

Subgrupo de trabajo sobre la reforma de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Notas sobre la naturaleza jurídica del “derecho de acceso a la información pública”¹

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional. UNED

Sumario. 1. El derecho de acceso en la Constitución y en la legislación española. 1.1. La Constitución española. 1.2. Diferencias en la Constitución española entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos legales. 1.3. La LTAIBG. 2. El sujeto del derecho de acceso. 3. La tesis de la naturaleza de derecho fundamental derivada del reconocimiento internacional y supranacional del derecho de acceso. 4. La tesis de la incorporación del derecho de acceso al derecho fundamental a la información (art. 20.1d) CE). 5. Las garantías del derecho de acceso.

1. El derecho de acceso en la Constitución y en la legislación española

1.1. La Constitución española

La Constitución española no reconoce expresamente un derecho de acceso a la información pública, pero, como más adelante se señala, sí contiene un derecho fundamental a la información en el artículo 20.1 d) que reconoce y protege el derecho “*A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”. Por su ubicación en la sección 1ª, del capítulo II, del Título I, de la Constitución, el **artículo 20 CE** recibe las máximas garantías previstas para los derechos fundamentales (respeto del contenido esencial, reserva de ley orgánica, tutela preferente y sumaria y recurso subsidiario de amparo). Esta naturaleza

¹ Versión 1ª: 02.05.2022; versión 2ª, revisión y epígrafe 5: 17/12/2022. Estas notas son un acercamiento somero y general al problema, con el fin de promover el debate dentro del subgrupo de trabajo. Por este motivo, los epígrafes terminan con unas conclusiones parciales y no hay conclusiones finales.

jurídica, determina que su desarrollo debe realizarse por ley orgánica, aprobada por las Cortes Generales.

La redacción del artículo 20.1 d) CE está claramente vinculado a la libertad de información ejercida por comunicadores y medios de comunicación de cualquier tipo, como reiteradamente ha señalado la doctrina. Sin embargo, como más adelante se dice, se ha defendido que este precepto da cobertura constitucional al derecho de acceso a la información pública. La posibilidad de que el contenido esencial de un derecho fundamental de cobertura a nuevas realidades es un hecho conocido en el constitucionalismo español, por tanto, se trata de analizar si los argumentos que avalan esta tesis son coherentes y justifican la inclusión del derecho de acceso al ámbito del derecho a la información contenido en el artículo 20.1d) CE o también, como se dice más adelante, tiene cobertura en otros derechos fundamentales, en concreto, en el artículo 23.1 (derecho de participación).

De otra parte, el 105 CE, dentro del Título IV. Del Gobierno y de la Administración, asigna a la ley la competencia para regular *“el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”* (art. 105 b).

El contenido del artículo **105 b) CE** está claramente vinculado al derecho de acceso a la información pública, aunque se haya considerado insuficiente por la delimitación material de su objeto (archivos y registros administrativos).

La propia Exposición de Motivos de la LTAIBG parece encontrar el fundamento del derecho de acceso en una mejora y ampliación del desarrollo legal del artículo 105 b) CE cuando lo señala como base de las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (**art. 37**, derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos). Se señala a continuación que estas previsiones adolecen de deficiencias al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica. De manera contundente el artículo 12 LTAIBG confirma que el artículo 105CE es la base jurídica del derecho a la información pública, así pues, lo configura como un derecho legal, pero no fundamental (ya que el artículo 105 CE no se encuentra entre los derechos fundamentales de la sección 1ª, del capítulo II, del título I).

La *Guía para el ciudadano del derecho de acceso a la información* (Portal de Transparencia), alude también directamente a este precepto 105 CE como fundamento del derecho de acceso.

Otras normas sectoriales, de transposición de Directivas, también habían ya abierto la posibilidad de acceso a determinada información. Así, *la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente* y *la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público*.

Además, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, al reconocer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, tiene también influencia en el reconocimiento de un derecho de acceso más general.

Aunque los dos anteriores son los preceptos que más frecuentemente han sido alegados como fundamento del derecho de acceso a la información pública, no debemos olvidar que el fin último de dicho derecho de acceso es favorecer la participación ciudadana (habrá que determinar si se utiliza este término en sentido estricto o no). Si se enfoca el derecho de acceso en este sentido, sería también relevante citar, como ha hecho un sector de la doctrina, el artículo 23 CE, en la medida en la que consagra que *“Los ciudadanos tienen el derecho de participar, en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes”*. Este precepto permitiría una configuración del derecho de acceso más vinculada a sus fines, es decir, a la interrelación de la ciudadanía con los poderes públicos en el contexto de un sistema democrático.

Todavía, se podría defender que el derecho de acceso es, en realidad, un *principio técnico-jurídico* para la consecución de una democracia real. Esta naturaleza jurídica parece haber sido descartada por la doctrina que se ha decantado por la tesis del derecho fundamental, pero no debe ser minusvalorada por su capacidad para configurar un verdadero sistema democrático. La democracia precisa de derechos fundamentales y de derechos legales para desarrollarse. Estos representan las esferas de “autonomía” de la persona (salvo excepciones muy limitadas, se trata de la persona física), pero es igualmente cierto que el sistema democrático requiere también de principios y procedimientos que materializan el propio sistema y permiten el ejercicio de los derechos. Es un error frecuente considerar que cualquier

reivindicación debe plasmarse en un “derecho” (principalmente, fundamental)², ya que el sistema se fortalece tanto con estos como con los imprescindibles principios, requisitos y procedimientos sin cuales la propia democracia desaparecería. Se trata, pues, de analizar la situación de manera objetiva y concluir cual es la figura jurídica más eficaz en cada caso.

De lo anterior se puede deducir inicialmente:

- Que no hay un reconocimiento expreso del “derecho de acceso a la información pública” en la Constitución española.
- Que, como sucede con otros derechos, puede encontrar su fundamento en otros artículos constitucionales, entre ellos y con carácter de derecho fundamental, en el derecho a la información (art. 20. 1 d) y en el derecho a la participación política (art. 23.1).
- Con carácter de derecho de configuración legal, encuentra un nítido apoyo en el artículo 105 b) CE.
- Que puede igualmente, en todo o en parte, configurarse como un principio técnico-jurídico de la democracia.

Sobre las diversas tesis, volveremos después.

1.2. Diferencias en la Constitución española entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos legales

Las constituciones tienen diferentes sistemas para clasificar los derechos en ellas contenidos. En la Constitución española cabe clasificarlos de dos maneras: por su fuente de producción (es decir, por la norma que los regula, la Constitución, los Estatutos de Autonomía, el tratado o la ley...) y por las garantías que reciben (derechos máximamente tutelados y otros que reciben menores garantías, ya sean estas normativas, institucionales o jurisdiccionales). Veamos, muy sintéticamente, ambas clasificaciones:

a) Clasificación por la fuente de producción

- **Derechos constitucionales.** Denominamos así a los derechos expresamente incluidos en la Constitución española de 1978.
- ***Derechos reconocidos en convenios y tratados internacionales e incorporados al Derecho interno.*** Los tratados y convenios incorporados al ordenamiento interno (ratificados y publicados en el BOE) son

² He defendido el peligro de generar una suerte de “inflación normativa”, consecuencia de una imprecisa o errónea definición de nuevos derechos, tesis sobre la que no puedo extenderme en estas páginas.

directamente aplicables en nuestro país (salvo que requieran de algún acto interno para poder ser aplicados), pero no tienen rango constitucional. De hecho, pueden ser objeto de control de constitucionalidad si alguno de sus preceptos viola la Constitución (art. 95 CE). Sus previsiones referidas a derechos no se constituyen en “derechos fundamentales”, aunque la norma internacional así los denomine. Por su valor de ley tampoco son jerárquicamente superiores al resto de las leyes, ordinarias y orgánicas, del ordenamiento español (un sector doctrinal defiende lo contrario, sobre la base de que la ley no puede derogarlos ni modificarlos. Sin embargo, que tengan un procedimiento de elaboración y aprobación específicos no determina que tengan mayor rango, como sucede con la ley autonómica).

- ***Derechos reconocidos en los Tratados, en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el Derecho derivado de la Unión Europea.*** Como en el caso anterior, los derechos contenidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene en España la fuerza de la ley, pero no rango constitucional, no pueden definirse, pues, como derechos fundamentales, máxima y directamente tutelados como los derechos contenidos en la sec. 1ª, del cap. II, del tít. I CE. A este supuesto le es aplicable el artículo 93 CE.
- ***Derechos en los Estatutos de Autonomía.*** Como es conocido, algunos Estatutos de Autonomía (leyes orgánicas, art. 81 CE) han incluido mediante reformas un catálogo de derechos cuya constitucionalidad ha quedado confirmada por el Tribunal Constitucional, que ha interpretado el alcance de estos derechos vinculándolos a las competencias asumidas por la respectiva Comunidad Autónoma y a su respectivo ámbito territorial. El Tribunal Constitucional ha distinguido los derechos estatutarios de los derechos fundamentales regulados en la Constitución española y sujetos a la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81.1 de la Constitución, tanto por su procedimiento de aprobación, por su ámbito territorial y por el órgano competente para su aprobación.
- ***Derechos de desarrollo legal.*** Podemos denominar derechos legales o de configuración legal a aquellos derechos reconocidos en la ley sin que existan de ellos menciones expresas en la Constitución o bien a aquéllos a los que reciben desarrollo legal por la remisión de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el art. 105 b) CE establece que será la ley la que desarrolle el derecho de acceso de la ciudadanía a archivos y documentos.

b) Clasificación por sus garantías

La Constitución española ha clasificado los derechos en razón de las garantías que reciben en nuestro ordenamiento. Esta clasificación está contenida en el art. 53 CE y básicamente significa la existencia de varios niveles de garantías para concretos derechos:

- **Derechos máximamente protegidos** son los contenidos en los arts. 15 a 29 CE (sec. 1ª, cap. II, título): ley orgánica, vinculan a todos los poderes públicos, respeto de su contenido esencial, recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, tutela judicial preferente y sumaria (Título V, Capítulo I, 114-122 quarter, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) y, subsidiariamente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- **Derechos cuasi-maximamente protegidos:** art. 14 (igualdad) y art. 30.2 CE, (objeción de conciencia al servicio militar, hoy derogada en la ley). Estos derechos reciben las garantías anteriores, menos la reserva de ley orgánica³, ya que pueden ser regulados por ley ordinaria.
- **Derechos altamente protegidos:** arts. del 30 al 38 CE, se desarrollan por ley (ordinaria), vinculan a todos los poderes públicos, en su desarrollo debe respetarse su contenido esencial y puede interponerse recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.
- **Los demás derechos regulados en la Constitución o en la ley** (por ejemplo, el derecho reconocido en el art. 105 b) CE o en la LTAIBG) reciben la protección judicial ante los tribunales ordinarios, la protección institucional (Defensor del Pueblo, organismos y autoridades independientes) y pueden también alcanzar la protección del Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad o de amparo (en concurrencia con un derecho fundamental).

Recordemos, por último, que la ley orgánica y la ley ordinaria no son normas de diferente jerarquía, sino que se distinguen por su procedimiento de aprobación. Como es sabido, la ley orgánica requiere superiores mayorías parlamentarias para su aprobación y, por tanto, demanda un superior consenso parlamentario, y por la materia acotada de la

³ También para la objeción de conciencia se reconoció la tutela preferente y sumaria, como es conocido.

primera (son leyes orgánicas solo las citadas en el artículo 81.1 CE⁴ y las demás que se citan en la Constitución para casos específicos).

Es importante recordar que el adjetivo “fundamental” (o su plural, “fundamentales”) se utiliza en los ordenamientos jurídicos con relación a los derechos con diferente significado. En ocasiones, significa “importancia”, “relevancia”; en otras ocasiones se ha interpretado como expresión del “fundamento del propio sistema de derechos” (por ejemplo, los derechos como base fundamental de la democracia) y, en otros casos, el adjetivo “fundamentales” alude a una categoría específica de derechos, como es el caso de la Constitución española, que distingue a un grupo de derechos por sus garantías y por el procedimiento para su desarrollo legislativo. Es importante tener esto en cuenta a la hora de analizar la regulación de unos u otros derechos en la Constitución, en el ámbito internacional y en la Unión Europea.

Conclusión: En la Constitución española, siguiendo la técnica de otras constituciones europeas, se han distinguido algunos derechos (derecho a la vida, religión, opinión, expresión, asociación, reunión...) que reciben garantías más exigentes y, sobre todo, más directas, pero no hay que olvidar que el resto de los derechos reciben también una protección judicial, normativa e institucional de gran calado. Es un error metodológico suponer que el hecho de que un derecho no tenga naturaleza de “derecho fundamental” representa una falta de protección del ordenamiento jurídico, sino la aplicación de diferentes medios de garantía y tutela (ver epígrafe 5 respecto de las garantías, actuales y futuras, del derecho de acceso).

1.3.La LTAIBG

Por su parte, el artículo 12, capítulo III, del Título I de la LTAIBG, reconoce el derecho de acceso -pero no lo define- en los siguientes términos:

Artículo 12. Derecho de acceso a la información pública.

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.

Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.

⁴ El artículo 81 CE dice: *1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

Como ya se ha señalado, la base jurídica para el derecho de acceso en la LTAIBG está expresamente definida en este artículo 12 y es el artículo 105 b) CE. Recordemos que dicho precepto se remite a la “ley” para el desarrollo del acceso de la ciudadanía a “archivos y registros” y, por tanto, la redacción del artículo 12 es perfectamente ajustada a Derecho.

A continuación, el artículo 13 sí define el concepto de “información pública”, en el siguiente sentido:

Artículo 13. Información pública.

Se entiende 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.

2. El sujeto del derecho de acceso

Antes de acercarnos a la naturaleza jurídica del derecho de acceso, resulta adecuado observar quien ha sido reconocido como “sujeto” activo de ese derecho. De este análisis se deriva alguna contradicción jurídica. La exposición de Motivos de la LTAIBG alude reiteradamente a “los ciudadanos” como sujetos de toda la Ley (no solo del derecho de acceso). En sentido estricto, pues, solo quien tenga la condición de ciudadanía podría ser sujeto de este derecho. Este planteamiento coincidiría con la redacción dada al artículo 105CE, ya citado. Debe deducirse igualmente que se trataría de “ciudadanos y ciudadanas” mayores de edad y sin restricciones de su capacidad de obrar.

Sin embargo, la propia Exposición de Motivos cuando alude específicamente al derecho de acceso cita a “todas las personas”, y así se reproduce en el artículo 12 de la Ley: “*Todas las personas...*” y no solo los ciudadanos. Siendo ésta la redacción del artículo 12 es la que debe seguirse, así pues, el sujeto, según la LTAIBG son todas las personas, lo cual plantea -a nivel de la Ley- la pregunta acerca del ejercicio de este derecho por parte de los “no nacionales” y de los menores de edad. Menos dudas hay con relación a las personas jurídicas ya que estas pueden tener nacionalidad, así lo reconoce la *Guía para el ciudadano del derecho de acceso a la información*. El sujeto es uno de los elementos esenciales para la determinación de la naturaleza jurídica del derecho.

Los artículos 17 y 18, aluden, de manera general, al solicitante, confirmando la apertura de este concepto subjetivo.

En cuanto a la naturaleza de derecho fundamental o no del derecho de acceso, la atribución del sujeto no es gran incidencia puesto que, aunque es elemento esencial de todo derecho, no determina la naturaleza jurídica del mismo.

3. La tesis de la naturaleza de derecho fundamental derivada del reconocimiento internacional y supranacional del derecho de acceso

El derecho de la ciudadanía a conocer información sobre la actividad de los poderes públicos y de otros organismos que utilicen fondos públicos está reconocido, tanto en el Derecho internacional, universal y regional, como en el Derecho de la Unión Europea. Igualmente, pueden encontrarse menciones, con diferente alcance jurídico, en las constituciones de otros países europeos.

Se ha defendido⁵ que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental y que tal naturaleza jurídica deriva de su reconocimiento en documentos internacionales y en documentos de la Unión Europea.

En cuanto a los tratados y convenios internacionales, son de aplicación directa en España cuando hayan sido válidamente ratificados e incorporados al ordenamiento español con su publicación en el BOE. Los tratados y convenios no tienen rango constitucional sino el mismo valor que la ley. Por tanto, los derechos reconocidos en los tratados y convenios que tengan naturaleza de derecho internacional tienen rango legal. Ello deriva de lo establecido en el artículo 94 CE que establece que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales (para tratados o convenios de carácter político, militar, que afecten a la integridad del Estado o a los derechos y deberes fundamentales del título I, los que establezcan obligaciones financieras o los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución) o la información inmediata a las Cortes, en el caso de tratados o convenios del resto de las materias.

Algunos otros documentos internacionales, ni siquiera tienen este rango por no ser propiamente convenios o tratados, sino otros documentos de menor rango (conclusiones de conferencias internacionales, grupos de trabajo....).

⁵ Entre otros varios, por Lorenzo Cotino Hueso.

Lo mismo cabe decir de importantes textos internacionales, como arts. 19 de la DUDH (art. 19) y del PIDCP (art. 19.2), que reconocen el derecho a «investigar y recibir informaciones» y «la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole», respectivamente⁶. Con independencia de que el fin de estas libertades no es directamente la información pública (aunque han sido interpretadas posteriormente en sentido extensivo), la denominación que reciben tanto en estos preceptos como el documento en sí no es homologable al sistema constitucional interno en España. Además, el uso de la expresión “derechos fundamentales” no es común en el ámbito internacional y sí es más frecuente la de “Derechos Humanos”⁷. Por el contrario, la expresión “derechos fundamentales” es la más utilizada en el Derecho de la Unión Europea.

Especial relevancia en la materia que tratamos tiene el Convenio nº 205 del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de su importancia, le es aplicable la interpretación que se contiene en estas páginas y, por tanto, con independencia de su denominación ni el Convenio ni de la jurisprudencia convierten el derecho de acceso en un derecho fundamental constitucional, por aplicación directa del Convenio.

La única transcendencia jurídica relevante es la posición que, en cada caso, tenga el derecho en cuestión con relación al sistema de garantía establecido en el propio nivel constitucional.

En cuanto a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo primero que debe destacarse es que se aplican en el ámbito del Derecho de la Unión y es en ese específico ámbito donde tienen eficacia jurídica⁸. En

⁶ Posteriormente, el alcance inicialmente circunscrito a las libertades de expresión e información se han ampliado en el ámbito de la ONU. En 1999 se adoptó una declaración que afirmaba la que «Está implícito en la libertad de expresión el derecho del pueblo al acceso abierto a la información y de saber qué es lo que los gobiernos están haciendo para el pueblo; sin esto, la verdad se extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada.». En 2000, se adoptaron los Principios de Lima (Perú) sobre derecho de acceso a la información.

⁷ Pueden verse amplias referencias en el Derecho internacional, pero todas ellas responden a la interpretación que se mantiene en estas páginas, conforme a la cual la denominación incluidas en los convenios o tratados y, en menor medida, en otros documentos como resoluciones de los Comités, no se incorporan al derecho español con rango de derecho fundamental. Puede consultarse, entre otros, Cotino Hueso, L. “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, 279-316. Este autor defiende la existencia de un derecho fundamental de acceso en el ámbito internacional. Sin embargo, el Derecho internacional no clasifica los derechos entre “fundamentales” y “no fundamentales”, como se intenta exponer en estas notas.

⁸ El artículo 51 de la Carta define su propio ámbito de aplicación al decir: *1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.*

segundo lugar, debe igualmente señalarse que no debe confundirse la mera denominación en un texto internacional o supranacional (como es el caso de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) con la naturaleza jurídica que la Constitución otorgue a determinados derechos, en función de la cual, reconoce también unas garantías específicas. Es decir, la denominación de un texto como la Carta y la naturaleza de los derechos contenidos en ella no pueden equipararse a los derechos contenidos en otro nivel jurídico, como es el nivel constitucional interno. Con todo, la Carta fue incorporada al ordenamiento español mediante la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, de donde podría deducirse que el contenido de la Carta se había incorporado al ordenamiento español mediante el procedimiento del artículo 81 CE. Sin embargo, dicho procedimiento se produjo por aplicación del artículo 93 CE que exige ley orgánica para autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, siendo éste el caso específico del Derecho de la UE.

En cuanto al criterio de interpretación en materia de derechos, la Constitución española establece (art. 10.2) que dicha interpretación se hará de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados ya acuerdos ratificados por España pero, es importante destacar, que dicho parámetro se aplica a “los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce”, es decir, se requiere que la Constitución reconozca un derecho, para que pueda aplicarse esta interpretación.

Conclusiones

Los derechos incluidos en los tratados y convenios internacionales, válidamente ratificados, se integran en el ordenamiento español con el valor de la ley. No tienen rango constitucional ni forman parte de la sección 1ª, del capítulo 2, del título I de la Constitución (derechos fundamentales), con independencia de su denominación en el orden internacional. En España gozan de las garantías previstas para la ley y, además, de las garantías específicas que se contengan en el tratado o convenio en aplicación de las obligaciones internacionales del Estado.

2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados.

Esto, sin embargo, no debe confundirse con la tutela indirecta que podría recibir algún derecho reconocido internacionalmente por el Tribunal Constitucional, si, en un caso concreto, su contenido fuera idéntico al contenido de otro derecho fundamental incluido en la Constitución. En estos casos, el Tribunal aplica la Constitución y protege, realmente, el derecho fundamental constitucionalizado, aunque indirectamente dicha garantía constitucional irradie sobre el igual derecho reconocido internacionalmente.

Similar conclusión cabe aplicar al caso de los Tratados y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, incluso, aunque unos y otra hayan sido incorporados al ordenamiento español mediante ley orgánica, por aplicación del artículo 93 CE. En el supuesto del Derecho de la UE, además, debemos tener en cuenta que se aplica en el estricto ámbito del Derecho europeo y que, por tanto, no es un derecho de aplicación general para todos los casos y circunstancias.

Con independencia de lo anterior, no cabe desconocer que en el ámbito internacional se aprecia una defensa muy intensa del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública que, frecuentemente, se hace descansar en otros derechos ya clásicos, específicamente en la libertad de expresión y en el derecho a la información. En el siguiente epígrafe, se comenta esta tesis que se ha defendido con relación a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española.

El adjetivo “fundamental” aplicado al derecho de acceso a la información pública tendría valor si dicho término tuviera un significado jurídico uniforme en todos los ordenamientos jurídicos, tantos de los Estados como en el derecho internacional y en el Derecho de la UE, cosa que no se produce. Por tanto, la defensa de un derecho de acceso eficaz debe sustentarse no en un adjetivo sino en unas garantías precisas.

4. La tesis de la incorporación del derecho de acceso al derecho fundamental a la información (art. 20.1d) CE)

Como dijimos al principio de estas páginas, los derechos constitucionales y, por tanto, aquellos que además de ser constitucionales (por estar regulados en la Constitución) son, además, **fundamentales** (por recibir unas específicas garantías y tener un procedimiento propio para su desarrollo legal) tienen un contenido esencial que los define y que los distingue de otros. Contenido esencial que debe ser respetado por el legislador cuando los desarrolle mediante la ley (art. 53.1 CE). Este contenido esencial no es un ámbito definido *a priori* e inmutable. Por tanto, cabe la posibilidad de que el contenido esencial de un derecho se amplie para dar cabida a una nueva demanda de la ciudadanía.

Conforme a esta tesis se ha defendido por un sector de la doctrina que en el ámbito del contenido esencial del derecho fundamental a la información (art. 20.1 d) CE) está comprendido el derecho de acceso a la información pública⁹. Como hemos señalado anteriormente, la vinculación del derecho de acceso a la información pública con el derecho a la información es muy frecuente en el ámbito internacional y en el ámbito del Derecho de la UE.

Sin embargo, debe señalarse que el artículo 20.1 d) no parece referirse a la información pública y a un posible derecho de acceso, sino que alude a los derechos informativos y de los medios de comunicación. Por ese motivo, la Constitución alude expresamente a la veracidad y a “cualquier medio de difusión”, términos que se aplican a “los medios” (periódicos, radio, televisión y más modernamente otros). A pesar de esta indiscutible posición constitucional, no cabe negar rotundamente la posibilidad de que pudiera interpretarse que el derecho de acceso forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la información. Como dijimos, esta vía se ha utilizado en el Derecho internacional, dando una nueva interpretación a la Declaración Universal de Derechos Humanos o al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en ambos casos, art. 19). Con todo, es una tesis que en España tiene en contra la propia literalidad del precepto constitucional y, sobre todo, la interpretación que del mismo se ha hecho no solo en nuestro país sino en otros países.

En concreto se ha defendido la existencia de un “derecho de acceso a la información pública como derecho informativo con sustantividad propia, que se incardina directamente en el art. 20.1.d) CE, entendido no ya como derecho a recibir (de forma pasiva) información ya elaborada (como producto informativo), sino entendido como un derecho de libertad (no prestacional o pasivo): la libertad de informarse, de acceder a las fuentes de información pública, pilar fundamental para garantizar el pluralismo informativo en un Estado democrático de Derecho”¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado cuales son los derechos constitucionales que tienen naturaleza de derechos fundamentales, a los efectos de recibir regulación mediante ley orgánica (art. 81 CE) y tener las garantías

⁹ Puede consultarse, entre otros: Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997. Nuevos enfoques sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública, Aranzadi, 2022. Fernando Ramos, Severiano y Pérez Monguió, José María. *El Derecho al acceso a la información pública en España*. Aranzadi, 2017; “Transparencia y buen gobierno”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, ISSN-e 1696-9650, Nº. 59, 2022.

¹⁰ En concreto, Fernández Ramos, S.: El derecho fundamental de acceso a la información pública, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Nº. 13 - junio 2017, p. 200.

reforzadas previstas en el artículo 53.2 CE, a las que antes ya se ha aludido. No encontrándose expresamente contenido el derecho de acceso a la información pública en la Constitución como derecho fundamental cabría la defensa de esta naturaleza específica por la vía ya señalada de entender que forma parte de otro derecho fundamental o por la vía -excepcionalísima- de que el propio Tribunal Constitucional lo definiera así en sentencia. Esta última tiene una mínima manifestación en nuestro ordenamiento. El caso paradigmático es el del derecho a la protección de datos, no expresamente incluido en el artículo 18.4 CE, pero reconocido como tal derecho por el Tribunal Constitucional¹¹.

La vía legislativa, es decir, que el propio legislador regulará como derecho fundamental y, por tanto, por ley orgánica, el derecho de acceso a la información pública no parece una tesis viable jurídicamente. El legislador, sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) debe tomar en consideración el elenco de derechos expresamente contenido en la Constitución, elenco que, como hemos señalado, no incluye un derecho específico al acceso a la información pública.

Conclusiones

No puede descartarse la defensa doctrinal de la existencia de un derecho fundamental de acceso, dentro del contenido esencial de otro derecho fundamental, en este caso, del derecho a la información (art. 20.1d) o del derecho de participación (art. 23.1 CE).

El reconocimiento efectivo de ese posible derecho fundamental debería venir por dos únicas vías: el reconocimiento jurisprudencia del Tribunal Constitucional o la vía legislativa.

La primera tiene un precedente significativo en nuestro ordenamiento (el derecho a la protección de datos); la segunda es de muy difícil materialización por cuanto el legislador, como se ha indicado, está sujeto a la Constitución y al elenco de derechos en ella contenido. No dispone de la capacidad de “último interprete de la Constitución” que sí tiene el Tribunal Constitucional y resulta difícil que el

¹¹ El caso paradigmático es el del derecho a la protección de datos, no incluido expresamente en la Constitución. Respecto de ello, el Tribunal Constitucional comenzó declarando la existencia de un derecho fundamental de «libertad informática» en sus SSTC 254/1993, de 20 de julio, 94/1998, de 4 de mayo, y 202/1999, de 8 de noviembre y confirmó esta doctrina en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que el Tribunal definió un derecho específico a la protección de datos. Esta última sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos

legislador asuma la “reconfiguración” de un derecho y lo convierta en derecho fundamental a partir de la ley.

Como conclusión, cabe recordar, como se ha señalado en este documento, que la eficacia de un derecho sea constitucional (fundamental o no) o legal, radica en su atinada configuración (sujetos, ámbito, límites y garantías), objetivo que debe presidir cualquier acción en este sentido.

Recordemos también, como se ha dicho, que los derechos del ámbito internacional y de la Unión Europea no se integran como “derechos fundamentales” homologables a los contenidos en la sección 1ª, del capítulo II del título I de la Constitución, ni están llamados a ello, ya que disponen de su propio sistema de garantías, aunque en el mismo intervenga el propio Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales.

5. Las garantías del derecho de acceso

Como se ha señalado en epígrafes precedentes, el artículo 53 de la Constitución regula las garantías que deben recibir los derechos constitucionales, fundamentales y no fundamentales.

Respecto de la protección jurisdiccional, los derechos fundamentales, el artículo 14 y (por extensión) la objeción de conciencia regulada en el artículo 30.2 CE, quedan garantizados mediante el procedimiento preferente y sumario regulado en el Capítulo I, del Título V, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que da cumplimiento al mandato constitucional. Reciben, además, la garantía del recurso de amparo subsidiario ante el Tribunal Constitucional.

En estas páginas se ha defendido la tesis de que, en el momento actual, el derecho de acceso a la información pública no tiene naturaleza jurídica de derecho fundamental y, por tanto, no le son aplicables las garantías previstas en el artículo 53.2 CE citadas anteriormente. Si el Tribunal Constitucional o el legislador, como se indicó, confirmarán por la vía interpretativa o legislativa, respectivamente, una diferente naturaleza jurídica de dicho derecho que lo configurara como parte del contenido esencial de uno de los derechos fundamentales reconocidos en la

Constitución, resulta obvio que le serían aplicables las garantías reforzadas previstas en el mencionado art. 53.2 CE¹².

De no ser lo anterior, actualmente el derecho de acceso a la información pública es un derecho con fundamento constitucional en el artículo 105 b), como expresamente cita la LTAIBG. Por su ubicación en el Título IV de la Constitución - Del Gobierno y de la Administración- al artículo 105 b) no se le aplicarían todas las previsiones del artículo 53.1 CE que se refieren al Capítulo II del Título I de la Constitución. Sin embargo, dado el que el artículo 105 establece la obligación de desarrollar “por ley” (ordinaria) los derechos contenidos en este precepto, le es aplicable las garantías judiciales genéricas y también la garantía específica del recurso de inconstitucionalidad, si dicha ley vulnera la Constitución (art. 161 a). Además, podría plantearse un recurso de amparo que, basado en alguno de los derechos fundamentales que tienen esta garantía, implicara, aunque fuera de manera indirecta, al derecho de acceso a la información pública. Por último, no es descartable que el derecho de acceso pueda residenciarse ante el Tribunal Constitucional mediante una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), cuando un órgano judicial considere, en el curso de un proceso, que una norma con rango de ley, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, la creciente importancia del derecho de acceso a la información pública, tanto en nuestro país como en otros y en el Derecho internacional y en el Derecho de la UE, podrían aconsejar una revisión sobre garantías judiciales específicas de este derecho (con independencia de las normativas, administrativas e institucionales). Recordemos, que, respecto de la garantía contencioso-administrativa, el Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa lleva por título “De los procedimientos especiales”, recogiendo en sus diferentes preceptos, tanto el de protección de los derechos fundamentales como otros a los que se ha dotado de un procedimiento de garantía específico en atención a diferentes circunstancias. No hay, por tanto, objeción a que, por su relevancia actual para el sistema democrático, el derecho de acceso a la información pública pudiera recibir una tutela específica mediante la regulación de un procedimiento de garantía que, al menos, debería atender a una cierta reducción de plazos, para conseguir mayor rapidez en su resolución y, quizá, de trámites y simplificación de formalidades, sin merma,

¹² No podemos detenernos en estas breves páginas en la interesante cuestión de si sería posible aplicar las garantías establecidas en el artículo 53.2 CE a derechos no fundamentales. La previsión constitucional es tan tajante y clara que parece deducirse que la graduación de las garantías es un mandato constitucional cerrado. Sin embargo, el principio de máxima extensión de la protección de los derechos nos podría llevar a plantear dicha cuestión, aun en el plano teórico.

obviamente de la integridad procedimental. Creo que este posible procedimiento especial permitiría avanzar en la garantía del derecho de acceso sin alterar las previsiones y la graduación constitucional en materia de derechos contenida en el reiterado artículo 53.2 CE.

Notas bibliográficas (selección)

- Bermúdez Sánchez, Javier (Coord.) *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, CEPC, 2022.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, 279-316.
- : «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades», Régimen jurídico de la transparencia en el sector público, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 37 y ss.
- Severiano Fernández Ramos. “El acceso a la información relativa a los procedimientos administrativo”. *Revista española de la transparencia*, ISSN-e 2444-2607, N.º. 12, 2021 (Ejemplar dedicado a: Revista Española de la Transparencia número 12 (Primer semestre. Enero-Junio, 2021), págs. 25-46.
- : “Las infracciones relativas al ejercicio del derecho de acceso a la información pública”. *Revista española de la transparencia*, ISSN-e 2444-2607, N.º. 10, 2020 (Primer semestre. Enero-Junio, 2020), págs. 19-30.
- : El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, 1997. *Nuevos enfoques sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública*, Aranzadi, 2022.
- : El derecho fundamental de acceso a la información pública, Cuadernos Manuel Giménez Abad, N.º. 13 - junio 2017, pp. 188-206.
- : *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Fernández Ramos, Severiano y José María Pérez Monguió, José María. “Transparencia y buen gobierno”. *Revista General de Derecho Administrativo*, ISSN-e 1696-9650, N.º. 59, 2022.
- : *El Derecho al acceso a la información pública en España*. Aranzadi, 2017; “Transparencia y buen gobierno”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, ISSN-e 1696-9650, N.º. 59, 2022.

- Guichot Reina, Emilio y Barrero Rodríguez, Concepción. *El derecho de acceso a la información pública*. Tirant lo Blanch, 2020. ISBN 978-84-1378-234-8.
- INAP. Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública, ISBN 9788473515139, 2016, 173 pp.
- Martín Delgado, Isaac. “Los Límites efectivos al derecho de acceso”. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. coord. por Lorenzo Cotino Hueso, Andrés Boix Palop, 2021, ISBN 9788413559360, págs. 65-98.
- : El derecho de acceso a la información pública. *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*. Isaac Martín Delgado (dir.), 2019, ISBN 978-84-9890-373-7, págs. 107-145.
- Martínez Martínez, Ricard. “Derecho de acceso”. *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*. Mónica Arenas Ramiro (dir.), Alfonso Ortega Giménez (dir.), 2019, ISBN 9788417414924, págs. 98-102.
- Palomares Herrera, Manuel. “Estudio comparado sobre transparencia y derecho de acceso en el ámbito internacional y su influencia en España”, en *Ius Humani: Revista de Derecho*, ISSN-e 1390-7794, ISSN 1390-440X, N°. 6, 2017, págs. 123-153.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Manuel. “El derecho de acceso a la información pública”. *Administración electrónica: la Ley/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, coord. por Lorenzo Cotino Hueso, Julián Valero Torrijos, 2010, ISBN 978-84-9876-997-5, págs. 325-347.