

LA NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA¹

On the nature of the right of access to public information

EMILIO GUICHOT

Universidad de Sevilla

Un tema esencial y apasionante es el referido a la naturaleza constitucional del derecho de acceso a la información pública en el marco del principio de transparencia. Sobre él gira la monografía publicada en 2023 por Eloísa Pérez Conchillo, resultado de su tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada José Antonio Montilla Martos y Augusto Aguilar Calahorro y defendida en julio de 2022.

El trabajo tiene un nivel de rigor y profundidad meritorio, más tratándose de una obra inicial en la que seguro será una larga y fructífera carrera universitaria. Contiene una auténtica «tesis», que podría expresarse del siguiente modo. Nos encontramos en una tercera fase de la evolución del principio democrático, superadas la «mayoritaria» —que antecede a las constituciones normativas y se rige por un sentido formalista de la democracia que niega el conflicto social, al igualar los intereses generales con los intereses de la mayoría política— y la «pluralista» —identificada por el control del poder a través del reconocimiento del conflicto social y la protección de la minoría política, propia de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial—. Esta tercera fase se caracteriza por la exigencia de participación ciudadana efectiva en una sociedad tecnológica global y, en ella, el derecho de acceso a la información, que es una manifestación de lo que se califica como principio constitucional de transparencia, se configura como un instrumento que forma parte del contenido de la libertad de información del art. 20.1.d de la Constitución (en adelante, CE). La libertad de información no puede seguir siendo leída bajo una óptica meramente abstencionista, sino que ha de verse también desde un prisma comprensivo del derecho a obtener información en manos del poder

¹ Sobre la obra de Eloísa Pérez Conchillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 473 págs.

público y, por ende, de la correlativa obligación de este de facilitarla. Ahora bien, para que esta integración pueda considerarse constitucionalmente procedente, por la vía del art. 10.2 CE, han de cumplirse las condiciones fijadas en la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en torno a la libertad de información/expresión reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), a saber, que se trate de información que esté disponible, que sea de interés público, que haya sido solicitada por sujetos que desempeñan un papel de mediadores de la comunicación pública, y que la solicitud tenga por finalidad la posterior divulgación.

Esta tesis se desarrolla en cinco capítulos («Aproximación a la transparencia desde el derecho constitucional», «Encaje constitucional de la transparencia en el Estado social y democrático de derecho», «Configuración legal del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública: la LTAIPBG», «El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel», y «Naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento constitucional español»), rematados por unas conclusiones. La estructura nos parece adecuada, salvo en lo que hace a la ubicación en mitad de la obra del análisis del contenido de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIPBG). Se trata de un capítulo valioso, centrado en los puntos clave de la ley, e incluye una certera crítica de sus aciertos y debilidades, pero su situación «encastrada» en el análisis en clave constitucional que le antecede y le precede resulta perturbadora para la comprensión coherente del discurso. Tal vez la autora no quiso cerrar con él, como podría haber sido más consecuente, una obra cuyo punto central es la cuestión acerca de si el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, y prefirió reservar para este tema el final de su trabajo, a modo de desenlace; pero, como decimos, esta opción tiene su rémora en términos de claridad y linealidad del discurso.

Vayamos a los desarrollos y matices introducidos en este rico trabajo, dialogando con la autora.

Como avanzábamos, el trabajo parte de unos presupuestos a los que otorga un carácter decisivo.

El primero de estos presupuestos es el «sociológico», conforme al cual la actual sería una sociedad en permanente conexión informativa y que reclama una profundización democrática en términos de transparencia y participación, estando la primera al servicio de la segunda. No obstante, convendría matizar.

Una cosa, nos parece, es que en tiempos recientes haya habido un movimiento mundial de la transparencia hacia la idea de gobierno abierto

(visualizada en la Alianza por el Gobierno Abierto impulsada durante la presidencia de Barack Obama), o que en España se aprobara en 2013 la LTAIPBG, tras una conjunción de impulsos de la sociedad cristalizada en el movimiento 15M en 2011, y otra que la transparencia y el acceso a la información, al margen de su denominación, no sean realidades jurídicas que se han construido desde hace mucho más tiempo, como instrumentos de profundización democrática. De hecho, si miramos a nivel internacional, podemos constatar que las primeras regulaciones legales del derecho de acceso a la información datan —con el precedente sueco anterior incluso a la Revolución francesa— de los años cincuenta en Escandinavia o sesenta en Estados Unidos; en los países de nuestro entorno, en Europa occidental, se sitúa a finales de los setenta y en los ochenta, y en la Unión Europea, a principios de los noventa. Si miramos a la distancia corta, lo cierto es que el propio reconocimiento constitucional español del derecho a acceder a archivos y registros administrativos figura ya en nuestra Constitución de 1978, y fue objeto de una —muy deficiente— regulación legal ya en 1992.

También puede cuestionarse que la transparencia sea el *prius* necesario para la participación o que esté a su servicio. Tradicionalmente, la asociación ha sido más bien entre transparencia, prevención de la corrupción y rendición de cuentas, y, a nuestro juicio, sigue siendo válida. Resulta al respecto ilustrativo que, tanto en la normativa de la Unión Europea como en la española, por diversas vías (causas de inadmisión, límites, condiciones procedimentales), el resultado, bendecido por los tribunales, viene siendo que los ciudadanos no tienen derecho a acceder a la información hasta que la decisión con la que se relaciona no ha sido adoptada, garantizándose así al poder entre tanto un ámbito libre de escrutinio público, un «espacio para pensar». De esta suerte, como regla general, el ciudadano puede conocer lo que se hizo, pero no acceder a la información de modo simultáneo a su manejo por las autoridades públicas que han de tomar las decisiones, para con ello suscitar el debate público e influir en la propia decisión. Siendo así, deberíamos repensar la afirmación que a menudo se hace un tanto a la ligera acerca de la relación intrínseca entre transparencia y participación, como hemos puesto de manifiesto (Guichot, 2021).

El segundo de los presupuestos de los que parte el trabajo de Pérez Conchillo es que estamos insertos en un «constitucionalismo multinivel» que nos exige, *ex art.* 10.2 CE, una interpretación de los derechos consonante con los instrumentos internacionales, en particular, con la efectuada por el TEDH al interpretar el Convenio, y, en lo que ahora nos afecta, el ámbito de la libertad de información/expresión. Esta premisa resulta, en efecto, de absoluta trascendencia en el tema que nos ocupa, en la medida en que los textos internacionales

y, en particular, el propio CEDH, que no aluden de forma expresa al derecho de acceso a la información pública, están siendo interpretados en el sentido de que la libertad de información integra, si se reúnen determinadas condiciones, el derecho de acceso a la información.

Ahora bien, cabe constatar que esta doctrina, de gran importancia —nosotros mismos hemos seguido su nacimiento y evolución (Guichot, 2011; 2023a)—, está marcada por el pie forzado de la ausencia de reconocimiento autónomo del derecho de acceso a la información pública, derivada sin duda alguna de la fecha en que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos o el CEDH fueron redactados. Obsérvese, por contraste, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) de 2000 sí contiene dos artículos diferentes dedicados a la libertad de expresión y de información (art. 11, dentro del capítulo de «Libertades») y al derecho de acceso a los documentos (art. 42, dentro del capítulo de «Ciudadanía»), cada uno de ellos con sus propios presupuestos. Constreñido por los límites de su propio fundamento en la libertad de expresión del art. 10 CEDH, el TEDH ha seguido una línea evolutiva hasta fijar lo que es hoy su doctrina general en 2016, en una sentencia de la Gran Sala a cuya elaboración dogmática se remiten sentencias posteriores (la de 8 de noviembre de 2016, *Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría*). En ella, el TEDH acude a los diferentes medios de interpretación reconocidos por el derecho internacional de los tratados para concluir que nada se opone a que el derecho de acceso a la información pueda considerarse parte integrante de la libertad de expresión si se reúnen una serie de condiciones, a saber: a) el *objetivo de la solicitud de información*, esto es, si se encamina a recibir y comunicar información e ideas, como es el caso de las actividades periodísticas u otras encaminadas a abrir un debate público o que sean un elemento esencial de la participación en ese debate; b) la *naturaleza de las informaciones solicitadas*, esto es, que se trate de informaciones de interés público, en especial, porque contribuyan a la transparencia sobre la actuación en los asuntos públicos o sobre cuestiones de interés social general, y permitan así la participación del conjunto de la colectividad en la gobernanza pública; c) la *condición de solicitante*, que es una consecuencia de los dos criterios anteriores, es decir, si se trata de periodistas, de organizaciones no gubernamentales o, en general, de sujetos que tienen como objetivo informar al público en calidad de «perros guardianes», lo que no quiere decir que se les aplique a ellos exclusivamente —así, por ejemplo, investigadores universitarios y autores de obras sobre temas de interés público tienen también un alto nivel de protección, y blogueros y usuarios de Twitter y otras redes sociales con finalidad de informar y debatir sobre asuntos públicos también les pueden ser asimilados—, y d) la *disponibilidad de la*

información, que constituye un criterio importante en la apreciación global de si ha habido injerencia. Si concurren estos criterios, ha de concluirse que ha habido una injerencia en la libertad de información y proceder al análisis posterior de si se trata de una injerencia legalmente prevista y necesaria en una sociedad democrática.

Respecto de esta doctrina, Pérez Conchillo pone de manifiesto algunos elementos cuestionables, como que implica la motivación de la solicitud, frente a lo que es la tónica de las leyes sobre acceso en que no hay que acreditar interés ni por ende motivar; que maneja un concepto de *watchdog* o «perro guardián» que no se compadece bien con la sociedad digital y que debe más bien leerse de forma sustantiva, o la limitación excesiva que puede suponer el concepto de «información disponible», que debería incluir una reelaboración básica.

Por nuestra parte, añadimos que la integración «con matices» del derecho de acceso a la información en la libertad de información ha conllevado algunos «lastres». Hay una inconsecuencia entre la afirmación del TEDH de que la libertad de información no implica obligaciones positivas de facilitar información y el reconocimiento de que puede conllevar la obligación de las autoridades públicas de dar información, sea a solicitud de una persona, o sea, incluso, de oficio —cuando así lo prevé su derecho nacional—. La explicación de esta aparente contradicción sería que esta obligación puede nacer cuando el acceso a la información sea determinante para el ejercicio por el individuo de su libertad de expresión, en particular la libertad de recibir y de comunicar informaciones. Y ello ocurriría, notablemente, cuando se trata de información de relevancia pública disponible y en poder monopolístico de las autoridades públicas y solicitada por una serie de sujetos («perros guardianes») que desempeñan a estos fines un papel esencial en la difusión de información a la sociedad. De este modo, el derecho de acceso sería instrumental para la libertad de información, pues sin él los «perros guardianes» no pueden difundir información ni los ciudadanos recibirla. Ahora bien, el razonamiento, por lo demás de gran peso, obvia algunos datos. Por de pronto, que la información en poder de las autoridades públicas lo es en casi todos los casos, y no, por tanto, excepcionalmente, en monopolio, y que, por la propia naturaleza de las actividades de las autoridades públicas y la necesidad de su escrutinio, la regla y no la excepción es su interés público. También, la dificultad de seguir manteniendo una distinción entre «perros guardianes» y otros sujetos en el mundo de Twitter y Facebook. Obvia también que en la generalidad de los instrumentos internacionales y nacionales en los que se apoya el propio TEDH para esta interpretación «evolutiva» y «adaptada a los tiempos actuales» del art. 10 CEDH el derecho de acceso se reconoce a todos los ciudadanos por igual, y no solo a los «mediadores profesionales» de la información, y que no se condiciona a una previa

motivación del interés público de la información ni a un compromiso de posterior difusión. Ello es así en los textos «constitucionales» y «legales» de la Unión Europea y en los derechos de los Estados parte. Es más, los propios instrumentos normativos aprobados por el Consejo de Europa en forma de recomendación o de convenio siguen esta lógica. Otro problema dogmático que se plantea, apuntado ya en un voto particular a la sentencia de 2016 comentada, es el siguiente: el TEDH viene a asumir que la aplicación de los límites al derecho de acceso ha de ser siempre objeto de una ponderación. Sin embargo, no es esta la regla sin excepción en los Derechos de los Estados partes. En muchos de ellos conviven límites relativos, sometidos al doble criterio del perjuicio y de la ponderación, con límites imperativos, esto es, sometidos solo al criterio del perjuicio, de tal modo que, en caso de que dar la información puede causarles un perjuicio, ha de denegarse el acceso, lo que sucede en especial en casos de límites que salvaguardan intereses públicos como la defensa, las relaciones internacionales o la seguridad nacional. El propio Convenio 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos lo admite. Es también el caso de la normativa de la Unión Europea respecto de este tipo de límites. De esta forma, la aplicación sin excepción del criterio de la «necesidad» —incluso si se reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados en su estimación— puede dar origen a no pocas colisiones de enjundia, muy en especial en relación con la información clasificada.

Volviendo ya la mirada al derecho español, Pérez Conchillo recoge el debate doctrinal sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información, que divide entre posturas «negacionistas» —creo que por el dramático origen que tiene ese calificativo y por su empleo desviado actual habría que huir de él—, «intermedia» —la que «parte de la regla general de que el derecho de acceso es un derecho de configuración legal que, en determinados casos (generalmente vinculados con el sujeto que ejerce el derecho) puede adquirir la naturaleza iusfundamental»— e «iusfundamentalista». La autora se inscribe en esta tercera postura, pero, en realidad, con un importante matiz —que parece más bien inscribirla en una «postura intermedia», aunque atienda a los sujetos no por la categoría a la que pertenezcan sino por el rol que de hecho jueguen—. El matiz consiste en que el derecho de acceso solo se integraría en la libertad de información vía 10.2 CE cuando se reúnan los presupuestos fijados en la doctrina del TEDH a la que nos hemos referido. Al respecto, la autora y el propio prologuista y codirector de la tesis, el profesor Montilla Martos, son críticos con la falta de recepción hasta el presente de esta doctrina por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Cabe constatar, por nuestra parte, que en fechas muy recientes y posteriores a la lectura de la tesis que da origen a esta monografía el Tribunal Supremo se ha mantenido firme en la idea de que, pese

a la conexión con el art. 20.1.d CE, el derecho de acceso tiene su anclaje en el art. 105.b, y, por ende, no es un derecho fundamental susceptible de ser tutelado por el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, por el recurso de amparo constitucional (SSTS de 7 de febrero de 2023, rec. 7678/2021, de 29 de mayo de 2023, rec. 373/2022, y de 21 de abril de 2023, rec. 350/2022). Cabe, además, constatar que los presupuestos de estas sentencias parecían cumplir todas las condiciones establecidas en la jurisprudencia del TEDH para considerar las solicitudes amparadas por la libertad de información, por lo que sería del máximo interés comprobar qué habría resuelto en este caso el Tribunal Constitucional si se le hubiera sometido la cuestión a través de un recurso de amparo basado en el art. 20.1.d CE o, en su caso, el propio TEDH.

A nuestro juicio (Guichot, 2023b), el derecho de acceso a la información pública debe reputarse hoy un derecho fundamental en directa conexión con el principio del Estado democrático. Evidentemente, este derecho no tiene encaje en la concepción clásica de los derechos fundamentales como libertades frente a la intromisión pública, en la medida en que se trata de un derecho que requiere de una prestación, la transmisión de la información requerida, por parte de un obligado. Ahora bien, superada esta concepción clásica —entre otros, mediante el reconocimiento de la eficacia horizontal de determinados derechos fundamentales o de la inclusión en su objeto de obligaciones por parte de los poderes públicos respecto de algunos de ellos—, los catálogos de derechos más recientes han tendido a incluir en su seno el derecho de acceso a la información pública como un derecho autónomo, en particular, de la libertad de información. En el segundo decenio del tercer milenio, hay argumentos de peso para considerar que el acceso a la información es un derecho fundamental. Si en la jurisprudencia constitucional europea y americana este derecho conecta directamente con el propio principio de Estado democrático, que precisa de una opinión pública informada, y esta afirmación se hace incluso respecto a información de menor e incluso discutible relevancia pública —por ejemplo, la relativa a la vida privada de los famosos—, con cuánta mayor razón puede predicarse esto mismo de la información que posee la propia Administración relacionada con la gestión de los asuntos públicos. Eso explica que a nivel mundial en estas últimas décadas se haya ido alcanzando un consenso jurídico acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho de acceso a la información pública, con la correspondiente vinculación al legislador y el sometimiento de las injerencias a los mecanismos de tutela judicial, regionales y estatales, propios de estos derechos. Y ello en unos casos como integrante de la libertad de información —en aquellas constituciones y sistemas de derechos fundamentales menos recientes— y en otros como derecho autónomo. Ciertamente, una futura reforma del CEDH y de la CE en que, al igual que en la CDFUE, se

incluyera el reconocimiento autónomo del derecho de acceso a la información pública y se definieran sus aspectos esenciales, contribuiría a solventar las dificultades expuestas. Entre tanto, la jurisprudencia y la doctrina tienen la palabra, y, entre la segunda, la obra de Pérez Conchillo supone en España una contribución, sin duda, relevante.

Bibliografía

- Guichot, E. (2011). *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*. Sevilla: Derecho Global.
- Guichot, E. (2021). Límites a la transparencia que protegen la integridad de los procedimientos administrativos y judiciales y su relación con el acceso de los interesados a la información: ¿garantizar la efectividad de los procedimientos o la libertad de decidir sin la presión de la mirada ajena? En L. Cotino Hueso y A. Boix Palop (coords.). *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (pp. 165-196). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guichot, E. (2023a). *El acceso a la información pública en el derecho europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guichot, E. (2023b). La naturaleza del derecho de acceso a la información pública. *Revista Española de la Transparencia*, 18, 17-49