

11

De la Libertad de Expresión al Derecho de Acceso a la Información Pública

*From the Freedom of Speech to the Right of Access to
Public Information*

Dr. Manuel Sánchez de Diego

Facultad de Ciencias de Información.

Universidad Complutense de Madrid

Resumen / Abstract

A partir de la idea que es posible y necesaria, la creación de nuevos derechos fundamentales o la reconfiguración de los existentes para adaptarse a las nuevas exigencias de la Sociedad de la Información, se defiende la existencia de un derecho de acceso a la información pública.

El catálogo de derechos fundamentales no está cerrado, ni es estático. El punto de partida de este nuevo derecho fundamental lo encontramos en el derecho a la información que es por sí mismo una derivación de la libertad de expresión. Como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional español, este derecho es esencial para que exista una opinión pública libre, imprescindible en un sistema democrático.

Tal y como se hizo con el derecho a la protección de datos, el desarrollo del derecho de acceso a la información pública deberá realizarse por medio de una Ley Orgánica. Es una necesidad perentoria, no solo para cumplir los compromisos electorales, también por exigencias internacionales ya que España es el único país de la Unión Europea que con más de 1 millón de habitantes no tiene una ley de acceso a la información pública.

La Coalición Pro-Acceso (www.proacceso.org) defiende 9 principios como punto de partida para elaborar dicha norma. Esos puntos se han redactado a partir de la normativa de otros países los tratados internacionales (Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos hecho en Tromsø, Noruega, el 18.VI.2009) y los principios creados por otras instituciones y organizaciones internacionales (TEDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos...). En definitiva, porque todos tenemos derecho a saber.

Starting from the idea that the creation of new fundamental rights or the reconfiguration of pre-existing rights in order to adapt them to the new demands of the Information Society is possible and necessary, it is argued that a right of access to public information should exist.

The catalogue of fundamental rights is not closed, nor static. The starting point for this new fundamental right is to be found in the information right which itself derives from the freedom of speech. As repeatedly stated by the Spanish Constitutional Court, this right is essential for a free public opinion to exist, which itself constitutes something indispensable in a democratic system.

As done with the data protection right, the development of the right of access to public information should be implemented through an Organic Law. This is compulsory, not only to keep election promises, but also to abide by international demands, as Spain is the only country of the European Union with more than 1 million inhabitants without a proper law of access to public information.

The Alliance Pro-Acceso (www.proacceso.org) defends 9 principles as the starting point to elaborate such law. Those points have been inspired by regulations from other countries, international treaties (Council of Europe Convention on Access to Official Documents done at Tromsø, Norway, June the 18th, 2009), and principles created by other institutions and international organisations (ECHR, Inter-American Court of Human Rights...). In short, because we all have the right to know.

Palabras clave / Keywords

Libertad de expresión, derecho de acceso a la información, derechos fundamentales, sociedad de la información.

Freedom of speech, right of access to public information, information society.

1. De los derechos humanos y fundamentales

1. 1. Libertad e igualdad, componentes esenciales

Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, libertades públicas, libertades fundamentales, derechos naturales, derechos ciudadanos... son algunas de las expresiones que vienen a referirse a un mismo objeto, ciertamente aportando matices importantes. No es el momento de exponer las diferencias entre dichas expresiones y sí de buscar 'el máximo común divisor' que encontramos en la dignidad de persona, como "principio fundamental de referencia *Auffangs-grundprinzip*, en terminología alemana- fundamento, o razón de ser; de los derechos y libertades recogidos en la Constitución" (Sánchez González, 2004: 24). Principio que se manifiesta en la igualdad y libertad de las personas, como elementos esenciales de del desenvolvimiento personal y social. La combinación de libertad e igualdad proyectada sobre las facetas de la vida da lugar a diferentes derechos. En algunos, el componente esencial será la libertad; en otros, la igualdad. La libertad de expresión y la libertad de información son inicialmente conceptualizados como derechos de libertad, derechos de inmediato disfrute que no nece-

sitan un reconocimiento expreso o formal por parte de la Administración, dado que, por su configuración constitucional, sólo necesitan para su ejercicio, que no existan trabas administrativas, es decir, "no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos" (Serrano Maíllo, 2006: 272).

Sin embargo, es posible apreciar como determinados derechos esencialmente propios de la libertad que con el tiempo van trasmutando o generando otro, en donde la igualdad aparece como elemento predominante, con todo lo que ello supone de carga para el Estado y de transformación de un derecho de libertad en un derecho de prestación. Así lo apuntábamos hace tiempo:

Derechos que tradicionalmente ha sido definidos como derechos de libertad, hoy en día se configuran como derechos de prestación. Pensemos que la libertad de expresión, derecho tradicionalmente de libertad, adquiere matices de prestación cuando se habla del acceso de los grupos sociales significativos a los medios de comunicación públicos. (Sánchez de Diego, 1992: 51)

Y esta evolución afecta al mismo concepto de Estado ya que "los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho) o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho)" (Pérez Luño, 1995: 20).

1. 2. Constitucionalización de los derechos

La norma fundamental de un Estado en relación con los derechos humanos aporta diferentes perspectivas. Por un lado, cuando un derecho se recoge en el texto fundamental adquiere el carácter de derecho constitucional, con independencia del lugar en donde se ubica. Tal sería el caso del derecho a acceder a los archivos y registros administrativos del artículo 105 b de la Constitución Española (CE) que no se encuentra en el Título Primero, *De los derechos y deberes fundamentales*, sino en el Título IV, *Del Gobierno y la Administración*. Esto supone en mayor o menor medida una protección y una referencia para todo el ordenamiento jurídico del Estado.

Además, "la constitución del Estado democrático de derecho es una norma entre cuyas funciones está la de crear espacios públicos de confrontación. Y lo hace a través, especialmente, de los derechos fundamentales, el sistema de partidos y la institución parlamentaria" (Villaverde, 2007: 21). Esto es, los derechos consti-

tucionales son uno de los factores que vienen a delimitar el campo de juego político y social, lugar de confrontación. Nos atrevemos a apuntar que ese espacio también lo es de encuentro.

Indudablemente si derecho se ubica dentro de la parte de la Constitución dedicada a los derechos especialmente protegidos forma parte del catálogo de los que recibe una mayor protección. Los 'derechos fundamentales' son exclusivamente aquellos que gozan de mayor protección en la Constitución Española, así lo expresa CruzVillalón cuando dice:

La tesis que aquí se sostiene es la de que 'derechos fundamentales' en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de su significado más restringido en el artículo 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma. En otras palabras: nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38. (CruzVillalón, 1989: 39)

Según esta idea para que un derecho sea fundamental ha de encontrarse recogido en la Constitución dentro del apartado dedicado a los derechos fundamentales y con la máxima protección constitucional. La protección que otorga el artículo 53 en relación con el 81 de la CE es triple: desarrollo mediante Ley Orgánica que respete su contenido esencial, protección ante la justicia ordinaria mediante un procedimiento preferente y sumario y, en último término, posibilidad de amparo constitucional.

1. 3. ¿Faltan o sobran derechos en la Constitución?

La identificación de los derechos fundamentales solo por su reconocimiento en un texto constitucional puede entrar en crisis por exceso y por defecto.

Por exceso, porque se consideran que muchos derechos fundamentales no son tales, aunque aparezcan en la Constitución.

La creación 'ad libitum' de series de derechos se ha realizado sin preocuparse de que... el derecho fundamental no puede ampliar su marco conceptual con cualquier otra idea, venga ésta formulada como exigencia, demanda, deseo, reivindicación o pretensión, sin que se vea alterada su esencia; sobre todo si se legaliza o normativiza. Pero el número de derechos fundamentales se ha multiplicado legalmente... Muchos de esos nuevos 'derechos' comparten una característica común: son, en realidad carencias de ciertos bienes, que se consideran precisos para conservación de la vida humana, o para su mejora... Son, hablando con propiedad y rigor, nece-

sidades que, por el ferviente deseo de que sean satisfechas calificamos erróneamente de derechos fundamentales o de derechos humanos. (Sánchez González, 2006: 17-18)

En cierto sentido este enfoque nos recuerda la reconducción que Hayek hace del concepto de libertad a “un significado preciso y que describa una cosa y solo una cosa: un estado apetecible por razones diferentes de aquellas que nos hacen desear otras cosas también denominadas ‘libertad’”. Esta premisa le lleva a rechazar otros conceptos de libertad, tales como libertad política, libertad interior, libertad entendida como poder e, incluso, la identificación de libertad con “conceptos inmensurables” tales como riqueza, o posibilidades físicas (Hayek, 1975: 33-40). Pero precisamente eso es predicable de las libertades públicas o de los derechos fundamentales de libertad y es más dudoso cuando nos referimos a derechos de prestación. “Los derechos de prestación son derechos a acciones positivas del Estado” (Carmona, 2006: 176), precisamente estas vienen a paliar necesidades inmediatas y perentorias. Si el legislador entiende que garantiza esa prestación elevando a rango de derecho fundamental ello puede suponer una redefinición del concepto de derecho fundamental.

Quizás la observación del profesor Sánchez González pueda orientarnos cuando señala “el derecho al trabajo de los condenados a pena de prisión” del artículo 25.2 CE. Derecho de aplicación progresiva “cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la administración en cada momento, no pudiendo permitirse su total exigencia de forma inmediata” (Sentencia TC 172/89). Derecho que como observa el profesor Sánchez González se contrapone con “el deber de trabajar... y el derecho al trabajo” de todos los ciudadanos (artículo 35 CE) que se encuentra fuera de los derechos fundamentales especialmente protegidos. Contrapunto que se establece en virtud de las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque la protección del derecho al trabajo es mayor en el caso de los reclusos que los ciudadanos normales que no pueden ampararse constitucionalmente. En segundo lugar, porque el recluso no tiene el “deber de trabajar” como el resto de los mortales. Posiblemente sea necesario una reconducción del tema a sus justos términos, en el sentido que ese ‘derecho al trabajo de los reclusos’ no es tal, si no se contempla dentro del precepto en el que se encuentra: la pena en su naturaleza de rehabilitación y, por tanto, lo importante es la interdicción al trabajo forzado, ya que la ausencia de libertad del condenado a pena de prisión le hace a la hora trabajar encontrarse en una situación muy diferente que la del hombre libre.

Por defecto, en tanto que como dice la Enmienda Novena de la Constitución de los Estados Unidos: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos de-

rechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo". Quizás este principio sea más difícil de asimilar en un sistema continental del derecho o desde la perspectiva del iuspositivismo: pues solo es Derecho aquello que el legislador ha definido como tal, no lo que el Juez dice que es Derecho. Cuando nos encontramos una Constitución tan sumamente rígida como la española es muy difícil que la evolución social, política y económica que presiona para introducir nuevos derechos o adaptar los existentes no encuentre otros caminos o vías. Aunque si hay que ser sinceros, en nuestro país ello se debe más que a necesidades sociales, políticas o económicas a requerimientos internacionales, tanto para armonizar el derecho europeo como para cumplir los tratados internacionales que firma España. En todo caso, deben de arbitrarse mecanismos que permitan la incorporación de nuevos derechos humanos al ordenamiento jurídico, otorgándoles la categoría de derechos fundamentales.

Sirva esto como referencia a la hora de incluir nuevos derechos fundamentales, para lo cual es necesario ser estrictos al analizar su estructura, funcionamiento y naturaleza. Esto puede contemplarse también como una cuestión empírica -la necesidad de ese nuevo derecho fundamental o de esa nueva variante del derecho- que va a permitir posicionarse -cuestión analítica- al ciudadano frente a los poderes públicos y el resto de sus congéneres y, por último, como ha de instrumentalizarse como derecho subjetivo -como dogmática jurídica- todo ello desde la perspectiva presentada por Alexy (1993).

1. 4. Internacionalización de los derechos fundamentales

En una sociedad globalizada los ordenamientos jurídicos nacionales han dejado de estar aislados para conectarse con otros ordenamientos y supeditarse a la normativa internacional a la que los Estados han consentido en obligarse. En materia de derechos fundamentales es especialmente importante hasta el punto de relativizar la soberanía de los Estados:

En el Derecho Internacional contemporáneo es posible reconocer una tensión entre dos de sus principios estructurales: la soberanía de los Estados, de un lado, y el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos, de otro. Ambos principios coexisten y se condicionan recíprocamente, ya que la aceptación a nivel internacional de los derechos humanos no ha desplazado ni eliminado la soberanía de los Estados, aunque sí la ha relativizado. (García San José. 2001: 17)

La firma de convenios internacionales con independencia de su denominación: acuerdo, convención, convenio, carta, estatuto, compromiso, protocolo...- sobre

derechos humanos ha sido una constante por parte de los estados en el último siglo. De ellos, podemos diferenciar aquellos tratados particulares que tienen por objeto algún tipo de derecho concreto protección de datos, seguridad de la vida humana en el mar... o a sujetos específicos menores, mujeres, extranjeros... - de los generales que vienen a establecer un catálogo general.

De los generales debemos citar tres fundamentales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (París, 10 de diciembre de 1948) con un valor programático a nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) y el Convenio [Europeo] para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDH) (Roma, 4 de noviembre de 1950) que bajo la vigilancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos compromete a los 47 países miembros del Consejo de Europa (<http://www.coe.int/>).

El valor de los tratados internacionales en España se ha revalorizado ya que el párrafo 2º del artículo 10 CE -"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"- viene a otorgarle a la DUDH un valor interpretativo de los derechos recogidos en la CE. Este precepto debemos completarlo con el párrafo 1º del artículo 96:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Así pues, los tratados internacionales firmados, ratificados y publicados en España forman parte del ordenamiento jurídico español con una rigidez superior a las Leyes. Si son tratados internacionales sobre derechos humanos tienen además un valor interpretativo que deberá ser tenido en cuenta por el propio Tribunal Constitucional. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sólo vincula al estado español, sino que además sirve de guía en la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales en nuestro país -como así es.

Una última referencia a un tema que por sí exigiría varias monografías:

La Constitución común europea tiene como presupuesto la existencia de una cultura constitucional común a los países que integran la UE" incluso rebasando "el

ámbito de la UE, para aspirar a ser un Derecho público común a todos los Estados que conforman la Europa cultural. (Pérez Luño, 2010: 44)

Así pues hay que hablar de una integración del ordenamiento constitucional en un ordenamiento supranacional europeo.

1. 5. Las generaciones de derechos fundamentales

La evolución política desde la aparición del estado como sistema político que surge en el Renacimiento hasta nuestros días va a suponer el reconocimiento de diferentes tipos de derechos. Es lo que se denomina las generaciones de derechos (Carmona Cuenca, 2006: 174-175): los derechos de primera generación corresponden a los derechos civiles y políticos, derechos reivindicados durante las revoluciones liberales burguesas de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX en Europa occidental y Norteamérica e incorporados a las primeras Constituciones liberales. Entre estos derechos se puede citar el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la libertad y seguridad, a la libertad de prensa...

Los derechos de segunda generación o derechos económicos y sociales tienen su origen en las reivindicaciones de los trabajadores y las presiones de los partidos socialistas y comunistas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, fundamentalmente, en Europa. Su reconocimiento constitucional se produjo por primera vez en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de Weimar de 1919; proliferando después de la Segunda Guerra Mundial su incorporación a los textos constitucionales. El derecho al trabajo, a la educación y a la seguridad social se reconocen conjuntamente con el derecho de huelga y la libertad sindical.

La diferencia entre las dos generaciones de derechos es fácil:

Mientras en la primera generación los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos nada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos. (Pérez Luño, 1991: 205)

Cuando hablamos de derechos de tercera generación nos referimos a un conjunto heterogéneo de nuevos derechos cuya reivindicación es reciente y está relacionada con los cambios sociales y tecnológicos de la sociedad de nuestros días:

el derecho al medio ambiente, el derecho a la protección de datos o el derecho a la paz (Carmona Cuenca, 2006: 175). Más concretamente, “los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada ‘contaminación de las libertades’ (*liberties pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías” (Pérez Luño, 1991: 206). En este punto la doctrina ya ha llegado a distinguir entre tercera y cuarta generación (Álvarez Conde & Tur Ausina, 2007: 236-247): la tercera correspondería a derechos de solidaridad que corresponde a aspiraciones globales de paz, desarrollo y medio ambiente; la cuarta tendría por objeto aquellos derechos ‘frente a las nuevas tecnologías’ que van a suponer redefinir el status jurídico de la persona a la luz de los avances tecnológicos. A esta última categoría pertenecerían el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceder a la información pública.

Entendemos que más que la erosión de los derechos fundamentales se trata de agresiones a la persona y a los grupos en que se integra. Pero también se puede formular en positivo esta cuarta generación de derechos fundamentales: se trata de participar en los beneficios de las nuevas tecnologías.

1. 6. Derechos fundamentales dinámicos y catálogo abierto

El profesor Desantes Guanter ya decía que

el elenco de derechos humanos ha de ser necesariamente abierto. Las Declaraciones, Pactos, Convenciones, Tratados, Constituciones, normas legislativas, van estableciendo cuadros de derechos reconocidos; pero no es posible considerarlos como numerus clausus. Por muy extensa que resulte su relación, siempre se advertirá alguno nuevo en cuanto surja una nueva necesidad o posibilidades humanas; o por una simple modulación de los ya existentes. La doctrina, la jurisprudencia, los usos sociales, irán decantando sucesivamente derechos y esculpiendo sus perfiles. Las mismas normas legales, aun cuando no se lo propongan y no los nominen, dejan implícitos algunos de estos derechos en la retícula de sus textos. (Desantes. 1987: 17)

Por nuestra parte, ya hemos sostenido que “el catálogo de derechos fundamentales no está ni cerrado, ni es estático” (Sánchez de Diego, 2008: 32). No está cerrado porque es susceptible de nuevas incorporaciones y no es estático porque los derechos fundamentales evolucionan con el tiempo y el espacio.

Ese catálogo puede venir referido al texto constitucional, a tratados internacionales o, a derechos humanos pero, en todo caso se puede “entender que los derechos desarrollan una función inspiradora del ordenamiento jurídico tanto en su aspecto de creación legislativa, o normativa en sentido extenso, como en su aspecto de creación judicial que podría reducirse a alguna de las diferentes acepciones que admite la expresión ‘principios generales del Derecho’” (Ara Pinilla, 1990: 35-36). Esta idea concuerda con la redacción de muchos de los preceptos constitucionales que ‘reconocen’ (20, 21, 22, 27, 28.2) o ‘garantizan’ (16, 18) derechos fundamentales. Esto es, no se ‘otorgan’ o ‘crean’ en el texto constitucional, idea que permite defender la existencia y la evolución de derechos al margen de su reconocimiento constitucional.

1. 7. Nueva sociedad

Vivimos el desarrollo de una sociedad ‘distinta’ en la que ha cambiado, desde el ámbito de lo privado, la familia tradicional, hasta lo público, las relaciones intersociales. Desde el matrimonio del mismo sexo hasta la implantación de Internet. La formalización de los negocios, los instrumentos culturales, los medios de comunicación de masas y las relaciones de trabajo, son diferentes. Todo sin contar con el fenómeno propio de la globalización es decir la inmigración, que ha venido a modificar el sistema de convivencia. Sin embargo, el sistema democrático no ha avanzado nada. Continuamos en una democracia formal, la misma que había en Europa hace 50 años, o en España hace 27. (González Ballesteros, 2006: 16)

Podemos añadir que este anquilosamiento del sistema produce desencanto o apatía en los ciudadanos. Creemos que una de las formas para actualizar la democracia a la nueva situación es introducir nuevos mecanismos de participación de los ciudadanos en la cosa pública. Pensemos que la existencia de una opinión pública libre es esencial en un sistema democrático. Precisamente por ello, hay que fomentar la opinión pública libre y la participación del ciudadano mediante una auténtica libertad de información. Y para poder decidir es necesario conocer. Los poderes públicos son depositarios de un gran volumen de información. Información que no pertenece a los funcionarios, ni a los líderes políticos, se trata de algo que es res publica que es de todos.

En la actualidad, la tecnología nos permite almacenar de forma correcta la información y, lo que es más importante, recuperarla rápidamente. Los sistemas de gestión administrativa se realizan ya mediante procedimientos digitales. Quizás el mayor problema se encuentra en el necesario cambio de mentalidad dentro de las administraciones para que la ventanilla no sea un obstáculo al ciudadano, sino la vía de participación.

A una nueva sociedad o una nueva realidad debería corresponder un nuevo Estado o, al menos, una adaptación del Estado. Precisamente los nuevos derechos fundamentales vienen a configurar un nuevo modelo de Estado, más participativo, al servicio del ciudadano en relación con las nuevas tecnologías, más respetuoso con el desarrollo integral de la persona. Por ello señalamos que los nuevos derechos fundamentales uno de los factores de ese cambio.

1. 8. La integración en el ordenamiento constitucional de nuevos derechos fundamentales

Defendemos la necesidad de incorporar al texto constitucional los nuevos derechos fundamentales, o las nuevas facetas de los tradicionales. Sin embargo, su integración en el ordenamiento constitucional puede realizarse de diferentes formas o técnicas como dice Enrique Álvarez Conde:

La ampliación de los derechos fundamentales puede realizarse a través de diferentes técnicas. Así, por un lado, nos encontramos con la constitucionalización de los 'nuevos derechos', tal y como han hecho las Constituciones recientemente promulgadas, entre ellas la portuguesa y la española. Por otro lado, también se puede proceder a dicha ampliación a través de la ratificación de los correspondientes Tratados y Convenios internacionales, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución. Y, finalmente, asimismo es posible proceder por vía interpretativa. Son los llamados derechos fundamentales de configuración jurisprudencial... este constante proceso de ampliación, que, en puridad, conduciría a hablar siempre de nuevas generaciones de derechos y libertades, no es sino una manifestación de la función transformadora de los derechos fundamentales y de las potencialidades ínsitas en todo texto constitucional democrático. (Álvarez Conde, 1992: 249).

La dificultad la encontramos en la incorporación a la Constitución española de nuevos derechos fundamentales pues se precisa la reforma prevista en el artículo 168. Dicha reforma supone la aprobación del principio de la reforma por 2/3 de los miembros de cada Cámara; la disolución de Las Cortes Españolas; la celebración de elecciones generales; la aprobación del nuevo texto constitucional por 2/3 y, finalmente la celebración de un referéndum. Con todo este proceso no es extraño que nunca se haya empleado desde 1978. La Constitución Española solo se ha modificado en el año 1992 empleando el cauce del artículo 167 CE para posibilitar que los extranjeros puedan ser elegidos en las elecciones municipales. Tal modificación vino impuesta para adecuar nuestro texto constitucional al Tratado de Maastrich.

Los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia constitucional van a configurar los derechos fundamentales sin necesidad de una reforma constitucional.

A las tres técnicas de incorporación de nuevos derechos fundamentales al ordenamiento constitucional a las que alude Álvarez Conde (1992) -reforma constitucional, ratificación de tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional- es posible añadir la propia de la técnica legislativa. Esto es, el desarrollo del precepto constitucional por medio de una norma aprobada por el Poder Legislativo. Este es el caso del desarrollo del artículo 18.4 CE por la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD) vigente hasta el 14 de enero de 2000 que fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales.

1. 9. El nuevo derecho fundamental a la protección de datos

El párrafo 4º del artículo 18 de la CE es sumamente impreciso: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y pleno ejercicio de sus derechos”. Dicha redacción no configura ningún derecho a la protección de datos, cosa que si ocurre por ejemplo en el artículo 35 de la Constitución Portuguesa.

De la redacción del citado 18.4 es imposible determinar su contenido esencial, las facultades que los integran o que lo hacen reconocible como tal. La indefinición de este derecho en sus inicios era tal que no tenía un nombre aceptado por la doctrina (Sánchez de Diego, 1999: 41) Será necesaria la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos personales (LORTAD) para que se fije su contenido esencial y las facultades que lo integran derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación. El sistema de protección que se crea tiene como elemento esencial una autoridad independiente: la Agencia de Protección de Datos.

La aprobación de la LORTAD no se produce para satisfacer una demanda social, sino para cumplir con compromisos internacionales. Así lo dijimos en su momento:

El porqué se legisla en ese momento y no antes parece, que obedece más a la necesidad de adecuar nuestra normativa a la propia de los países comunitarios... La posibilidad de transmisión de datos más allá de las fronteras, el llamado flujo transfronterizo de datos, es en última instancia la causa de la [LORTAD]...A nivel internacional comenzando por el artículo 12 del mencionado Convenio Europeo nú-

mero 108- se exige para el libre flujo transfronterizo de datos que el país de destino cuente con un sistema de protección de datos equivalente a ese país de origen. (Sánchez de Diego, 1993: 114-115)

España si quería estar dentro de Europa necesitaba tener un sistema de protección de los datos personales similar al de los países de nuestro entorno.

En el año 1999 la LORTAD fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales (LOPD) que fijó su competencia sobre “los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos” (art. 2.1 LOPD) lo que supone una ampliación del objeto sobre los ficheros automatizados a los que se refería la LORTAD en su también artículo 2.1. Además en la nueva ley aparece ya la facultad o derecho de oposición, que configura con los derechos de Acceso, Rectificación y Cancelación lo que se ha dado en llamar las facultades ARCO.

En definitiva, se ha configurado un derecho fundamental a partir de un anclaje constitucional -el párrafo 4º del artículo 18, por medio de una norma con rango de Ley Orgánica -primero la LORTAD y después la LOPD- sobre la que tiene gran influencia la normativa internacional -en particular el Convenio 108- y la doctrina jurídica.

2. El derecho a una comunicación pública libre

Ya hemos señalado la fluctuante denominación de éste derecho: libertad de palabra, de imprenta, de prensa, de opinión, de información... pero “con independencia de cuál sea la expresión que se emplee, todas ellas se están refiriendo a la protección jurídica del proceso de comunicación. Esto es, el derecho de las personas a emitir mensajes por diferentes canales y el derecho a recibirlos” (Sánchez de Diego, 2009: 78). Con ello nos apuntamos a una tesis unificadora en palabras de Carmona Salgado (1991: 7-14) y, en cierto sentido, superadora y, por tanto, a contracorriente de la doctrina del Tribunal Constitucional que hace residir la diferencia entre los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE en el tipo de mensajes -de ideas y opiniones en el a) y de hechos en el d). Esta tesis dualista del Tribunal Constitucional desde 1986 está expuesta de forma brillante en Serrano Maíllo (2006: 282-285).

Así pues, creemos que la segunda opción que expone el profesor Alfonso Fernández-Miranda (1984: 508 y ss) es más coherente al interpretar el apartado d) del párrafo 1º del artículo 20 no como la comunicación de hechos, sino como un ti-

po de comunicación muy concreta: la comunicación social. Esta posición a contracorriente de la doctrina mayoritaria la hemos expuesto cuando consideramos que el párrafo 1º del artículo 20 se refiere a diferentes procesos de comunicación que pueden ser agrupados en una genérica libertad de expresión, para después referirse a procesos comunicativos singulares: literario, artístico, científico, técnico, docente y de masas (Sánchez de Diego, 1994).

De este derecho -o derechos- nos interesa señalar el doble valor institucional y subjetivo, la importancia que tiene en relación con otros derechos, su situación prevalente en cuanto a que es esencial para que exista una opinión pública libre y su evolución hacia derechos de prestación.

2. 1. Aspectos institucional y subjetivo

A nuestro juicio (Sánchez de Diego, 2010b) “la posibilidad de comunicarse libremente en una sociedad es un requisito básico de un sistema democrático... pero además de este aspecto institucional, también es posible referirnos a una transcendencia subjetiva. La dimensión subjetiva viene a manifestar lo importante que es para cada persona poder comunicar sus experiencias, comentar sus conocimientos, reafirmar sus creencias.... Téngase en cuenta, que tal y como apunta Peces-Barba, la finalidad genérica de los derechos fundamentales es favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición” (1983: 109) lo que supone el aspecto subjetivo del derecho.

El valor institucional lo expresa González Ballesteros (2007: 104):

El TC, siguiendo su primitiva interpretación, ha considerado que el citado art. 20, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial transcendencia, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

La dimensión institucional es la que da sentido a que el derecho a una comunicación pública libre sea considerado como un derecho prevalente, ya que es esencial para que exista una opinión pública libre, elemento de engarce con un sistema democrático.

El derecho a una comunicación pública libre en terminología de Álvarez Conde (1992: 307) aparece en el artículo 20 de la CE que “en sus distintos apartados, ga-

rantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin el cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política" (STC 6/1981, reiterada en otras sentencias, por ejemplo, STC 235/2007). Obsérvese que en esta frase encontramos no sólo la referencia a su valor institucional en cuanto a que es requisito del sistema democrático; además se refiere a la interacción e importancia de este derecho en relación con otros derechos.

2. 2. La interacción con otros derechos fundamentales

La interacción entre derechos constitucionales va a suponer que se entrelazan para crear un marco de acción política de los poderes del Estado, en tanto que éstos se encuentran limitados por derechos de libertad e impelidos a la acción en los derechos de prestación. En palabras Prieto Sanchís (2004: 48) esta Constitución material viene a "decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir". En este sentido "... los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político. O sea, garantías negativas de los intereses individuales para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos" (Pérez Luño, 1995: 21). Esto puede contemplarse desde la óptica -desde la posición- del ciudadano que tiene derechos subjetivos otorgados ahora y aquí -cuestión empírica- por la Constitución y otras normas -cuestión de dogmática jurídica que diría Alexy (1993: 174-178).

Así pues, los derechos fundamentales se 'entrelazan' para crear un límite en la actuación de los poderes y para señalar la necesaria acción de los mismos. A nuestro juicio existe una interacción entre ellos, en algunos casos con la prevalencia de uno sobre otro, en otros mediante la concurrencia o incluso la potenciación de alguno gracias a otro. En este sentido, Álvarez Conde y Tur Alsina manifiestan que "unos derechos alimentan a otros, se completan o se corrigen" (2007: 236). Todo ello para supuestos concretos en donde es necesario su ponderación puesto que "no se trata de establecer jerarquías de derechos ni precedencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca" (STC 320/1994). Se trata en definitiva de "un sistema constitucional de los derechos fundamentales que supone la interdependencia o mutua implicación existente entre tales derechos..." (Pérez Luño, 2010: 17), pero es más, la Constitución ha de considerarse "como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir de acuerdo con una interpre-

tación sistemática" (STC 5/1983). Esto es especialmente evidente cuando nos referimos al derecho a una comunicación pública libre que "opera, por una parte, como una señal de alarma, de denuncia, de protección de los derechos y libertades fundamentales y; por otra, como una libertad adherida a los otros derechos fundamentales que los potencia y da sentido" (Sánchez de Diego, 1992: 71).

2. 3. De un derecho de libertad a un derecho de prestación

La libertad de expresión se ha concebido tradicionalmente como un derecho de libertad, un derecho de resistencia frente al poder, en definitiva el típico derecho de la primera generación. Sin embargo, cuando en el párrafo 3º del artículo 20 CE se refiere a que "la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España", está introduciendo una prestación de los poderes públicos. De alguna forma se produce una transformación del derecho de libertad en un derecho de prestación al comprometer espacios de los medios de comunicación públicos -en nuestro país esencialmente los de radio y televisión. Es cierto que el acceso no se prevé para individuos, sino para grupos, políticos y sociales. Dentro de los grupos sociales hemos de incluir a sindicatos, asociaciones de consumidores y ONG's. También es cierto que este derecho no permite la puesta a disposición por parte del Estado de un medio de difusión (STC 6/1981), pero nos atrevemos a añadir, que si ya existe ese medio de difusión, hay un grupo social significativo y una noticia de actualidad relacionada con el grupo social, debería permitirse el acceso al medio, como prestación. Si no se hiciera así estaríamos ignorando e incluso violentando la Constitución en este punto.

2. 4. Un ejemplo de configuración jurisprudencial: el derecho a la creación de medios

La otra evolución importante de la libertad de expresión tiene signo jurisprudencial. El Tribunal Constitucional español va reconocer que el derecho a una comunicación pública libre -incluso en concordancia con la libertad de empresa- permite desarrollar un derecho a la creación de medios. Esto es, de la facultad de emitir informaciones por cualquier medio se deriva el derecho a poder crear medios de comunicación y, así lo manifiesta en distintas resoluciones hasta la muy reciente STC 31/1994 en la que se ratificó, de nuevo (fundamento jurídico 7.º), que la Constitución consagra junto a las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión el "derecho a crear los medios de comunicación indispen-

sables para el ejercicio de estas libertades, si bien es cierto, como hemos tenido ocasión de señalar, que no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el art. 20 CE y los que son meramente instrumentales de aquéllos, de modo que respecto del derecho de creación de los medios de comunicación el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes siempre que no restrinja el contenido esencial de aquellos derechos fundamentales” (Sentencia núm. 127/1994 de 5 mayo). Del párrafo anterior resaltamos las siguientes cuestiones, a nuestro juicio importantes: la primera que dentro del derecho a una comunicación pública libre se genera un derecho a la creación medios de comunicación. La segunda, que al no estar fijado su contenido esencial en el texto constitucional, el legislador tiene una mayor capacidad de configuración. Y, por último, que a la hora de configurar ese derecho por el legislador no tiene un ‘cheque en blanco’, sino que ha de tener en cuenta otros derechos y valores concurrentes.

La creación de medios de comunicación se refiere a los medios audiovisuales, pues no se plantea este problema en la prensa escrita, ni en los medios electrónicos. La libertad de antena o el derecho a crear televisión (Bastida, 1990) ha sufrido una importante evolución desde una situación de partida de monopolio de la televisión pública. Consideraciones técnicas aparte, la razón se encuentra en la capacidad de influencia de los medios audiovisuales. Incluso en el párrafo in fine artículo 10. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) encontramos una cautela restrictiva que impide la universalidad de medios: “El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”. La tecnología ha permitido que allí donde se emitía un canal puedan emitirse muchos más. La compresión de la información ha permitido que la televisión en Internet sea ya una realidad. Todos estos avances han configurado un pluralismo televisivo y radiofónico y, por tanto un nuevo marco jurídico. En cierto sentido, el derecho a crear medios de comunicación ha perdido la importancia que tuvo a finales del siglo XX.

El amplio margen del legislador a la hora de configurar el derecho a crear medios debe de ser entendido dentro del respeto al contenido esencial del derecho matriz - el derecho a la comunicación-. Esto impedirá que puedan establecerse restricciones desproporcionales a la finalidad buscada y, en este sentido, la capacidad de influencia de la televisión no puede justificar per se la restricción. Serán otros derechos, valores y principios constitucionales los que justifiquen las restricciones o la amplitud del derecho. Por ejemplo, la libertad de empresa (art. 38 CE) o la subordinación de la riqueza al interés general y a la planificación económica (art. 128 CE).

De todo ello creo que debemos quedarnos con una idea: es posible generar un derecho fundamental desde la jurisprudencia y la legislación, para ello se precisa un precepto constitucional en el que se pueda anclar, voluntad política o, por supuesto, sensibilidad jurídica.

3. El derecho de acceso a la información pública

Uno de los padres de los Estados Unidos de Norteamérica, redactor de la Constitución y su cuarto Presidente, escribió en el año 1822: "A popular government without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a tragedy or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance; and the people who mean to be their own governors must arm themselves with the power, which knowledge gives" (Un gobierno del pueblo, sin información para el pueblo o sin los medios para acceder a la misma, es el prólogo de una farsa o una tragedia o, posiblemente de ambas. El conocimiento siempre gobernará sobre la ignorancia; el pueblo que pretenda gobernarse a sí mismo deberá armarse con el poder que da el conocimiento) (Madison, 1822).

¿Por qué ahora traer a colación algo escrito hace casi dos siglos atrás y en un sistema jurídico muy diferente al nuestro? Porque quizás ésta sea una de las claves del inicio de un pujante imperio norteamericano, en contraste con el declive del español que vivía en esa época el espejismo de trienio liberal.

3. 1. ¿Por qué un derecho de acceso a la información pública en España y ahora?

En la actualidad existen varias razones para incorporar el nuevo derecho a acceder a la información pública al catálogo de derechos fundamentales y, por tanto, a defender un pueblo informado. Razones que podíamos clasificar en nacionales e internacionales, además de una razón de difícil catalogación y que tiene que ver con el desarrollo tecnológico: las tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Las TICs han derribado las fronteras del conocimiento y la interrelaciones entre personas: un ordenador, un smartphone, un i-pad... son ventanas a la globalización e instrumentos que permiten alcanzar, almacenar y procesar ingentes cantidades de información.

La popularización o socialización de de las TICs

podría o debería constituir un elemento clave para la profundización de los derechos reconocidos a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas (artículo 35 LRJPAC) y, en particular, con los más estrechamente relaciona-

dos con la información y la documentación: derecho a conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados (estado de tramitación que podría estar disponible en línea, bajo clave de acceso, sin necesidad de solicitud especial); derecho a identificar a las autoridades y al personal administrativo (una información que podría constar igualmente en línea y que podría ampliarse, con las cautelas necesarias, a la identificación de la mayor parte del personal al servicio de la Administración, superando de largo la actual situación de constancia del nombre y apellidos -y, en ocasiones, currículum- de los titulares de los órganos básicos y de opacidad e impersonalidad del resto de empleados públicos); que afecta al resto de empleados); derecho a obtener información jurídica y técnica (que no requiere mayores precisiones); derecho a formular alegaciones y a aportar documentos (mediante un sistema registral electrónico interoperativo); derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante (que podría asegurarse mediante la digitalización de dichos documentos, así como ampliarse a los obrantes en otras Administraciones, sin que su constancia en papel tuviera que ser un impedimento absoluto); muy en particular, el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones públicas...; y derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma (territorio que las TICs volatilizan hasta cierto punto y que, en consecuencia, debería ser objeto de una interpretación amplia o amplísima para asegurar su efectividad cuando los ciudadanos consulten la información electrónica a cargo de la Administración del Estado o, incluso, cuando pretendan relacionarse o realizar transacciones jurídicas con ésta). (Bernardí. 2005: 229)

Realmente las TICs viene a abrir nuevas posibilidades de relación eso exige un replanteamiento de los derechos fundamentales, un nuevo marco de convivencia en pugna y colaboración.

3. 1. 1. Razones de carácter nacional

Entre las razones nacionales a favor del acceso a la información pública nos encontramos con una promesa electoral del PSOE realizada en el 2004 sobre una 'ley de la libre información', reiterada en el programa del 2008 que prometía el impulso de "una Ley sobre el derecho al libre acceso a la información, que garantice que todos los poderes, autoridades públicas y entidades sostenidas con fondos públicos, faciliten, en tiempo útil, el libre acceso a toda información o documento oficial, con la única excepción de lo que atente a la legislación de protección de datos o de secretos oficiales. La autoridad requerida deberá motivar, en su caso, su negativa a la información o documentación. La garantía del derecho a la libre información la ejercerá una Autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados, por mayoría cualificada, con facultades para obligar a las Administraciones Públicas a la entrega inmediata de la información o datos soli-

citados" (PSOE, 2008: 259). Esta promesa volvió a hacerse en octubre de 2008, por Rodríguez Zapatero en la clausura de la 64ª Asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) cuando dijo: "El Gobierno español promoverá la aprobación en esta legislatura de una nueva ley que garantice el máximo acceso posible a la información pública en España". Se trata de una propuesta cuya última noticia se encuentra en un anteproyecto de Ley, filtrado primero a la prensa y después a la Coalición Pro-Acceso que puede consultarse en http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf. También hay que citar la iniciativa de otros grupos políticos sobre transparencia sectorial o general. La última es la Proposición no de Ley del Partido Popular (nº 162/000701) por la que se insta al Gobierno a presentar con urgencia el Proyecto de Ley de Transparencia. Una de las razones que se esgrimen para defender la transparencia son los beneficios económicos que genera. Aunque existe un coste inicial para establecer el sistema de archivo y recuperación de la información, el crecimiento económico y la productividad que genera compensan con creces los gastos iniciales.

Como segunda referencia nacional al interés que ha suscitado el desarrollo legislativo del nuevo derecho, la encontramos en una "plataforma formada por organizaciones de la sociedad civil e individuos que se constituyó en Octubre de 2006 con el fin de promover la adopción y implementación de una Ley de Acceso a la Información en España". Se trata de la Coalición Pro-Acceso (<http://www.proacceso.org>) que está realizando en España la misma labor que hizo el Grupo de Oaxaca (Escobedo, 2003: 73): sensibilizar a la opinión pública y a los miembros de los partidos políticos sobre la importancia de este derecho; además de realizar una importante acción de 'cabildeo' hasta conseguir la aprobación de la Ley. Existen diferencias importantes tanto en la propuesta de los 9 puntos de la Coalición Pro-Acceso frente a las 10 del Grupo de Oaxaca, como en el secretismo con el que se ha elaborado el Anteproyecto español.

Existe una tercera reflexión de alcance nacional que tiene que ver sobre la actualización y dispersión normativa (Sánchez de Diego, 2008: 20-31). Los derechos de los ciudadanos en su relaciones con las Administraciones Públicas se enuncian el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En concreto el acceso a los registros y archivos se cita en el apartado h). Pero en donde realmente encuentra el desarrollo del artículo 105 B) CE es en el artículo 37 LPAC en donde encontramos trabas que a nuestro juicio son desproporcionadas: sólo se admite el acceso a los procedimientos terminados, que no afecte a la intimidad de las personas, demostrado el interés legítimo si aparece el nombre de alguna persona... El requisito de demostrar el intereses legítimo del peticionario

también la encontramos en la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, norma que no es ejemplo de transparencia. También afecta 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 que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE; la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público; la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información; los artículos 69.1 y 70 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, el artículo 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; y toda la normativa sobre registros y archivos de las Comunidades Autónomas. Demasiadas normas inconexas que precisan un texto base que de sentido y encarrile el derecho de acceso a la información pública, eliminando trabas y desarrollando una auténtica transparencia en España.

A ello habría que añadir las acciones que encontramos dentro de las Administraciones como las Cartas de Servicios que son el documento en donde se identifica el servicio, unidad o dependencia comprometida y sus fines; los servicios que se prestan, los derechos de los usuarios, los compromisos de calidad y la normativa reguladora. También la información que ofrecen las Administraciones Públicas en las páginas web y el empeño de algunos funcionarios de lograr unas dependencias transparentes en sus actuaciones y al servicio de los ciudadano; todo ello configura un sistema con tendencia a la transparencia, pero con una grave carencia en su fundamentación: la falta de una Ley de Acceso a la Información Pública y de Transparencia que configure un auténtico derecho fundamental.

3. 1. 2. Razones de carácter internacional

Una de las razones por las que se legisla en nuestro país es por imperativo internacional. Se han de adaptar las Directivas europeas, cumplir con los compromisos internacionales, ajustar el ordenamiento jurídico a la realidad internacional... y seguir el ejemplo de la transparencia en las instituciones europeas de la que se ocupa el profesor Abad Alcalá en esta misma publicación, y como referencias externas podemos citar la obra de Cotino (2003).

El hecho que España sea el único país de más de 1 millón de habitantes de la Unión Europea que no tenga una Ley de Acceso a la Información Pública nos coloca en una mala posición. Los otros países que carecen de ley son Luxemburgo (medio

millón de habitantes) y Chipre (ochocientos mil habitantes). La Unión Europea se ha comprometido con hacer transparente su gestión, comenzando por el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 255 del Tratado de Ámsterdam, la Declaración 17 del Tratado de Maastricht, el Reglamento (EC) 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acceso del público a los documentos del Parlamento, Consejo y Comisión... Todo ello señala la obligación de actuar con transparencia -*opennes*-, o, al menos, *as openly as possible*.

En el ámbito del Consejo de Europa, además de las recomendaciones -no vinculantes- de 1981 sobre acceso a información y de 2002 más concreta sobre acceso a documentos públicos, dos son las referencias a señalar: la firma el 18.VI. 2009 en Tromsø del *Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos* (http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convenio.esp-en.pdf) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acceso a la información pública, en particular, con el anclaje en el artículo 10 del Convenio [Europeo] para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDH). En particular dos casos *Kenedi v Hungary Judgment* y *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary Decision*.

A nivel mundial habría que citar que la transparencia y el derecho de acceso a la información pública se ha convertido en un elemento clave de las democracias occidentales. Especial importancia reviste el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Claude Reyes y otros vs. Chile*. El caso tiene su origen en la solicitud de información sobre si se había evaluado correctamente el impacto medioambiental en el Proyecto Río Condor de explotación maderera en un bosque de nativo de lenga, de la empresa Trillium Corporation. Ante la prácticamente nula respuesta solo el comunicó el monto de la inversión se acudió a los tribunales chilenos que rechazaron el argumento de que se había violado el derecho a la información. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 19 de septiembre de 2006 establecía por primera vez en el ámbito internacional y con claridad absoluta la existencia de un derecho humano fundamental de acceso a la información en manos de los gobiernos. En su ya célebre parágrafo 77 la Corte concluyó:

En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención [equivalente al artículo 10 del CEPDH, al 19 DUD], al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de

la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea. (Darbishire, 2008: 49)

En definitiva, España ha de seguir la cultura de transparencia, de servicio, de control y transparencia en Europa. A nivel mundial el derecho de acceso a la información pública se ha convertido en un referente democrático que no debe estar excluido de nuestro país.

3. 2. Transparencia y derecho de acceso a la información pública

Transparencia o derecho de acceso a la información pública son dos nociones ligadas entre sí. En principio podía pensarse que son las dos caras de una misma moneda. Sin embargo, no se trata de dos conceptos paralelos. El derecho de acceso a la información pública configurado como un derecho fundamental garantiza la transparencia y posibilita una profundización de la democracia. Sin embargo, no existe una relación inversa: la mera transparencia no amplía los derechos de los ciudadanos, ni nos lleva a una democracia más avanzada. De alguna forma, la transparencia por sí misma puede ser fruto de un nuevo despotismo ilustrado sino se acompaña de un auténtico derecho subjetivo del ciudadano. De hecho, en España se puede apreciar un importante esfuerzo en materia de transparencia como medio para mejorar la calidad de los servicios. Aquí radica la diferencia entre un mero desarrollo del artículo 105 b) CE y la profundización del derecho a una comunicación pública libre del artículo 20. 1 CE.

Esta es la primera objeción al Anteproyecto [filtrado] de Ley de transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública que comienza en su exposición de motivos argumentando que el acceso a la información "es una práctica de buen gobierno... una eficaz salvaguarda frente a la mala administración... estimula a los poderes públicos a funcionar de modo eficiente... genera confianza... es

indicador de calidad de los sistemas democráticos...". Incluso se afirma que "en nuestro sistema constitucional la exigencia de publicidad de la actuación de los poderes públicos es un derivado del principio democrático sobre el que se funda la legitimidad de ejercicio del poder", lo cual es incuestionable, pero insatisfactorio.

Existe por tanto en este texto una ausencia señalada: la configuración de un derecho fundamental de acceso a la información pública. A lo largo de la exposición de motivos se planea sobre la proclamación de dicho derecho fundamental al referirse a que transparencia y derecho de acceso a la información pública: "...colaboran en la formación de la opinión pública libre..., ...potencian y multiplican los cauces de comunicación entre los ciudadanos y quienes se ocupan de la gestión de los asuntos públicos..., dan sustancia al 'derecho a saber' de los ciudadanos...". Y existe una clara desilusión cuando afrontan el artículo 20 CE: "...es también evidente que su eficacia complementa y refuerza la del derecho fundamental a recibir libremente información del artículo 20.1.a) de la Constitución, un derecho del que depende la posibilidad misma de la existencia de opinión pública [libre], elemento indisociable del pluralismo político propio del Estado democrático".

Cuando en la exposición de motivos se refiere al "nuevo modelo regulador de la transparencia de la acción pública" se dice que "se sustenta en cuatro pilares fundamentales: la generalidad tanto del ámbito subjetivo como del objetivo, la proclamación del derecho a acceder a la información como un derecho de ciudadanía...; la coherencia de la regulación con... en particular, la normativa de protección de datos personales; y la previsión de un conjunto de garantías... que aseguren la efectividad del derecho de acceso".

El concepto de derecho de ciudadanía -no confundirlo con el derecho a la ciudadanía- nos plantea la duda de si se trata de un derecho de los ciudadanos españoles -no lo creemos pues se proclama como un derecho de todas las personas en el artículo 4-, o si la expresión viene a seguir la ya tradicional distinción entre derechos del hombre y del ciudadano -esto es orientados hacia una vertiente política, en cuyo caso podría ser perfectamente un derecho fundamental. Intuimos que la expresión tiene que ver más con la idea de un derecho de carácter administrativo frente a la Administración Pública, excluyendo a los poderes legislativo y judicial, así el artículo 1 b) del Anteproyecto que la ley tiene por objeto "...b) regular el procedimiento para su ejercicio en el ámbito de la actuación administrativa..." Se trataría de un derecho reconocido por normas administrativas como corolario de la transparencia, lo cual creemos que es un grave error; pues se hurtaría al pueblo español de un derecho fundamental a cambio de un derecho descafeinado, sin las garantías del artículo 53 y, por tanto, sin posibilidad de amparo constitucional.

3. 3. Anclaje constitucional

La idea que exponemos ya se encontraba en el Grupo de Oaxaca cuando defiende como primer punto que se trata de un derecho humano fundamental, lo cual les llevara a proponer en México la reforma constitucional -que será realizada posteriormente.

La extrema rigidez de la CE nos obliga a buscar un anclaje en el texto constitucional. Lo óptimo sería una reforma constitucional, pero bastaría lograr una interpretación que permitiera defender la inclusión del derecho de acceso a la información pública dentro de los derechos fundamentales de la CE, puesto que la referencia del artículo 105 b) debemos entenderla realizada a un "derecho de la ciudadanía" o a la transparencia administrativa.

Este derecho de acceso a la información pública se relaciona con varios principios y derechos de la Constitución como Antonio Troncoso (2008: 36-40) recoge: se "sustenta también sobre el valor igualdad (art. 1.º I. CE), sobre el derecho a la igualdad... (art. 14 CE), sobre la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos sociales sean reales y efectivas... (art. 9.2 CE), sobre la interdicción de la arbitrariedad... (art. 9.3 CE) ...es una demanda de la libertad de empresa y del funcionamiento transparente de la economía de mercado (art. 38 CE), un derecho de los consumidores (art. 51 CE) ...es un requisito necesario para el ejercicio del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos (art. 23 CE)...y puede ser considerado una exigencia del derecho a comunicar o recibir información" (art. 21.1.d CE).

Incluso podríamos inicialmente pensar que el derecho de acceso a la información pública tiene su relación con el derecho de petición (art.29 CE), pero como dice Martín del Llano (2006: 328) "estamos ante un instrumento de participación ciudadana de carácter residual y siempre referido a decisiones de los poderes públicos de carácter discrecional o graciable" cuya definición sería "derecho de toda persona a dirigirse a los poderes públicos para solicitar la adopción de una medida concreta en relación a una pretensión, sobre cualquier materia que no se funde en un derecho subjetivo o en un interés legítimo y, simple que no existan otros procedimientos jurídicamente establecidos para dar satisfacción al ciudadano". Con este concepto es difícil anclar el derecho de acceso en el artículo 29 CE.

Sin embargo, defendemos que el 'anclaje' constitucional de éste derecho ha de realizarse en el artículo 20 de la Constitución. En concreto en "el derecho a la información". Este artículo 20 presenta carencias importantes no dice a quien le co-

rresponde la libertad de expresión y para su interpretación acudimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los Tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, tal y como prevé 10.2 CE. En este sentido se recuerda que tanto DUDH como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas recogen la facultad de buscar o investigar y a partir de ella podemos derivar el derecho de acceso a la información pública. Aunque el artículo 20 no reconoce la facultad de buscar e investigar, sí entendemos que está implícita en la expresión 'derecho a la información', pues para informar y comunicar se necesita acceder a la información.

No es difícil desarrollar el derecho fundamental a partir del artículo 20. Estamos convencidos que se hará bien por vía jurisprudencia como por vía legislativa, así se hizo con el derecho a la protección de datos a partir del párrafo 4º del artículo 18. La primera consecuencia del reconocimiento como derecho fundamental supone que la Ley de Acceso a la Información Pública y Transparencia debe tener rango de Ley Orgánica, por ser un derecho contemplado en el artículo 20 de la Constitución. Con esta idea nos evitaríamos discutir si se trata de una ley básica y hasta qué punto es competencia autonómica. Exigiría un consenso entre las fuerzas políticas para llegar a un texto que puede ser de mínimos. Además seguiríamos la línea de la jurisprudencia constitucional internacional que lo considera un derecho fundamental radicado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o en los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y también 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El derecho de acceso a la información pública con la categoría de derecho fundamental se encuentra mejor protegido -por las estipulaciones del art. 53 CE que si sólo se le califica como 'derecho de la ciudadanía'. Otra razón más a favor de considerarlo un derecho fundamental es situarlo al mismo nivel que el derecho a la protección de datos. Si no se hiciera así, existiría el riesgo que cualquier cuestión conflictiva se resolviera siempre en contra del derecho de acceso a la información pública, sin la debida ponderación.

3. 4. Los nueve puntos de la Coalición Pro Acceso y el Anteproyecto

La Coalición Pro-Acceso ha sintetizado en 9 puntos el contenido de una buena ley de acceso a la información pública:

1. El acceso a la información es un derecho de todos.
2. El derecho se aplica a todas las entidades públicas.

3. Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito.
4. Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes.
5. Principio de publicidad e interés público: el secreto es la excepción.
6. Las negativas deben estar justificadas y limitadas.
7. Todas las personas tienen el derecho de apelar una decisión adversa.
8. Los organismos públicos deben poner a disposición del público la información esencial y trascendente que les corresponde.
9. El derecho debe ser garantizado por un órgano independiente.

Ya hemos criticado al Anteproyecto por no reconocer un derecho fundamental de acceso a la información pública, pero además podemos percibir una falta de sintonía con el del Convenio de Tromsø (2009) sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

Pese a la provisionalidad del Anteproyecto de Ley creemos interesante completar el análisis que Info Access (http://www.access-info.org/documents/Coalicion_Pro_Acceso/Analisis_breve_del_anteproyecto.doc) ha realizado a la luz de los nueve puntos citados (http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Cuadro_comparativo_anteproyecto.doc).

3. 4. 1. El acceso a la información es un derecho de todos

En relación con la universalidad del sujeto titular que no tiene por qué justificar las razones o el interés directo o legítimo en el acceso, se nos plantean varias cuestiones: ¿Pueden las personas jurídicas ejercitar el derecho? ¿Es compatible con un acceso privilegiado de investigadores, periodistas...? ¿La obligación de identificarse restringe el acceso universal?

Entendemos que desde el momento en que la jurisprudencia constitucional en España ha otorgado la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, incluso a entes colectivos como 'el pueblo judío' (STC 214/1991), no hay inconveniente en reconocer este derecho a las personas jurídicas. Además, el artículo 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público va referirse a las personas física o jurídicas como sujetos activos y de alguna forma esa norma viene a desarrollar un tipo de acceso específico: aquel que tiene como fin reutilizar la información en poder de las Administraciones Públicas.

Más dudas nos plantea la compatibilidad de la universalidad de acceso con la existencia de regímenes privilegiados de acceso. Tal sería el caso de los investigadores a los que se les facilita el acceso a documentación original en lugares espe-

ciales para su estudio histórico, social, económico... De alguna forma la tarjeta de investigador, el carnet de periodista, de detective privado, de abogado... permitirían un acceso en condiciones especiales. Estos sujetos realizan una función de intermediación a favor del público en general por lo que pueden tener algún tipo de privilegio. Esta idea seguiría la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 6/1981 y STC 30/1982) que al referirse al derecho a la información manifiesta que "es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos,... si bien en el supuesto del derecho a comunicar, éste sirve en la práctica sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica...".

La obligación de identificarse por parte del peticionario que aparece en el artículo 10.2. a) del Anteproyecto contrasta con la posibilidad de anonimato en algunos estados mexicanos Tabasco, en otros es necesario identificarse y probar que es ciudadano del estado Quintana Roo ... (Abdo Francis. 2010: 153). Cuando no es necesario identificarse nos encontramos con que se realizan peticiones de información bajo seudónimos como *El Pato Donald*, *Spiderman*... incluso el anonimato permite realizar campañas de saturación del órgano garante sin identificación del origen -que puede encontrarse en los propios sujetos obligados a dar información. Por nuestra parte, creemos que la obligación de que el peticionario se identifique no quiebra el principio de acceso universal. En parte porque en determinados casos en que sea necesario mantener el anonimato se pueden emplear personas o entidades interpuestas. En segundo lugar, porque la identificación permite a las Administraciones Públicas evaluar que información están dando, como deben darla y, en definitiva, mejorar su comunicación. Por último, porque la identificación genera información para la propia ciudadanía: conocer quien ejercita el derecho y como se ejercita es fundamental para mejorar la transparencia. Todo ello sin perjuicio de la protección de datos personales de los solicitantes.

3. 4. 2. El derecho se aplica a todas las entidades públicas

El Anteproyecto en su artículo 9 viene a establecer los sujetos obligados a proporcionar información, con un sesgo muy concreto que rompe la generalidad o universalidad de la información cuando se refiere a "información pública en el ámbito de la actuación administrativa".

Comienza el artículo 9 de forma correcta determinando que será objeto del derecho de acceso a la información pública en poder de las Administraciones públicas, Entidades de derecho público vinculadas o no a las Administraciones, las Universidades Públicas, Corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administra-

tivas. Añade el párrafo 2º que también los otros poderes públicos -entendemos que legislativo y judicial- están obligados en relación con su actividad administrativa, lo cual restringe de forma demasiado severa el derecho de acceso. Esta restricción se refuerza con la Disposición Adicional Primera que remite a las propias normas de organización y funcionamiento del Poder Legislativo y Judicial, en particular al Tribunal Constitucional, al Consejo General del Poder Judicial y al Tribunal de Cuentas, sin que exista ninguna referencia a la Casa de Rey ni a la Corona. La fórmula correcta sería otorgar el acceso a la información en manos de todas las entidades públicas, por tanto de todos los poderes del Estado y órganos constitucionales con las restricciones oportunas y necesarias.

3. 4. 3. Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito

Es correcto lo previsto en el artículo 16 en cuanto a la gratuidad del acceso *in situ*, la remisión al lugar en donde ha sido publicada la información, o la expedición de copias y transposición de formatos que se podrá someterse al pago de una tasa que no exceda sus costes. Existen sin embargo, algunas cuestiones que deberían aclararse, por ejemplo, el derecho a emplear una máquina fotográfica para captar in situ el expediente -siempre que no suponga un daño para el original.

En cuanto a la sencillez y la rapidez del procedimiento, existen varias observaciones: los 30 días de plazo legal y su posible prórroga; cuando la información solicitada afecte a derechos o intereses de terceros y; por último, la falta de resolución expresa en el plazo legal.

El plazo de 30 días para resolver es de los más largos en derecho comparado, con la posibilidad de prórroga y, si afecta a terceros con la suspensión del procedimiento. El promedio en Europa es de 15 días.

El procedimiento de consulta a terceros afectados por la información que se solicita suspenderá el procedimiento hasta que se reciban las alegaciones del tercero o transcurra el plazo de veinte días desde que se le notificó. El supuesto de consulta será en casi todos los casos en los que aparece la identidad de una persona tanto porque pueda afectar a su derecho a la protección de datos personales (art.6 Anteproyecto) como a cuestiones de sanciones penales, administrativas o disciplinarias, secreto profesional, propiedad intelectual e industrial con lo cual la consulta se extiende a personas jurídicas, vida privada y los intereses particulares legítimos (art. 5). Todo ello sería aconsejable simplificarlo, en todo caso, reducir los plazos y, al menos con una reducción gradual de los plazos.

La falta de resolución expresa genera un silencio administrativo positivo previa de-

nuncia del solicitante. Pero esa solicitud confirmatoria ha de interponerse en el plazo de 10 días y, si no se hace, se entiende desistido de la solicitud. Consideramos que el plazo tan perentorio y la consecuencia jurídica del desistimiento presunto deberían revisarse para facilitar el acceso a la información. Si no fuera así, el silencio que se le quiere atribuir un efecto positivo para motivar la resolución administrativa podría convertirse en una fórmula para no responder.

Es correcto y sigue los pasos de las Ley 11/2007, de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos la posibilidad de solicitar la información por cualquier medio, incluidos los electrónicos (art. 10.2 Anteproyecto).

3. 4. 4. Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes

El Anteproyecto reconoce este principio cuando dice que cuando la solicitud se haga de forma imprecisa... "se prestará asistencia teniendo en cuenta, en su caso, las necesidades especiales de algunos colectivos" (art. 10.3 infine). Creemos que la ayuda por parte del funcionario se ha de proporcionar en todo caso; incluso cuando la solicitud sea precisa pero estéril para los intereses del solicitante. La función de orientación y de ayuda puede realizarse por medio de las oficinas de atención al público que podrán servir de cauce para tramitar las solicitudes, tanto las particulares de cada organismo como las oficinas de atención integral al ciudadano (Red 060) a las que se refiere el artículo 17.2 del Anteproyecto.

3. 4. 5. Principio de publicidad e interés público: el secreto es la excepción

En el anteproyecto encontramos muchas excepciones a la publicidad comenzando por las exclusiones del concepto de información pública que se realizan en el párrafo 3º del artículo 2:

- La información en curso de elaboración.
- La información en curso de publicación general.
- La información que requiere una previa actividad de reelaboración.
- La información meramente auxiliar y de apoyo que no tienen carácter oficial y no se destinan forma parte de un expediente (expresamente se citan: notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas).

Como puede comprobarse la relación de excepciones es demasiado grande y permite que los sujetos obligados recurran a ellas para no entregar información: 'se

está elaborando', 'está pendiente de publicación', 'hay que elaborarla', 'son documentos internos'.

Especialmente preocupante es la negativa a proporcionar "la información en curso de elaboración" que nos recuerda a la prohibición de acceso a procedimientos no terminados en la fecha de la solicitud hasta que no está cerrado el expediente se puede entender que está en curso de elaboración- que figura en el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta excepción se entiende desde la perspectiva del funcionamiento de las Administraciones Públicas, no desde un derecho fundamental de acceso a la información pública.

Tampoco es admisible la negativa a proporcionar información argumentando que se "encuentra en curso de publicación general". Si no se pone un plazo para ello, sería un subterfugio inadmisibles. En todo caso no sería admisible un plazo de publicación superior a 15 o 30 días.

La "información que se precisa reelaborar" puede justificar la negativa a proporcionarla siempre que para la Administración su reelaboración sea gravosa; si simplemente se trata de establecer parámetros de búsqueda o una programación simple, la Administración debería entregar esa información. Las nuevas tecnologías permiten hoy en día la reelaboración de información mediante simples procedimientos. De nuevo nos encontramos con una excepción que está pensando más en el funcionamiento de las Administraciones, que en satisfacer necesidades de información de los ciudadanos. En su momento dijimos que "la personas tienen derecho no sólo a acceder a los documentos, o a los archivos, sino, en general, a la información pública, a la información en poder de la Administración Pública, incluso a aquella que se obtenga del tratamiento de los documentos en poder de la Administración" (Sánchez de Diego, 2008: 13).

Reflexión a parte tiene que ver con los documentos internos o provisionales (notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas). Estos documentos tiene un valor histórico importante además de ser sumamente importantes para la participación de los ciudadanos ya que pueden conocer el porqué se adoptan unas decisiones y no otras, sobre todo cuando existe un margen de discrecionalidad. Es cierto que este tipo de documentos pueden estar protegidos por la confidencialidad de los procesos de toma de decisión -que aparece como otro límite más en el artículo 5. En todo caso la experiencia mexicana nos indica que en algunos órganos colegiados para impedir la divulgación de sus deliberaciones: ¡han dejado de elaborar el acta de la reunión! Creemos que este ti-

po de documentos internos también son información pública, -se encuentran en manos de los poderes públicos- consideramos que la solución pasaría por deslindar aquellos documentos internos que afectan a las deliberaciones secretas de un órgano, de los que no. Y, por supuesto, cuando exista un interés cualificado en el acceso a dichos documentos, deberá entregarse.

En el artículo 5 se refiere a las limitaciones proporcionales del derecho de acceso cuando pudiera resultar un perjuicio para:

- La seguridad y la defensa
- Las relaciones exteriores
- La seguridad pública
- La prevención, investigación y sanción de las infracciones penales, administrativas o disciplinarias
- Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control
- Los intereses públicos económicos y comerciales
- La integridad de los procesos judiciales y tutela judicial efectiva
- La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión
- La garantía de los derechos constitucionales, incluidos el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial
- La vida privada y los intereses particulares legítimos

El artículo 6.2 añade un límite más al establecer que se denegarán las solicitudes de información que contenga datos íntimos o afecten a la vida privada. Aunque de forma contradictoria el artículo 7.1 se refiere a que “se concederá el acceso parcial, omitiendo la información afectada por la limitación, salvo que de ello resulte una información distorsionada o carente de sentido”. Entonces, cuando resulte una información distorsionada ¿se entrega la información sin anonimización o simplemente no se entrega la información?

La observación que podemos hacer al respecto es que debe prevalecer el principio de publicidad sobre el secreto y, en todo caso, la restricción debe ser proporcional a la finalidad perseguida en una sociedad democrática.

3. 4. 6. Las negativas deben estar justificadas y limitadas

Establecido el marco general de las limitaciones al derecho de acceso, las denegaciones particulares deben motivarse, tal y como recoge el artículo 15.2. La motivación también se realizará cuando se conceda el acceso y haya habido intervención de un tercero afectado o, cuando se conceda una modalidad de acceso dis-

tinto al solicitado.

Se debe permitir el acceso parcial -borrado de nombres o de datos que afecten a algunos de los límites previstos en la Ley cuando sea posible.

3. 4. 7. Todas las personas tienen el derecho de apelar una decisión adversa

El artículo 15.4 establece que la resolución pone fin a la vía administrativa impidiendo la apelación ante la autoridad administrativa. En este punto existe una discrepancia importante con el Convenio de Tromsø, que en su artículo 8 prevé un procedimiento de apelación rápido y barato antes de la reclamación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley. La solución pasaría por reconocer el derecho de apelación potestativo con objeto de agilizar la reclamación ante la autoridad independiente o los tribunales de justicia.

3. 4. 8. Los organismos públicos deben poner a disposición del público la información esencial y trascendente que les corresponde

La actividad pro activa de los poderes públicos en España ha sido importante en los últimos años. Pensemos que hasta hace un par de legislaturas en concreto hasta que Manuel Marín ocupó la Presidencia de Las Cortes Españolas era imposible conocer lo que ganaban los diputados y senadores, hoy en día se puede consultar en Internet los diferentes conceptos retributivos e indemnizatorios, eso sí, sin posibilidad de conocer las cantidades correspondientes a cada concreto diputado o senador.

Las páginas web de las diferentes instituciones y organismos proporcionan una gran cantidad de información. El Anteproyecto en su artículo 3 contempla el llamado 'principio de publicidad activa'. Ciertamente de nuevo nos encontramos que más que para satisfacer la necesidad de información de los ciudadanos se realiza para "garantizar la transparencia de la actividad de los poderes públicos". El artículo 17 se refiere a las medidas complementarias que incluyen el fomento de la Red de oficinas de atención integral al ciudadano (Red 060) dependiente del Ministerio de la Presidencia que trata de servir de punto de unión y referencia de las Administraciones Públicas, incluso de las Comunidades Autónomas que han firmado el Convenio Marco. Además los Ministerios deberán tener actualizadas y a disposición de los ciudadanos en las unidades de información y páginas web: la información básica sobre organización, organismos dependientes, guías informativas de procedimientos administrativos, servicios y prestaciones. En sus Cartas de

Servicios se informará del derecho de acceso y de la actividad pro activa de información.

El problema que se puede plantear cuando la información es mucha, es la dificultad de actualizarla, de navegar y la redacción específica. En definitiva, la información que se ofrece debe ser fácil de encontrar, actual, completa, gratuita y comprensible.

3. 4. 9. El derecho debe ser garantizado por un órgano independiente

Las denegaciones de acceso o el silencio de los entes obligados pueden reclamarse ante un órgano independiente que tiene capacidad para obligar a entregar la información en el modo y plazo que acuerde.

La solución adoptada en el Anteproyecto (art. 18) consiste en encargar esta misión a un órgano ya existente, la Agencia Española de Protección de Datos Personales (AEPD). Esta medida obedece tanto a razones de tipo económico -la creación de un órgano *ex novo* supone un importante desembolso, como a la necesidad de solucionar dentro de un mismo organismo la problemática que pueda surgir entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. En México han llegado a la misma solución al encargar al Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) las competencias relativas a la protección de datos personales y los organismos garantes de los estados seguirán mayoritariamente esta opción.

Este órgano se encargará de promover el conocimiento del derecho de acceso a la información pública entre los ciudadanos, así como de impulsar su desarrollo en nuestra sociedad. Ésta ha sido una de las labores bien desempeñadas por la AEPD que ha conseguido que la opinión se muestre sensibilizada sobre la protección de datos personales.

La AEPD al asumir las nuevas competencia precisará de una reorganización y de un cambio en la forma de actuar y en la mentalidad. ¿Llegará a tener el derecho de acceso la misma importancia que la protección de datos? La situación de partida está claramente descompensada, por lo que serán necesarias medidas para equilibrar ambas competencias.

4. Conclusiones

La evolución de los derechos humanos ha configurado nuevos derechos y ha modulado y reconvertido los tradicionales. Esto afecta de forma importante al tipo de Estado que a las características de derecho, democrático y social se ha de añadir otra relacionada con la dimensión internacional, las nuevas tecnologías y la apertura de sus estructuras a los ciudadanos: ¿un Estado abierto?

La libertad de expresión ha evolucionado hacia un derecho a una comunicación pública libre de carácter universal como derecho prevalente, necesario para que exista una opinión pública libre, que es esencial para el pluralismo político en un auténtico sistema democrático.

Creemos que no solamente es posible, sino también deseable, desarrollar por Ley Orgánica un derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental de cuarta generación, anclado en el derecho a la comunicación pública libre (art. 20 CE). Ambos derechos promueven la existencia de una opinión pública libre, elemento esencial de un sistema democrático.

Expresiones como 'derecho de ciudadanía' no añaden más que confusión a un proyecto aún por realizar que debe desarrollarse a partir de un derecho fundamental.

Este derecho fundamental servirá de motor a la transparencia de los poderes públicos. De esta forma el binomio derecho de acceso -transparencia servirá para profundizar en el sistema democrático, de revulsivo del sector público y permitirá una mayor participación de los ciudadanos. Pero en todo caso, al frente del binomio se encontrará el derecho de acceso a la información pública.

El Anteproyecto debería haberse discutido de forma transparente con las organizaciones que promueven una Ley de Acceso a la Información. Desde luego no es coherente que una Ley de Transparencia se gesticine en la oscuridad y se conozca mediante las filtraciones a la prensa 'amiga' del poder.

El Anteproyecto aunque su mayor virtud reside es que existe, necesita de una revisión en profundidad.

España precisa ya, una Ley de Acceso a la Información Pública. Una Ley aprobada como Ley Orgánica con el apoyo de una gran parte de los diputados y senadores. No sería difícil conseguir el acuerdo de varios grupos parlamentarios da-

da la trascendencia de la ley, es más, sería recomendable. Los nueve puntos de la Coalición Pro Acceso constituyen un buen punto de partida para elaborar la Ley que no debería demorarse en el tiempo.