

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: UNA VALORACIÓN DEL DEBATE DOCTRINAL A PROPÓSITO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA¹

GÖRAN ROLLNERT LIERN

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Un derecho no fundamental de configuración legal según la jurisprudencia.
- III. Un derecho fundamental integrado en el art. 20.d) CE interpretado conforme a los tratados internacionales:

I. INTRODUCCIÓN

La tramitación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTBG) publicada en el BOE el pasado el 10 de diciembre de 2013, ha reabierto la discusión doctrinal sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información pública reconocido en el art. 105.b) CE. El debate en torno a esta cuestión no es una novedad por cuanto ya se planteó en los primeros años de vigencia del texto constitucional vinculándose en aquel entonces con la eficacia jurídica del art. 105 b) CE en tanto no existiera legislación de desarrollo, renovándose el interés por el mismo con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo art. 37 constituyó el primer desarrollo legislativo del art. 105.b) CE. Así pues, las posturas doctrinales quedaron tempranamente establecidas y sin perjuicio de que en algunas

1 Estudio realizado en el marco del Proyecto MINECO «Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open Government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos» (DER2012-37844).

aportaciones pueda obtenerse una panorámica general de las distintas posiciones² algunas de ellas merecen singularizarse como antecedente³ de la discusión reactivada por la LTBG.

Pero si no es novedosa la división doctrinal acerca del carácter fundamental o no del derecho de acceso a la información pública, en la argumentación que se ha manejado en la polémica suscitada a raíz de la iniciativa legislativa del Gobierno (en particular en la favorable a su calificación como derecho fundamental), sí se han aportado nuevos elementos que merecen ser tomados en consideración⁴ y que han tenido también reflejo en los antecedentes parlamentarios de la Ley 19/2013 (trabajados también en la investigación aunque no se entra en ellos en este momento por comprensibles razones de espacio). El presente trabajo aborda los nuevos términos en los que se ha reformulado la cuestión de la naturaleza del derecho de acceso a la información pública, valorando los principales argumentos aducidos en sede dogmática y parlamentaria.

II. UN DERECHO NO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

La ubicación sistemática del art. 105 b) CE dentro del Título V dedicado al Gobierno y la Administración es la piedra angular de la posición que niega carácter fundamental al derecho de acceso a la información pública al no estar incluido en

2 FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 329 a 358; y RAMS RAMOS, L.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Madrid, 2008, pp. 158 a 184.

3 ALVAREZ RICO, M.: «El derecho de acceso a los documentos administrativos», en *Documentación administrativa*, núm. 183 (1979), p. 111; POMED SÁNCHEZ, L. A.: *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, pp. 80, 96, 109 a 111 y 144; EMBID IRUJO, A.: *El ciudadano y la administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994, pp. 91 a 92; MESTRE DELGADO, J. F.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 86, 88, 96, 98, 103 a 104, 107 y 111; RAMS RAMOS, L., *op. cit.*, pp. 184 a 218, en particular, pp. 194, 210, 212 a 213 y 217 a 218; Villaverde Menéndez, I.: *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 118, 53 a 58, 19 a 21, 39 a 42, 77, 74 a 78, 81 a 84 y 118 a 119; FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *op. cit.*, pp. 350 a 357); PARADA VÁZQUEZ, J. R. y BACIGALUPO SAGGESE, M.: «Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a archivos y registros administrativos», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), t. VIII, Edersa, Madrid, pp. 536 a 537.

4 Las opiniones más representativas en FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», ponencia en el Seminario de Modernización y Apertura de la Administración Pública, Zaragoza, 27.09.2012, pp. 9 a 10, disponible en <http://goo.gl/eegn2k>, último acceso 28.11.2013; GUICHOT REINA, E.: *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Documento de trabajo núm. 170 (2011), Fundación Alternativas, pp. 25 y 22; y en el mismo sentido en «El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84 (2012), p. 102; y SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: «Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo?: Por un derecho fundamental a acceder a la información pública», en *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*, CORREDOIRA ALFONSO, L. y COTINO HUESO, L. (dirs.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 304-306 y 308-313.

la Sección Primera del Capítulo II del Título I y no gozar, por tanto, de las garantías previstas en el art. 53.2 CE. Sin embargo, aunque la expresa previsión en el art. 105 b) CE de un derecho de acceso a los archivos y registros administrativos cuya regulación se remite a la ley facilita extraordinariamente la negativa a considerarlo un derecho fundamental ofreciendo una cómoda ruta de escape para evitar afrontar directamente la cuestión de su inserción en la libertad de información, no es en absoluto determinante. El solo hecho de que el acceso a la información pública esté reconocido por el art. 105.b) como un derecho que en el contexto de las relaciones entre el ciudadano y la Administración y en su configuración concreta de acceso a los archivos y registros administrativos deba ser desarrollado legalmente, no es de por sí incompatible con que forme parte del contenido del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE si ello resulta de su interpretación con arreglo al canon hermenéutico de los tratados internacionales sobre derechos ratificados por España (art. 10.2 CE) al que se hará referencia detallada en el siguiente epígrafe.

Partiendo de ese determinismo sistemático, que pretende ampararse en el reconocimiento autónomo del derecho del art. 105.b) CE para negar la posible consideración del acceso a la información pública como una facultad protegida por la libertad de información, se ha afirmado también que otorgarle carácter fundamental en la Ley de Transparencia supondría crear o declarar un nuevo derecho distinto y que ello no podría hacerlo el legislador ordinario sino tan solo la Constitución o el Tribunal Constitucional como intérprete supremo por cuanto —se añade— supondría ir más allá de la interpretación para dar lugar a una novación constitucional o incluso a una mutación a través de una eventual ley orgánica que lo desarrollase como derecho fundamental.

En el turno de réplica en su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, Guichot Reina contestó fundadamente a la primera objeción señalando el contrasentido de que el reconocimiento constitucional en 1978 de un derecho autónomo en el art. 105.b) CE pudiera ahora ser un lastre para incluirlo por vía interpretativa en el art. 20 CE lo que en ningún caso supone crear un nuevo derecho⁵. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el art. 10.2 CE «no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente

5 «No se está hablando de crear [derechos fundamentales], no se ha hecho así en ninguno de los instrumentos de derechos fundamentales europeos, por poner nuestro marco más cercano, sino que se ha extraído de la libertad de información. Por haber llegado nosotros antes que nadie, en 1978, a consagrarlo en la Constitución, ahora se ha convertido, en ese sentido y si me lo permiten, en una cierta rémora. El 10.2 no permite crear derechos fundamentales sino interpretarlos, pero se trata de interpretar cuál es el alcance del 20, no de crear un derecho de la nada» (DSCD Comisiones, núm. 254, de 12 de febrero de 2013, intervención de E. GUICHOT REINA, p. 33)

declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución» (STC 36/1991, F. 5).

Respecto del segundo reparo, cabe decir que el art. 10.2 CE tiene una eficacia vinculante general y obliga también al legislador a interpretar las normas sobre derechos de conformidad con los tratados internacionales, sin perjuicio de que la última palabra sobre la corrección constitucional de dicha interpretación corresponda al juez constitucional. Interpretación que, por otra parte, no supondrá una mutación constitucional en la medida que no desborde los límites propios de la actividad interpretativa por cuanto, como ya puso de manifiesto Hesse, la mutación empieza precisamente allá donde acaban las posibilidades de la interpretación⁶ y en el presente caso es el propio texto constitucional (art. 10.2 CE) el que ha dispuesto la apertura de sus normas sobre derechos a los desarrollos interpretativos derivados de los instrumentos internacionales ratificados por España.

La primera de las líneas argumentales expuestas, fundada en la ubicación sistemática del derecho en el Título V, se pretende llevar a su culmen apoyándose en la existencia de una jurisprudencia que ha rechazado el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública a partir de su localización en el art. 105 b) y de su exclusión del recurso de amparo. En este sentido, se ha invocado la STC 161/1988 para alegar que el derecho de acceso a la información «está amparado en el art. 105 y no en el art. 20⁷» pretendiendo extraer de ello la consecuencia de que la jurisprudencia constitucional ha rechazado considerar el derecho de acceso como un derecho fundamental.

Sin embargo, el pronunciamiento del juez constitucional en dicha resolución no es exactamente ese. Lo que se afirmó en dicha sentencia es que, frente al recurso de amparo interpuesto por varios Diputados autonómicos contra la denegación por la Mesa de la Cámara de varias solicitudes de documentación alegando como vulnerados diversos preceptos constitucionales, «las reglas y principios contenidos en los arts. 9.3, 53.1, 103.1, 105 b) y 111.1 de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución» (F. 4).

Por tanto, lo que ha afirmado el Tribunal Constitucional es algo que nadie discute, a saber, que el art. 105.b) de la Constitución no puede fundamentar un recurso de amparo porque en él no se reconoce un derecho fundamental amparable. Pero la cuestión que se debate es otra, es si el derecho de acceso a la información pública, además de estar reconocido por el art. 105.b) como un derecho frente a la Administración que debe ser objeto de desarrollo legislativo, debe formar parte del

6 *Vid.* al respecto HESSE, H.: *Escritos de Derecho Constitucional: Selección*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 109 a 111; y ROLLNERT LIERN, G.: «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101 (2014), pp. 125 a 155.

7 DSCD Pleno y Diputación Permanente, núm. 117, de 30 de mayo de 2013, intervención de la Vicepresidenta del Gobierno, p. 26.

contenido del derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1.d) CE y, en cuanto tal, gozar de la protección y garantías constitucionales dispensadas a esta última. El acceso al recurso de amparo, en su caso, nunca se produciría por su reconocimiento en el art. 105 b) sino por su inserción en la libertad de información garantizada por el art. 20 y no existe hoy por hoy ninguna resolución del Tribunal Constitucional que niegue que el acceso a la información pública sea una de las facultades ejercibles al amparo del reconocimiento constitucional de la libertad de información⁸.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia ordinaria⁹, la situación es diferente. En una primera sentencia de 30 de marzo de 1999, el Tribunal Supremo declaró que «el artículo 105.b) de la Constitución [...] 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» (FD 3), reiterándose dicha doctrina en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) del 10 de diciembre de 1999 (FD 2). En una sentencia posterior de 14 de noviembre de 2000 el Tribunal Supremo desestimó una alegación de vulneración de los derechos fundamentales a recibir información y a la intimidad, señalando que «estas alegaciones no constituyen sino distintas perspectivas relacionadas con las finalidades institucionales del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, el cual se halla en una relación instrumental respecto de determinados derechos fundamentales, aun cuando no goce, en sí, de la protección reforzada de los mismos» (FD 8), remitiéndose a la STC 161/1988 antes citada que declaró no amparable el derecho del art. 105.b) CE.

En conclusión, el Tribunal Supremo declaró, inicialmente y como principio general, que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocido en el art. 105.b) CE es un derecho de configuración legal, un «derecho no fundamental» aunque «relacionado», entre otros, con la libertad de información, con la que guarda una «relación instrumental» que, sin embargo, no le atribuye la «protección reforzada» propia de la misma.

Una sentencia posterior, de 19 de mayo de 2003, merece especial atención por cuanto se refiere precisamente a un caso en el que una publicación alegaba la violación del derecho fundamental del art. 20.1.d) CE por la resolución que le denegó

8 A la fecha de escribir estas líneas y a través de la organización Acces Info Europe se ha tenido acceso a dos autos de fecha 9 de septiembre de 2013 en los que las dos Secciones de la Sala Primera del Tribunal Constitucional han inadmitido dos recursos de amparo (3254/2012 y 4145/2012) contra sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo, «dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo». La organización ha anunciado que «agotada la vía nacional Access Info Europe va a recurrir este caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», refiriéndose a uno de los casos relativo a la denegación de una solicitud de información por el Ministerio de Defensa. Información disponible en <http://goo.gl/Zbw3n7>, último acceso: 03.01.2014.

9 *Vid.* al respecto FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Los concejales y el acceso a la información. El derecho de los concejales de acceso a la documentación local*, 2ª ed., Albolote (Granada), Comares, 2003, pp. 31 a 32.

el acceso a determinados expedientes administrativos solicitado con la finalidad de comprobar la veracidad de una información.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, después de remitirse a la jurisprudencia constitucional sobre las libertades del art. 20 como garantía de opinión pública libre y del pluralismo político, afirmó que «el derecho a comprobar la veracidad de una información es un derecho derivado del artículo 20.1.d), pero que es imprescindible conectar en el caso examinado con el derecho establecido por el artículo 105.b)» argumentando que «la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico, incluyendo las de la Constitución, no puede verificarse aisladamente, pensando que cada precepto constituye una unidad propia, que no se relaciona con los demás aplicables al caso. En el supuesto enjuiciado, ejercitándose estrictamente el derecho a tener acceso a los archivos y registros administrativos, no es posible negar la conexión del artículo 20.1.d) con el artículo 105.b). Esta última norma, como acertadamente dice la sentencia de instancia, es un derecho de configuración legal («la ley regulará»), lo que comporta la necesidad de acudir a las disposiciones que han establecido los requisitos para su ejercicio».

De ello concluye que la Sala de instancia ha procedido correctamente «al resolver la cuestión vinculando la interpretación del artículo 20.1.d) al contenido del artículo 105.b), y, por tanto, aplicando los preceptos reguladores del derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos contenidos en el artículo 37 de la Ley 30/1992, no pudiendo resolverse el litigio ciñéndonos exclusivamente a la dicción, o a las consecuencias de la dicción, del artículo 20.1.d)» (FD 4). Entiende en consecuencia que, en aplicación del art. 37.7 de la Ley 30/1992, el acceso fue legítimamente denegado al recurrente por no tratarse de una solicitud individualizada. Cuando se ejerce el derecho de acceso a archivos y registros administrativos como medio de comprobar la veracidad de una información —se afirma—, «el derecho fundamental reconocido por el artículo 20.1.d) no confiere al recurrente, por sí mismo, como soporte de un interés legítimo y directo, sin conexión con el artículo 105.b) y con los requisitos que el ordenamiento exige, el derecho que se le denegó» por la resolución recurrida (FD 5). Adviértase, por tanto, que no se niega que se esté ejerciendo el derecho fundamental a la libertad de información sino que, en la medida en que dicho ejercicio se vehiculiza a través de una solicitud de acceso a los archivos y registros administrativos, es necesario llevarlo a cabo a través del cauce de las normas de desarrollo del art. 105 b) CE, en ese momento el art. 37 de la Ley 30/1992.

Más recientemente, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se han pronunciado sobre la desestimación de una solicitud de información realizada por la organización Info Acces Europe¹⁰ acerca del desarrollo legislativo derivado de la

10 Sobre la solicitud de información y las sentencias dictadas con relación a la misma, *vid.* SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.: «Transparencia y acceso...», cit., p. 290. La organización recurrente, Info Acces Europe, proporciona completa información sobre su petición de información y los procesos judiciales consecuentes en <http://goo.gl/ry1DwT>, último acceso: 03.01.2014. Contra las citadas sentencias desestimatorias de la AN y el TS se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que

adhesión de España al Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción, argumentando la recurrente la inexistencia en España de una ley de acceso a la información pública y solicitando la aplicación directa de la Constitución, todo ello alegando, según la STS, «infracción del art. 20.1.a) CE», en relación con el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [y] con profusa cita de sentencias de distintos órganos jurisdiccionales, especialmente del Tribunal de Estrasburgo» (FD 2).

La Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de octubre de 2009, tras remitirse a la jurisprudencia constitucional sobre la distinción entre las libertades de expresión e información y a los requisitos de relevancia e interés público y veracidad de la información para la protección constitucional de la segunda, que alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través de la prensa institucionalizada, declaró que «no se puede pretender que el derecho fundamental a recibir información veraz por cualquier medio de comunicación incluya un deber general de la Administración de informar sobre cualquier materia» (FD 2).

Desestimando el recurso de casación formulado contra la misma, el TS en sentencia de 29 de mayo de 2012 ha considerado que lo que solicitó la recurrente no fue propiamente información ni acceso a documentación recogida en archivos o registros administrativos sino «que se le diesen explicaciones acerca del desarrollo legislativo [...] del referido Convenio de la OCDE, así como de la actividad de la Administración en la materia. Esto no es una solicitud de acceso a la información y, desde luego, no es «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» en el sentido del art. 105 CE» sino que se aproxima mucho a una interpelación política; «algo que queda fuera del derecho de acceso a la información en manos de los poderes públicos, cualquiera que sea el fundamento constitucional del mismo. En otras palabras, los ciudadanos tienen derecho -salvo en determinadas materias protegidas- a conocer la documentación recogida en los archivos y registros administrativos; pero no lo tienen a obtener explicaciones del Gobierno y la Administración sobre cualquier asunto de interés general».

Sobre estas bases, concluyó el Tribunal que «aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los arts. 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos —algo que dista de ser evidente¹¹—, la sentencia impugnada no los ha infringido, ya que lo solicitado por la recurrente no era información» y, negando la existencia de un vacío legal sobre el derecho de acceso a la información pública, señaló que «la recurrente habría debido acomodar su solicitud y su posterior recurso contencioso-administrativo a las previsiones del art. 37 de la Ley 30/1992; algo que en ningún momento ha hecho. Ciertamente

ha sido inadmitido por auto de la Sección Primera de la Sala Primera de fecha 9 de septiembre de 2013, tal y como se ha indicado en la nota 8, habiéndose anunciado la voluntad de recurrir ante el TEDH.

11 E. GUICHOT REINA interpreta esta afirmación como que el Tribunal ha preferido mantener «imprejuzgada» la cuestión de la integración del derecho de acceso en la libertad de información («El proyecto de Ley...», cit., p. 101).

las leyes deben adecuarse a los imperativos dimanantes de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos; pero ello no autoriza a eludir las condiciones, tanto sustantivas como procedimentales, que aquéllas establezcan para el ejercicio de los derechos» (FD 4).

En definitiva, la posición de los órganos jurisdiccionales españoles dista de poder ser considerada como definitiva sobre esta cuestión y, en particular, la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado acerca de si cabe interpretar que el derecho de acceso a la información pública es una de las facultades incluidas en la libertad de información del art. 20.1 d), máxime cuando la única sentencia existente es de 1988 por lo que no pudo tomar en consideración la evolución del derecho de acceso en los instrumentos internacionales y, específicamente, la jurisprudencia dictada por el TEDH a partir de 2009 y la misma se limitó a rechazar la posibilidad de acudir al amparo por violación del art. 105.b) CE en un caso en el que no se había alegado la conexión del mismo con el art. 20 CE¹².

El Tribunal Supremo, por su parte, declaró la naturaleza no fundamental del derecho de acceso en 1999 y su carácter de derecho de configuración legal, pero también ha reiterado su relación con la libertad de información sin perjuicio de que dicha conexión no le otorgue «en sí» protección reforzada y no exima de la sujeción a los requisitos y condiciones establecidos en la legislación de desarrollo del art. 105 b) CE. Ahora bien, en la reciente sentencia de 2012 recaída en un supuesto en el que se alegó el argumento de la interpretación del art. 20 CE conforme a los tratados internacionales, el Tribunal Supremo, aunque ha apuntado su escepticismo acerca de lo «evidente» de la comprensión del derecho de acceso por la libertad de información, no abordó frontalmente la cuestión y desestimó el recurso por entender que lo que se solicitó no fue información y que la solicitud no se tramitó por el procedimiento y con los requisitos exigidos por la entonces vigente regulación legal de desarrollo del art. 105.b) CE (el art. 37 de la Ley 30/1992).

III. UN DERECHO FUNDAMENTAL INTEGRADO EN EL ART. 20.D) CE INTERPRETADO CONFORME A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1. La posición de inferioridad en la ponderación y el antecedente del reconocimiento legislativo del derecho fundamental a la protección de datos personales

Entre los argumentos esgrimidos en la discusión doctrinal y parlamentaria acerca del carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública, pueden distinguirse varios cuya fuerza descansa, a su vez, en la posibilidad de considerarlo incluido en la libertad de información por la vía de interpretar esta última de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España *ex* art. 10.2 CE.

12 GUICHOT REINA, E.: «Transparencia y acceso...», cit., p. 25, nota 36.

El primero de ellos es el referido a la posición de inferioridad en que quedaría un derecho no fundamental de acceso a la información frente a derechos fundamentales de terceros afectados (en especial, la protección de datos personales), inferioridad que traería aparejada una prevalencia casi automática de estos últimos a la hora de llevar a cabo la «previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal» prevista en el art. 15.3 de la LTBG para resolver sobre las solicitudes de acceso.

Indudablemente, la naturaleza fundamental de uno de los derechos en conflicto con otro derecho es, en abstracto, un elemento relevante a valorar en un eventual juicio ponderativo entre los mismos. Pero en el caso concreto que nos ocupa, de la combinación de las reglas que la LTBG¹³ establece para la articulación del derecho de acceso con el derecho fundamental a la protección de datos resulta que cuando la información afecte a datos personales no especialmente protegidos (arts. 15.1 y 2 LTBG), el órgano al que se dirige la solicitud deberá realizar una ponderación

13 El art. 14 LTBG, después de enumerar los límites del derecho de acceso en el apartado 1, viene a concretar en el apartado 2 la forma en la que, según la Exposición de Motivos (ap. III), debe llevarse a cabo la aplicación de los mismos, esto es, «atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información)». Así, dispone el art. 14.2 que «la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

El juego del derecho fundamental a la protección de datos personales como límite del derecho de acceso es objeto, no obstante, de un tratamiento singularizado en el art. 15 que pretende «aclarar(r) la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios» (EM, ap. III), procediendo en cascada a establecer reglas para la resolución del eventual conflicto entre ambos:

1. Prevalencia absoluta de los datos personales especialmente protegidos del art. 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (ideología, afiliación sindical, religión y creencias) únicamente accesibles con consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que el mismo hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a la solicitud (art. 15.1). Esta excepción a la regla general del consentimiento expreso y escrito del interesado se introdujo a sugerencia de la Agencia de Protección de Datos en el informe emitido sobre el Anteproyecto, remitiéndose a su informe previo de 4 de agosto de 2009 (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Informe referente al Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, 5 de junio de 2012, pp. 19-22. Disponible en <http://goo.gl/8VRnos>, último acceso 10.12.2013).

2. Necesidad de consentimiento expreso o de autorización por norma de rango legal para el acceso a los datos personales especialmente protegidos del art. 7.3 LOPD (referentes al origen racial, salud y vida sexual) o relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública (art. 15.1, párrafo 2º).

3. Ponderación entre el interés público en la divulgación de la información y la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos, con un criterio general de concesión del acceso a la información cuando contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. Este criterio general podrá, no obstante, quedar desvirtuado si en la ponderación a realizar en el caso concreto se llega a la conclusión de que debe prevalecer el derecho afectado (art. 15.2).

4. Ponderación «suficientemente razonada» del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, cuando la información solicitada no contenga datos

razonada entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados (en particular, la protección de datos pero también otros derechos constitucionales) y concederá el acceso, haciendo prevalecer el derecho de acceso por aplicación de un criterio general pro acceso —cuando la información contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano (salvo casos concretos)— o bien de alguno o algunos de los cuatro criterios específicos de ponderación (art. 15.3) de los que tres otorgan valor preferente al derecho de acceso (transcurso de los plazos de la Ley de Patrimonio Histórico, ejercicio de un derecho o acceso de investigadores para fines históricos, científicos o estadísticos o documentos con datos meramente identificativos) y tan solo uno otorga primacía a los derechos de los afectados (afectación a la intimidad, seguridad o minoría de edad).

Es cierto que la aplicación de estos criterios legales de ponderación, incorporados al Proyecto a instancias de la Agencia de Protección de Datos¹⁴ pese a que en su informe sobre el Anteproyecto de Ley parecía traslucirse una concepción aparentemente jerarquizada entre ambos derechos¹⁵, no prima automáticamente el derecho

especialmente protegidos, en cuyo caso el órgano concederá el acceso tomando en consideración los criterios que se detallan en el art. 15.3 de la Ley:

a) Menor perjuicio a los afectados cuando hubieran transcurrido los plazos establecidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (art. 57), esto es, 25 años desde su muerte si fuera conocida o, en otro caso, 50 años desde la fecha de los documentos.

b) Justificación de la petición de acceso en el ejercicio de un derecho o que se trate de investigadores que motiven la petición de acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) Menor perjuicio de los derechos de los afectados si los documentos únicamente contuviesen datos meramente identificativos de aquéllos.

d) Mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos del documento puedan afectar a su intimidad o su seguridad, o se refieran a menores de edad.

14 AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *op. cit.*, pp. 30-33. Una crítica a estos criterios en GUICHOT REINA, E. «El proyecto de Ley...», *cit.*, pp. 117 a 122.

15 Se afirma en el Informe que «no debe olvidarse en este punto que el derecho fundamental a la protección de datos aparece reconocido expresamente por la Sección Segunda del Capítulo 1 del Título 1 de la Constitución, mientras que el derecho de acceso a la información pública, aun siendo una garantía esencial de funcionamiento de un Estado democrático, no aparece incluido en el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas recogido por la Constitución» (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *op. cit.*, pp. 23 a 24). Ahora bien, dicha aseveración se hacía en el contexto de la crítica de la Agencia al único criterio de ponderación que contenía el art. 11 del Anteproyecto por ser éste favorable a la concesión del acceso cuando la información se refiriese a la «organización, funcionamiento o actividad pública del órgano» (art. 11: «3. Con carácter general y, salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. 4. Asimismo, se podrá conceder el acceso a información que contenga datos personales que no tengan la consideración de especialmente protegidos si, previa ponderación suficientemente razonada, el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido»).

Entendía la APD que en el art. 11.3. se invertía la regla general de ponderación en virtud de la cual el acceso a información sobre datos no especialmente protegidos se concedería solo si no se perjudicaba ningún derecho constitucionalmente protegido (art. 11.4) y en la medida que dicho único criterio se basaba en un concepto jurídico indeterminado, una interpretación amplia del mismo podía conducir a que en la práctica totalidad de los casos se invirtiese la regla de ponderación en perjuicio de la protección de datos. Para evitar el

de acceso —en la medida que la previa ponderación de las circunstancias del caso concreto podría llevar razonadamente a denegar el acceso— pero, en principio, preorienta al órgano administrativo (así como al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y al órgano jurisdiccional revisor, en su caso) a resolver favorablemente la solicitud de acceso.

En definitiva, lo que esta argumentación plantea es la necesidad de reconocer el carácter fundamental al derecho de acceso para que pueda ser operativo frente a una protección de datos reforzada por su naturaleza *iusfundamental*, pero se trata en realidad de un juicio de oportunidad sobre la conveniencia de su desarrollo legislativo como derecho fundamental y no de un argumento jurídico sobre la legitimidad constitucional de dicho desarrollo.

En segundo lugar, ante la afirmación de que el legislador no puede declarar derechos fundamentales, se alega el antecedente del derecho fundamental a la protección de datos reconocido por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, a partir de la referencia del art. 18.4 CE a la regulación por ley de los límites al uso de la informática en garantía del honor y la intimidad personal y familiar¹⁶ y con carácter previo a que el Tribunal Constitucional avalara el reconocimiento de dicha garantía como derecho fundamental «en sí mismo» en la STC 254/1993, F. 6.

Sin embargo, siendo esto así, no puede obviarse que en ese caso el legislador orgánico se amparó en una previsión normativa incluida incontestablemente en uno de los preceptos constitucionales (art. 18.4 CE) que reconocen derechos fundamentales en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, mientras que un posible desarrollo del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental mediante una ley orgánica se vería *a priori* obstaculizado por su identificación¹⁷ con el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos del art. 105 b) CE, emplazado en el Título IV y sujeto a una reserva genérica de ley.

Ahora bien, si la necesidad de que el derecho de acceso a la información pública no se vea postergado en su ponderación con la protección de datos personales puede justificar funcionalmente su consideración como derecho fundamental, un desarrollo legislativo que colme esta exigencia operativa necesitaría contar con la cobertura jurídica que le puede proporcionar la consideración del acceso a la documentación pública como una de las facultades comprendidas en el derecho funda-

riesgo de esa inversión generalizada de la ponderación la Agencia propuso incluir los criterios que finalmente resultaron incorporados al art. 15.2 y 3 de la Ley a los que se ha hecho referencia.

16 Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992 *in fine*, «al desarrollar legislativamente el mandato constitucional de limitar el uso de la informática, se está estableciendo un *nuevo* y más consistente derecho a la privacidad de las personas» (la cursiva es del autor).

17 Identificación negada por SANCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. («Transparencia y acceso...», cit., p. 306) por no coincidir los sujetos obligados (el Gobierno) y el objeto (los archivos y registros administrativos) del derecho de acceso reconocido por el art. 105 b) CE con los del derecho de acceso a la información pública que se regula por la LTBG que afecta a muchos más sujetos pasivos que el Gobierno (arts. 2 y 3) y tiene por objeto la información pública cualquiera que sea su formato o soporte (art. 13).

mental a la libertad de información según una interpretación amplia de la misma de conformidad con los tratados internacionales. Y el antecedente del reconocimiento legislativo de un derecho fundamental a la protección de datos innominado como tal en la Constitución solo puede avalar la configuración del acceso a la información pública como derecho fundamental si esa misma vía de la interpretación del art. 20.1.d) conforme a los tratados internacionales permite integrarlo en el derecho fundamental a la libertad de información y salvar la dificultad del reconocimiento expreso del derecho de acceso en el art. 105 b) CE como un derecho constitucional no fundamental y de configuración legal, tal y como ha declarado la jurisprudencia examinada en el apartado anterior.

2. La interpretación conforme a los tratados internacionales

En consonancia con lo expuesto, el recurso a una interpretación del art. 20.1.d) CE «de conformidad con la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE) es el apoyo más consistente para superar una concepción restrictiva y pasiva de la facultad de «recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» en pos de un concepto de la libertad de información que englobe el derecho a buscar activamente la información¹⁸ accediendo a los contenidos y documentos en poder de los entes públicos y sujetos asimilables.

En este sentido, los instrumentos internacionales de Naciones Unidas son una pieza esencial de esta construcción argumental en la medida que los arts. 19 DUDH y 19.2 PIDCP incluyen expresamente en la libertad de opinión y de expresión el derecho «de investigar y recibir informaciones y opiniones» y «la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole», respectivamente. Como interpretación autorizada del contenido de la libertad de expresión se alega la afirmación del Comité de Derechos Humanos según la cual «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 producción¹⁹».

En el ámbito de la Organización para la Seguridad y Cooperación para Europa (OSCE) se invoca la Declaración conjunta del representante de la OSCE para la Liber-

18 Sobre la distinción entre los aspectos activo y pasivo del derecho a ser informado y su protección por el art. 20.1 d) CE, *vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.: *op. cit.*, pp. 19 a 21, 39 a 42, 77 y 83.

19 Comité de Derechos Humanos: *Observación General núm. 34* (2011). *Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, párrafo 18. El párrafo 19 de la misma Observación General añade que «para dar efecto al derecho de acceso a la información, los Estados partes deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del gobierno que sea de interés público. Los Estados partes deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información. Además, los Estados partes deberían poner en aplicación los procedimientos necesarios para tener acceso a la información, por ejemplo leyes sobre la libertad de información».

tad de los Medios de Comunicación y los relatores especiales de las NU y de la OEA, de 2004, en la que se observa «el reconocimiento cada vez mayor del derecho fundamental al acceso de información en poder de las autoridades públicas (al que a veces se hace referencia como el derecho a la libertad de información), en las declaraciones internacionales autorizadas» y se declara 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 Información)²⁰». La Oficina del Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación hizo públicos en 2012 dos comentarios al Anteproyecto de LTBG en los que se recomendó que se incluyese «un párrafo al comienzo del anteproyecto de Ley para aclarar que el acceso a la información es un derecho fundamental», bien autónomo, bien vinculado a la libertad de expresión según la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el TEDH, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, el Comité de Derechos Humanos de las NU y la Declaración conjunta de 2004 antes citada, así como que se hiciese referencia al art. 20 CE, criticando que en la Exposición de Motivos y en el texto del Anteproyecto solo se mencionase el art. 105 b) CE²¹.

En el entorno regional europeo, el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 es también uno de los pilares de esta posición desde el momento en que la modificación del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 [art. 1, 8)] le ha otorgado el mismo valor jurídico que a los tratados²². Así, el art. 42 de la Carta establece que

20 Declaración conjunta del Relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos, de 6 de diciembre de 2004, disponible en <http://goo.gl/FoJxLE>, último acceso: 03.01.2014.

21 ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, OFICINA DEL REPRESENTANTE PARA LA LIBERTAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: *Comentarios al Anteproyecto de Ley española de Transparencia, Acceso a La Información Pública y Buen Gobierno*, abril de 2012, disponible en <http://goo.gl/lecsth>, último acceso: 09.01.2014, pp. 2-4 y 15; y *Comentarios al nuevo texto del Anteproyecto de Ley española de Transparencia, Acceso a La Información Pública y Buen Gobierno*, 2012, disponible en <http://goo.gl/XyHBkO>, último acceso: 03.01.2014, pp. 4 y 7. Ambos comentarios fueron encargados al Relator Especial para la Libertad de Expresión en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2002-2005.

22 Según el párrafo primero del art. 6.1 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Se alega también que el derecho de acceso a los documentos de la Unión Europea se ha incorporado al artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en virtud del cual «todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos. Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia

«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». Cabe señalar, como ha indicado algún autor²³, que el derecho de acceso no se vincula en la Carta a la libertad de expresión y de información reconocida en el art. 11 dentro del Título II, «Libertades», sino que se incluye en el Título V dedicado a «Ciudadanía» e inmediatamente a continuación del derecho a una buena administración²⁴ (art. 41) lo que no es óbice para considerar el derecho de acceso incluido en la libertad de información en la medida que, en virtud del art. 52.3, el sentido y alcance de las libertades de expresión e información del art. 11 de la Carta será igual al que a las mismas libertades confiere el art. 10 CEDH y, como después se verá, este último protege el derecho de acceso a la información pública a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, aunque este reconocimiento ejemplifica la tendencia generalizada a constitucionalizar el derecho de acceso con la máxima protección y garantías y ello implica considerarlo en la Unión Europea un derecho fundamental, no cabe extraer automáticamente la conclusión de que su carácter fundamental en la Carta obliga a considerarlo fundamental en el Derecho interno español y ello por cuanto en la Carta, al igual que en el CEDH y a diferencia de nuestra Constitución, no hay una distinción equiparable a la que se hace en el art. 53 CE entre unos derechos fundamentales dotados de mayores garantías y el resto de derechos constitucionales con un nivel inferior de protección. Dicho de otra forma, el reconocimiento del derecho de acceso en el art. 105 b) CE como un derecho constitucional no fundamental de configuración legal no obsta para su incorporación a la Carta como un derecho fundamental en la medida que no impide que el alcance y nivel de protección del derecho sea el que le otorgan los arts. 52 y 53 de la misma.

Podría objetarse también que en virtud del art. 51.1 de la Carta el derecho fundamental de acceso a los documentos se reconoce solo ante las instituciones y órganos de la Unión y que los Estados miembros solo están vinculados por dicho derecho «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»; de hecho, la norma de reconocimiento del art. 42 se limita a declarar el «derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión». Sin embargo,

de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones solo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas. El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo».

23 MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: prólogo a RAMS RAMOS, L.: *op. cit.*, pp. 18 a 19.

24 *Vid.* al respecto COTINO HUESO, L.: «Derecho y «Gobierno Abierto». La regulación de la transparencia y la participación y de su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas», en *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, BERMEJO LATRE, J. L. y CASTEL GAYÁN, S. (eds.), monografía XIV de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, IAAP, Zaragoza, 2013, pp. 58 a 60; y también «El derecho fundamental del ciudadano administrado europeo a la transparencia e información pública», en *Libro homenaje a D. Iñigo Caverro*, Peña González, J. L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 725 a 754.

es nuestro propio legislador nacional quien ha despejado cualquier duda al respecto elevando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a parámetro hermenéutico de las normas constitucionales internas sobre derechos y libertades en la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa, y no en la Exposición de Motivos sino en el articulado de la norma; así, la preceptiva autorización para la ratificación *ex* art. 93 CE en el art.1, va seguida de un art. 2 en virtud del cual «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».

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011 ha ratificado este valor interpretativo de la Carta de Derechos Fundamentales al otorgar el amparo por lesión del derecho a la integridad física del art. 15 CE en un caso en el que no se proporcionó al paciente de una intervención la información necesaria para satisfacer su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado (F. 7) fundamentando parcialmente dicho fallo en que el art. 3 de la Carta, que reconoce el derecho a la integridad física y psíquica, dispone en su apartado 2 que «en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley».

Comienza el juez constitucional reconociendo que «el art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado» si bien ello «no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral» (F. 4) por cuanto «para determinar las garantías que, desde la perspectiva del art. 15 CE, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, podemos acudir, por una parte, a los tratados y acuerdos en la materia ratificados por España, por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce el art. 10.2 CE (por todas, STC 6/2004, de 16 de enero, F. 2), y, por otra, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] para concluir con el examen de la regulación legal encargada de plasmar esas garantías». Continúa el Tribunal afirmando que «entre esos elementos hermenéuticos encontramos, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] con el mismo valor jurídico que los Tratados por el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea [...]. El art. 3 de la Carta reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la Ley» [apartado 2 a)]» (F. 4). Entendiendo por lo expuesto que «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física» (F. 5), el Alto Tribunal declara en el fallo «que se han vulnerado los dere-

chos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo».

En el ámbito del Consejo de Europa, el Comité de Ministros vinculó ya en 1982 el acceso a la información con la libertad de expresión reconocida por el art. 10 CEDH²⁵ y, teniendo en cuenta el art. 19 DUDH y el art. 10 CEDH, recomendó en 2002 a los Estados miembros garantizar el derecho de toda persona a tener acceso, bajo petición, a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas²⁶. En la misma línea, el Comité de Ministros adoptó el 27 de noviembre de 2008 el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos cuyo preámbulo también hace referencia al art. 19 DUDH y al art. 10 CEDH²⁷ y recoge el contenido de la Recomendación de 2002²⁸, aunque hasta la fecha carece de validez en sentido estricto como canon interpretativo de las normas españolas sobre derechos en la medida que no ha sido ratificado por España²⁹ y tampoco ha entrado en vigor por falta de las suficientes ratificaciones.

3. Especial referencia a la reciente jurisprudencia del TEDH

Pero quizás en el conjunto de la línea argumentativa relativa a la interpretación de la libertad de información del art. 20.1.d) CE como comprensiva de un derecho de acceso a la información pública de conformidad con la DUDH y los tratados internacionales sobre derechos humanos *ex art.* 10.2 CE (que es ya de por sí el argumento más convincente y fundamentado de los que se alegan en favor del carácter fundamental del derecho de acceso), la posición central la ocupa la interpretación del art. 10.1 CEDH llevada a cabo por la jurisprudencia del TEDH que desde 2009, en una evolución reconocida expresamente por el propio Tribunal en

25 COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS: *Declaration on the freedom of expression and information (adopted on 29 April 1982 at its 70th Session)*, ap. II, a) y c), disponible en <http://goo.gl/2kb5K4>, último acceso: 03.01.2014.

26 COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS: *Recommendation Rec (2002)2 of the Committee of Ministers to member states on access to official documents*, párrafo tercero y ap. III, disponible en <http://goo.gl/qUpRlf>, último acceso: 03.01.2014.

27 *Council of Europe Convention on Access to Official Documents, CETS N° 205*, párrafo tercero del Preámbulo y art. 2.1, disponible en <http://goo.gl/MPjkIA>, último acceso: 03.01.2014. Abierto a la firma el 18 de junio de 2009 en Tromsø, Noruega, ha sido firmado por 14 Estados miembros y ratificado por 6 a fecha 3 de enero de 2014, siendo necesarias 10 ratificaciones para su entrada en vigor. Traducción española no oficial disponible en <http://goo.gl/fzBLry>, último acceso: 03.01.2014.

28 FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «El acceso...», cit., p. 5.

29 A diferencia del Convenio núm. 164 del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina), abierto a la firma en Oviedo el 4 de abril de 1997, que es utilizado por el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011 antes citada como criterio interpretativo del derecho a la integridad física del art. 15 CE, junto a la CDFUE y el CEDH, por cuanto fue ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999) y entró en vigor para España el 1 de enero de 2000. *Vid.* la información oficial sobre dicho Convenio en <http://goo.gl/buq1jq>, último acceso 03.01.2014.

el caso *Társaság a Szabadságjogokért*³⁰, viene admitiendo que el derecho de acceso a los documentos públicos es «un elemento esencial del ejercicio [...] del derecho a la libertad de expresión³¹» reconocido por el art. 10.1 CEDH, en particular a partir del nítido pronunciamiento efectuado por la Corte de Estrasburgo en la sentencia dictada el 25 de junio de 2013 en el caso *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia* y que es en cierta medida parangonable, por su rotundidad, al efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso *Claude Reyes c. Chile* el 19 de septiembre de 2006³².

En esta sentencia el Tribunal comienza por hacer una recopilación de los documentos internacionales aplicables al derecho de acceso a la información pública compendiando una parte muy sustancial del argumentario utilizado en el debate doctrinal y parlamentario por los defensores de la naturaleza fundamental del derecho de acceso al que ya se ha hecho referencia³³. Sobre estas bases el TEDH ha venido a confirmar en 2013 la tendencia que solo había esbozado en las sentencias de 2009; así, en el caso *Társaság* se había limitado a apuntar que había «avanzado recientemente hacia una interpretación más amplia del concepto de «libertad de recibir información» [...] y por lo tanto hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información» (ap. 35) y en el caso *Kenedi* enfatizó que «el acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica fue un elemento esencial para el ejercicio del derecho [...] a la libertad de expresión» (ap. 43). Pero es en esta sentencia de 2013 donde extrae, lacónica pero claramente, las consecuencias de dicha doctrina cuando, apoyándose expresamente en esos fundamentos jurídicos de las sentencias de 2009, «el Tribunal recuerda que la noción de «libertad para recibir información» abarca un derecho de acceso a la información» (ap. 20) y concluye que en el caso de autos, en el que la agencia de inteligencia serbia negó a una ONG el acceso a cierta información relativa a la vigilancia electrónica, «como la demandante estaba obviamente implicada en la legítima obtención de información de interés público con la intención de compartir esa información con el públi-

30 «El Tribunal recuerda que [...] «es difícil derivar del Convenio un derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos» [*Loiseau c. Francia* (dec.), n.º. 46809/99, TEDH 2003-XII (extractos)]. Sin embargo, el Tribunal ha avanzado recientemente hacia una interpretación más amplia del concepto de «libertad de recibir información» [véase *Sdružení Jihočeské Matky c. la República Checa* (dec.), n.º. 19101/03, 10 de julio de 2006] y por lo tanto hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información» (Caso *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría*, sentencia de 14 de abril de 2009, ap. 35).

31 Caso *Kenedi c. Hungría*, sentencia de 26 mayo de 2009, ap. 43.

32 En la sentencia de 19 de septiembre de 2006, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó «que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» «informaciones» protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. [...]. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado» (ap. 77).

33 El art. 19 PIDCP del que afirma que «garantiza la libertad de expresión en términos similares a aquellos utilizados en el artículo 10 del Convenio»; la Observación General núm. 34 (2011) del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 19.2 PIDCP; y la Declaración conjunta del Relator especial de las NU, el representante de la OSCE y el Relator Especial de la OEA de diciembre de 2004.

co y contribuir de esta forma al debate público, hubo una injerencia en su derecho a la libertad de expresión» (ap. 24). En una opinión concurrente conjunta, los jueces Sajó y Vučinić recalcaron «la necesidad general de interpretar el artículo 10 de conformidad con el desarrollo de la legislación internacional respecto a la libertad de información, que supone el acceso a la información que disponen los organismos públicos» refiriéndose a la Observación General núm. 34 del Comité de Derechos Humanos antes citada.

La relevancia de esta nueva orientación doctrinal del TEDH no es solo desde el punto de vista sustantivo sino que en términos procesales podría ser la clave para que un eventual recurso de amparo³⁴ superase el trámite de admisión del art. 50.1.b) LOTC acreditando la «especial trascendencia constitucional» del contenido del recurso por cuanto este cambio en la jurisprudencia del TEDH operado desde 2009 parece subsumirse perfectamente en uno de los casos en los que el Tribunal Constitucional considera que «cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional» al darle ocasión «para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia [...] de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE» (STC 155/2009, F. 2).

En la misma STC 37/2011 ya comentada el Tribunal Constitucional ha reafirmado que «la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] también ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, de acuerdo con el mismo art. 10.2 CE, según tenemos declarado, entre otras muchas, en las SSTC 303/1993, de 25 de octubre, F. 8, y 119/2001, de 24 de mayo, F. 5». En el caso en cuestión el Tribunal afirmó que «en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha englobado en la noción de «vida privada» cuyo respeto se consagra en el art. 8.1 CEDH [...] como también ha incluido en el mismo la participación de los individuos en la elección de los actos médicos de los que sean objeto así como las relativas a su consentimiento [...]. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, considerando que la imposición de un tratamiento médico sin ese

34 Ante una sentencia desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo contra la denegación del acceso por un órgano administrativo tras la correspondiente ponderación prevista en la LTBG entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados (art. 15.3) o los límites del art. 14.1 (art. 14.2), cabría la interposición de un recurso de amparo imputando a la resolución denegatoria del acceso la vulneración del derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] alegando que en dicha ponderación no se habría tenido en cuenta el carácter fundamental del derecho de acceso por formar parte del contenido de la libertad de información acudiendo al argumento de la interpretación conforme a los tratados internacionales (art. 10.2 CE) en relación principalmente con el art. 10.1 CEDH y la interpretación jurisprudencial del mismo realizada por las dos sentencias del TEDH de 2009 y consolidada recientemente por la nueva sentencia de 2013. *Vid.* al respecto ROLLNERT LIERN, G.: «La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria: problemática jurídico-constitucional», en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 88 a 97.

consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado que puede poner en cuestión los derechos protegidos por el art. 8.1 CEDH» (F. 4).

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de integrar un derecho no reconocido expresamente en el CEDH (la protección de la integridad física y moral que incluye, a su vez, el consentimiento informado) en el contenido de otro derecho sí reconocido (la protección de la vida privada del art. 8.1) en atención a la jurisprudencia del TEDH que así lo ha declarado y, en virtud del art. 10.2 CE, ha estimado lesionado el derecho a la integridad física del art. 15 CE por falta de consentimiento informado, y ello mediante un razonamiento que *mutatis mutandis* es perfectamente aplicable al derecho de acceso a la información pública en relación con la libertad de información de los arts. 10.1 CEDH y 20.1 d) CE.

Finalmente, hay que hacer referencia a otro argumento también tributario de la integración del derecho de acceso a la documentación pública en las libertades informativas del art. 20 CE *ex* art. 10.2 CE: esta inclusión del acceso a la información pública en la libertad de información le haría partícipe de la dimensión pública, institucional u objetiva de las libertades informativas del art. 20 CE en cuanto presupuesto necesario para la comunicación pública libre, indispensable a su vez para la libre formación de la opinión pública, fundamento de toda sociedad democrática³⁵ y ello tendría como consecuencia que en la ponderación a realizar en caso de colisión con otros derechos fundamentales, no solo debería haberse considerado que el conflicto se plantea entre dos derechos fundamentales (y no entre un derecho fundamental a la protección de datos y un derecho constitucional de acceso a la información pública sin rango fundamental) sino que, como exigencia añadida que a mayor abundamiento podría contribuir a invalidar el resultado de la ponderación³⁶, tendría que haberse valorado que en el derecho fundamental en juego frente a la protección de datos —esto es, en la libertad de información— concurriría una circunstancia que le otorgaba una posición especialmente reforzada y cualificada: la dimensión institucional u objetiva de la libertad de información como garantía de la libre opinión pública y condición de existencia de una sociedad democrática y pluralista, según tiene declarado de forma reiterada el TEDH desde el caso *Handyside* de 7 de diciembre de 1976³⁷ y el Tribunal Constitucional desde la STC 12/1982³⁸.

35 Señaló a este respecto E. GUICHOT REINA en su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso que «parece difícil cuestionar a día de hoy que el acceso a información sobre la gestión pública, que solo está en poder de la Administración pública y que, por tanto, contribuye de forma esencial a la formación de una opinión pública informada, no está dentro del derecho fundamental, la libertad de información, y que éste es solo un derecho de abstención de la censura (DSCD Comisiones, núm. 254, de 12 de febrero de 2013, pp. 18 a 19).

36 Un desarrollo más extenso de esta cuestión en ROLLNERT LIERN, G.: «La regulación del derecho de acceso...», cit., pp. 97 a 104.

37 Por citar casos más recientes, en las sentencias de los asuntos *Palomo Sánchez* y otros c. España, de 12 de septiembre de 2011, ap. 53; y *Von Hannover* c. Alemania, de 7 de febrero de 2012, ap. 101.

38 Doctrina reiterada en la STC 12/2012, F. 3.

TITLE: *The right of access to public information as fundamental right: an assessment of the doctrinal debate concerning the Law of Transparency.*

ABSTRACT: *The parliamentary procedure of the Law of Transparency has reopened the doctrinal debate on access to public information as a fundamental right. The paper gives a valuation of the arguments used in the discussion, in particular the national case-law on this right and the possible integration thereof in the freedom of information set in article 20.1 d) of the Spanish Constitution interpreting it according to international treaties and taking into account the recent judgments of the ECHR established in 2009 and 2013.*

RESUMEN: *La tramitación parlamentaria de la Ley de Transparencia ha reabierto el debate doctrinal sobre el acceso a la información pública como derecho fundamental. El trabajo hace una valoración de los argumentos utilizados en la discusión, en particular de la jurisprudencia nacional sobre este derecho y de su posible integración en la libertad de información del art. 20.1 d) CE interpretándolo conforme a los tratados internacionales y atendiendo a las recientes sentencias del TEDH dictadas en 2009 y 2013.*

KEY WORDS: *Right to access to public information. Fundamental rights. Right to information.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho de acceso a la información pública. Derechos fundamentales. Derecho a la información.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.05.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014