

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. LEGITIMACIÓN SUBJETIVA, DERECHO AÚN NO FUNDAMENTAL Y BALANCE CRÍTICO

DR. MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Bristol, UK; en la Universidad de Michigan EE.UU; en la Universidad de Ciencias de la Administración de Speyer, Alemania; y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la actualidad es el director del Máster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca además de promotor e investigador del Instituto de Investigación Gobernanza Global en la misma casa de estudios.

Correo electrónico: mariohr@usal.es

Resumen

El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español ha mejorado tras la entrada en vigor de la Ley 13/2019, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno. Sin embargo, aún quedan muchas mejoras por conseguir si se pretende que el ciudadano ejerza un escrutinio eficaz de la actuación de los poderes públicos. Los marcos legales del Consejo de Europa y de la Unión Europea nos apuntan algunos de los avances y retos a conseguir.

Palabras clave: Derecho de acceso, información pública, transparencia, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

The right of access to public information within the Spanish legal system has improved after the entry into force of Law 13/2019, 9 December, about Transparency, Access to Public Information and Good Governance. However, there are still many improvements to implement to empower the citizens through this information to exercise effective scrutiny on the actions of the public authorities. The Council of Europe and European Union legal frameworks point us some of challenges to achieve.

Key words: right of access; public information, transparency; Constitutional Court; European Court of Human Rights.

INTRODUCCIÓN

Este artículo¹ tiene como propósito describir la posibilidad que la legislación española vigente permite a los ciudadanos de solicitar información en poder de los poderes públicos españoles tras la aprobación de la esperada, pero decepcionante Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Buen Gobierno (en adelante LTAIyBG), sin olvidar el referente internacional, concretamente el europeo, para valorar y hacer un balance general de la situación del ciudadano respecto del ejercicio de este derecho en el contexto continental.

España ha sido uno de los últimos países europeos en contar con una ley de transparencia y de acceso a la información pública. A pesar de ello, no era en absoluto una prioridad en la agenda de los partidos políticos españoles. Sin embargo, a lo largo de la profunda y prolongada crisis económica que comenzó en 2008, se sucedió un interminable número de casos de corrupción política y malversación de fondos públicos. La población que veía recortadas continuamente las prestaciones y presupuestos sociales, como la educación y la sanidad, presenciaba con creciente indignación una cascada de imputaciones judiciales a responsables políticos, aún menos ejemplares y solidarios si cabe en esa derivada de precariedad. En ese contexto de creciente indignación, desafección política y descontento con el sistema institucional, se consideró inaceptable por parte de la pobla-

ción no contar con una ley que posibilitara a los ciudadanos solicitar información pública al mismo tiempo que los poderes públicos no tuvieran la obligación de publicar todo tipo de información en su poder. Las altas expectativas de la sociedad para contar con un instrumento que sometiera a un estricto escrutinio tanto a la Administración Pública como a la clase política no se vieron, a mi juicio, satisfechas con la promulgación de la citada LTAIyBG, pues su objeto y alcance se fueron reduciendo a medida que las negociaciones legislativas fueron avanzando y se fue acercando el texto definitivo de la citada norma.

No obstante este mejorable resultado, la promulgación de la LTAIyBG supuso la positiva consagración de un cambio de filosofía en la Administración Pública española -o como lo ha denominado el profesor Sommermann (2010): una "transformación de la cultura administrativa" (p. 17-18), pues la obligación de publicación por parte de las instituciones públicas consagró el paso de la inercia del secretismo de la información en posesión del funcionario, hacia la publicación por principio, estando en todo momento bajo la vigilancia ciudadana. Ese cambio de mentalidad, en el que el escrutinio es la norma general, va en la misma línea, y de hecho la complementa, de la nueva forma de entender la responsabilidad política, no como la tradicional consecuencia punitiva al mal comportamiento, sino como un obligado buen hacer continuado y permanente destinado a mantener la confianza por parte

¹ Trabajo elaborado en el marco del proyecto "Gobernanza económica europea y transformaciones constitucionales", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, referencia DER2014-57116-P.

de la población tanto de los poderes ejecutivo y legislativo², como del poder judicial (Hernández, 2016). Sin embargo, a pesar de que es un tema apasionante, el objeto de estas páginas es la habilitación ciudadana para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y cuestiones que configuran el objeto de solicitud y que son discutidas por la doctrina, como la naturaleza del derecho.

En primer lugar, se describirá muy brevemente la situación jurídica previa a la entrada en vigor de la LTAIyBG. Posteriormente, se hará una descripción del derecho de acceso a la información pública, valorando críticamente sus aspectos positivos y negativos. Por último, se hará un breve esbozo del derecho de acceso a la información pública en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Unión Europea.

1. SITUACIÓN PREVIA A LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Para ofrecer un panorama introductorio de la evolución que ha experimentado la legitimación activa del ciudadano a la hora de solicitar información pública a los poderes públicos en España, es necesario describir la situación previa a la entrada en vigor de la LTAIyBG.

Sin duda, se ha incrementado tanto el objeto de la posible solicitud de información como los destinatarios, por lo que el balance es positivo; no obstante, aún es insuficiente a nuestro juicio como se expondrá más adelante. Además, como ya se ha afirmado anteriormente, el verdadero cambio que supone la aprobación de la LTAIyBG es la obligación activa de publicación de organismos públicos (la denominada publicidad activa), que somete a la administración pública al escrutinio ciudadano constante y por defecto³. Ambos aspectos unidos sí que suponen un gran avance respecto de la situación anterior.

El punto de partida del derecho de acceso a la información pública lo constituye el artículo 105 b) de la Constitución Española (en adelante, CE), que establece que la ley regulará *"el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas"*. De esta forma, la Carta Magna española delimita la cuestión del acceso a la información pública al ámbito del Derecho Administrativo, lejos de concebirlo como un derecho fundamental. Si quedara alguna duda, el desarrollo legal de este procedimiento se lleva a cabo por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), cuyo artículo 37 establece que *"los ciudadanos tienen*

² Esta doctrina de la responsabilidad política tuvo su origen y principal desarrollo en el Reino Unido. Véase, en lengua española, el profesor Bustos Gisbert fue el primero en prestar atención, importar y demandar esta doctrina.

³ Art. 5-11 LTAIyBG.

derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación."

Esta redacción, fruto de la aprobación de la LTAIyBG, como la anterior⁴, se limitan

a constatar que el derecho de acceso a la información pública se limita a los archivos y registros administrativos.

Esta regulación jurídica permitía una situación lejana de los estándares tanto de acceso a la información pública como de la rendición de cuentas de la administración

⁴ La versión original de este artículo que regula el derecho de acceso a la información pública reza como sigue: Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros. 1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. 2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. 3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo. 4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada. 5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo. b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado. c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando. d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial. e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria. 6. Se regirán por sus disposiciones específicas: a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas. b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes. c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral. d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública. e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley. f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local. g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos. 7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas. 8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas. 9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares. 10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.

pública. Como muestra, puede mencionarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2012, Sala 3ª, Sección 6ª. Es un buen ejemplo acerca del concepto de acceso a la información que estaba instaurado en el ordenamiento jurídico y en los poderes públicos. Es interesante destacar la argumentación del Tribunal Supremo en la denegación de una solicitud que en nada comprometía ningún tipo de interés general o perjudicial para ninguna institución pública. Una asociación destacada en la lucha contra la falta de transparencia en la administración pública presentó una solicitud de información a un Ministro sobre las actuaciones realizadas por el Gobierno de España en aplicación de un Convenio de la OCDE para luchar contra la corrupción. El Ministro nunca respondió a la solicitud. Frente a la desestimación presunta, la Asociación interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación e impuso las costas (3000 euros) a la Asociación recurrente. Entre los argumentos más llamativos utilizados por el Tribunal Supremo destacan, en primer lugar, que el derecho de acceso se limita a un documento concreto, no a la información general⁵, ya que los ciudadanos no tienen derecho a obtener explicaciones del Gobierno y la Administración sobre cualquier asunto de interés general; en segundo lugar, el derecho de acceso a la información no está englobado en los derechos fundamentales

a recibir información veraz y a participar en los asuntos públicos (artículos 20.1.d) y 23.1 CE); en tercer lugar, el silencio administrativo no genera más efectos que la mera desestimación de la solicitud de información y ni siquiera evita la condena en costas.

Esta sentencia del Tribunal Supremo garantiza la falta de control de un comportamiento impropio de un poder público en una democracia, esto es, no responder a las solicitudes de información presentadas por los ciudadanos e imponer las costas cuando se impetre el auxilio judicial. Las consecuencias a las que llega el Tribunal Supremo no son razonables. En un Estado democrático de Derecho, los representantes políticos no tienen la competencia exclusiva y excluyente de pedir explicaciones al Gobierno. Los ciudadanos tienen el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos "directamente" y a recibir información veraz. No es dable limitar esa participación a solicitar un determinado documento, sino que la misma debería comprender el acceso a la información general a exigir la rendición de cuentas a los poderes públicos sostenidos con los impuestos que pagan los contribuyentes.

La Ley de Transparencia ha supuesto una mejora en la satisfacción del derecho de acceso a la información pública, aunque aún es patente su margen de mejora, como

⁵ El Tribunal Supremo rechazó la solicitud porque entendió que lo que la ONG pedía era explicaciones sobre el desarrollo legislativo del referido Convenio de la OCDE y no era una solicitud en el sentido del artículo 105 CE). Este argumento, con la actual legislación, podría haberse evitado si el Convenio estuviera en fase de anteproyecto legislativo (artículo 7 b) LTAIPBG).

se expondrá más adelante, teniendo como referencia el marco elaborado por las instituciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

2. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Por información pública que puede ser solicitada por los ciudadanos, la LTAIyBG entiende "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que *obren en poder* de algunos de los sujetos señalados en los artículos 2-4 LTAIyBG y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones"⁶.

Por tanto, la LTAIyBG amplía el objeto que establecía la redacción original del artículo 37 de la Ley 30/92 de RJAP y PAC, que lo circunscribía a la información contenida en un expediente administrativo, y que ahora es suficiente que "obre en su poder".

No obstante este aumento, los límites al derecho de acceso son excesivamente dilatados y la LTAIyBG los expresa en términos muy amplios, extensivos y sin ningún ánimo de minimizar el negativo impacto que puede suponer, excepto por la posibilidad de permitir el acceso parcial a la información (Moretón 2014; Cousido, 2014). El derecho de acceso a la información podrá ser limitado cuando

acceder a la información suponga un perjuicio para la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y la protección del medio ambiente (artículo 14.1 LTAIyBG), así como a la protección de datos personales (artículo 15 14.1 LTAIyBG).

Los sujetos a los que se puede dirigir una solicitud de acceso de información son las Administraciones Públicas, tanto la General del Estado, como las de las Comunidades Autónomas y las locales (artículo 2.1.a., LTAIyBG; Meseguer, 2014); los órganos que integran la Seguridad Social (artículo 2.1.b) LTAIyBG); las Agencias Estatales, organismos autónomos, empresas públicas, entidades y corporaciones de Derecho Público, incluidas las universidades entre otras (artículo 2.1.c, d) y e) LTAIyBG); las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en el artículo 2 LTAIyBG sea superior al 50 por 100 (artículo 2.1.g) LTAIyBG); las fundaciones del sector público (artículo 2.1.h) LTAIyBG); las asociaciones constituidas por las Adminis-

⁶ Artículo 13 Ley 19/2013, de LTAIyBG.

traciones, organismos y entidades previstos en el artículo 2 (artículo 2.1.i) LTAIyBG); y, por último, los órganos constitucionales como la Casa Real, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo (artículo 2.1.f) LTAIyBG). Esta limitación de excluir la información pública relacionada con actividades no reguladas por el Derecho Administrativo supone de facto sacar del conocimiento de la ciudadanía cuestiones de gran calado político y muy trascendentales, como agendas, reuniones, acuerdos políticos, procesos de negociación de acuerdos pre-legislativos, etc., de los órganos constituciones.

Sin embargo, a pesar de que sobre ellos pesa una obligación de publicidad activa (artículo 3 LTAIyBG), se excluye la posibilidad de tener que responder a una solicitud de información por parte de los ciudadanos a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales (artículo 3.a) LTAIyBG), así como a las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o

subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros (artículo 3.b) LTAIyBG).

La legitimación activa de esta solicitud es muy amplia, concretamente se permite a "todas las personas" (artículo 12 LTAIyBG), tanto personas físicas como jurídicas, públicas, privadas, nacionales extranjeras, sin necesidad de acreditar ningún interés al respecto (Ares, 2014). Esto refleja el fundamento del derecho como medio de fomentar la participación ciudadana y el control del poder público y no como instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales.

3. EVALUACIÓN DEL DISEÑO LEGISLATIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

3.1. Cuestiones generales

En este apartado, se tratará de evaluar el derecho de acceso de información pública diseñado por la LTAIyBG teniendo en cuenta, principalmente, estándares europeos, tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea.

Del Consejo de Europa, tomaremos en cuenta el Convenio sobre el Acceso a los Documentos Públicos firmado en Tromsø el 18 de junio de 2009 (en adelante, Convenio 205) y cuya firma es voluntaria⁷. De la Unión

⁷ Para que entre en vigor, es necesario la ratificación por diez países miembros del Consejo de Europa. España, por ejemplo, no es parte de este Convenio, por lo tanto, sus normas no son vinculantes. Hasta el momento, sólo ha sido ratificado por 8 Estados: Bosnia y Herzegovina, Estonia, Finlandia, Hungría, Lituania, Montenegro, Noruega y Suecia. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205/signatures?p_auth=weqhQuH8, accedido el 20 de julio de 2016.

Europea, se tendrá en cuenta, principalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), que consagra el derecho de acceso a los documentos⁸, así como el Reglamento 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)⁹.

Respecto de la regulación anterior a la entrada en vigor de la LTAIyBG, ya se ha afirmado que tanto desde el punto de vista de la legitimación activa como del objeto de la solicitud, la nueva ley ha supuesto un paso positivo en la dirección correcta.

En primer lugar, la legitimación activa prevista en la LTAIyBG, que permite el acceso a la información pública "a todas las personas", es la máxima que se puede establecer, estando a la altura de los estándares europeos como el marcado por el Convenio 205 del Consejo de Europa, cuyo artículo 2.1) establece el derecho de acceso "de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo"¹⁰, y de la UE, pues tanto la CDFUE en su artículo 42, como el Regla-

mento 1049/2001 en su artículo 2.1., otorga el derecho de acceso a "todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro", e incluso permite a las instituciones conceder acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro (artículo 2.2 Reglamento 1049/2001). Esta amplia legitimación activa supone un avance respecto al régimen anterior, pues tanto el artículo 105.1.b) CE como el artículo 37.1 LRJPAC, empleaban el término de "ciudadanos", que puede ser interpretado de manera más restrictiva. Tampoco la LTAIyBG exige un "interés legítimo y directo" por parte del solicitante de información, como sí lo establecía la anterior regulación en el artículo 37.3 LRJPAC.

No obstante, en segundo lugar, esta legitimación activa para solicitar información está restringida en cuanto al objeto de la solicitud de acceso, principalmente por dos motivos. En primer lugar, la solicitud está restringida a cuestiones administrativas, con lo que el resto de información no puede ser objeto de solicitud y, por tanto, de conocimiento por

⁸ Artículo 42 CDFUE. Derecho de acceso a los documentos: "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".

⁹ Respecto de la situación de Transparencia en la Unión Europea, véase el capítulo de la profesora M^a José Corchete Martín "La buena administración como contexto y el acceso a la información pública como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea" en una obra colectiva que está en proceso de publicación entre la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae (Chile) y el Posgrado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, y que la autora ha tenido la amabilidad de facilitarme.

¹⁰ Véase la Recomendación del 2(2002) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos oficiales adoptada el 21 de febrero de 2002, donde se aconseja que los regímenes de acceso a la información deben cubrir "a todas las personas naturales o jurídicas en la medida en que desempeñen funciones públicas o ejerzan autoridad administrativa"; véase también la Recomendación del Consejo de Ministros de los Estados Miembros n.º R (81) 19 sobre el acceso a la información en poder de las autoridades públicas.

parte del ciudadano; en segundo lugar, el derecho de acceso a la información pública es un derecho de legalidad ordinaria y no se le reconoce la naturaleza o el status de derecho fundamental.

3.2. Contenido constitucional de la información pública

Como ya se ha apuntado anteriormente, la información objeto de solicitud que establece la CE en el artículo 105.1.b) se limita a "los archivos y registros administrativos". Este precepto podría constituir un punto de partida que el Legislador podría ampliar a otro tipo de información o documentación. Sin embargo, la LTAIyBG no trasciende el carácter meramente administrativo de la información que puede ser solicitada (artículo 13 LTAIyBG). De hecho, al tratar de los órganos constitucionales, cuya impronta es claramente política, como el Congreso de los Diputados y el Senado, la LTAIyBG establece expresamente que sólo será de aplicación "en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo" (artículo 2.f) LTAIyBG). Quedan así fuera del objeto de solicitud cuestiones tan importantes como las agendas de los representantes políticos, viajes detallando su coste, objetivos y duración de los mismos, registro de reuniones con todo tipo de personas físicas y jurídicas, estado de tramitación de iniciativas legislativas, etc.. Es cierto que cada uno de esos órganos, en contadas ocasiones, publica cuestiones puntuales en

sus respectivos portales de transparencia¹¹, pero la información publicada, a mayores de lo establecido en la LTAIyBG (artículos. 5-8), depende de la voluntad de esos integrantes de esos mismos órganos, que suele ser, por lo general, cicatera.

El Convenio 205 también establece el derecho de acceso a la información sometida a Derecho Administrativo de las autoridades públicas, tanto gobierno y administración a nivel nacional, regional o local; organismos legislativos y autoridades judiciales y personas naturales o jurídicas (artículo 1.2.a) i) Convenio 205). Sin embargo, permite potestativamente a cada Estado Miembro, que pueda declarar que la definición de autoridades públicas también incluya organismo legislativos y autoridades judiciales "en lo que concierne al resto de sus actividades" (artículo 1.2.a) ii) Convenio 205). Además, el objeto de solicitud son "documentos públicos", cuyo significado se refiere a "a toda la información registrada de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas" (artículo 1.2.b) Convenio 205), que unido a lo anterior, amplía el concepto establecido por la LTAIyBG.

En el ámbito de la Unión Europea, el estándar manejado trasciende al de la LTAIyBG, pues define el objeto de una solicitud de acceso (artículo 42 CDFUE) como los "documentos" que "obren en poder de una institución", es decir, los que son elaborados

¹¹ Por ejemplo, en su respectivo Portal de Transparencia se publica la agenda del Presidente del Consejo General del Poder Judicial: véase <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Agenda/>, consultado el 21 de julio de 2016.

o recibidos por ella y que estén en su posesión, *en todos los ámbitos de la actividad* de la Unión Europea (artículo 2.3 Reglamento 1049/2001). Sobre la información referida a "todos los ámbitos de la actividad de la Unión Europea" abunda el Reglamento 1049/2001 y vuelve a definir "documento" como todo contenido, sea cual fuere su soporte (...) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución" (artículo 3.a) Reglamento 1049/2001). En este sentido, queda claro que en el ámbito de la Unión Europea, no se limita el derecho de acceso a las cuestiones reguladas por el Derecho Administrativo, sino a cuestiones de índole política que pueden ser objeto de solicitud por los ciudadanos residentes, o no, en los Estados miembros de la Unión Europea.

3.3. No es un derecho fundamental

3.3.1. Realidad española.

El *status* del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español es de derecho ordinario o de mera legalidad. La principal y más inmediata consecuencia para los ciudadanos de no ser considerado como un derecho fundamental, a diferencia de otros países o realidades jurídicas¹², es el menor arsenal de garantías del que se goza para reclamar su cumplimiento. En ese sentido, la diferencia práctica para el ciudadano de la situación actual respecto de la protección otorgada por la antigua redacción de la LRJPAC, no es tan grande. De hecho,

la posibilidad de reclamación frente a los órganos del artículo 2 LTAIyBG, sustituye a los recursos administrativos previstos anteriormente en el artículo 107.2 de la Ley 30/92 de RJAPAC (art. 23 LTAIyBG). Es decir, no se amplían las posibilidades judiciales de reclamar el cumplimiento de la solicitud. La única novedad es que, tras la negativa de facilitar la información solicitada, previamente a plantear un recurso en vía contencioso-administrativa, se puede plantear, de manera potestativa, una reclamación frente al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 24 LTAIyBG; Sendín., 2014).

Sin ánimo de ser exhaustivo, que el derecho de acceso a la información pública no sea configurado como un derecho fundamental, priva al ciudadano de las garantías que el artículo 53 CE establece para los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Carta Magna española, a saber, la vinculación directa del derecho a todos los poderes públicos, la reserva de ley, en su caso orgánica, la garantía del contenido esencial, así como que cualquier ley que lo desarrolle puede ser objeto de recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.1.a) CE. Por último, una violación de este derecho no es susceptible de ser reclamada por procedimientos preferentes y sumarios, como establece el artículo 53.2 CE o, en su caso, a través de un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional.

¹² Como por ejemplo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tras la crucial sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Claude Reyes c. Chile*, de 19 de septiembre de 2006 (fundamento 77) y su interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969.

El derecho de acceso a la información pública no es un derecho fundamental porque no está previsto así en el catálogo de derechos fundamentales de la Carta Magna Española (artículos 14-38 CE). En cambio, el precepto constitucional que sirve de anclaje para este tipo de solicitud, como ya se ha explicado, es el artículo 105.1.b) CE, que se encuentra en el Título IV dedicado al Gobierno y a la Administración. Desde un punto de vista hermenéutico, está claro que el constituyente español no quiso configurar la posibilidad de acceder a la información en posesión del Gobierno o de la Administración Pública como un derecho fundamental.

Para que el derecho de acceso sea configurado como un derecho fundamental, sólo caben dos caminos. En primera lugar, y dado que el legislador ordinario no puede instaurar nuevos derechos fundamentales, se puede reformar la Constitución e incluir este nuevo derecho en el catálogo constitucional. Debido a lo gravoso de una reforma constitucional, aunque sea por el procedimiento menos complejo -como es el previsto por el artículo 167 CE- y a la reticencia de la clase política española a cambiar la Constitución (como prueba hay que indicar que sólo se ha reformado dos

veces el texto constitucional en los más de 35 años de vigencia) -todo indica que no es la forma que más posibilidades tenga.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional puede interpretar que dentro de alguno de los derechos consagrados en el catálogo de derechos fundamentales, está implícito de alguna forma el derecho de acceso a la información pública, máxime cuando existen supuestos jurídicos internacionales que a través del artículo 10.2 CE¹³ imponen la obligación a los órganos públicos españoles de interpretar de una manera determinada los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española como se indica en la imprescindible obra de Saiz Arnaiz (1999)¹⁴, dando cabida a lo que Corchete ha calificado de "derechos implícitos" (Corchete, 2007).

La doctrina ha identificado dos derechos fundamentales en los que podría integrarse o verse reconocido el derecho de acceso a la información pública: por un lado, el derecho a la libertad de información (artículo 20.1.d) CE)¹⁵; por otro, el derecho de participación en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE)¹⁶.

Estos argumentos han abierto un debate doctrinal muy rico, que será objeto de atención

¹³ Artículo 10.2 CE: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

¹⁴ Prueba de ello es la interpretación que hizo del artículo 18.4 CE sobre "el uso de la informática", para entender implícito el derecho a la protección de datos. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 292/2000, de 30 de noviembre (Corchete, 2007).

¹⁵ Artículo 20.1.d) CE: "*Se reconocen y protegen los derechos: A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*".

¹⁶ Artículo 23.1 CE: "*Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes (...)*".

en las páginas finales. Sin embargo, hasta el momento, el Tribunal Constitucional ha entendido de manera restrictiva los derechos reconocidos en el artículo 20.1. a) y d) CE, apuntando que "los preceptos que consagra el aludido precepto no son de prestación sino de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación"¹⁷. Por supuesto, esa postura no obsta para que el Tribunal Constitucional haya destacado de manera reiterada que el tráfico informativo de materias relevantes es esencial a la democracia y al pluralismo político y debe ser protegido y fomentado para que el ciudadano esté informado de estas cuestiones¹⁸, señalando la importancia de la recepción de información, pero sin que constituya un derecho subjetivo demandable a los poderes públicos.¹⁹

Esta misma línea ha sido mantenida, como no podría ser de otra manera, por el Tribunal Supremo, que ha manifestado que no hay que confundir "el derecho constitucional de información con el derecho de los ciudadanos a tener acceso a los archivos y registros administrativos, aun reconociendo la trascendencia de dicho derecho en un sistema democrático y la conexión del artículo 20.1.d) CE con el artículo 105.1.b)

CE²⁰. Es interesante destacar que el Tribunal Supremo ha entendido la aprobación de la LTAIyBG respecto del derecho de acceso a la información pública de los representantes políticos como "un plus añadido imprescindible" de posibilidad de acceder a información y documentos públicos del que tienen los ciudadanos debido a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos²¹.

3.3.2. Unión Europea.

En la Unión Europea, la consideración del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental comenzó hace bastantes años. El 24 de mayo de 1984, el Parlamento Europeo instó al Consejo y a la Comisión a considerar el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental de los ciudadanos europeos, siendo reconocido por primera vez en el Tratado de la Unión Europea (1992) en la Declaración Anexa 17, no en el articulado. El Tratado de Ámsterdam (1997), en cambio, introdujo en el artículo 255 del TCE el derecho de todo ciudadano o residente en la UE a *acceder a los documentos* del Parlamento, Consejo y Comisión²².

La Carta de Niza de 2000 (que es la CDFUE, pero antes de ser jurídicamente vinculante para los Estados Miembros), recoge como

¹⁷ STC 74/1982, de 7 de diciembre.

¹⁸ STC 159/1986, de 12 de diciembre; STC 168/1986, de 22 de diciembre; STC 204/1997, de 25 de noviembre.

¹⁹ STC 178/1993, de 31 de mayo: "la difusión de una nota de prensa por los responsables de la seguridad jurídica del lugar constituye una manifestación del derecho a recibir información, en cuanto facilita la difusión y recepción de la información veraz".

²⁰ STS de 19 de mayo de 2003, Sala 3ª, Sección 7ª.

²¹ STS 2870/2015 de 15 de junio de 2015, fundamento jurídico 8º y STS 2388/2015, de 1 de junio de 2015.

²² En la actualidad, en el artículo. 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 15.3 TFUE).

derecho fundamental el derecho de acceso a los documentos del Parlamento, Consejo y Comisión. A partir del Tratado de Lisboa, firmado en 2007, forma parte de los tratados constitutivos y la CDFUE consagra como derechos fundamentales en el artículo 41 "el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte" y en el 42, el derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la UE".

El derecho de acceso a la información en poder de las instituciones europeas ha sido también objeto de interpretación jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). La primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia consideró el derecho de acceso a la información pública como un derecho fue en el asunto *Hautala*²³, en el que la Sra. Hautala, parlamentaria europea, solicitó un informe del grupo de trabajo "exportaciones de armamento convencional" del Consejo. Su acceso era restringido, por lo que se justificó la denegación en que el acceso al informe podía afectar a las relaciones de la UE con terceros países, por lo que se trataba de proteger el interés público en las relaciones internacionales, contemplado por la normativa Europea como una excepción al acceso de los documentos. El Tribunal de Justicia resolvió el recurso consagrando

el derecho de acceso a la información con fundamento en la importancia del derecho de acceso a los documentos en manos de las autoridades públicas, así como en la declaración N 17 del Tratado de Maastricht, que vinculaba este derecho al carácter democrático de las instituciones. En palabras de la profesora Corchete:

"conviene advertir la importancia de este pronunciamiento en la medida en que se introduce un cambio relevante en cuanto al concepto de documentos, pasando de una concepción estrictamente formal a una concepción material; un paso con importantes consecuencias para la clarificación de un concepto de especial relevancia para la configuración, no sólo del derecho de acceso a los documentos en sentido estricto a partir del derecho a la información sino, también, del derecho a la buena administración".²⁴

El TJUE es constante en su jurisprudencia al considerar que el derecho de acceso a la información está vinculado al carácter democrático de las instituciones europeas y es importante su protección²⁵.

3.3.3. Consejo de Europa.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) no prevé explícitamente

²³ Asunto *Consejo/Hautala*, C-353/99, de 6 de diciembre de 2001.

²⁴ Capítulo de la profesora M^a José Corchete Martín "La buena administración como contexto y el acceso a la información pública como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea" en una obra colectiva que está en proceso de publicación entre la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae (Chile) y el Posgrado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca.

²⁵ Véase, por ejemplo, el caso **The Bavarian Lager Co. Ltd. contra la Comisión Europea**, de 8 de noviembre de 2007; la sentencia del Tribunal de Justicia, caso *Internationaler Hilfsfonds contra la Comisión Europea*, Gran Sala, de 26 de enero de 2010.

en ninguna parte de su articulado ni de sus Protocolos el derecho de acceso a la información pública. El máximo intérprete del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) no ha dado carta de naturaleza a este derecho deduciendo de algún artículo como sí hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes contra Chile* (Bustos. 2012: 195-197)²⁶. No obstante, la postura del TEDH ha ido evolucionando desde una posición inicial de absoluta negación de reconocer este derecho, hacia una concesión o admisión de la vulneración del derecho de acceso a la información en unas circunstancias muy específicas²⁷.

En un principio, el TEDH negó tajantemente la posibilidad de entender dentro del derecho a la libertad de información (artículo 10.1 CEDH²⁸) el derecho de acceso a la información pública, y mucho menos que pudiera deducirse de ese artículo un derecho general de acceso a documentos y datos administrativos²⁹ y una obligación positiva

para el Estado. Sin embargo, sí que empezó a concebir que, bajo ciertas circunstancias como la amenaza contra el medio ambiente o la salud de los demandantes, se admitieran pretensiones de tutela del derecho al respeto por la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)³⁰. Sin embargo, en 2006 el TEDH adoptó una decisión³¹ que supuso un punto de inflexión en esta postura mantenida hasta ahora respecto de la interpretación del artículo 10 CEDH, en la que por primera vez el TEDH concibe el derecho de acceso a una información relevante en el ámbito del artículo 10 CEDH y no del artículo 8 CEDH. Esta decisión dio paso a una serie de sentencias en las que el TEDH reconoció el derecho de acceso a la información pública como parte del artículo 10 CEDH. No obstante, hay que puntualizar que todas las sentencias en este sentido fueron dictadas por Secciones del TEDH y en algunos casos con votos particulares muy radicales en contra. Además, la Gran Sala ha tenido la oportunidad de admitir algún recurso para cambiar su postura de manera más

²⁶ Como sostiene el profesor Bustos Gisbert (2012), la principal diferencia entre ambas posturas entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que el Tribunal de Estrasburgo ha tenido siempre en cuenta la existencia del derecho al acceso a la información pública en la legislación y realidad judicial nacional para el reconocimiento de dicho derecho de acceso a la información, circunstancia que la Corte Interamericana no hizo en *Claude Reyes contra Chile*.

²⁷ Esta evolución es objeto de estudio en mi contribución a la obra colectiva que está en proceso de publicación entre la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae (Chile) y el Posgrado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, titulada "El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Orígenes, evolución y Estado de la cuestión", y cuyos principales puntos resumo en las siguientes páginas del presente trabajo.

²⁸ Artículo 10.1 CEDH: "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".

²⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia del TEDH *Loiseau c. Francia*, 28 de septiembre de 2004 (decisión).

³⁰ Véanse, por ejemplo, las sentencias del TEDH *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987; *Gaskin c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989; *Guerra y otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998; *Roche c. Reino Unido*, 19 de octubre de 2005 (Gran Sala); *McGinley y Egan c. Reino Unido*, 28 de enero de 2000.

³¹ *Sdružení Jihočeské Matky c. República Checa*, de 19 de julio de 2006 (decisión).

clara y definitiva, pero ha inadmitido esa posibilidad, por lo que hasta el momento, la postura más firme, a pesar de los casos que se van a apuntar, es el reconocimiento puntual bajo ciertas circunstancias, pero no la consagración jurisprudencial de este nuevo derecho.

La primera sentencia en la que una Sección del TEDH reconoce el derecho de acceso a la información pública fue *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, de 14 de abril de 2009. La demandante es una organización no gubernamental, la Unión Húngara de Libertades Civiles, y demandó ante los tribunales, la negativa del Tribunal Constitucional húngaro de permitirle acceder a la demanda planteada por un parlamentario sobre la constitucionalidad de unas modificaciones recientes al Código Penal, concretamente en relación con delitos relacionados con drogas. El Tribunal Constitucional rechazó la solicitud al considerar que el demandante no tenía derecho a solicitar esa información, pues no consideraba que fueran "datos" y, por tanto, no encajaba en la Ley de Datos húngara de 1992 sobre la que la demandante basaba su pretensión de acceso a la información. En esta sentencia, la Sección Segunda del TEDH, a pesar de seguir negando el derecho de las personas a acceder a un expediente con información personal, ni la obligación del Estado de facilitar esa información al solicitante, ni el derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos, confirma su postura de insistir en una interpretación más amplia de la noción de

"libertad a recibir información" y, por tanto, reconociendo el derecho de acceso a la información pública.

La segunda sentencia en la que reconoce el derecho de acceso a la información pública, *Kenedi c. Hungary*, de 26 de mayo de 2009, dictada por la misma Sección Segunda del TEDH, trató la solicitud de un historiador de acceder a documentos del Ministerio del Interior para escribir un estudio objetivo sobre el funcionamiento de los Servicios de Seguridad del Estado de Hungría en los años 60. El demandante, János Kenedi, es un historiador especialista en el funcionamiento de los servicios secretos de las dictaduras y de las fuerzas políticas policiales de los regímenes totalitarios y el funcionamiento de los Estados soviéticos, y ha publicado varios trabajos sobre la materia. Ante la negativa del Ministerio, los tribunales húngaros le dieron la razón para que pudiera acceder a todos los documentos solicitados, pero el Ministerio no le entregó la documentación que consideró protegida por secreto de Estado. Esta negativa ocasionó otro largo y tedioso procedimiento judicial tras el cual el Ministerio no entregó los documentos que consideró peligrosos para la seguridad nacional, a pesar de las sentencias judiciales en contrario. El TEDH consideró vulnerado el artículo 10.1 CEDH al considerar que el "acceso a las fuentes documentales originales para una investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del demandante"³².

³² Kenedi c. Hungary, 26 de mayo de 2009, párrafo 43.

De nuevo, la Sección Segunda del TEDH conoció la demanda planteada por la ONG *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013, con objeto de la solicitud realizada a la Agencia de Inteligencia de Serbia para que le informara de cuántas personas habían sido objeto de vigilancia electrónica por esa agencia durante el año 2005. Tras la negativa de la Agencia de Inteligencia, la Autoridad Protectora de Datos de Serbia le requirió que le diera acceso a la información solicitada en tres días, basándose para ello en la Ley serbia de Libertad de Información de 2004. Tras considerar que la Agencia no tenía legitimidad activa, el Tribunal Supremo rechazó la apelación y por fin tres años después de la formulación de acceso, la Agencia contestó a la demandante que no tenía la información solicitada. El TEDH continuó la línea iniciada en *Társaság* de considerar que la noción "libertad de recibir información" abarca un derecho de acceso a la información, insistiendo en el importante papel de *social public watchdog* de las organizaciones no gubernamentales implicadas en asuntos de interés público, similar al que realiza la prensa y merecedora, por tanto, de la misma protección. Como el objetivo de esa organización era recabar información y difundirla a la ciudadanía para contribuir al debate público, la negativa de la Agencia de Inteligencia supuso desde la perspectiva del TEDH una interferencia en el derecho a la libertad de expresión de la asociación.

En cuarto lugar, en el caso *Asociación Austríaca para la Preservación, Fortalecimiento y la Creación de una Prosperidad Económica en Fincas Agrícolas y Forestales, c. Austria*, de 28 de noviembre de 2013, el TEDH también

apreció la violación del artículo 10 CEDH, pero hay importantes diferencias respecto de los tres casos anteriores que contribuyen a perfilar los contornos del derecho de acceso a la información. La citada organización no gubernamental tiene como objetivo investigar y estudiar las transferencias de propiedades agrícolas y forestales y sacar conclusiones sobre el impacto de dichas transferencias en la sociedad. También aporta opiniones a los proyectos de ley relativos a estos asuntos. Las transferencias de propiedades agrícolas y forestales requieren la aprobación de las autoridades locales y regionales para evitar que la tierra se utilice para la construcción, y siga siendo de uso agrícola y forestal. La citada organización no gubernamental solicitó a una de las autoridades públicas citadas (concretamente la de la región del Tirol) información sobre todas las decisiones tomadas sobre las transferencias de propiedades desde el 1 de enero de 2000. La autoridad contestó no poder cumplir semejante solicitud, pues al no tener publicada ninguna resolución hasta el momento, no podría hacerlo dada la falta de tiempo y personal, y además, porque en su opinión, lo solicitado no constituía información conforme a la Ley de Información austríaca. La ONG estimó que semejante negativa violaba su derecho a recibir información (artículo 10 CEDH), alegando que este tipo de decisiones deberían ser accesibles públicamente. El Estado alegó que conforme al artículo 10 CEDH, no puede imponerse una obligación positiva de recabar y difundir toda la información específica de todos los casos, aunque sí deben permitir un acceso de información general. Sólo las partes con intereses legítimos podrían tener derecho a solicitar este tipo de información. El

TEDH estimó que la solicitud de la ONG austríaca entraba dentro del derecho a recibir información relevante para la sociedad y la negativa de la autoridad estatal supuso una infracción de su derecho. Sin embargo, el TEDH insistió en que del artículo 10 CEDH no se podía inferir una obligación general de acceso a toda la información.

Por último, en *Guseva c. Bulgaria*, de 17 de febrero de 2015, la Sra. Guseva, miembro de una ONG centrada en el cuidado de los animales, demandó al alcalde de su ciudad por no dar cumplimiento a tres decisiones judiciales que le daban la razón a demandas de suministro de información sobre campañas de cuidado de animales en esa ciudad y contribuir al debate público sobre la protección de los animales. Además del reconocimiento del derecho de acceso de información, esta sentencia es interesante porque la demandante, a pesar de pertenecer a una organización no gubernamental, actuó a título individual, y el TEDH le reconoció legitimidad activa reclamando esta información a un organismo público.

En definitiva, del examen de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, se ha de concluir que el Tribunal de Estrasburgo aún no ha dado carta de naturaleza al derecho de acceso de información subjetiva, sino que lo ha reconocido bajo ciertas circunstancias muy específicas. De este modo, el TC español aún no se ha sentido compelido para consagrar la existencia del derecho de acceso en la CE vía artículo 10.2 CE. No obstante esta postura, existe un debate en la doctrina española que insta, cada vez más, al reconocimiento de este derecho por su vital importancia para la implicación de

la ciudadanía en los asuntos públicos y ejercitar, en consecuencia, un mejor control y escrutinio de los órganos públicos y de representación.

3.3.4. Debate doctrinal en España.

Como ya se ha afirmado, el derecho de acceso a los archivos y registros públicos (artículo 105.1.b) CE) es un derecho que se ubica fuera del catálogo de derechos fundamentales. No se refiere a toda la información, sino sólo a archivos y registros y no afecta a todos los poderes públicos, sino solamente a la Administración Pública.

Sin embargo, hay sectores doctrinales que reclaman un cambio en esta situación. Ya que el legislador no puede crear nuevos derechos fundamentales, la gran parte de estos sectores reclaman la conexión con el derecho de acceso a la información del artículo 20.1.d) CE, vía artículo 10.2 CE, teniendo en cuenta textos internacionales que sí consagran este derecho como un derecho fundamental. También podría conectarse con el derecho a participar en los asuntos públicos directamente por el ciudadano (artículo 23.1 CE). Como afirma el profesor Rey (2014):

“el derecho de acceso a la información pública es un derecho implícito o conexo, respectivamente, del derecho a recibir información veraz y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos. Puede considerarse que el derecho de acceso a la información pública es un derecho implícito y conexo del derecho a recibir información veraz y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos” (p.14).

Además, conforme la jurisprudencia del TEDH que ya hemos apuntado, el derecho a recibir información veraz prohíbe que los poderes públicos impidan indebidamente a los ciudadanos y grupos el acceso a la información que pueda servir para crear foros de debate público sobre asuntos de interés general. En este sentido, el profesor Rey (2014) insiste en que el artículo 20.1.d) CE prohíbe esa forma de censura indirecta que puede ser la denegación de información. Ciertamente, no existe un derecho de acceso universal a cualquier documento o dato de interés público; deberá ser el legislador quien concrete el ejercicio de este derecho. Pero deberá hacerlo sin establecer restricciones indebidas, porque la regla general es el acceso a la información, y sus límites, la excepción. En este sentido, "el derecho de acceso a la información pública no es otra cosa que el mismo derecho fundamental a recibir información veraz cuando el objeto de dicha información lo integran documentos o datos de interés público" (Rey, 2014: 17). De la misma manera, los ciudadanos no podrán participar real y efectivamente en los asuntos públicos si quienes disponen de esa información no se la facilita, siendo el artículo 23.1 CE otro argumento en el que basarse para el reconocimiento del derecho de acceso.

Guichot (2014) también se pronuncia a favor de reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental formando parte de la libertad constitucional de información (artículo 20.1.d) CE), apuntando una serie de motivos: en primer lugar, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable, tanto del sistema de Naciones Unidas como del Con-

sejo de Europa, pasando por el de la Unión Europea; en segundo lugar, la propia función que cumple en un Estado democrático el derecho de acceso a la información pública; y en tercer lugar, la percepción social de este derecho como derecho fundamental.

Rams (2013), también es partidaria de considerar al derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, situando en el centro de su argumentación el artículo 10.2 CE y los reconocimientos internacionales de la existencia de este derecho. De nuevo uno de los grandes inconvenientes para reconocer este derecho es que el legislador no puede crear derechos fundamentales, incluso, aunque amplíe el ámbito de libertad o de igualdad de los ciudadanos. Podrá crear derechos legales, pero no fundamentales. Esto sólo puede hacerlo la Constitución, por lo que el legislador sólo podría regular el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental si éste se halla implícito o conexo con otros derechos, que son fundamentales. De nuevo por conexidad, al igual que Rey (2014), Rams (2013) reclama la consagración por el TC de este derecho de acceso a la información pública.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La entrada en vigor de la LTAIyBG ha supuesto un avance en la demanda por parte de la ciudadanía de acceder a información en poder de los poderes públicos en España. Sin embargo, es claro que queda mucho camino por recorrer, pues hay información pública que no está a disposición de los ciudadanos y consecuentemente hay ámbitos de actuación del poder público que queda exento de su control y escrutinio. Esta situación no es la más adecuada en el contexto de un Estado democrático y de Derecho, donde el ciudadano participa cada vez más en la vida política, económica y social. Sin lugar a dudas, cuanto más interés tenga la ciudadanía en participar en los asuntos públicos, y más se sienta interpelada por las decisiones de sus representantes, más alta será la demanda por ampliar el acceso a la información pública. En la actualidad, esta situación de evolución de más demanda está marcando la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En un régimen político representativo, una mayor conciencia democrática de la ciudadanía discurre en paralelo con una mayor implicación, un mayor reclamo de información. **De los mismos ciudadanos depende que tanto la legislación como los intérpretes de la misma concedan más o menos ámbito de control y escrutinio a los ciudadanos.**

REFERENCIAS

- Ares, V. (2014). Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Descargado 05 de noviembre de 2016 desde http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284319314695/Redaccion
- Bustos, R. (2010). Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Teoría y Realidad constitucional*, 25, 69-109
- Bustos, R. (2007). Responsabilidad política y responsabilidad penal: dos conceptos radicalmente distintos. *Jueces para la democracia*, 60, 56-69
- Bustos, R. (2004). La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes. Una tarea pendiente. En Rodríguez, N. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis.
- Bustos, R. (2016). Las reglas de conducta de los políticos: evolución en el Reino Unido. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 267-292.
- Bustos, R. (2001). *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*. Salamanca: Colex.
- Bustos, R. (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México DF: Porrúa.

Corchete, M. (a publicar). La buena administración como contexto y el acceso a la información pública como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea. Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae (Chile) y Posgrado en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca.

Corchete, M. (2007). Los nuevos derechos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 535-556.

Cousido, M. (2014). Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Descargado 05 de noviembre de 2016 desde http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284319385020/Redaccion

Guichot, E. (Coord.). (2014). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013*. Madrid: Tecnos.

Hernández, R. (2016). El cambio de paradigma en el control del poder judicial como institución en España. De la responsabilidad judicial a la judicial accountability. En González, M. *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El estatuto de los jueces*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Meseguer, J. (2014). El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Descargado 05 de noviembre de 2016 desde http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284319346975/Redaccion

Moretón, A. (2014). Los límites del derecho de acceso a la información pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Descargado 05 de noviembre de 2016 desde http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284319383546/Redaccion

Rams, L. (2013). La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160, 155-188.

Rey, F. (2014). Quod Omnes tangit ab Omnibus cogitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Descargado 05 de noviembre de 2016 desde http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284319297625/Redaccion

Saiz, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Sendín, M.A. (2014). El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33. Descargado 05 de noviembre de 2016 desde http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/_/1284319346975/Redaccion

talle/1215245063566/_/1284319388648/
Redaccion

Sommermann, KP. (2010). La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. En García, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons.