

La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el estado social y democrático de derecho

Eloísa
Pérez Conchillo

Doctora por la Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La transparencia en el Estado social y democrático de Derecho.
- III. El derecho de acceso a la información pública: naturaleza jurídica.
- IV. Tesis defendida.

NOTA BIOGRÁFICA:

Eloísa Pérez Conchillo es graduada en Derecho por la Universidad de Granada (2014), máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid (2017), máster en derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global por la Universidad de Granada (2018) y doctora en Derecho Constitucional con mención Doctorado Internacional, sobresaliente cum laude (2022). Durante su etapa de formación predoctoral fue beneficiaria de una Ayuda para la Formación de Doctores (antiguas FPI) concedida en el marco de un Proyecto de Investigación nacional. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Cambridge (2019 y 2023) y en la Universidad de Leipzig (2020). Actualmente es investigadora postdoctoral en el marco del Proyecto de Investigación Nacional I+D+i PID2019-106118GB-I00 “La configuración del espacio público en las redes sociales y su incidencia sobre la democracia pluralista y la Constitución”, desempeñando tareas investigadoras y docentes en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

I. INTRODUCCIÓN

Mi andadura e inquietud investigadora comenzaron ya en 2014 cuando terminé el Grado en Derecho en la Universidad de Granada. Inspirada por valores de justicia que habían calado en mí durante mis estudios de Grado, así como por el arranque propio del momento comencé a preparar las oposiciones a la carrera judicial y fiscal durante los siguientes dos próximos años.

Nunca habría imaginado que la dificultad e intensidad de ese periodo me llevaría a darme cuenta de que lo que verdaderamente me ilusionaba y me movía era la investigación. Esa etapa de tránsito (profesional y vital) en realidad me regaló claridad sobre lo que quería hacer en adelante y, ahí mismo, el espíritu académico y el deseo (casi obstinado) de empezar la carrera académica hicieron todo lo demás.

Me habían hablado de lo difícil que era abrirse un hueco en la Universidad, pero mi convencimiento hizo que todas las decisiones que tomé posteriormente terminaran llevándome un día en 2017 (mientras cursaba el máster de Justicia Criminal

en la Universidad Carlos III de Madrid) a la puerta del despacho del entonces Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, el profesor José Antonio Montilla Martos.

Recuerdo ese primer encuentro como si fuera ayer. Me recuerdo tan ilusionada como nerviosa cuando fui a presentarme al profesor Montilla para contarle mi trayectoria y mi idea (reconozco ya irrevocable) de hacer la tesis en Derecho Constitucional. Desde que comencé el Grado, el estudio del Derecho Constitucional fue para mí un descubrimiento ilusionante. Y, en eso, tuvieron gran parte de responsabilidad los profesores Ricardo Martín Morales y Augusto Aguilar Calahorra, de los que tuve la suerte de aprender en los primeros cursos del Grado.

De ese encuentro con el profesor Montilla salí con un horizonte claro y con una ilusión y motivación que aún recuerdo y conservo. El profesor Montilla accedió de buen grado a dirigir mi tesis y, guiada por sus consejos, el curso siguiente (17/18) realicé el máster de derechos fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global impartido por los profesores del Departamento de Constitucional de la Universidad de Granada mientras que, a la vez, me matriculé ya como alumna del Programa de Doctorado en ciencias jurídicas de esta misma Universidad para empezar la tesis doctoral.

De nuevo fueron los consejos y la visión experimentada de mi director de tesis, el profesor Montilla, los que me ayudaron a esclarecer la elección del tema de la tesis y así fue como comencé a estudiar la dimensión constitucional de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. El tema era un reto por varios motivos: En primer lugar, porque era una materia tradicionalmente parametrada por una visión administrativista apegada a la idea de procedimiento administrativo, evocada por una suerte de “acceso a los archivos y registros administrativos” a los que alude la Constitución en su artículo 105.b). En segundo lugar y, consecuencia de lo anterior, porque no había prácticamente estudios académicos que profundizaran desde una perspectiva constitucional sobre la configuración y alcance constitucional de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, contextualizado además en el marco de la actual sociedad tecnológica y de la información.

A ello se sumaba, además, el interés que despertaba en mí el estudio dogmático de los derechos fundamentales. Esto, trasladado a al objeto de estudio fue un motivo más para escoger el tema de tesis. Toda vez que, desde el principio, fue llamativo darme cuenta de que el ordenamiento jurídico español andaba claramente desfasado en esta materia respecto de otros países de la Unión Europea, pero, sobre todo, atendiendo a los estándares de protección internacional que emanaban de los instrumentos normativos aplicables y de los criterios hermenéuticos desarrollados por los tribunales internacionales.

La propuesta temática del profesor Montilla me atrapó desde el principio. Ya realizando el trabajo fin de máster de derechos fundamentales (2018), bajo la tutela

del profesor Augusto Aguilar Calahorro pude hacer una primera inmersión en el objeto de la tesis y corroborar que era el tema que quería estudiar durante los próximos años de mi carrera académica. He de reconocer que la tutorización del profesor Augusto Aguilar Calahorro traspasó con creces ese trabajo y, poco después, tuve la suerte de que se convirtiera en codirector de mi tesis junto al profesor Montilla.

La elaboración de las hipótesis de trabajo y el método para construir la tesis, sin duda, llevan como impronta el sello de mis dos directores de tesis a los que siempre estaré agradecida. Muchas veces me ayudaron a aterrizar ideas que no siempre eran fáciles de plasmar sobre el papel y otras muchas a acotar el objeto (diría ambicioso) de la tesis.

En un primer momento las preguntas que hicieron que me lanzara a investigar sobre este tema fueron esencialmente las siguientes: ¿Qué lugar ocupa la transparencia en el Estado social y democrático de Derecho? Y, en segundo lugar, ¿el derecho de acceso a la información pública debe ser considerado un derecho fundamental?

En cualquier caso, el planteamiento de esas preguntas ha estado determinado por el objeto central de la investigación, que busca contribuir a la comprensión del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública como pilares del Estado social y democrático de Derecho. En particular, con el objetivo de construir su enmarque democrático a partir de su configuración y naturaleza jurídico constitucional.

Las hipótesis de trabajo que principalmente he manejado son: 1) Que la transparencia constituye un elemento esencial del principio democrático, aunque ese nexo no tiene un adecuado reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico; 2) Que, aunque no se reconozca ni legal, ni jurisprudencialmente en España, el derecho fundamental a recibir información no puede contemplarse hoy sin incluir el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de aquel. Este derecho fundamental debe interpretarse conforme al contexto internacional, donde sí se ha desarrollado la vertiente objetiva democrática del derecho de acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información.

Los objetivos concretos de la tesis para demostrar las hipótesis planteadas han sido: 1) Definir y delimitar cuál es el contenido jurídico constitucional de la transparencia teniendo en cuenta sus características, elementos configuradores, así como su finalidad y fundamento constitucional; 2) Justificar que el principio de transparencia tiene base constitucional en el principio democrático, teniendo en cuenta el desarrollo que este último ha tenido a lo largo de la evolución del propio constitucionalismo; 3) Justificar que el acceso a la información pública constituye una importante manifestación de la libertad de información del art. 20.1.d) CE conforme a la interpretación evolutiva de los derechos.

La metodología multinivel inherente al estudio de los derechos en los distintos planos constitucionales ha sido determinante en la forma de abordar este estudio. De la misma manera, no han pasado desapercibidos los desafíos tecnológicos y de la información que afectan al constitucionalismo contemporáneo. En la tesis también he tenido en cuenta este aspecto para valorar en qué medida la realidad tecnológica tiene influencia en el objeto de estudio, esto es, en el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. Así pues, para abordar la tesis sobre estos dos pilares presto especial atención a la teoría general de los derechos fundamentales, así como a la interpretación evolutiva de los mismos conforme al art. 10.2 CE y la propia dogmática constitucional respecto a éste último.

Para conseguir los objetivos generales y específicos marcados por el proyecto de investigación, la tesis se estructura esencialmente en dos partes. En la primera, organizada en tres capítulos, me dedico al estudio de la transparencia desde una perspectiva constitucional. En el primer capítulo realizo una aproximación general y dogmática a la caracterización constitucional de la transparencia. Ello permite en el segundo capítulo profundizar en el encaje constitucional de la transparencia en el marco del Estado social y democrático de Derecho actual. Y, finalmente, en el tercer capítulo analizo su configuración legal en el ordenamiento español a partir de un estudio pormenorizado de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En la segunda parte de la tesis me dedico, ya específicamente, al análisis constitucional del derecho de acceso a la información pública, para lo que estructuro esta parte en dos capítulos. En el primero de ellos analizo el derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel, tanto desde una perspectiva normativa internacional, como jurisprudencial de los tribunales internacionales. En el segundo capítulo analizo el derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento español. En este caso con el objetivo de profundizar ya sobre la configuración constitucional y el alcance de este derecho a partir de las aportaciones doctrinales, jurisprudenciales del TS y del TC y de los propios Consejos de transparencia para finalmente desarrollar cuál debería ser, a mi juicio, su configuración constitucional y naturaleza jurídica.

La tesis presentada no muestra verdades categóricas o cerradas sino propuestas que buscan ofrecer una mirada actualizada, presente y futura, de la transparencia y el acceso a la información pública en el constitucionalismo del siglo XXI. Las siguientes páginas tratan de aproximar, modesta y resumidamente al lector, al objeto de la tesis subrayando aquellas cuestiones claves por las que entiendo que la transparencia y el derecho de acceso a la información pública se encuentran en la agenda del constitucionalismo actual como pilares que

afianzan el Estado social y democrático de Derecho en una sociedad cada vez más “líquida”¹ y sujeta a constante cambio.

II. LA TRANSPARENCIA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En esta primera parte de la tesis encontramos un escollo a nivel normativo si atendemos al hecho de que ni la transparencia ni el acceso a la información pública (como directa manifestación de aquella) cuentan con un reconocimiento constitucional expreso que permita aclarar las dudas en torno a su encaje constitucional y, consecuentemente, en torno a la cuestión clave sobre su respectiva naturaleza jurídica.

Por su parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG) se constituye como desarrollo normativo de esta materia y se ancla (insuficientemente como veremos) en el art. 105.b) CE. Esta ley no define la transparencia, pero sí contiene sus elementos esenciales desdoblando el principio de transparencia en: un deber de publicidad activa que recae sobre los sujetos obligados a hacer disponible la información de *motu proprio* (esto es, aún sin requerimiento previo) y un derecho subjetivo de acceso a la información pública a favor de la ciudadanía.

En este sentido, la transparencia puede entenderse como un principio constitucional vinculado con el principio democrático que debe regir las relaciones entre el poder público y la ciudadanía y que consiste en hacer disponible la información pública para facilitar el conocimiento y la efectiva participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

En cuanto a los elementos configuradores de la transparencia, en la tesis he defendido que, en efecto, la transparencia guarda una especial relación con la publicidad, pero no sólo basta con cumplir criterios de publicidad (esto es, la disponibilidad formal de la información) para entender satisfecha la transparencia. De aquí se derivan dos ideas: 1) La publicidad es parte de la transparencia, pero por sí sola no la garantiza; 2) Mucha publicidad no significa más o mejor transparencia porque no cualquier tipo de publicidad coadyuva a tener un sistema más transparente.

El principio de transparencia no sólo requiere la difusión de información activa y el reconocimiento subjetivo de un derecho de acceso a la información, sino que, junto con la publicidad, también habrá que atender (desde una perspectiva finalista) a criterios de simplicidad y claridad que faciliten la inteligibilidad de la

1. Término utilizado por BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

información y su comprensión a la ciudadanía. Tales elementos, esto es, la publicidad activa y pasiva, unida a criterios de simplicidad y claridad sí permiten hablar ya de forma integral de transparencia como una cualidad del poder público.

Junto al estudio de los elementos que componen la transparencia he defendido en la tesis que ésta facilita a su vez dos consecuencias democráticas. Por un lado, sirve de presupuesto previo para la efectiva participación en los asuntos públicos en la medida en que sólo los ciudadanos informados son verdaderamente libres para participar de manera efectiva en los asuntos públicos. Por otro lado, la transparencia aporta también criterios de seguridad jurídica porque facilita la previsibilidad de la acción de los poderes públicos en base a razones fundadas de certeza que justifican que el poder público ha actuado legítimamente bajo las previsiones del Estado de Derecho.

Una vez efectuada esta primera aproximación conceptual y situacional de la transparencia en el Derecho Constitucional, analizo en la tesis cuál es su encaje constitucional en el Estado social y democrático de Derecho. Para ello parto del estudio de su naturaleza jurídica. En este sentido, muestro cómo no existe consenso entre la doctrina para categorizar la transparencia como un derecho, un principio o un valor del ordenamiento jurídico. Lo cual he tratado de reflejar en la tesis a través de la exposición de las distintas posiciones doctrinales y los argumentos principalmente sostenidos para categorizarla en cada caso como un derecho, un principio o un valor del ordenamiento. No obstante, en una interpretación sistemática de la Constitución, de la LTAIBG y atendiendo a la jurisprudencia más relevante dictada en la materia he defendido la naturaleza jurídica de la transparencia como un principio constitucional del ordenamiento.

Un principio porque de él se derivan concretas reglas jurídicas expresadas en forma de obligaciones al poder público (que tiene que difundir la información en su poder), así como en forma de un derecho subjetivo de la ciudadanía a acceder a la información pública. Además, con tales reglas pretenden realizarse los valores superiores del ordenamiento jurídico o fines axiológicos de la Constitución con los que guarda íntima conexión, a saber: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

A continuación, para profundizar sobre el encaje constitucional de la transparencia, abordo en la tesis una propuesta que trata de visibilizar y reforzar el papel de la transparencia como presupuesto del principio democrático en el constitucionalismo actual. La conexión actual entre transparencia y democracia es cada vez más evidente y se hace expresiva con la idea del gobierno democrático como el “régimen del poder visible”². Naturalmente la democracia exige que los poderes del Estado actúen en el marco de sus funciones constitucionales, pero además es

2. BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

requisito *sine qua non* que lo hagan bajo la mirada de la ciudadanía. Esta premisa aboca necesariamente en el estudio de la relación existente entre transparencia y democracia. De ahí que haya propuesto en la tesis una reconstrucción de los factores que entiendo que permiten explicar ese nexo. Esos factores, a los que he denominado endógenos y exógenos, influyen en el significado tradicional de la democracia y redundan en el fenómeno de la transparencia. Entre tales factores cabría subrayar, por lo que ahora interesa:

1) Que la legitimidad de origen atribuida implícitamente a los representantes políticos libremente elegidos tras la celebración de elecciones no basta para llevar a cabo la acción del Gobierno. Dicha legitimidad de origen debe traducirse en una legitimidad en el ejercicio del poder, para facilitar la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos a través de la dación de cuentas y el escrutinio. Por ello, cabe afirmar que la transparencia se vincula con la legitimidad del poder, permitiendo llevar nuestro modelo de democracia representativa a una versión más participativa y deliberativa, basado en presupuestos más inclusivos con la ciudadanía.

2) Que el principio de transparencia es el elemento definitorio clave que identifica el contenido esencial del principio democrático en la actualidad. Como es sabido, el concepto del principio democrático ha ido evolucionando a la par que el propio constitucionalismo y, en este sentido, ha estado marcado por una serie de momentos claves: a) En la primera fase del constitucionalismo, anterior a las constituciones normativas, subyace una concepción formal del principio democrático basado en la idea de la mayoría parlamentaria (entendida ésta como sinónimo del conjunto social) y de un pueblo homogéneo y único; b) Esta concepción formalista rompe después de la segunda guerra mundial, donde puede situarse la segunda fase. En esta fase el concepto de democracia se articula sobre la idea del pluralismo y el reconocimiento del conflicto como inherente a la sociedad. De ahí que el contenido de la democracia se vea presidido por un proceso de racionalización y limitación del poder donde ya no vale solo el gobierno de la mayoría parlamentaria sino el gobierno de la mayoría pero con respeto a los derechos de las minorías; c) Junto a estas dos etapas, considero viable añadir que actualmente estamos asistiendo a un proceso constructivista del principio democrático en su tercera etapa en la que la transparencia se sitúa como elemento clave definidor de la democracia actual. La exigencia de esta tercera etapa viene también marcada por las circunstancias a las que se enfrenta el constitucionalismo actual en lo relativo al proceso de comunicación en el paradigma global. En este sentido, quizás, hoy no resulte suficiente con la conquista pluralista, siendo necesario impulsar la transparencia como elemento clave y definitorio del principio democrático.

Esa necesidad se advierte, por un lado, del propio proceso de globalización, ya que resulta preocupante y paradójica la regresión y deslegitimación que está sufriendo en este escenario la conquista pluralista de toma de decisiones por

la gran influencia de agentes privados que interfieren en la esfera pública sin mecanismos de transparencia que controlen su actuación. En todo ello, el poder estatal ha quedado reducido, dispersándose también con ello parte del pluralismo democrático que tradicionalmente el Estado ha sido capaz de garantizar.

Por otro lado, la necesidad de vincular la transparencia a la esencia del principio democrático se advierte también en cómo las características de la globalización han incidido en el propio proceso de integración europea. En este sentido, la reforma del art. 135 CE es un ejemplo de cómo se constitucionaliza una medida marcada por el fenómeno global en el ámbito europeo, sin mecanismos de transparencia.

Junto a estos elementos, existen otras circunstancias externas o contextuales que están reforzando el nexo entre transparencia y democracia. Me refiero con ello en la tesis al contexto de la sociedad digital y de la información. Ya que con Internet la ciudadanía tiene mayor accesibilidad a la información. Esa mayor accesibilidad de la información tiene obvios beneficios para la sociedad, pero también ha traído graves problemas para el desarrollo democrático del proceso comunicativo. Actualmente, el pluralismo y la propia libertad de expresión e información veraz están viéndose altamente afectadas por el fenómeno de la desinformación, las *fake news* y la polarización, entre otros factores. Llegados a este punto de la tesis propongo identificar la tercera fase del principio democrático como el control del poder a través de las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria, con respeto a los derechos de la minoría, pero subrayando la necesidad de que el poder público actúe con transparencia en el marco de la sociedad de la información.

Una vez estudiada la fundamentación teórica y la dimensión constitucional del principio de transparencia, desciendo en la tesis al ámbito legal para estudiar cuál ha sido su configuración en la ley, así como el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español a propósito de la normativa aplicable. Con carácter general cabe subrayar que la LTAIBG se aprueba como la primera ley específica y transversal en la materia. Pero, en lo que interesa destacar ahora me centraré en el encaje constitucional de la ley. Este aspecto se considera uno de los puntos más criticables y problemáticos porque se trata de una ley que viene a cubrir una laguna previa en la materia, al no existir hasta el momento una ley específica al respecto, pero que al haberse configurado exclusivamente en base al art. 105.b) CE, no permite desplegar el régimen de garantías que en realidad debería serle propio. Puesto que este precepto resulta insuficiente para “absorber” la esencia democrática de esta materia en toda su extensión. Dicho desarrollo debería haberse efectuado con apoyo en otros preceptos constitucionales como son los arts.1, 9 y sobre todo 20 de la CE.

La confusión que con ello genera el legislador deriva: 1) En una limitación de las garantías especiales que corresponderían a la transparencia y el acceso a la información si la ley se hubiera encuadrado constitucionalmente en conexión con un derecho fundamental (como es el caso de la libertad de información);

2) Además, genera una falta de correspondencia entre lo dispuesto en el art. 105.b) CE y el desarrollo que se ha efectuado por mor de la LTAIBG. Esa falta de correspondencia se advierte en torno a: a) Los sujetos obligados, ya que el art. 105.b) CE va específicamente dirigido al Gobierno y la Administración cuando, sin embargo, el elenco de sujetos obligados previsto en la ley excede de tales sujetos, obligando con carácter general al poder público e incluso a sujetos privados que reciben dinero público por encima de ciertos umbrales; b) Dicha disidencia también se aprecia en los sujetos beneficiarios del derecho, pues mientras que de la lectura conjunta del art. 105 en sus tres apartados podría pensarse que el apartado b) exige la condición de interesado (tal como sucede en el apartado a y c), el sujeto beneficiario del derecho en la ley se reconoce con carácter general a favor de todas las personas sin necesidad de tener la condición de interesado ni acreditar un interés específico; c) El ámbito objetivo también difiere del plano constitucional al legal, ya que mientras que la Constitución se refiere de forma más limitada “a los archivos y registros administrativos”, la LTAIBG reconoce y regula más ampliamente el derecho de acceso a la “información pública”.

Subrayo, no obstante, en este punto que esa falta de identificación en ningún caso quiere reflejar en la tesis una interpretación de lo dispuesto en la Constitución al amparo de la LTAIBG, sino únicamente poner de manifiesto la insuficiencia del anclaje efectuado por el legislador.

El resultado al que se llega con este anclaje efectuado por el legislador genera una paradoja y es que, aun regulando el legislador de forma amplia y expansiva en muchos puntos el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, lo hace sobre una base constitucional limitada, con las propias limitaciones de garantías constitucionales que ello supone para la transparencia y el derecho de acceso a la información pública al relegarse a mero derecho de configuración legal.

Una vez configurado el principio de transparencia en el ordenamiento constitucional podemos a continuación profundizar sobre el derecho de acceso a la información pública como una manifestación esencial de dicho principio.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: NATURALEZA JURÍDICA

El estudio de este derecho ha sido un pilar esencial de la tesis, que ha constituido la 2ª parte de la investigación, y que ha tenido como objetivo específico determinar su alcance y naturaleza jurídico-constitucional. Para ello atiendo en la tesis al contexto multinivel, ya que de esta forma puede conocerse cuál es la realidad del derecho de acceso a la información en cada uno de los espacios constitucionales que interaccionan (esto es, el ámbito de la ONU, del Consejo de Europa y de la UE) para perfilar así su contenido esencial.

En esta línea, no puede obviarse que las distintas aportaciones normativas y jurisprudenciales de los distintos planos se constituyen, en base al art. 10.2 CE, en canon interpretativo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Ahora bien, respecto a este último precepto hay que tener presentes las limitaciones que el TC ha derivado del art. 10.2 CE al no considerarlo canon autónomo de validez de las normas internas sobre derechos y, por tanto, no atribuirle la capacidad de crear nuevos derechos que no estén consagrados en la Constitución.

Por lo que respecta al ámbito global de la ONU cabe subrayar que tanto el art. 19 DUDH como del PIDCP contemplan una dimensión activa de búsqueda de la información en el marco de la libertad de información.

Desplazándonos al ámbito regional europeo, resulta especialmente interesante analizar cómo se interpreta el derecho de acceso a la información a partir de los instrumentos normativos aplicables. En el Consejo de Europa el derecho de acceso a la información pública se ha llegado a iusfundamentalizar, por vía pretoriana del TEDH, al considerarlo bajo ciertos requisitos como un *príus* democrático para la efectividad de la libertad de información garantizada en el art. 10 CEDH. Sin embargo, en el ámbito de la UE se ha reconocido el derecho de acceso a los documentos de la UE como un derecho autónomo, desvinculado de la libertad de información y ubicado en el marco del estatus de la ciudadanía en el art. 42 CDFUE.

Entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, sin duda, cabe destacar especialmente las aportaciones realizadas por el TEDH, pues este último ha permitido identificar los elementos claves que denotan sus matices de iusfundamentalidad a partir del paradigmático asunto Magyar dictado en 2016. En este caso, el TEDH extiende la función de vigilante público o *watchdog* típicamente atribuida a favor de la prensa, ONG o investigadores académicos a favor de *bloggers* y usuarios populares de redes sociales, teniendo en cuenta el papel que hoy juega Internet para facilitar el acceso a las noticias y la difusión de información. No obstante, el motivo esencial por el que este asunto se constituye en un punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH es porque en él construye la iusfundamentalidad del acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información en base a un test de iusfundamentalidad que elabora sobre 4 criterios. Tales elementos son: 1) la finalidad de la solicitud información. Según el TEDH, la recopilación de la información debe ser un paso preparatorio relevante para el debate público. 2) Naturaleza de la información solicitada. Para superar este requisito el TEDH entiende que la información debe ser de interés público para la sociedad permitiendo así la participación de la sociedad en los asuntos públicos. 3) El rol del solicitante. Bajo este requisito el TEDH valora que el solicitante actúa como *watchdog* con la finalidad de informar al público. De ahí que el tribunal haya otorgado este rol especialmente a favor de los periodistas. No obstante, aunque el TEDH ha ido extendiendo dicha función, no comparto la valoración que efectúa de este elemento desde una perspectiva un tanto formalista, atendiendo a la

función que desempeña el sujeto. En mi opinión, tendría más sentido visualizar la función de *watchdog* desde una perspectiva finalista valorando si se contribuye o no al debate público al margen de la función desempeñada, ya que esta opción parece ir más en la lógica de la deriva tecnológica en el contexto de la sociedad de la información. Entiendo que ésta es la inercia que permitirá la consolidación del acceso a la información pública precisamente como un derecho reconocido a favor de todas las personas sin distinción del estatus formal del solicitante. 4) Que la información esté lista y disponible. Éste es el último requisito para valorar la conexión entre el acceso a la información y la libertad de información del art. 10 CEDH y se traduce en que el acceso a la información no exija una acción previa de reelaboración o recopilación sino que esté ya lista.

Bajo estos parámetros, el TEDH visualiza el derecho de acceso a la información pública en clave del derecho a la libertad de comunicar y recibir información consagrado en el art. 10 CEDH.

Llegados a este punto puede concluirse claramente que no existe correspondencia entre la configuración que adquiere el derecho en sede internacional y la que tiene en el ámbito interno puesto que, como se deriva del anclaje efectuado por el legislador en el art. 105.b) CE, el derecho de acceso a la información pública se ha configurado en España como un derecho de carácter legal (desvinculado de la libertad de información) en virtud de la LTAIBG. No obstante, que no se haya apreciado su conexión con este derecho fundamental a la hora de configurar la naturaleza jurídica del derecho no significa que no ostente una clara relación de instrumentalidad con él (al igual que se ha reconocido por la jurisprudencia constitucional su instrumentalidad con otros derechos fundamentales como son la participación política del art. 23 CE o la tutela judicial efectiva, art. 24 CE).

En la tesis he tratado de justificar la vinculación nuclear que existe entre el acceso a la información pública y la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE a partir de una revisión sobre el contenido de las libertades comunicativas, especialmente sobre la modalidad de la libertad de recibir información, atendiendo al contexto digital. Al respecto se valora que las premisas básicas sobre las que se ha construido la libertad de información han estado determinadas por el contexto analógico en el que los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio y televisión) tenían el protagonismo esencial en el proceso comunicativo. Ello se observa de la propia sistemática del precepto que protege no cualquier tipo de información sino la información veraz y de interés público, tutelando además cláusulas exclusivamente predicables de los profesionales de la información como son la cláusula de conciencia y el secreto profesional. Todo ello ha llevado a una cierta visión de las libertades comunicativas pautada por la atribución del rol activo de la comunicación especialmente a favor de los profesionales de la información. De esta forma, ha existido una tendencia a posicionar la libertad de comunicar la información como protagonista frente a la dimensión pasiva y/o receptora de la información en la que tradicionalmente se ha situado a la ciudadanía como consumidor de la información.

Sin embargo, se observa que con el desarrollo de la tecnología y la sociedad de la información se ha producido un salto cualitativo en la órbita de las relaciones interpersonales y, en definitiva, en la forma en que se ejercen las libertades comunicativas. Las pautas comunicativas en el contexto digital son distintas a las propias del contexto analógico y en esta línea se justifica la necesaria revisión y relectura del contenido esencial de este derecho para que siga siendo eficaz en el contexto actual en que se ejerce y se aplica.

En la tesis la necesidad de dicha relectura se ha plasmado en base a: 1) La dificultad de mantener activos parámetros como la veracidad de la información, que tradicionalmente han sido requisito *sine qua non* para la protección constitucional de las libertades comunicativas y que hoy plantean dificultades a través de una multitud de fenómenos desarrollados en el marco de la sociedad digital globalizada, como la desinformación, fake news, manipulación y control de contenido en internet, entre otros. 2) La concurrencia de nuevas pautas de comportamiento donde los sujetos típicamente activos y pasivos de la comunicación han cambiado. Por un lado, los profesionales de la información ya no son los únicos protagonistas en la transmisión de información. Con el uso de las redes sociales, la ciudadanía ya no se identifica con el rol pasivo receptor de la información que le ha estado destinado durante mucho, ya que hoy las personas individualmente y, desde una perspectiva finalista, también pueden ejercer una función de *watchdog* público difundiendo información, o reclamarla desde una posición receptora actualizada. 3) El medio para difundir y recibir la información también ha cambiado, ya que el debate público ha dejado de monopolizarse por los medios tradicionales de la comunicación para dar el salto en gran parte a las redes sociales. Con ello acontece un proceso de cambio y de desdibujamiento entre el espacio público y el privado que no siempre resulta fácil de distinguir. Este aspecto se advierte críticamente en tesis en alusión a la STC 27/2020, de 24 de febrero, donde el TC rechaza la consideración del entorno digital como espacio público. En la investigación justifico que esta visión clásica del TC resulta discutible puesto que es importante tener en cuenta que aunque las plataformas digitales sean empresas privadas, en la práctica se han convertido en foros y espacios abiertos para el debate y la conformación de la opinión pública.

Con todo eso subrayo en la tesis la insostenibilidad dogmática que supone conceptualizar la recepción de la información como mera obtención pasiva de la información. En este sentido, resulta necesario invertir la posición protagonista del sujeto activo de la comunicación, reforzando la posición receptora del sujeto pasivo, esto es, admitiendo el acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información, con la finalidad de adecuar el contenido esencial de la libertad de información al contexto actual.

Aquí se abre una pregunta esencial en la investigación cual es la de si el derecho de acceso a la información pública debe considerarse una manifestación de la libertad de información. Atendiendo al estado de la cuestión la respuesta es negativa porque el derecho de acceso a la información se configura en España

como un derecho de carácter legal con base en el art. 105 CE. No obstante, la naturaleza jurídica de este derecho no es pacífica a nivel doctrinal y así lo refleja en la tesis exponiendo las distintas posiciones doctrinales, a favor y en contra, de su iusfundamentalidad.

Por otro lado, se profundiza en la tesis sobre la posición han tenido el TS y el TC respecto a la naturaleza del derecho. En particular, por lo que respecta a este último y por el momento, la jurisprudencia del TC no se ha visto compelida por el desarrollo interpretativo efectuado en sede internacional ya que no ha habido un reconocimiento constitucional expreso a favor de esta dimensión de la libertad de recibir información. No obstante, existe un importante precedente que no se está teniendo en cuenta por dichos tribunales y que radica en la jurisprudencia evolutiva del TEDH en esta materia. En este sentido, cuestiono que el TC siga manteniendo la visión analógica y clásica construida sobre el art. 20 CE sin efectuar una relectura de este en el contexto de la sociedad digital actual. No obstante, aunque la postura del TC me parezca cuestionable no es sorprendente ni ilógica teniendo en cuenta su interpretación restrictiva sobre las posibilidades que brinda el art. 10.2 CE en torno a la interpretación evolutiva de los derechos.

En este punto efectúo en la tesis una aproximación en torno a la posición del TC sobre las posibilidades (integracionistas o de límite) que ha efectuado sobre el art. 10.2 CE. Al respecto suscribo en la tesis que el TC se ha mostrado ambivalente, habiendo casos donde destaca la adaptabilidad de los derechos por parte del TC al haberse sumado a la interpretación evolutiva de los derechos para acoger nuevas dimensiones o, incluso, derechos no reconocidos expresamente en la Constitución: (tal sería el caso del derecho fundamental a la protección de datos inferido del art. 18.4 CE; la asistencia jurídica gratuita del art. 119 CE como manifestación de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en caso de falta de medios económicos; o el caso de la protección acústica frente al ruido como una manifestación que acoge el TC atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, enmarcándolo en el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE). Sin embargo, también existen otros supuestos de interpretación restrictiva del art. 10.2 CE donde el TC despliega las limitaciones que ha desarrollado sobre el precepto. Cabe citar aquí como ejemplo el caso de la reagrupación familiar como derecho del inmigrante a la vida en familia pues, pese a ser una manifestación contemplada por el TEDH en el marco del respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, el TC sostuvo en este caso que los TI no son canon de validez de las normas internas y, por tanto, dispone taxativamente que aunque en el ámbito internacional exista tal derecho no es un derecho contemplado en nuestra CE.

Estos ejemplos se exponen en la tesis para justificar que, en el caso del derecho de acceso a la información, nos encontramos frente a un derecho de configuración legal, *ex art. 105.b)* que puede y debe instrumentalizarse con el art. 20.1.d) en línea con la interpretación evolutiva de éste último, pues no resulta posible concebirlo de otra forma distinta a la que se ha hecho en el ámbito internacional.

No obstante, todo dependerá de la visión integracionista o de límite que el en caso concreto otorgue el TC al art. 10.2 CE.

IV. TESIS DEFENDIDA

Tras la síntesis de las consideraciones claves de la tesis, procedo a exponer brevemente la tesis que defiendo por considerarla la más fundamentada, así como la vía para su articulación en nuestro ordenamiento jurídico:

Tras todo lo expuesto en páginas anteriores, evidentemente habría que partir del art. 10.2 CE como referente para trasladar los avances desarrollados en el ámbito internacional al ordenamiento español. En esta línea, las limitaciones que el TC ha derivado en su doctrina del art. 10.2 CE no deberían suponer un problema en la medida en que no se trata de crear un nuevo derecho sino de actualizar una dimensión desfasada de la libertad de información en el contexto de la sociedad digital. Dicha dimensión se manifiesta claramente en la libertad de recibir información del art. 20.1.d) CE. La iusfundamentalidad del derecho de acceso a la información que defiendo no le viene dada por el art. 10.2 CE sino por el vínculo entre el art. 105 y 20 CE interpretados eso sí conforme al art. 10.2 CE.

Hay que recordar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la instrumentalidad del acceso a la información con otros derechos fundamentales como la participación política del art. 23 CE y la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y ello se ha articulado a través de la Disposición Adicional 1ª LTAIBG (en adelante DA1ª) que prevé la supletoriedad de la ley de transparencia cuando concurra con ella un régimen especial de acceso a la información, (como ha sido el caso del derecho de acceso a la información pública como instrumental para el ejercicio del *ius in officium* de los representantes políticos y sindicales).

Para articular la tesis defendida sobre el derecho de acceso a la información como una manifestación del art. 20.1.d) CE acudo en la tesis a la referida DA1ª para analizar los casos en los que el derecho de acceso haya de considerarse como iusfundamental, sin resultar incompatible con la ley de transparencia. En este sentido he planteado en la tesis si la iusfundamentalidad del derecho se despliega o debe desplegarse en todo caso, con carácter general, o si debe ajustarse a una serie de supuestos. He defendido esta segunda opción.

A tenor de la referida DA1ª podemos distinguir entre un derecho de acceso general ordinario que quedará protegido en todo caso por las prescripciones de la LTAIBG y, otro cualificado, que resulta de un derecho de acceso a la información “especial” por ser instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Al margen de concretas vinculaciones entre el acceso a la información y el ejercicio de otros derechos que sí cuentan con regulaciones especiales de acceso a la información (como es el caso de los representantes políticos o sindicales), lo

que he tratado de justificar en la investigación es su instrumentalidad nuclear con la libertad de información; y ello con independencia de que incluso en este caso no exista un régimen especial aplicable capaz de desplazar la aplicación de la ley de transparencia (como sí sucede por ejemplo para el caso de los representantes políticos).

Que no exista un régimen especial aplicable al caso de la libertad de información no significa que pueda banalizarse su iusfundamentalidad bajo las prescripciones ordinarias de la ley. Precisamente por tratarse de un derecho fundamental deberá respetarse su contenido esencial, además, al vincular a los poderes públicos de manera directa, su efectividad no puede depender de que exista o no ley que lo desarrolle.

De esta forma apelo en la tesis al art. 53 CE como base constitucional a la que habría que acudir para garantizar de manera efectiva el acceso a la información como manifestación de la libertad de información. No obstante, para concluir planteo en la investigación cuándo se da esa instrumentalidad ¿Siempre y a favor de todas las personas?

La respuesta que considero más idónea para advertir la esencia democrática del acceso a la información pero sin llegar a banalizar su iusfundamentalidad es la de considerarlo como derecho fundamental a favor de todas las personas (por tanto al margen del rol formal que ejerza el sujeto), pero no en todo caso sino cuando se cumplan las condiciones desarrolladas por el TEDH. Esto es, finalidad de la solicitud, interés público de la información, rol del solicitante y que la información esté lista y disponible. De esta forma, es posible la aplicación de la LTAIBG como régimen general aplicable en la materia, reduciendo la esfera de casos en los que deberá considerarse un derecho fundamental por su conexión con la libertad de información, atendiendo a los requisitos del test de iusfundamentalidad del TEDH.

A excepción del requisito del rol del solicitante, que no comparto del todo, considero que dichos elementos del test esbozan una imagen fidedigna de la esencia democrática de este derecho que han de llevar a su iusfundamentalidad. Caso en el que además de quedar protegido como una manifestación instrumental de la libertad de información entiendo que debería beneficiarse de la especial posición preferente que el TC ha desplegado en su doctrina a favor de las libertades comunicativas a efectos de ponderación. No olvidemos que este derecho consta de una dimensión objetiva claramente orientada a la formación democrática de la opinión pública libre y, en definitiva, a la consecución de sociedades abiertas a la sana crítica.

Esta tesis que resumidamente he presentado fue defendida el 20 de julio de 2022 ante un tribunal compuesto por los profesores: Francisco Balaguer Callejón (Universidad de Granada), Rainer Arnold (Universidad de Regensburg), Alberto López Basaguren (Universidad del País Vasco), Cristina Elías Méndez (UNED) y Adoración Galera Victoria (Universidad de Granada).

Sin duda la realización de este proyecto de investigación ha sido posible gracias a la guía contante de mis directores de tesis y al apoyo de las compañeras y compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Agradecida hoy también porque los resultados obtenidos se hayan publicado recientemente (2023) en forma de monografía en la Editorial Thomson Reuters Aranzadi bajo el título “Transparencia y derecho de acceso a la información pública: Configuración y naturaleza constitucional”.
