitudes "que tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley", se requiere en estos casos el mencionado carácter abusivo, no predicable de un interés privado legítimo." ISTS de 12 de noviembre de 2020 (5239/2019), que revoca la SAN de 27 de mayo de 2019 (31/2019). En el mismo sentido, y con cita de la anterior, STS de 2 de junio de 2022 (4116/2020)].



de la información requerida, por parte de un obligado⁵¹. Ahora bien, superada esta concepción clásica –entre otros, mediante el reconocimiento de la eficacia horizontal de determinados derechos fundamentales o de la inclusión en su objeto de obligaciones por parte de los poderes públicos respecto de algunos de ellos–, los catálogos de derechos más recientes han tendido a incluir en su seno el derecho de acceso a la información pública como un derecho autónomo, en particular, de la libertad de información. En el segundo decenio del tercer milenio, hay argumentos de peso para considerar que el acceso a la información es un derecho fundamental. Si en la jurisprudencia constitucional europea y americana, este derecho conecta directamente con el propio principio de Estado democrático, que precisa de una opinión pública informada, y esta afirmación se hace incluso respecto a información de menor e incluso discutible relevancia pública – por ejemplo, la relativa a la vida privada de los “famosos” –, icon cuánta mayor razón puede predicarse esto mismo de la información que posee la propia Administración relacionada con la gestión de los asuntos públicos! Eso explica que a nivel mundial en estas últimas décadas se haya ido alcanzando un consenso jurídico acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, con la correspondiente vinculación al legislador y el sometimiento de las injerencias a los mecanismos de tutela judicial, regionales y estatales, propios de estos derechos. Y ello, en unos casos como integrante de la libertad de información –en aquellas Constituciones y sistemas de derechos fundamentales menos recientes– y en otros como derecho autónomo⁵². Su derivación como parte integrante de la libertad de información también ha sido el mecanismo empleado en la interpretación de los instrumentos internacionales auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas y, como hemos visto, en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales –en el estado actual de la jurisprudencia, cuando se trata de información de interés pública solicitada por sujetos cualificados por su labor de mediadores cara a la divulgación posterior de la

⁵¹ S. FERNÁNDEZ RAMOS (“El derecho fundamental a la información pública”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 13, 2017, pp. 188-206) trata de salvar esta constatación considerando que el derecho a informarse ha de ser entendido como derecho de acceso a las fuentes, no a la noticia elaborada, y por ello como derecho de libertad y no como derecho a prestación.

⁵² Véase, al respecto, MENDEL, T., «Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente», *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, 2003, pp. 41-74; CENDEJAS JÁUREGUI, M., «Evolución histórica del derecho a la información», *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, 2010, pp. 57-84.



información– y en la Carta de Derechos Fundamentales, que son ambos parámetros de interpretación de los derechos constitucionales⁵³.

El legislador español de la LTAIPBG en 2013 bien pudo haber apostado por una interpretación de la libertad de información del artículo 20.1.d) en línea con el Derecho internacional y europeo en el estado de la cuestión entonces ya vigente y con su propia función en un Estado democrático y a la luz de su percepción social hubiera sido posible y a nuestro juicio pertinente. No parece probable que el Tribunal Constitucional hubiera podido pronunciarse en contra de esta opción, a la luz de las interpretaciones de la DUDH y del PIDCP y de la jurisprudencia del TEDH – recuérdese que de mínimos, pues ése es el alcance del CEDH– ya entonces existente, y máxime cuando ha desplegado una jurisprudencia realmente «creativa» en relación con el derecho a la protección de datos, extraído de una mera mención a los límites a la informática en el artículo 18.4 CE y extendida, además, a los tratamientos no automatizados.

Al no reconocerse como derecho fundamental, integrado en la libertad de información, una de las «paradojas» a las que se ha llegado es la relación entre el artículo considerado fundamento de la LTAIPBG (el 105.b CE), el título competencial invocado (el 149.1.18ª CE), los sujetos obligados y el objeto del derecho, que da buena cuenta de cómo la concepción social de la esencialidad de la transparencia en una sociedad democrática ha desbordado su concepción como un derecho «administrativo». Sin entrar ahora en detalle, baste pensar que la LTAIPBG se aplica a múltiples sujetos que no son Administración ni desempeñan funciones administrativas (incluidos sociedades mercantiles, la Casa Real, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones de empresarios...) y sin embargo dice apoyarse en un artículo que regula el acceso a archivos y registros administrativos en un título dedicado al Gobierno y la Administración, e invoca como título competencial el 149.1.18ª, es decir, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas... Además, no se refiere sólo al acceso a archivos y registros, sino a cualquier tipo de información, obre o no en estos instrumentos... La incoherencia es manifiesta y muestra claramente que el fundamento elegido es insuficiente para dar cuenta de

⁵³ Como recuerda 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», *op. cit.*, p. 363, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa, dispone que «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» y el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo, ha ratificado este valor interpretativo de la Carta de Derechos Fundamentales.



la amplitud de la LTAIPBG marcada, a su vez, por la de la exigencia social de transparencia.

Incluso, en la opción acogida por la LTAIPBG, se hubiera podido explorar un término medio, como defendí en mi comparecencia en el Congreso de los Diputados y en trabajos posteriores, y prever que su protección judicial en los tribunales contencioso-administrativos se lleve a cabo en todo caso a través del procedimiento previsto en los artículos 114 a 122 de la Ley de dicha jurisdicción, que si bien se prevé para el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos previsto en el artículo 53.2 CE, de hecho, por mor de ese artículo, se extiende a la objeción de conciencia del artículo 30 CE, que no es un derecho fundamental⁵⁴. Ello habría facilitado la decantación de la doctrina del Tribunal Constitucional y su alineamiento

⁵⁴ En el subgrupo de trabajo para la reforma de la Ley de transparencia, creado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2022, se debatió el tema, con discrepancias entre los miembros. En el documento "Principales conclusiones de los debates del Subgrupo de trabajo para la reforma de la Ley de transparencia" al respecto fueron las siguientes: "El subgrupo ha debatido en una ponencia específica la consideración jurídica del derecho de acceso como derecho de configuración legal o como derecho fundamental. El consenso alcanzado es mantener su consideración como derecho de configuración legal, si bien se propone la introducción de modificaciones en las normas procesales que aseguren su protección jurisdiccional por una vía especial."



con la del TEDH por la vía del artículo 10.2 CE⁵⁵. Porque el caso es que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, previsiblemente, no podrán seguir manteniendo el derecho de acceso como ajeno a la libertad de información en cualquier circunstancia, incluso en casos en que se cumplen todas las condiciones elaboradas por la doctrina del TEDH, o, en caso contrario, se arriesgan a una corrección por parte del TEDH.

Tal vez una futura reforma constitucional en que, al igual que en la CDFUE, se incluya el reconocimiento autónomo del derecho de acceso a la información pública y se definan sus aspectos esenciales, contribuya en el futuro a solventar estas dificultades.

⁵⁵ La doctrina más reciente se ha esforzado en intentar encontrar el encaje entre la jurisprudencia del TEDH y la negación del carácter fundamental. Así, el sólido trabajo de E. PÉREZ CONCHILLO, *op. cit.* La autora pone de relieve los elementos más cuestionables de la jurisprudencia del TEDH: la exigencia de motivación en una finalidad pública de las solicitudes, la delimitación de los titulares o el requisito de que la información esté disponible. Considera que es necesaria una revisión del contenido del artículo 20.1d) a la luz del nuevo contexto tecnológico, y afirma que cabe esperar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo "[...] 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 [...]" ya que "[...] 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 ..." (pp. 424-425). Afirma que "(a) mi juicio solo 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". Esto es, el derecho de acceso sería un derecho fundamental (protegible en amparo) en la medida en que se cumplieran las condiciones establecidas por la jurisprudencia del TEDH, garantía adicional que entraría en juego por aplicación de la Disposición adicional primera, párrafo segundo (es ésta la que nos parece parte menos convincente del por lo demás valioso trabajo).



Bibliografía

- ÁLVAREZ RICO, M., «El derecho de acceso a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 183, 1979, pp. 103-133.
- BLANES CLIMENT, M. A., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CENDEJAS JÁUREGUI, M., «Evolución histórica del derecho a la información», *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, 2010, pp. 57-84.
- 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 del sector público: del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 37-71.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., "El derecho fundamental a la información pública", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 13, 2017, pp. 188-206.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- GUICHOT, E., "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho Comparado de la Información*, núm. 19, 2012.
- GUICHOT, E., "Transparencia y acceso a la información, comparativa del modelo europeo y americano", *Revista iberoamericana de gobierno local*, núm. 15, diciembre 2019, pp. 2254-1834.
- GUICHOT, E., *El acceso a la información pública en el Derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GUICHOT, E., *Transparencia y acceso al a información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.
- 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*, núm. 42, 2018, pp. 483-509.
- MENDEL, T., «Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente», *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, 2003, pp. 41-74.



- MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993.
- MONTILLA MARTOS, J. A., Prólogo a la obra de PEREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- PÉREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la LTAIPBG», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, CEU, Madrid, 2014, pp. 45-62.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP. Madrid, 1989.
- RAMS RAMOS, L., «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, diciembre de 2013, pp. 155-180.
- REY MARTÍNEZ, F., «Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 33, 2014, pp. 1-19.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada, 2014.
- 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*, núm. 34, 2014, pp. 349-368.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., "La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa", *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021, pp. 47-78.
- 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, Madrid, 2007, pp. 7-41.
- TRIANA REYES, B., "Dimensión constitucional del derecho de acceso a la información y transparencia", en TORRES-FERNÁNDEZ NIETO, J. J., *Acceso a la información pública y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 53-77.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.