

EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TRANSPARENCIA

Transparency Constitutional framework

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ

Universidad de Oviedo

nacho@uniovi.es

Cómo citar/Citation

Villaverde Menéndez, I. (2019).

El marco constitucional de la transparencia.

Revista Española de Derecho Constitucional, 116, 167-191.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.06>

«El conocimiento es poder».

Francis Bacon¹

Resumen

El autor se propone construir una dogmática constitucionalmente adecuada de la transparencia en el sistema constitucional español. Analiza las principales líneas interpretativas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, y critica lo que él

¹ Citado por Schauer (2011: 1347, nota 41): «And the ubiquitous “information is power” derives from Francis Bacon’s “knowledge is power,” the common translation of *nam et ipsa scientia potestas est*. JOHN BARTLETT, FAMILIAR QUOTATIONS 111 (Christopher Morley & Louella D. Everett eds., 12th ed. 1950) (quoting FRANCIS BACON, *Haeresibus*, in *MEDITACIONES SACRAE* (1597))». Este trabajo se gestó con ocasión del curso celebrado en la UIMP-Santander en el verano de 2017. Agradezco a su organizador, y a los colegas que en él intervinieron, especialmente a Gómez Puente, Orduña Prada, Guichot Reina, Darbshire y Fernández Ramos, sus observaciones y sugerencias.

considera un exceso de constructivismo jurídico consistente en la invención de un derecho fundamental a la transparencia o de un principio constitucional a la transparencia que a su juicio no existen en el caso de la Constitución española. Esto no impide la construcción de un marco constitucional de la transparencia como expresión e instrumento necesario del ejercicio de los derechos fundamentales a recibir información y a participar en los asuntos públicos, y como medio para la más óptima realización de los principios del Estado democrático y de derecho. En este contexto, la transparencia se erige en un valor constitucional que se materializa de esta forma.

Palabras clave

Transparencia; derecho a recibir información; derecho a saber; publicidad; información pública; acceso a la información; publicidad activa.

Abstract

The author tries to construct a constitutionally adequate dogmatic of transparency in the Spanish constitutional system. It analyzes the main interpretive lines of doctrine and jurisprudence, and criticizes what he considers an excess of legal constructivism consisting of the invention of a fundamental right to transparency or a constitutional principle to transparency, that in his opinion do not exist in the case of the Spanish Constitution. However, it is possible the construction of a constitutional framework of transparency as an expression and necessary instrument of the exercise of fundamental rights to receive information and participate in public affairs, and for the most optimal realization of the principles of the democratic State and the Rule of Law. In this context, transparency becomes a constitutional value that materializes in this way.

Keywords

Transparency; right to be informed; right to know; publicity; public Information; access to information; publicity by State.

SUMARIO

I. ¿EXISTE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE TRANSPARENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA? II. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA. III. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO. IV. LA INVENCIÓN DE UN DERECHO. V. UNA DOGMÁTICA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. ¿EXISTE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE TRANSPARENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?

Resulta paradójico que en casi la totalidad de los sistemas constitucionales contemporáneos de tradición occidental no exista la mención expresa ni a un principio ni a un derecho constitucional a la transparencia, a pesar de ser el instituto jurídico más esgrimido, exigido y manido en el derecho público actual. Sin embargo, es habitual apelar a los principios democrático y del Estado de derecho, a la libertad de información y a los principios constitucionales que articulan jurídicamente la acción de la Administración pública (interdicción de la arbitrariedad, eficacia y objetividad) para deducir de ellos un principio constitucional de transparencia, y en algunos casos un derecho fundamental a la transparencia o, en su versión restringida, un derecho fundamental de acceso a la información pública². Operación interpretativa que no está exenta de una gran dificultad en la inmensa mayoría de los casos por la inexistencia de una mención expresa a la transparencia en los textos constitucionales. Ese es el caso español.

Esta circunstancia ha conducido en no pocas ocasiones a construir una teoría de la transparencia fundada más en el voluntarismo constructivista (constitucional) que en sólidos cimientos jurídicos³. Aún está por hacer una dogmática constitucional de la transparencia de los poderes públicos (la hay del derecho de acceso a la información pública) que permita ubicarla en sus justos términos jurídicos, nos ofrezca un marco de resoluciones de conflictos y evite el mero activismo jurídico en la definición y aplicación de un elemento jurídico de máxima actualidad, y también de especial importancia en la relación entre las personas y los poderes públicos. Sin duda, la transparencia es

² Una visión general de derecho comparado en Blanke y Perlingeiro (2018).

³ Ackerman (1988); Villa (1999); Pinelli (2012); Villaverde Menéndez (2018).

una dimensión irrenunciable de la legitimación democrática. Pero no está en los textos constitucionales, vamos a decir, «clásicos». Por eso mismo, su contenido jurídico no debe abandonarse a la ocurrencia.

Si, como bien dice el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC), el límite infranqueable de la interpretación de la Constitución es siempre la literalidad de sus preceptos (SSTC 22/1985, FJ 5; 222/1992 FJ 2; 341/1993, FJ 2; con los matices que apuntó la STC 88/2003), no se puede concluir en principio, a la vista de la letra de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que nuestro sistema constitucional albergue un principio, o un derecho constitucional, fundamental o no, a la transparencia. No obstante, la inexistencia constitucional de una referencia expresa a la transparencia no conlleva que carezca de un marco constitucional en la CE, que lo tiene. La tesis que se va a defender en este trabajo es que la transparencia no posee un contenido constitucionalmente definido, sino que es un instituto jurídico que adopta la forma de valor constitucional latente en el principio constitucional «de publicidad»; o dicho de otro modo, en la prohibición general del secreto estatal⁴. La transparencia, como instituto jurídico, posee asiento en la Constitución en tanto alguna de sus manifestaciones entroncan directamente con normas constitucionales o son expresión derivada de su contenido jurídico. No nos cabe la menor duda de que entre los ensamblajes de la transparencia en el sistema constitucional están el derecho fundamental a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE], el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 24.2 CE y 120.1 CE), el derecho constitucional de acceso a los registros y archivos públicos [art. 105 b) CE], los principios constitucionales de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), de las sesiones parlamentarias (art. 80 CE), y los principios democrático y de Estado de derecho (art. 1.1 CE). De ellos, a nuestro juicio no cabe deducir ni un principio, ni un

⁴ Un «valor» constitucional no es más que un argumento ponderativo constitucionalmente respaldado que permite al juez adoptar una decisión y construir una regla jurídica dando preferencia en su juicio a ese «valor» que se impone sobre otros elementos en presencia. En lo que ahora importa, el valor constitucional «transparencia» autoriza al juez a formular reglas jurídicas para el caso concreto en el que da preferencia a la satisfacción de lo que considere «transparente» (interpretado de forma constitucionalmente conforme) frente a otros elementos de juicio jurídico (seguridad nacional, orden público, derecho a la intimidad, etc.). Sobre los «valores» jurídicos con carácter general, Atienza y Manero (1996: 136-142).

bien, ni un derecho constitucional singular y autónomo a la transparencia; pero sí es posible que ciertas manifestaciones de la «transparencia» posean un soporte constitucional en la medida en que están contenidas en aquellos derechos y principios. A su explicación dedicaremos las páginas que siguen.

II. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA

Ni en uno solo de sus preceptos la CE menciona el término «transparencia». El término «publicidad» solo se nombra en relación con la de las normas jurídicas (art. 9.3 CE), de las actuaciones judiciales (art. 120.1 y 3 CE) y del proceso judicial (art. 24.2 CE), de las sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado (art. 80 CE) y de las sentencias del TC. En esa medida, resulta especialmente relevante lo que pueda resultar de una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales. La transparencia no es un concepto material, sino argumentativo y procesal. La transparencia, en el caso de la CE, es un valor constitucional que resulta de la prohibición del secreto que se infiere de la garantía institucional del proceso de comunicación pública, de los principios constitucionales democrático y del Estado de derecho, y del derecho fundamental a recibir libremente información veraz del art. 20.1 d) CE, que convierten al Estado en una fuente de información accesible a cualquiera.

El propio concepto de transparencia es confuso. El lenguaje natural nos ofrece poca ayuda para su esclarecimiento jurídico. «Transparencia», en el *Diccionario de la Real Academia Española*, expresa la calidad de ser transparente, que consiste, en lo que aquí pueda ser pertinente, en que permite ver a través suyo o lo que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse. Menos ayuda nos ofrece si cabe el *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia, pues dice que «transparencia» es un principio general que rige el funcionamiento del sistema institucional de la Unión Europea para hacerlo más comprensible y sometido al escrutinio de los ciudadanos, cuya principal expresión es el derecho subjetivo de acceso a los documentos de sus instituciones y órganos.

En el ordenamiento español, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG) tampoco define qué es la transparencia; se limita a regular los medios para alcanzarla: divulgar información pública y garantizar su accesibilidad. Su art. 1 expresa su «objeto» del siguiente modo: «Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y

establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento».

Algunas normas autonómicas, por su parte, tratan de definir qué es la transparencia:

Valor esencial del sistema de Gobierno Abierto, que impregna toda la actividad y organización de los sujetos obligados que tienen el deber de poner a disposición de la ciudadanía, legítima propietaria de la información pública, bien de manera proactiva, bien previa solicitud, la información pública que posean y de dar a conocer el proceso y las decisiones adoptadas de acuerdo a su competencia, así como las acciones en el ejercicio de sus funciones y la evaluación de las mismas, (art. 4 de la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

Otras recogen el denominado «principio de transparencia», que definen en estos términos: «La información pública es en principio accesible» (art. 1 de la Ley de Cantabria 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública). Y se tiene por información pública «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones» (art. 13 LTBG).

Así las cosas, la transparencia, en nuestra opinión, es una construcción conceptual para alcanzar un fin: que el Estado sea transparente. El fundamento constitucional de esta tesis es el principio general de que todo aquello que afecte al Estado debe ser público; es decir, de conocimiento general y universal. Este principio deriva de la inexistencia de una habilitación constitucional general al Estado para establecer materias reservadas, sustraídas al conocimiento público y por consiguiente inaccesibles a cualquiera. La CE no garantiza una privacidad estatal, ni permite el secreto de Estado. El Estado solo puede regular esa privacidad como límite al principio constitucional de publicidad. Así lo expresa Villaverde Menéndez (1994: 363):

No hay «asuntos de Estado» en el Estado democrático, porque, por definición, los asuntos del Estado democrático lo son de todos, del demos. Los poderes públicos no tienen asuntos «propios» que, al igual que los particulares, puedan sustraer a conocimiento público. La vinculación positiva a la Constitución de los poderes públicos impone al Estado su publicidad y transparencia, puesto que la Constitución no contempla una competencia del Estado que le permita disfrutar de su propia «privacidad», e impide que el gobierno en el ejercicio de sus competencias y facultades (artículo 97), e

incluso el legislador mismo, la establezca de forma genérica o libérrima. (Negrita del autor de la cita)⁵.

Como ya hemos sostenido en otro trabajo, el principio democrático de la CE (art. 1 CE) impide que el Estado tenga asuntos propios sustraídos al conocimiento de todos, pues lo asuntos de Estado, que somos todos, a todos atañen —«lo que afecta a todos, por todos debe ser conocido», Villaverde Menéndez (2006, 365)—; y además subjetivamente concreta la prohibición de secretismo en el derecho a recibir libremente información del art. 20.1 d) CE que le impone al Estado el deber de abstenerse de impedir el acceso de cualquiera a la información pública. En este argumentario, información pública es toda la que ya circula en el proceso de comunicación pública con independencia de que su fuente sea pública o privada (información publicada, en el sentido de difundida), o debiera poder circular porque ninguna norma lo prohíbe (información accesible). Prohibición que solo puede sustentarse en la garantía de un derecho o bien digno de protección constitucional, puesto que del principio constitucional de publicidad se puede únicamente inferir la presunción *iuris tantum* de que toda información referida al Estado, poseída por el Estado o producida por el Estado es pública y por tanto accesible a cualquiera⁶.

La transparencia se erige así en un «valor» constitucional por su condición de «valiosa» para el efectivo ejercicio de determinados derechos constitucionales y la materialización del principio democrático y el Estado de derecho⁷.

⁵ En sentido no siempre coincidente con Villaverde Menéndez, Sánchez Ferro (2006: 73 y ss.).

⁶ No obstante, en dogmáticas como la alemana se ha distinguido entre *Transparenz* y *Öffentlichkeit* (y su derivado *Öffentlichkeitarbeit*, que tiene que ver con lo que la LTBG denomina «publicidad activa»). Es decir, entre la transparencia como lo que debe ser conocido por cualquiera y la *Öffentlichkeit* como lo que debe ser público. Este último término, *Öffentlichkeit*, es de muy difícil traducción al español. Hace mención a un concepto más general que la transparencia, e incluso que nuestra «publicidad», y que está referido a lo «público» y la «publicación» de ciertos ámbitos, es decir, a lo que a todos atañe, y en esa medida susceptible de estar sujeto a una potestad pública como expresión jurídico-administrativa del demos. Véanse Bröhmer (2004: 19) y Martens (1969). En España el análisis de la *Öffentlichkeit* y la *Öffentlichkeitarbeit* como acción administrativa lo ha hecho Velasco Caballero (1998).

⁷ Para Bröhmer (2004: 18), la transparencia como concepto constitucional consiste en la accesibilidad de una pluralidad de informaciones de toda clase jurídicamente relevantes porque son o pueden ser pertinentes para hacer accesible a los sujetos jurídicos interesados el acceso a determinados procedimientos. Menos específicos, pero en un

Pero como «valor» constitucional, carece de contenido propio, el cual resultará del que se derive de esos otros principios y derechos para los que «tiene valor» y que lo contienen⁸. El problema constitucional de la transparencia es deducir ese contenido e indagar en qué casos y de qué forma el Estado puede enervar aquella presunción de accesibilidad general con una restricción o prohibición de acceso. Es decir, precisar de qué modo el valor constitucional (porque está contenido en principios y derechos constitucionales) de la transparencia despliega su función negativa en el sentido de erigirse en un argumento jurídico que limita otros principios y derechos (por ejemplo, el valor «transparencia» puede impedir que el conflicto entre el derecho a recibir información y el principio de la seguridad pública se resuelva primando este sobre aquel)⁹.

sentido similar, Schauer (2011: 1344 y ss.) y Sweeny (2014). Este último insiste en la correlación entre transparencia y predecibilidad de la conducta pública.

⁸ Un valor jurídico no es más que la denominación que recibe un criterio de valoración de diversas circunstancias para ordenarlas por preferencias (véase nota 4). Ordenación y selección a la que el ordenamiento atribuye consecuencias jurídicas. Así, el valor libertad ofrece al juez un criterio para dar preferencia en su protección a las conductas que constituyen la manifestación de una autodeterminación individual de la propia vida frente a determinados actos de los poderes públicos o de otros individuos que, pese a estar jurídicamente autorizados a ejecutarlos, son menos «valiosos» que la libertad individual; por ejemplo, no autorizar la alimentación forzosa de un recluso en huelga de hambre por las autoridades sanitarias del centro penitenciario, de tal modo que se prefiere optimizar la libertad del recluso, concretada en una huelga de hambre en ejercicio de su libertad ideológica y de expresión, en detrimento del deber positivo de los poderes públicos de velar por la salud de aquel que está bajo su custodia-garantía de su derecho a la vida. Un valor jurídico actúa como una norma que dota de relevancia jurídica el juicio de valor de quien deba aplicarlo para establecer las reglas normativas que rigen determinado ámbito de la realidad; o dicho en otros términos, atribuye a ese sujeto la competencia para convertir en norma sus juicios de valor sobre determinadas conductas, dotando de plena legitimidad jurídica a su decisión (si el juez considera más valioso proteger la libertad del recluso, prohibirá a los médicos alimentarle forzosamente).

⁹ Existe una dificultad técnica no menor en relación con la ubicación en el sistema constitucional español del valor «transparencia», dado que no aparece enumerado en el art. 1.1 CE al mencionar los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político). Esta circunstancia acaso nos permita sostener que, mientras estos valores superiores se precisan en los principios y derechos constitucionales, de manera que estos deben interpretarse a la luz de aquellos (por ejemplo, no sería constitucionalmente conforme interpretar la libertad de expresión del art. 20 de forma que limite el pluralismo político; o dicho de otro modo, habría

III. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA Y PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La LTBG ha amparado sus disposiciones en materia de transparencia en la reserva de ley contenida en el art. 105 b) CE, no sin un vivo debate sobre el acierto de esta opción entre aquellos que sostienen que la transparencia debería tener su amparo en el «derecho a saber» de los ciudadanos, que cabía deducir del derecho a comunicar y recibir libremente información del art. 201.1 d) CE y el derecho también fundamental a participar en los asuntos públicos del art. 23.1 CE, y los que se alinean con el legislador ubicando la transparencia en una expresión extendida y de rango legal del derecho de acceso a los archivos y registros públicos del mencionado art. 105 b) CE (Villaverde Menéndez, 1994, 347 y ss.)¹⁰. La ubicación jurídica de la transparencia ha revivido un debate largo y antiguo sobre el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos de acceso a los archivos y registros públicos, y si este art. 105 b) contenía algo más que un derecho constitucional de configuración legal de acceso a la información pública.

Especialistas muy señalados (Mestre Delgado, Pomed Sánchez y Fernández Ramos, entre otros¹¹) han resuelto la cuestión de manera coincidente en lo esencial, y con buen criterio han ligado ese derecho constitucional de configuración legal, y no fundamental, al derecho a participar en los asuntos públicos y a la libertad de expresión e información de los arts. 23 y 20 CE respectivamente. De este modo convierten ese derecho de acceso a los archivos y registros públicos, y en algunos casos ampliado al de la información pública en general, en un instrumento del ejercicio de aquellos otros dos derechos. Esta transformación supone elevar de rango el derecho de acceso si el acceso a archivos y registros es ejercido con la finalidad de participar en un asunto público o de informar u opinar, ya que su protección vendría dispensada por

que interpretar la libertad de expresión de manera que se excluya cualquier resultado contrario al pluralismo político). En el caso del valor «transparencia», este se infiere de principios y derechos constitucionales cuya delimitación define el contenido de ese valor, de manera que la transparencia «valiosa» en la CE es la que sirve a la satisfacción, por ejemplo, del derecho a recibir información.

¹⁰ Guichot (2014: 36 y ss.) se hace eco del debate doctrinal y del debate parlamentario en la tramitación de la LTBG en relación con la reflexión sobre si la transparencia debe ser o no un derecho fundamental. También se hacen eco de la polémica Rey Martínez (2014), Pomed Sánchez (2016); Rams Ramos (2008); Rollnert Liern (2014); Alonso Timón (2012); Cotino Hueso (2014), y Palomares Herrera (2017).

¹¹ Fernández Ramos (1997); Pomed Sánchez (1989 y 2016); Mestre Delgado (1998).

los arts. 23 y 20 CE. La denegación del acceso o su ilegítima o ilícita obstrucción o restricción constituiría una lesión de aquellos derechos fundamentales. Un acceso que se vería reforzado en el caso de que se ligue al ejercicio del *ius ad officium* de los representantes políticos de los ciudadanos, o a la libertad de información de los profesionales del periodismo para informar sobre asuntos de relevancia pública.

No obstante, esta tesis, hoy pacífica, no afirma en rigor la existencia de un derecho fundamental autónomo de acceso a los archivos y registros públicos, y menos aún de acceso a la información pública o de forma más genérica a la transparencia, que ni siquiera se mencionan en la CE, ubicado en el art. 105 b) CE. Lo que dice es que el derecho constitucional de configuración legal establecido en el art. 105 b) CE posee un contenido constitucional mínimo que, en el caso de ser instrumento para el más eficaz ejercicio de los derechos fundamentales de los arts. 20.1 y 23 CE, se integra en estos. El asunto entonces es saber si el derecho de acceso a la información pública se integra como un derecho de prestación o no. Algo se dirá sobre esto más abajo (Fernández Ramos, 2017; Rams Ramos, 2013).

La doctrina del Tribunal Supremo (en adelante, TS) relativa al contenido constitucional mínimo que posee el derecho de acceso a los archivos y registros públicos del citado art. 105 b) CE, a pesar de su condición de derecho de configuración legal, ha sumido esta línea argumental (por todas las SSTS 8241/2000, de 14 de noviembre y 3359/2003, de 19 de mayo). El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) lo ha hecho el integrar ese acceso en el art. 10 del Convenio (por todas, caso *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungría* —demanda núm. 18030/11—, sentencia de la Gran Sala de 8 de noviembre de 2016). Dice el TS en su Sentencia 8241/2000, FJ 5:

El derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. Está enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Este derecho está reconocido por la Constitución en el artículo 105.b), con arreglo al cual: «La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten [...]».

Aun cuando este precepto pudiera pensarse que condiciona la aplicación de este derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, considerando su valor sustantivo, ha estimado, en aplicación del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente sin

necesidad de esperar a su desarrollo legislativo, que se ha llevado a cabo, básicamente en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, declara que «la reserva de Ley que efectúa en este punto [el caso contemplado se refiere al apartado c) del artículo] el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata».

Resulta, pues, evidente, que, en aplicación directa de la norma constitucional, este derecho exige, con el fin de respetar su núcleo esencial integrado por el haz de facultades que lo hacen reconocible y la efectividad de los intereses del administrado a que responde, que se haga en un grado razonable asequible a los particulares, superando las limitaciones derivadas de su posición de inferioridad material frente a los poderes públicos, el adquirir conocimiento de los datos y documentos que puedan legítimamente interesarles, sin otras limitaciones que las que el propio precepto constitucional contempla («en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas») y las derivadas de las normas generales de procedimiento y de los principios de proporcionalidad, racionalidad y buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de todo derecho.

Esta es la tesis que parece haber hecho suya el legislador de la transparencia en la LTBG.

Desde luego, el principio democrático y el del Estado de derecho constituyen dos soportes constitucionales de primer orden para asentar en la CE un deber general de publicidad de los poderes públicos. Informar a la ciudadanía y que la ciudadanía esté informada, o pueda estarlo, constituyen dos piezas esenciales del sistema democrático, cuya óptima participación democrática se soporta en un proceso de comunicación pública, abierto y plural. Y los son también del Estado de derecho, donde la seguridad jurídica, entendida como previsibilidad del comportamiento de los poderes públicos (así el TC en su STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 10), es indispensable para la confianza que debe generar el sistema político en su conjunto¹².

¹² Sobre la conexión entre democracia y proceso de comunicación pública-acceso libre a la información, véanse Bröhmer (2004: 38 y ss.); Marcic (1969: 267 y ss.); Habermas (1968); Häberle (1970: 3 y ss.); Barile (1987: 29 y ss.); Stiglitz (2001); Villaverde Menéndez (1994: 35 y ss., 295-296, 325 y ss., 348 y ss.). Sobre la conexión entre acceso a la información y previsibilidad-seguridad jurídica, Sweeney (2014: 33 y ss.).

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de los procedimientos de toma de decisiones políticas y normativas, y la seguridad jurídica, unido al pluralismo político indispensable para la realización del Estado democrático, imponen un principio general de publicidad como medio de fortalecimiento de la apertura, libertad y pluralidad del proceso de comunicación pública en el que se realiza la garantía institucional del pluralismo, indispensable para un sistema democrático sano y eficiente. Sobre el Estado pesa, por mor del art. 9.2 CE, el deber positivo de fomentar el disfrute efectivo de los derechos a recibir libremente información y a participar en los asuntos públicos, y remover los obstáculos que puedan oponérseles. Es aquí donde la publicidad activa de los poderes públicos puede encontrar su amparo constitucional, porque ese deber positivo de protección y fomento se puede materializar en la transformación del Estado, que ya es una fuente de información accesible a cualquiera (principio de publicidad), en un medio de difusión de la información relevante para el más eficiente funcionamiento de aquel proceso de comunicación pública, indispensable para el sistema democrático —Villaverde Menéndez (1994); Schudson (2015); O'Brien (1983)—. Aceptado este planteamiento, debemos preguntarnos si la concreción de aquel deber positivo de protección y fomento de lo que la LTBG denomina «publicidad activa» de los poderes públicos es una cuestión de mera legalidad ordinaria, o, sin embargo, se trata de una prestación que integra el contenido constitucional de los derechos fundamentales a recibir información y a participar en los asuntos públicos de los arts. 20.1 d) y 23 CE. Más adelante abordaremos este asunto.

La jurisprudencia del TC, que nada ha dicho sobre este extremo en particular, limitando sus afirmaciones sobre la importancia de la publicidad de la actuación de los poderes públicos para el sistema democrático (STC 161/2013 FJ 9), plantea alguna dificultad y no se alinea con esa conexión entre principio democrático, derecho fundamental a participar en los asuntos públicos y publicidad activa de los poderes públicos. El TC ha hecho una interpretación muy restrictiva del derecho fundamental del art. 23.1 CE, que prácticamente lo limita a la garantía de la libre e igual participación en los procesos electorales y en los instrumentos de democracia directa previstos expresamente en la CE. En términos tan estrictos se expresó el TC en la STC 31/2015, de 25 de febrero (FJ 2), recordando la STC 119/1995, de 17 de julio (FJ 3), según la cual el derecho de participación política «no es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo». Sin embargo, y en referencia al

referéndum, ha dicho el TC, con cita de la anterior sentencia, que «el fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente, (que lo ha formalizado como) un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos» (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Para añadir que

las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son «formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE— y del derecho de igualdad —art. 14 CE). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral¹³.

No menos dificultosa es la conexión con el Estado de derecho y el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 93 CE), pues, aunque el TC, como hemos dicho, le ha provisto de una dimensión subjetiva, lo cierto es que la previsibilidad y conocimiento del actuar de los poderes públicos se ha ligado siempre a la necesidad de que el individuo sepa a qué atenerse en su relación con el Estado y las consecuencias previsibles de su comportamiento. Por ello, el Estado de derecho en la CE, para el TC, se ha expresado en la publicidad de las normas (art. 9.2 CE), de las actuaciones judiciales y de la Administración pública (arts. 103 y 120 CE) y en la legalidad sancionadora del art. 25 CE. Nunca ha derivado de este principio estructural un deber general de publicidad o una garantía constitucional del libre acceso de las personas a la

¹³ Tesis que también sostuvo en las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre y 31/2010, de 28 de junio.

información poseída por los poderes públicos, si no está ligada como elemento necesario para el disfrute de otro derecho constitucional o en el marco de un procedimiento judicial o administrativo en el que se porta un interés legítimo.

IV. LA INVENCION DE UN DERECHO

Quizá hayan sido estas dificultades las que han impelido a tratar de sor-tearlas con la construcción (invención) de un derecho fundamental a la trans-parencia, o en una versión menos ambiciosa, al acceso a la información pública —Cotino Hueso (2014); Fernández Ramos (2017); Rams Ramos (2013); Rey Martínez (2014); Rollnert Liern (2014); Sánchez de Diego (2013)—. A pesar de que la CE y la jurisprudencia del TC no los prevean o no ayuden a su des-entrañamiento. La invención de ese derecho fundamental a la transparencia o al acceso a la información, a pesar de los sólidos argumentos que lo soportan, en nuestra opinión tiene serios reparos dogmáticos.

Se ha sostenido que, al igual que se dedujo del art. 18.4 CE y de la reserva de ley en él contenida respecto de los límites al uso de la informática, la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos personales, con cita inexcusable de las SSTC 254/1993, de 20 de julio (FFJJ 6 y ss.), 290/2000, de 30 noviembre (FJ 7)¹⁴ y 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 4), otro tanto cabría hacer respecto del derecho fundamental a la transparencia en la interactuación de los arts. 20.1 d), 23.1 y 105 b) CE —Rey Martínez (2014); Sánchez de Diego (2013); Cotino Hueso (2014); Rollnert Liern (2014)—.

Sin embargo, este argumento tiene un inconveniente. Al contrario de lo sucedido en el caso del derecho fundamental a la protección de datos perso-nales, no existe ningún convenio internacional en materia de derechos huma-nos que contenga un derecho a la transparencia, salvo lo dispuesto en el muy limitado art. 42 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (en ade-lante, CEDF) o lo que pudiera resultar una vez entre en vigor del «Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos» de 18 de junio de 2009. Pero este artículo no permite deducir un contenido general impor-table al sistema constitucional española a través del expediente del art. 10.2 CE, como se hizo en el caso de las citadas sentencias del TC en relación con

¹⁴ No estará de más recordar el voto particular del magistrado Jiménez de Parga, que llama la atención sobre, justamente, la inexistencia del derecho fundamental a la pro-tección de datos en la CE; aunque en su voto concurrente termina por alojar el nuevo derecho en la dignidad humana del art 10.1 CE. Consúltese Rey Martínez (2013).

el derecho fundamental a la protección de datos y el «Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal», hecho en Estrasburgo el 28 enero 1981. El precepto europeo se refiere únicamente al derecho de acceso a los documentos en poder de los órganos e instituciones de la Unión Europea: «Derecho de acceso a los documentos. Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte». No existe aquí un derecho humano de carácter general y universal que permita, en nuestra opinión, sostener que por mandato del art. 10.2 CE el intérprete constitucional español, en una suerte de interpretación evolutiva de la CE, deba incorporar al elenco de los derechos fundamentales establecidos en la CE el de transparencia (o el de acceso a los documentos públicos, dado que el convenio del Consejo de Europa se limita a fijar directrices a los Estados miembros)¹⁵.

En este sentido también parece pronunciarse el TS, que se ha mostrado especialmente reservado y cauto en este punto. Baste aquí recordar las palabras paradigmáticas de su escepticismo dogmático sobre la existencia incluso de un «derecho fundamental a obtener información» de su Sentencia 3886/2012, de 29 de mayo, Sala III, cuyo FD 4 afirma: «De cuanto se acaba de exponer resulta que, aun admitiendo a efectos puramente argumentativos que los arts. 20.1.d) y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos —algo que dista de ser evidente—, la sentencia impugnada no los ha infringido, ya que lo solicitado por la recurrente no era información».

Esa falta de evidencia a la que alude el TS se nos antoja referida no a la inexistencia de un derecho constitucional a obtener información de los poderes públicos, sino a su constricción al ámbito constitucional propio de los preceptos citados. Ese derecho a obtener información, como hemos visto, sería un instrumento para el mejor y más eficaz ejercicio del derecho a comunicar y recibir libremente información del art. 20.1 d) CE y a participar en los asuntos públicos del art. 23 CE, pero a través de los cauces y mecanismos de participación democrática directa e indirecta que regula la propia CE, como ha sostenido el TC reiteradamente. De lo que el TS duda es de la existencia de

¹⁵ En este punto se discrepa de Guichot Reina (2014: 43 y ss., especialmente, 46). Tampoco el Dictamen 707/2012, de 19 de julio, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LTBG apunta en esa dirección, sin perjuicio de que conecte la transparencia a los derechos y principios constitucionales más arriba mencionados. Un análisis detenido del dictamen puede verse en el trabajo citado de Alonso Timón (2012).

un derecho fundamental autónomo y con contenido propio de acceso a la información en posesión de los poderes públicos, y en consecuencia de un más extenso derecho fundamental general y autónomo a la transparencia, fuera de la resultante del contenido y objeto constitucionales de aquellos otros dos. No obstante, por un lado, esta STS de 2012 resuelve un caso en el que en realidad no se estaba discutiendo sobre el acceso a información pública, sino sobre si el acceso podía extenderse a una suerte de explicación del poder público requerido sobre cierta información; y por otro lado, la misma Sala III del TS ha sostenido en otras ocasiones (y con distinto ponente) que en efecto existe un derecho constitucional de acceso a la información pública deducible de aquellos preceptos (SSTS Sala III, 2206/1999, de 30 de noviembre; 8241/2000, 14 de noviembre, y la tan citada 3359/2003, de 19 de mayo).

Pero ni siquiera apelando al «diálogo entre tribunales» o a la tutela multinivel de los derechos fundamentales cabría extraer de la jurisprudencia del TEDH o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) un argumento relevante y decisivo en relación con la existencia de un derecho humano o fundamental a la transparencia. En el primer caso, porque el TEDH siempre ha ligado la transparencia a la protección del derecho instrumental de acceso a la información en posesión de los poderes públicos como parte integrante del derecho a recibir información del art. 10 CEDH, que a su vez siempre lo ha conectado a la protección de un robusto debate público sobre la acción del poder público indispensable en una sociedad democrática. Las SSTEDH *Társaság a Szabadságlogokért c. Hungría*, de 14 de julio de 2007; *Kenedi c. Hungría*, de 26 de agosto de 2009; *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, de 25 de junio de 2013, y la más reciente en el caso *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría*, de 8 de noviembre de 2016 insertan en el contenido de la libertad de expresión e información el derecho a recibirla ligado al ejercicio profesional del periodismo. Las tres últimas han extendido el reconocimiento de ese derecho de acceso a información pública a un historiador en el marco de una investigación histórica, y a dos ONG. El problema del argumento del TEDH es que vincula el acceso a la información pública al propósito de informar a la opinión pública sobre asuntos de interés general, de manera que si no existe ese interés general de la información cuyo acceso se pretende, o no existe o no se acredita el propósito de informarse para informar, la garantía otorgada por el TEDH puede que se debilitase o simplemente no se diese. Cierto que no se ha pronunciado aún hasta la fecha sobre semejante hipótesis.

Todas aquellas resoluciones del TEDH tienen un denominador común: ligar el acceso a la información en poder de los poderes públicos al derecho a recibir libremente información del art. 10.1 CEDH como instrumento indispensable para un robusto debate público de los asuntos de interés general,

esencial para una sociedad democrática. Y parece también que el TEDH ha ido progresivamente extendiendo la garantía del acceso más allá del periodismo profesional a simples individuos o colectivos. En efecto, el TEDH ampara a quien pretende acceder a información en posesión de los poderes públicos con la finalidad de suscitar un debate público sobre un asunto de interés general o acceder a documentos para la investigación histórica (delitos relativos al consumo de drogas, a los servicios secretos de un Estado, personas sometidas a vigilancia electrónica, o a la lista de abogados de oficio a disposición de las comisarías de policía) frente a lo que constituyen formas encubiertas de censura, como el propio TEDH señala, impidiéndolo mediante prohibiciones, o sujetándolo a condiciones sumamente restrictivas o de imposible cumplimiento¹⁶.

Otro tanto es posible decir de la jurisprudencia del TJUE¹⁷. De las SST-JUE, *Consejo de la Unión Europea c. Heidi Hautala* —Tribunal General—, asunto C-353/99 P. de 6 de diciembre de 2001; *Aldo Kujje, Suecia y Turco c. el Consejo y Suecia c. Comisión Europea* —Tribunal de Primera Instancia—, asuntos acumulados C-39/05 P y C-52/05 P de 1 de julio de 2008; *Verein für Konsumenteninformation c. Comisión de las Comunidades Europeas* —Sentencia del Tribunal de Primera Instancia—, asunto T-2/03 de 13 de abril de 2005; *Yves Franchet y Daniel Byk c. Comisión de las Comunidades Europeas* —Sentencia del Tribunal de Primera Instancia—, asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04 de 6 de julio de 2006; *Éditions Odile Jacob SAS c. Comisión Europea* —Sentencia del Tribunal General—, asunto T-452/04 de 13 de septiembre de 2010, y sobre todo los casos *Borax Europe Ltd c. la Comisión de las Comunidades Europeas* —Tribunal de Primera Instancia—, asunto T-121/05 de 11 de marzo de 2009, y *Comisión Europea c. The Bavarian Lager Co. Ltd*,

¹⁶ El TEDH ha tendido a privilegiar la posición de los periodistas en el acceso a la información pública con el argumento de que su derecho a acceder a las fuentes de información para poder ejercer su derecho a informar está especialmente reforzado por su condición de mandatarios del público en su «función» desveladora de la verdad e ilustradora de la opinión pública (doctrina de los *watchdogs*). Así, la transparencia se emplea como un argumento para reforzar, en ocasiones hasta el privilegio, la posición jurídica del periodista en el acceso a la información pública. A nuestro juicio este argumentario es incorrecto. No es este el lugar para abordar este asunto, baste con señalar ahora que el derecho de acceso se garantiza a todo individuo, y la condición de periodista profesional, o cualquier otra profesión ligada a la difusión de información, implica una presunción *iuris tantum* de que el fin de su actividad es difundir información veraz y de relevancia pública. Sobre la posición del periodista como mandatario público y su crítica véase Villaverde Menéndez (1994, 284 y ss.).

¹⁷ Véanse Guichot Reina (2011) y Ballester Martínez (2011: 383 y ss.).

Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)—Tribunal de Justicia Gran Sala—, asunto C-28/08 P de 29 de junio de 2010, solo cabe inferir que en el seno del derecho de la Unión existe efectivamente un derecho de acceso a la información ejercitable frente a las instituciones europeas (y un estándar muy útil de resolución de conflictos entre el acceso y la protección de datos personales). Pero como tal, no es un estándar de protección de un derecho universal-humano de acceso a la información pública extrapolable a los sistemas constitucionales de los Estados parte. De hecho, el art. 42 CEDF, como hemos mencionado ya, establece únicamente un «derecho de acceso a los documentos [...] de las instituciones, órganos y organismos de la Unión», lo que dificulta en grado sumo, en nuestra opinión, elaborar un estándar europeo de protección del derecho de acceso a la información pública (desde luego, nada se dice sobre la publicidad activa de los poderes públicos) que pueda exportarse (en el caso del sistema constitucional español a través de la cláusula de apertura del art. 10.2 CE) e incluso imponerse a los estándares constitucionales nacionales.

V. UNA DOGMÁTICA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A veces lo evidente nos resulta oculto. La transparencia en la CE es el resultado del simple hecho de que el Estado carece de privacidad; es decir, ninguna norma constitucional habilita al Estado para ocultar la información que está en su poder (Villaverde Menéndez, 1994: 299 y ss.). Por tanto, el punto de partida es que toda esa información pública es, en principio, accesible a cualquiera. El problema es que esa ausencia de habilitación constitucional no impide que la ley o el reglamento puedan disponer lo contrario y limitar o prohibir esa accesibilidad general y universal. La ausencia de un principio o derecho constitucional de la transparencia expresamente establecido en la CE, cuyo único contenido constitucional, pues, queda constreñido a su condición de instrumento para el ejercicio de otros derechos fundamentales o la más eficiente realización de ciertos principios constitucionales, provoca esta paradójica consecuencia: la ley e incluso el reglamento podría limitar el flujo de información pública, salvo que afecten directamente a aquellos principios o a aquellos derechos fundamentales¹⁸. Justamente, la función del

¹⁸ Somos muy conscientes de que estas afirmaciones son genéricas y que en el caso del legislador esa vinculación positiva posee un sentido y alcance muy distinto del que en cambio tiene la del Gobierno y la Administración pública. Véase Medina Guerrero (1996).

derecho fundamental a recibir libremente información por cualquier medio de difusión, a participar libremente y en condiciones de igualdad en los asuntos públicos y a acceder a archivos y registros públicos en los términos que la ley disponga, interpretado sistemáticamente con los principios constitucionales del Estado democrático y de derecho, es la de blindar el libre acceso de cualquiera a la información pública frente a la mutación del signo de la vinculación a la CE que puede operar la ley o el reglamento en relación con su flujo si el acceso constituye un instrumento necesario para el pleno disfrute de aquellos derechos o la más óptima realización de aquellos principios. Al igual que la CE no garantiza la libertad genérica sino «libertades» específicas y concretas, de manera que la ley y el reglamento pueden regular los iniciales espacios de libre acción resultantes de la vinculación negativa del individuo al derecho convirtiéndolos en espacio reglados incluso hasta la prohibición, salvo en el caso de que esos espacios sean objeto de un derecho fundamental, tampoco existe en la CE un principio general de transparencia o un derecho fundamental; a la transparencia que preserve la accesibilidad (activa o pasiva) de la información pública con carácter general y universal frente a la intervención reguladora de la ley o el reglamento, salvo los espacios específicos del flujo de la información pública que aquellos derechos y principios salvaguardan con rango constitucional. La consecuencia de esta hipótesis es que en la CE el acceso a la información pública es el objeto del derecho fundamental a recibir libremente información por cualquier medio de difusión, en conexión con el de acceso a archivos y registros públicos —arts. 20.1 d) y 105 b) CE, en relación también, por mor del art. 10.2 CE, con el art. 10 CEDH y su jurisprudencia del TEDH—; y el deber de informar por parte de los poderes públicos es el contenido resultante del deber positivo de protección que les compete para fomentar el disfrute tanto del derecho a recibir información del Estado cuanto a participar en los asuntos públicos de manera informada, y remover los obstáculos que impidan el efectivo e igual goce de esos derechos, en el marco de la garantía institucional del pluralismo contenida en la CE —arts. 1.1, 9.1 y 2 CE—.

En la CE, a nuestro juicio, el derecho de acceso a la información pública se construye como una autorización constitucional, universal y general, con reserva de prohibición que solo puede desarrollar el legislador orgánico, por cuanto es contenido del derecho fundamental a recibir libremente información por cualquier medio de difusión. Este derecho fundamental también tiene como sujeto pasivo a los poderes públicos, convertidos en fuentes pasivas de información. Sin embargo, el legislador, incluso el reglamentario, posee un mayor margen de maniobra para el caso de la «publicidad activa», en palabras de la LTBG; esto es, para definir el contenido y alcance de su deber activo de

información al público, en la medida en que la publicidad activa constituye el objeto soportado por los principios constitucionales mencionados, con un contenido constitucional mínimo consistente en el deber positivo de protección del libre, plural y abierto proceso de comunicación pública, asegurando el flujo de información relevante para la formación de una ciudadanía informada y en condiciones de participar en los procesos de toma de decisiones relativas al poder público.

Si toda la información en posesión del Estado es por definición pública, y, en consecuencia, de acceso general, lo que técnicamente aporta el concepto «transparencia» al principio de publicidad es la obligación del Estado de establecer un régimen jurídico que, por un lado, fortalezca la publicidad formalmente, al exigirle proactividad en la difusión de su actividad (permítasenos la redundancia), y materialmente, la extienda a toda información o dato en su poder, lo haya producido o no él, se contenga o no en un expediente administrativo (de este modo se iría más allá de la mera difusión de normas jurídicas con eficacia *ad extra y/o erga omnes*, o de los «documentos» contenidos en un expediente administrativo); y por otro, de regula los términos en los que debe darse tanto la difusión de esa información cuanto su acceso.

El salto cualitativo en esta materia consiste en elevar ese régimen jurídico al rango de mandato constitucional, de manera que no esté en manos del Estado decidir si altera los términos de aquella vinculación positiva en materia de publicidad, debilitándola o mutando la vinculación negativa de la persona a una vinculación positiva y sujeta a lo que el Estado decida sobre qué información es accesible y divulgable sin restricción constitucional alguna, o de cualidad menor y muy limitada (por ejemplo, la publicidad de las normas o de las actuaciones judiciales, prevista expresamente y en términos taxativos por los arts. 9.3 y 120.1 CE). Es ahí donde el rigor obliga a afirmar que en la CE no existe ese mandato, como tampoco existe un derecho fundamental a la transparencia.

Ahora bien, sí que nuestra CE contiene una garantía institucional del pluralismo y un derecho fundamental a recibir libremente información por cualquier «medio de difusión», con las consiguientes consecuencias. La primera es que el Estado no puede alterar la regla general de publicidad y accesibilidad, es decir, nuestro sistema constitucional lo que establece es un permiso general y universal de acceso a la información en posesión del Estado con reserva de prohibición sujeta a los estrictos términos que la CE impone a la limitación de todo derecho fundamental, en este caso a recibir libremente información; en segundo lugar, el Estado es una fuente de información y un medio de difusión más, y por tanto, una fuente de información de acceso general que solo puede regular el flujo de la información pública (en los

términos más arriba citados) para ordenar su accesibilidad en condiciones de igualdad por cualquier persona (condiciones de tiempo, modo y lugar del acceso y difusión de información en posesión del Estado) o para restringir su accesibilidad en aplicación de límites constitucionalmente previstos —en el caso español, los que resulten de los arts. 18, 20.4 y 105 b) CE, para la protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la protección de los datos personales, a la infancia y juventud, la defensa y seguridad nacionales, y la prevención y persecución de los delitos— (Velasco Caballero: 1998, 79 y ss.).

Si es así, la LTBG no puede ser sino una norma reguladora del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, como manifestación concreta del objeto y contenido del derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE y del derecho de acceso a archivos y registros públicos (cuando la información esté contenida en ellos) del art. 105 b) CE —derecho de acceso a la información—; y la norma reguladora del deber de difusión de información pública a cargo del Estado —publicidad activa—, como garantía orgánico-procedimental tanto del derecho fundamental a recibir libremente información como de la garantía institucional del pluralismo que impone al Estado el deber general y universal de introducir en el proceso de comunicación pública toda aquella información de interés general, que lo es en tanto resulta necesaria para la formación de la opinión individual y colectiva de los ciudadanos, removiendo así los obstáculos que lo impidan y favoreciendo el más efectivo disfrute —ambos principios del art. 9.1 y 2 CE— de su derecho a participar en los asuntos públicos —art. 23.1 CE en relación con el principio democrático, artículo 1.1 CE— y a expresar su opinión o a comunicar información libremente —artículo 20.1 a) y d) CE—. Este es el marco constitucional de la transparencia en la CE¹⁹.

Dos son las cuestiones que se suscitan ahora con especial urgencia. Por un lado, la dimensión prestacional de la transparencia, y por otro lado el contenido constitucional de la publicidad activa. No es éste ni el lugar ni el momento de extenderse en ambas cuestiones. Quede apuntado aquí que en rigor el acceso a la información pública no constituye una prestación en sentido técnico por mucho que, en efecto, ese acceso requiera una acción del poder público. A nuestro juicio, el derecho de acceso impone al Estado el

¹⁹ Por este motivo, la regulación de los límites al acceso a la información contenida en la LTBG son, en nuestra opinión, inconstitucionales por razones formales, al estar contenidos en una norma con rango de ley ordinaria, cuando debía tener la forma de orgánica; y por razones materiales, al contener límites que carecen de soporte constitucional, y los que pudieran tenerlo, por carecer de la precisión necesaria.

deber de abstenerse de todo impedimento o límite obstativo al acceso de la información pública solicitada, lo que resulta del derecho de libertad a recibir información del art. 20.1 d) CE. Que el hacer efectivo el acceso conlleve una actividad material del poder público (exhibición del documento, entrega de la información al solicitante, búsqueda de la información...) no supone que el derecho de acceso sea un derecho prestacional, porque toda esa actividad material no es sino el contenido y resultado de la obligación del poder público de no impedir el acceso a la información solicitada en ejercicio del derecho de acceso a la información pública amparado en el derecho a recibir libremente información por cualquier medio de difusión (Velasco Caballero, 1998: 126 y ss.). Cosa distinta es que el poder público, en su deber positivo de protección de este derecho, arbitre garantías orgánico-procedimentales para su efectivo disfrute (que es lo que en buena medida hace la LTBG al regular el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso y crear el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

Otra cuestión es la relativa al alcance del deber de publicidad activa y su contenido constitucional. Ligarlo al Estado de derecho supone a nuestro juicio una restricción de su alcance en tanto y en rigor, el principio del Estado de derecho impondría en realidad el deber de informar en relación con la actividad del poder público que requiera su previo conocimiento por la persona para poder prever tanto el comportamiento del poder público como las consecuencias de su propio comportamiento. De este modo, pudiera ser que la publicidad activa quedase reducida a la publicidad de las normas, de la actividad judicial y de la actividad parlamentaria. Más extenso podría ser el objeto del deber de publicidad activa si se ligase al principio democrático. Lo que ocurre es que el principio democrático encuentra en la publicidad activa, incluso en el acceso, un instrumento de realización de esa participación, y como tal ofrece un muy útil criterio de ponderación en caso de conflicto, pero solo para la circunstancia de que aquella información resulte relevante para el interés general y cuya relevancia resulte acreditada para la participación del ciudadano en los procesos de toma de decisión democráticos, que son los delimitados por la propia CE y no otros. En esa medida es el legislador quien establece qué es relevante y qué no, y el TC podría controlar esta decisión teniendo presente el «valor» constitucional de la transparencia, sin perder de vista el amplio margen de apreciación que tiene el legislador en este punto²⁰.

Pero ambas cuestiones, y otras muchas, deberán ser objeto de otras investigaciones.

²⁰ Bröhmer (2004: 146 y ss.); Sweeney (2014); Schwartz (2015); Steffani (1971: 18 y ss.); Marcic (1969); Häberle (1970); Barile (1987).

Bibliografía

- Ackerman, B. A. (1988). *Del realismo al constructivismo jurídico*. Barcelona: Ariel.
- Alonso Timón, A. (2012). El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho. *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 27-62.
- Atienza Rodríguez, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Ballester Martínez, B. (2011). La forja jurisprudencial del derecho a la transparencia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 385-406. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6965>.
- Barile, P. (1987). Democrazia e Segreto. *Quaderni Costituzionali*, 1, 29-50.
- Blanke, H-J. y Perlingeiro, R. (eds.). (2018). *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*. Heidelberg; Berlin: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-662-55554-5>.
- Bröhmer, J. (2004). *Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Cotino Hueso, L. (2014). El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades. En J. Valero Torrijos y M. Fernández Salmerón (coords.). *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público* (pp. 37-71). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
- Fernández Ramos, S. (1997). *El derecho de acceso a la documentación administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- (2017). El derecho fundamental de acceso a la información pública. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 13, 188-202.
- Guichot Reina, E. (2011). *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*. Sevilla: Global Law Press.
- (2014). Transparencia aspectos generales. En E. Guichot Reina (ed.). *Transparencia, acceso a la Información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre* (pp. 35-62). Madrid: Tecnos.
- Häberle, P. (1970). Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat. *Politische Bildung*, 3, 3 y ss.
- Habermas, J. (1968). *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Neuwid; Berlin: Luchterhand.
- Marcic, R. (1969). *Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie*. Frankfurt: Europäische Verlaganstalt.
- Martens, W. (1969). *Öffentlichkeit als Rechtsbegriff*. Bad Homburg: Ghelen.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: MacGraw-Hill.
- Mestre Delgado, J. (1998). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105 b) de la Constitución*. Madrid: Civitas.
- O'Brien, D. (1983). *El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda constitucional*. México: Publigráficos.

- Palomares Herrera, M. (2017). Estudio comparado sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 6, 123-153. Disponible en: <https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.131>.
- Pinelli, C. (2012). *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*. Milano: Editoriale Scientifica.
- Pomed Sánchez, L. (1989). *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: INAP.
- (2016). Transparencia. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 9, 169-214.
- Rams Ramos, L. (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus.
- (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 Martínez, F. (2013). ¿Cómo nacen los derechos fundamentales? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos. En F. Rey Martínez. *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales* (pp. 79 y ss.). México: Porrúa.
- (2014). Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental. *Revista Jurídica de Castilla León*, 33, 1-19.
- Rollnert Liern, G. (2014). El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de Transparencia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 349-368. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.34.2014.14097>.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (2013). Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo?: Por un derecho fundamental a acceder a la información pública. En L. Corredoira y L. Cotino (dirs.). *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales* (pp. 285-324). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez Ferro, S. (2006). *El secreto de Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schauer, F. (2011). Transparency, Three Dimensions. *University of Illinois Law Review*, 4, 1339-1357.
- Schudson, M. (2015). *The Rise of the Right to Know: Politics and the Culture of Transparency, 1945-1975*. Cambridge; London: Belknap Press; Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/9780674915787>.
- Schwarz Jr., F.O.A. (2015). *Democracy in the Dark: The Seduction of Government Secrecy*. New York: The New Press.
- Steffani, W. (1973). Parlamentarische Demokratie — Zur Problematik von Effizienz, Transparenz und Partizipation. En AA.VV. *Parlamentarismus ohne Transparenz* (pp. 17-47). Opladen: Westdeutscher Verlag. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-322-88711-5_2.
- Stiglitz, J. E. (2001). On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life. En Ha-Joon Chang (ed.). *The Rebel Within* (pp. 1 y ss.). London: Anthem.

- Sweeney, R.J. (2014). Constitutional Transparency. En J. Forssbaeck and L. Oxelheim (eds.). *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Velasco Caballero, F. (1998). *La información administrativa al público*. Madrid: Montecorvo.
- Villa, V. (1999). Constructivismo y Teoría del Derecho. *Doxa*. 22, 285-302. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.11>.
- Villaverde Menéndez, I. (1994). *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias.
- (2018). El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI tras 40 años de constitución española de 1978. En R. Punset y L. Alvarez (coords.). *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*. *Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española* (pp. 32-49). Cizur Menor: Civitas.