

# LA TRANSPARENCIA COMO DERECHO-DEBER Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A SER INFORMADO. DE NUEVO, DISCREPANDO

REMEDIO SÁNCHEZ FÉRRIZ

*Catedrática de Derecho Constitucional  
Universitat de València*

*TRC, n.º 51, 2023, pp. 159-186  
ISSN 1139-5583*

## SUMARIO

I. La sinergia de los derechos y deberes. II. Las aporías del derecho a ser informado y las consiguientes dificultades de su construcción doctrinal. III. Un caso de construcción jurídica relativamente reciente: el instituto de la transparencia: ¿ha de considerarse un derecho, un deber o una técnica con la que facilitar la efectividad de derechos reconocidos en la constitución? IV. El derecho a la información como base y fundamento del deber de transparencia y del buen gobierno. V. Conclusiones

## I. LA SINERGIA DE LOS DERECHOS Y DEBERES

En el régimen constitucional de 1978 es bien sabido que los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas constituyen su eje, la parte más esencial del mismo que condiciona el funcionamiento de todos los órganos constitucionales (y de todo servidor público) que, no en vano, todos ellos, deben orientarse a la efectividad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como de los pronunciamientos del Preámbulo constitucional.

Dicho esto, como punto de partida, no lo es menos la íntima relación entre los derechos y los deberes que, aun tratándose en principio de instituciones diferentes, debe clarificarse sobre la doble significación de los deberes<sup>1</sup>. De una parte,

<sup>1</sup> Un completo estudio de los mismos en el texto constitucional es el de Rubio Llorente (2001). Aun cuando intenta una completa enumeración, reconoce que ni es materia muy querida por la doctrina con

es obvio que todo derecho comporta deberes para todos los ajenos a la titularidad de cada derecho por lo que podríamos decir que hay deberes (algunos, pocos, contemplados en la Constitución) que tienen su propia autonomía, su estructura, sujetos y contenido; pero, de otra parte, también los deberes son el «reverso» de cada derecho o la completitud del mismo en la medida en que existen (aunque no todos) los que son derechos-deber, como es el caso del derecho al trabajo. Pero todo derecho, de un modo u otro, comporta el deber no solo de ser respetado por los demás, sino también el deber que el propio titular del derecho tiene de ejercerlo debidamente, y el de preservarlo, como elemento esencial de un sistema compartido de valores en el que todos participamos: ello es bien evidente en el caso de las libertades públicas cuyo uso abusivo comportaría la negación de la propia libertad<sup>2</sup>, amén de poder incurrir en alguno de los tipos penales previstos para tal abuso (Sánchez, 1995).

### 1. Supremacía de la parte dogmática sobre la orgánica en todo régimen democrático

Respecto del deber de dar cumplimiento a la Constitución es obvio que obligue de modo especial a los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 CE) con carácter general, y aun sin reconocimiento expreso, para todos los órganos de carácter público sin que ello quede limitado a los que conocemos como «de trascendencia constitucional». En efecto, la declaración de derechos no solo se dirige a sus titulares, para su normal disfrute, sino a todos los elementos constitucionales de carácter orgánico: poderes públicos y todos sus agentes; pues ello constituye la esencia del orden democrático<sup>3</sup> que ya Schmitt advertía cuando, al exponer las posibles relaciones entre las dos grandes partes de toda constitución (la dogmática y la orgánica), subrayaba el hecho de que, en la democracia, la primera se

notables excepciones ni se regulan en forma completa y más bien hay que derivarlos por interpretación: «las normas que los enuncian, ni determinan el contenido de los deberes, ni prevén sanción alguna para su incumplimiento y, de otro lado, la sujeción de todos a la Constitución y al resto del ordenamiento ya está impuesta, con carácter general, por su art. 9.1, se concluye con toda lógica que las normas que enuncian deberes, además de redundantes son «elementos jurídicamente irrelevantes» (p 14).

2 La invocación de la libertad de expresión para proferir insultos injustificados sería la propia negación de la misma.

3 En STC 124/2018 FJ 4 se lee: «Y que «como consecuencia recae sobre los titulares de cargos públicos un cualificado deber de acatamiento a dicha norma fundamental, que no se cifra en una necesaria adhesión ideológica a su total contenido, pero sí en el compromiso de realizar sus funciones de acuerdo con ella y en el respeto al resto del ordenamiento jurídico (en tal sentido, entre otras, SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3, y 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5). En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 c), «requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella» [STC 259/2015, FJ 4 b)]».

superpone a la segunda; como, por el contrario, toda preeminencia de la parte orgánica sobre la dogmática es una manifestación clara de autoritarismo.

Pero, además, en algunos casos lo explicita el propio texto constitucional para concretos órganos; así, se establece como función propia, para las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 104.1), la fiscalía (art. 124.1) o el Defensor del Pueblo (art. 54), amén de la consideración de los miembros del poder judicial como garantes natos de los derechos (art. 24.1 y 53.2), y hasta la Jefatura del Estado cuyo titular jura expresamente, al acceder a la más alta institución estatal, su respeto a los derechos de los ciudadanos (art. 61.1), así como su sucesor al cumplir la mayoría de edad (art. 61.2)<sup>4</sup>.

La imbricación, por tanto, entre una y otra parte del texto constitucional es general. Por ello podríamos rastrear para cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas las normas jurídicas con que se han ido desarrollando, sin perjuicio de la inmediata eficacia directa de su reconocimiento constitucional<sup>5</sup>; así como los más destacados pronunciamientos jurisprudenciales con que, especialmente el Tribunal Constitucional, ha ido delimitando y determinando el contenido de cada uno de tales derechos y su incidencia en la actuación de todos los poderes públicos.

En efecto, en algunos casos tal relación se advierte con resultados más llamativos, cuando la fuerza expansiva de los derechos promueve y logra cambios en los órganos estatales, o autonómicos y locales, básicamente en lo relativo a su funcionamiento. Tal es el caso del ejemplo en el que me voy a centrar, del deber de transparencia de los poderes públicos como reverso del derecho a la información que tienen todos los ciudadanos; y debo manifestar sobre este caso que resulta especialmente llamativo por varias razones: En primer lugar, por tratarse del derecho a la información que, siendo el más reciente en su formulación constitucional<sup>6</sup> ha alcanzado niveles de institucionalización que no se imaginaban al entrar en vigor la Constitución; en segundo lugar, porque no ha sido fácil determinar su contenido público, aunque sí se le hubiera reconocido en formas muy sectoriales y accesorias en el derecho privado<sup>7</sup> (y no solo en él, como se verá), y en

4 Con todo, Rubio Llorente (2001) no considera propiamente deberes tales referencias. Aunque no es mi propósito el estudio de los deberes, el citado autor sí razona sobre los mismos distinguiéndolos en tres grupos: Deberes impuestos en interés del Estado, o quizás más precisamente, del aparato estatal; Deberes que sirvan al interés de la nación, o de la cohesión nacional y, por último, un tercer grupo integrado por deberes cuya imposición se justifica en razón de otras finalidades, no siempre fácilmente discernibles, a los que denominaremos Deberes anómalos... (p. 25).

5 Ello no solo nos permitiría ver las condiciones de su ejercicio efectivo sino también la creación de órganos propios de cada caso (ej. En LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, o en la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, sin olvidar los que derivan de la libertad de enseñanza, etc.).

6 Cfr. Un reciente trabajo en el que se aborda el nacimiento, la consolidación y las dificultades que entraña en la realidad el derecho a la información: Remedio Sánchez Férriz y Loreto Corredoira y Alfonso (2017: p. 11-48).

7 Por ejemplo, el derecho a la información de los accionistas de una sociedad o el derecho a ser informado de las acusaciones (en derecho penal), o el derecho a conocer el origen biológico de toda persona.

tercer lugar, y de modo muy fundamental, porque llegar a aceptar la significación y contenido público de tal derecho habiendo llegado a regular el comportamiento de los poderes públicos a través del deber de transparencia, comporta una nueva concepción del orden democrático superadora de la consabida concepción liberal y superadora también de la tradicional distinción entre derechos autonomía y derechos de prestación.

## 2. La transparencia es un deber que responde a un derecho de la ciudadanía en general

Esta «moderna» institución de la transparencia contribuye a asentar la democracia sustancial. Lejos de la democracia formal que se fundamenta en la aplicación de reglas que básicamente dan forma al parlamentarismo liberal por obra de las elecciones de los representantes, la democracia sustancial comporta la existencia de valores y principios, y fundamentalmente la proclamación de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas a cuya efectividad deben atenerse todos los poderes públicos y sus agentes. La imbricación entre las diferentes categorías y sus efectos en la actuación de los poderes públicos no ofrece dudas respecto de cualquier rama jurídica<sup>8</sup> aunque en especial (pero no solo) se hace más visible en los derechos prestacionales: «Más bien en el moderno estado de prestaciones sociales la realización de determinadas tareas por el Estado y la esfera de la vida individual están entrelazadas de muchas maneras, de modo que la libertad personal debe organizarse disponiendo de formas adecuadas de actuación estatal...» (Schneider, 1979: 14).

En el caso que ahora nos ocupa ha de precisarse que no estamos ante un simple derecho de prestación (de los que en general, y con la excepción del art. 27 que reconoce el derecho a la educación, se ocupa el Cap. III del Tít. I de nuestra Constitución). Las prestaciones sociales atienden a la realización del valor de la igualdad (de oportunidades, estrechamente vinculado a la dignidad de todo ser humano<sup>9</sup>) y suelen traducirse en la disposición de medios materiales o de carácter organizativo. En cambio, el deber de informar (y el correspondiente derecho a ser informado) conforma el régimen democrático (y da fe de su existencia) en una avanzada fase de consolidación<sup>10</sup> y, por consiguiente, no es propiamente un derecho individual a una esfera de autonomía personal o a una concreta prestación material. Se trata del reflejo positivo que ha de tener sobre la ciudadanía el deber

8 Holmes, S. y Sunstein, C. R. (2011) demuestran cómo los derechos civiles (en concreto la propiedad) requieren de mayor estructura pública y por tanto de inversión económica, que los prestacionales. Sobre los efectos de la teoría de los derechos fundamentales en el Derecho Civil, cfr. Viglione, 2016: 112 y ss.

9 Sobre la especial aplicación del principio de igualdad en el desarrollo e interpretación de los derechos prestacionales, *vid.* Porras Ramírez, 2017: 229 y ss.

10 Sobre la necesidad de que la sociedad haya avanzado en su democratización para que puedan ejercerse libremente las libertades públicas y en concreto el derecho a la información, entre otros, es un clásico, Braud, Philippe (1968: p. 380 y ss.).

que obliga a todos los poderes públicos (y otros)<sup>11</sup> a informar, en general, de cuanto afecte al interés común y, en particular, a cada ciudadano sobre cuánto le afecte en su vida e intereses. Por lo tanto, el paradigma ha cambiado al centrarse ahora los estudios de los especialistas en la idea de deber<sup>12</sup>.

En otras ocasiones, a lo largo de estos 40 años (Sánchez, 1974, 1995 y 2003), he sostenido que más que un derecho, el de ser informado era un presupuesto de todas las libertades públicas y de los derechos de participación ciudadana. Visto desde esta última fase de consolidación, a través del deber de transparencia, sobre la que ahora reflexionamos, cabe decir que es una garantía global del sistema en toda democracia avanzada o, como diría Burdeau (1959), «gobernante». Una garantía que otorga a tal derecho un valor y carácter fuertemente institucional, de compromiso con los valores democráticos cuya realización práctica pende del respeto que a tal derecho otorguen los poderes públicos y la actitud participativa y exigente de la ciudadanía. Sin duda, a través de la realización de tal presupuesto se contribuye decididamente a la necesaria imbricación de los tres elementos del Estado social y democrático de Derecho que solo dará el resultado global que se busca si mantienen el equilibrio entre ellos sin que predomine de tal modo uno de ellos que minusvalore o desmerezca la significación de alguno de los otros dos como ya, desde el principio, puso de relieve Garrorena (1984).

## II. LAS APORÍAS DEL DERECHO A SER INFORMADO Y LAS CONSIGUIENTES DIFICULTADES DE SU CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL

En efecto, el derecho a la información se hallaba perfectamente formulado<sup>13</sup> en términos iusfilosóficos, y estructurado para su aplicación en diversas ramas del derecho privado (y, también, en aspectos muy concretos del público)<sup>14</sup>. Pero, extraído de un ámbito jurídico concreto, el derecho a la información

11 En particular los periodistas que se deben a la necesidad del público de tener información veraz y rigurosa. Cfr. Bel Mallen (dir.) (2023).

12 Con frecuencia suelo referirme a la necesidad de contemplar los derechos junto a su otra cara, los deberes (y así he comenzado este trabajo). Pero en este caso no se trata tanto de la naturaleza de derecho-deber que concurre en muchos de ellos, sino de la diversificación de sus respectivos titulares: a la ciudadanía corresponde el derecho de conocer las cuestiones públicas, y a los poderes públicos el deber de facilitar ese conocimiento. No en vano concluye Rubio (2001) relacionando los deberes constitucionales con la Teoría política; no cabe la interpretación aislada de tantas formas como cabe deducir de la Constitución; ello y su concreta inserción también dependerá del sistema y sus paradigmas concretos (p. 51 y ss).

13 Han destacado en dicha labor Desantes Guanter (1975, entre otras) y aunque en menor medida Soria (1984), González Ballesteros (2011), Bel Mallén y Loreto Corredoira (2017), y en no menor medida, Escobar de la Serna (1974) y Abad (2021, su última contribución). Desde el enfoque más positivo-constitucional Solozábal Echevarria (1988) y muy en especial para el enfoque de que nos ocupamos aquí Villaverde (1994, 1995).

14 Villaverde (2003: 134) nos recuerda sus múltiples facetas sin salir del texto constitucional: «Diversos preceptos en la CE consagran aspectos del derecho a ser informado a través de instrumentos jurídicos muy

podía analizarse en profundidad y, sobre todo justificarse, en su naturaleza íntimamente vinculada a la condición social del ser humano y hasta configurarse como núcleo constitutivo de la propia idea de comunidad (González Casanova, 1968 o Villaverde 1994); todo ello iría formando parte de una teoría general<sup>15</sup> de difícil acomodo en su realización práctica si no iba referida, a modo de derecho relacional, tan solo a concretos elementos como sus soportes mediáticos, o sus efectos respecto de derechos fundamentales que pudieran verse afectados (de ahí las múltiples sentencias del TC en que lo iba determinando respecto de la intimidad, honor e imagen o en su uso profesional por los medios de comunicación).

### 1. La necesidad de estructurar el derecho para proporcionarle técnicas de protección

Sin embargo, en tal intento de conceptualización, la relación poderes públicos-sociedad resultaba tan fluida como incierta hasta que se fueran consolidando nuevas técnicas constitucionales; porque faltaba la regulación del derecho como tal en su acepción más general y política, en su función de fundamento o instrumento social esencial de una democracia avanzada<sup>16</sup> en la que todo cargo tiene responsabilidad y, en consecuencia, se ha de someter a control. Faltaba que llegara a ser entendido como exigencia a los poderes públicos del deber de informar y que paralelamente se estableciera por el legislador la concreta relación jurídica, con determinación de los concretos contenidos o ámbitos a los que se tendría el «derecho de conocer» o el derecho de informarse la ciudadanía y, consiguientemente, poder accionar ante el juez si no hubiera sido respetado.

diversos, imponiendo al Estado obligaciones e integrando como una de sus facultades jurídicas el contenido de un derecho individual (arts. 9.3, 18, 24, 51, 105.b CE). En unos casos, los preceptos constitucionales, como el art. 105, b), concretan deberes jurídicos derivados del reconocimiento del derecho a recibir información del art. 20.1 d). En otras ocasiones, la garantía de ciertos derechos a ser informado se integra en específicas relaciones jurídicas de carácter administrativo, procesal, civil, penal o mercantil, o es información cuyo conocimiento requiere de una legitimación específica que los sitúa fuera del art. 20., como el supuesto derecho a ser informado de la acusación del art. 24...». En este mismo sentido no cabe olvidar al ámbito parlamentario y en particular el derecho de todo diputado a recabar información; por todos el reciente trabajo de Durban Martín (2019) en el que fija las características de este concreto derecho de acceso a partir de la jurisprudencia TC y contenciosa pero dejando claro que el mismo se vincula al art. 23 CE y no al 20.1,d) (pp. 267-270).

15 Al que, modestamente, intenté contribuir ya en mi tesina de licenciatura, dirigida por Diego Sevilla Andrés, aún en el régimen anterior, 1974.

16 Sánchez Navarro (1995: 230): «Toda esta construcción (democrática) descansa sobre la base de que el titular de la soberanía, el pueblo, esté verdaderamente informado, porque de otra forma su capacidad de decisión sería ficticia: la información constituye el núcleo del proceso de fiscalización y debate, por lo que «el precio de la democracia es el control perpetuo». El control del Gobierno —de la mayoría— exige pues el exhaustivo conocimiento de su actuación, y la posibilidad de que ese conocimiento llegue a ser público, es decir, que requiere información y publicidad. Algo que, por su trascendencia, no puede quedar a disposición de la propia mayoría, sino que ha de estar garantizado al margen de la voluntad mayoritaria...».

Por ello, en las diversas ocasiones en que, durante estos 40 años, hube de reflexionar sobre el derecho a la información se hizo siempre presente la aporía del más fundamental de los derechos democráticos: la carencia de elementos en su estructura (que podríamos denominar «jurídico-práctica»), o de técnicas, capaces de medir su cumplimiento o no. No es de extrañar por ello que incluso los más completos estudios del derecho a la información constituyan, o bien rigurosas monografías con gran trasfondo iusnaturalista (Desantes, 1992, 2004, etc.) o bien estudios de sus más diversas manifestaciones en concretas parcelas del derecho y en sus manifestaciones a través de los medios de comunicación social reenviando el núcleo del derecho a la garantía institucional de la opinión pública, o a la defensa de principios como el pluralismo o la función social de la información (como suele hacer el TC español).

Es decir, el derecho a la información de carácter público seguía conformando una nebulosa a partir de la cual evolucionar hasta extraer sustanciosas consecuencias que, supuestamente, darían lugar a la realización democrática, pero necesitando contar con técnicas jurídicas que hicieran posible completar tal evolución. No así, repito, en concretos aspectos del ordenamiento; sin duda un caso claro que debe subrayarse y que ha tomado forma al avanzar la construcción del estado democrático y social es el derecho a ser informados en el ámbito sanitario en el que no pocos casos de responsabilidad han sido resueltos en favor del paciente ante la falta de pruebas de que se hubiera llevado a cabo una información suficiente a través de la cual el paciente no solo pudiera conocer su enfermedad y las consecuencias de la misma, así como las posibilidades de intervención invasiva y sus eventuales efectos o consecuencias negativas, es decir, los riesgos que, en función de la *lex artis* del momento en que se halla la investigación y la práctica sanitaria, el médico pueda prever. No en vano hoy la firma del consentimiento informado constituye una práctica generalizada que nadie se atrevería a ignorar.

Volviendo a la información «pública» o general, y dando por sentado el derecho de la ciudadanía para conocer todo cuanto tenga relevancia pública (y, por consiguiente, también los actos de los principales representantes políticos y sus consecuencias), la cuestión siempre irresuelta era ¿cómo sabe la ciudadanía que se le oculta información, o que la proporcionada no es la realmente necesaria, o que se está recibiendo un exceso de información aparentemente de interés público para enmascarar otra que se le oculta?, etc., etc. Cabe siempre, lógicamente, la duda, o el rumor, o la sistemática desconfianza de la oposición (política y parlamentaria); pero ninguno de estos elementos tiene entidad ni objetividad suficiente para estructurar una relación jurídica con consecuencias reales, hecho que resulta absurdo en el ámbito de la supremacía constitucional que rige nuestro ordenamiento, sobre todo porque se trata de un derecho fundamental o, más aún, como es el caso del que hablamos, del presupuesto sobre el que se cimantan los derechos democráticos.

En este sentido, cabría decir que el derecho a la información ocupaba un lugar más orientativo como valor y principio al modo como la dignidad del ser

humano del art. 10.1 o la igualdad del art. 14, que quedan fuera de la sección 1ª con ser, sin embargo, tan importantes. Pero la peculiaridad que no cabe desconocer en el derecho a la información es que, además, este sí constituía un derecho formulado dentro de la sección 1ª, en el art. 20.1 d) CE<sup>17</sup>, cuestión decisiva sobre la que volveremos *infra*.

Una última precisión ha de hacerse sobre los derechos a los que más afecta y a los que se vincula como base o fundamento de los mismos; se trata de los derechos de participación entendiendo como tales no solo las libertades públicas que se exteriorizan, ya sean de agrupación o de pensamiento, sino también los derechos propiamente políticos de todo ciudadano. En este sentido, ha de recordarse la conexión que a menudo establece Castellanos (2019: 7) entre la educación y la participación (que califica como relación simbiótica); también la información pública es un modo de educación cívica o de conocimiento de la realidad que nos rodea, siempre que no sea sesgada ni impida sus plurales manifestaciones.

## 2. El problema no afecta a la libertad de expresión, al menos en el ordenamiento español

Una última precisión ha de hacerse, antes de seguir, para confirmar que hablamos del derecho a la información (art. 20.1,d CE) y no de la libertad de expresión del art. 20.1, a). Sobre sus notables diferencias en estructura y funcionalidad, y por consiguiente en sus respectivos conceptos, también me he pronunciado a lo largo de estas décadas (1995, 2004, 2005, 2008, entre otros). Pero resulta curioso ver cómo aun hoy se construye por parte de los colegas incluso el más reciente derecho de acceso (art. 105, b CE) tomando como fundamento la libertad de expresión, a partir del art. 19 de la Declaración Universal o del art. 10 del Convenio europeo<sup>18</sup>. Tal parece el hilo conductor de Medel y también Corredoira (2006) al afirmar que en el art. 19 DUDH<sup>19</sup> se contienen todos los

17 Sobre la autonomía y la fuerza de este derecho fundamental insiste Villaverde (2003: 127) que, además, según el autor, actúa como garantía institucional de la libre comunicación que se da en las democracias. No es que la democracia favorezca las libertades del art. 20 CE, sino que ellas mismas son la democracia. Pero todo ello hoy depende de que no caiga la información en manos del poder (2003: 125). Del mismo autor, 1994: 329, sobre la autonomía del derecho estudiado.

18 En realidad, lo que se toma en cuenta es la jurisprudencia del TEDH como señala Rollnert (2014: p. 364 y ss). A menudo echo de menos que, sin perjuicio del interés de dicha jurisprudencia, se haga una lectura apropiada de tales preceptos, y en especial del art. 10 del Convenio europeo, situando sus expresiones en el año 50 y no interpretándolas desde la realidad actual. En especial cuando se trata de situaciones «necesarias en la vida democrática» que, es bien sabido, pero no meditado, que ha sufrido una profunda evolución. En los años 50 se necesitaba reconstruir la democracia y hasta las sociedades. Hoy la democracia está más necesitada de reflexión y de su propia delimitación (y reajustes) que de una dilatación inacabable que puede desfigurarla.

19 Art. 19 DUDH: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».



elementos necesarios para deducir hasta los más recientes derechos; desde otra perspectiva, Moreno (entre otros) trata de justificar la fundamentalidad del derecho de acceso en España (regulado por la Ley de 2013 a que me referiré *infra*) en los contenidos de los documentos internacionales por aplicación del art. 10.2 CE). No niego que tal sea una vía más de análisis, pero a mi juicio es innecesaria en nuestro ordenamiento; pues ello tendría sentido si en nuestra Constitución no se hubiera contemplado expresamente (aunque no se haya hecho con toda la claridad posible<sup>20</sup>) el derecho a la información en el precepto ya mencionado del art. 20. Debe observarse que el constituyente español es claro al distinguir ambas libertades informativas (estableciendo un claro *dualismo*) mientras que los documentos internacionales consagran la libertad de expresión entendiendo que ella es suficiente en sí misma para que puedan derivar de dicha libertad facultades bien diversas (*monismo*).

Pero, además, respecto de todo ello, he de precisar que nuestra jurisprudencia constitucional también se separó de la concepción monista de los grandes documentos internacionales (DUDH y CEDH, básicamente) para desarrollar una concepción dualista como el TC ha cuidado de confirmar desde el caso Crespo de 1988. Es decir, la libertad de expresión, que según los documentos internacionales comprende todas las manifestaciones del fenómeno informativo, incluso el derecho a la información, en nuestro ordenamiento resulta de dudosa aplicación si se confunde con el derecho a la información pues el régimen jurídico de una y otro son distintos como también lo es su estructura y funcionalidad. Por ello, creo que la discusión sobre cómo construir la fundamentalidad del derecho de acceso a partir del art. 10.2 es vana por no decir banal y desconocedora de lo que la DUDH dice realmente<sup>21</sup>.

20 Nuestra Constitución no siguió el camino abierto en este sentido, dos años antes, por la Constitución portuguesa que no deja lugar a dudas sobre esta distinción de la que también me he ocupado en estas décadas (Sánchez, 2004: 75 y ss.) por cuanto las diferencias trascienden a todos los elementos esenciales de tal libertad y tal derecho (fundamentación, estructura, funcionalidad...) aunque coincidentes en su titularidad universal. Con ser el art. 48 de la Constitución portuguesa el caso más claro y logrado de reconocimiento del derecho a la información, no es ello lo más importante sino lo que de su ubicación en el texto cabe deducir a través de una interpretación sistemática. Pues dicha Constitución dedica al reconocimiento de las libertades informativas y sus diversos aspectos, los arts. 37 a 40. Sin embargo, el art. 48 en que se formula con claridad, no se halla entre tales preceptos dedicados a las libertades informativas. El Título II de la Constitución portuguesa lleva por epígrafe «De los derechos, libertades y garantías» y en él se distingue perfectamente el Capítulo I («De los derechos, libertades y garantías personales» que comprende los arts. 24 a 47) del Capítulo II («De los derechos, libertades y garantías de participación política», arts. 48 a 52) y este, justamente se inicia con el art. 48 que lleva por epígrafe «De la participación en la vida pública» y su párrafo 2 contiene el que consideramos mejor reconocimiento constitucional del derecho a la información que nos atreveríamos a apostillar de «bien entendido»: «el derecho de ser esclarecidos objetivamente sobre los actos del Estado y demás entidades públicas...», a «ser informados por el Gobierno y otras autoridades acerca de la gestión de los asuntos públicos». Por lo tanto, el párrafo 2 del art. 48 se sitúa en la Constitución que comentamos en un marco estrictamente democrático, al margen de la detallada regulación que también se contiene en la misma Constitución para las libertades informativas y sus múltiples medios de manifestación y difusión. Cfr. Corredoira y Sánchez, 2017: 38 y ss.

21 Cfr. El debate doctrinal a que se refiere Rollnert (2014: 360).

Puedo entender que las interpretaciones de tal Declaración universal, así como del TEDH respecto del respectivo Convenio europeo<sup>22</sup> lo hayan interpretado así en su activismo habitual; pero nada de todo ello hace falta en el ordenamiento español presidido por la Constitución de 1978 que, según he dicho ya, se apartó del monismo para dejar claro que se trata de dos figuras jurídicas distintas. Sí me parece en cambio más lógico el razonamiento de Rollnert (2014: 362-363) en relación con la Carta europea de derechos y su inserción en el Tratado de Lisboa<sup>23</sup> que, en todo caso, no cabe ignorar que va dirigido a los órganos comunitarios y sin perjuicio de la aplicación directa de la misma por todos los jueces nacionales (Parodi, 2022).

### 3. El derecho a la información en la Constitución española

Volviendo a la Constitución, he de insistir en que no puede resultar indiferente que la misma se haya pronunciado, en particular, sobre el derecho a la información sobre cuyos efectos ha sido muy claro Bastida (en Prólogo a Villaverde, 1994): «El hecho de que nuestra Constitución reconozca el derecho fundamental a ser informado de modo veraz por cualquier medio plantea el debate en un plano diferente al clásico de la dimensión subjetiva o al más reciente de la dimensión objetiva de las libertades de expresión e información y su eficacia mediata sobre la recepción de su ejercicio. El plano es ahora menos difuso pero más complejo en la medida en que el derecho a ser informado puede hacerse valer como tal derecho frente al Estado e, incluso, bajo determinadas circunstancias, frente a los particulares y goza, además, del efecto irradiante que sobre el resto del ordenamiento jurídico cabe predicar de los derechos fundamentales».

22 Art. 10.-Libertad de expresión (del CEDH): «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 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».

23 «...el reconocimiento del derecho de acceso en el art. 105 b) CE como un derecho constitucional no fundamental de configuración legal no obsta para su incorporación a la Carta como un derecho fundamental en la medida que no impide que el alcance y nivel de protección del derecho sea el que le otorgan los arts. 52 y 53 de la misma. Podría objetarse también que en virtud del art. 51.1 de la Carta el derecho fundamental de acceso a los documentos se reconoce solo ante las instituciones y órganos de la Unión y que los Estados miembros solo están vinculados por dicho derecho «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»; de hecho, la norma de reconocimiento del art. 42 se limita a declarar el «derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Sin embargo, es nuestro propio legislador nacional quien ha despejado cualquier duda al respecto elevando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a parámetro hermenéutico de las normas constitucionales internas sobre derechos y libertades en la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa...».

Cuestión distinta es que, además del derecho fundamental a la información, o libertad de información del art. 20.1, d), se haya reconocido, en particular para el ámbito administrativo, el derecho de acceso a documentos y archivos en el art. 105, c) CE, entre otros preceptos que ya cité en nota al pie de la mano de Villaverde. Justamente de ahí surge en España una polémica que lleva a dividir la doctrina entre quienes llegan a conceder fundamentalidad al último de los derechos mencionados y quienes se la niegan, entre otras razones, por no formar parte de la sección 1ª del Cap. II; a ello añaden una serie de consideraciones sobre la fuerza o los efectos de la DUDH (que creo ya haber descartado) y que supondría aportar un nuevo derecho a nuestra Constitución a través de un precepto que no tiene más que fuerza interpretativa (art. 10.2) y que, por lo demás, es innecesario en este caso. Sobre todo ello hace una impecable exposición Rollnert (2014: 349-357)<sup>24</sup>, tanto en cuanto a las encontradas posiciones doctrinales como a las decisiones jurisprudenciales de carácter constitucional y también del TS<sup>25</sup>.

24 Me llama sin embargo la atención la confrontación que se establece entre al derecho de acceso a los archivos y documentos con la protección de los datos pues, en primer lugar, creo que este es un supuesto entre tantos que se pueden dar y, en segundo lugar, no podemos ignorar que no se trata de documentos abiertos o archivos para los que no se requiera probar la condición de interesado, aunque solo sea con carácter de investigador y con las cautelas necesarias. Atraer un derecho a la fundamentalidad de otro realmente fundamental (cosa que se ha estado haciendo en estos dos últimos años con el derecho a la salud del art. 43 respecto del derecho a la vida del art. 15), no significa desconocer los procedimientos o exigencias generales que para cada uno de ellos establece el ordenamiento. No me cansaré de decir que los derechos fundamentales no pueden fagocitar todo el ordenamiento jurídico, y este tal vez sea un aspecto ignorado en la discusión doctrinal a que me refiero. El art. 105 tiene su propio desarrollo y sus propias vías procesales; que reciba la fuerza de la libertad de información no significa que ya resulte obsoleto, que se convierta en aquella y deje de tener papel alguno ni su texto ni el ámbito administrativo en que rige. Significa que es un ejemplo de la significación de la libertad de información que fundamenta, junto a otras libertades, nuestra democracia y sí puede haber casos en que dentro de la actividad administrativa se tenga derecho a conocer datos o políticas generales y no referidas a persona concreta. En muchas ocasiones he sostenido que no puede entrar en conflicto la intimidad con el derecho a la información (a diferencia de lo que sí puede ocurrir con la libertad de expresión). Pues la información a la que tenemos derecho no es toda sino solo la de relevancia pública y veraz. Ni que decir tiene que probar la veracidad de un dato personal protegido no sería una *exceptio veritatis* sino la prueba flagrante de una vulneración de la intimidad que, de este modo, deja de serlo.

25 Más práctico y de aplicación habitual me resulta el trabajo de Pavet que trata de engarzar el derecho de acceso a la LRJAE de 2015 con el establecido por la Ley 9/2013, por obra de lo dispuesto en su Disp. Final 1 (y añade el autor, también de otras disposiciones que en las Leyes homónimas autonómicas han hecho algo similar). Plantea cuantos problemas pudieran darse entre los administrados interesados en concretos expedientes de aplicar la LRJAE o la de Transparencia, o el caso de que esta se considerara subsidiaria o de que fuera el administrado el que tuviera que elegir entre acogerse a una u otra. La cuestión sobre ser práctica, se descompone en multitud de supuestos en función de casos y trámites concretos: «el laberíntico casuismo que puede producirse a raíz de la relación de supletoriedad de la LTBG respecto al procedimiento administrativo; una situación que se traduce en la dificultad de elegir qué aplicar y qué no de la legislación de transparencia a los procedimientos administrativos en trámite y que se registrarían «en lo no previsto en su normativa específica» por la legislación de transparencia».

### III. UN CASO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA RELATIVAMENTE RECIENTE: EL INSTITUTO DE LA TRANSPARENCIA: ¿HA DE CONSIDERARSE UN DERECHO, UN DEBER O UNA TÉCNICA CON LA QUE FACILITAR LA EFECTIVIDAD DE DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN?

#### 1. Desarrollo legal de la transparencia

La Ley 9/2013 de transparencia, del derecho de acceso a la información pública y del buen gobierno, con todas las insuficiencias que han podido señalar los expertos (pero siempre siguiendo las directrices europeas)<sup>26</sup>, representó, sin embargo, una primera reconstrucción de la relación jurídica entre poderes públicos y ciudadanía que fue incapaz de proporcionar la insuficiente regulación del art. 37 de la Ley 30/92<sup>27</sup>, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común derivado a modo de desarrollo del derecho constitucional (que no fundamental) reconocido por el art. 105, b CE. Además, como no podía ser de otro modo, por la necesidad de adecuarse a las directrices establecidas en este ámbito por la Unión Europea, el acceso a la documentación administrativa, y la ampliación de dicho derecho en múltiples facultades, ha merecido regulación propia y específica y hasta la creación de órganos propios de control de la transparencia tanto a nivel nacional como de las CCAA<sup>28</sup>.

En lo que se refiere a la Comunidad valenciana cabe decir que hasta estos días en que se ha dictado nueva Ley, ha regido la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana. Algún párrafo de su Preámbulo ya llamaba la atención. Así, en

26 En lo que se refiere a la experiencia americana, Arellano y Cetina (2015: 143-144) refieren sobre la Ley Federal de Transparencia y acceso a la Información Pública gubernamental, de 11 de junio de 2002 en la que aparece «una especie de derecho de acceso que está más ligado a la transparencia y la rendición de cuentas que al derecho a la información». Es importante señalar el texto en el que, a juicio de los autores, refleja su importancia pero también la limitación de su alcance: «Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: 1. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá regir el principio de máxima publicidad...».

27 Con posterioridad, la Ley del 92 fue sustituida por las leyes 39 y 40 de 2015, también, respectivamente, de procedimiento administrativo común y régimen jurídico de la administración pública en las que no se olvida el derecho de acceso. En efecto, de ahí el interés del estudio de Pavet que busca profundizar en el acceso de los sujetos interesados y no interesados a los procedimientos en curso a partir de la regulación de la DA 1.ª en relación con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

28 Un ejemplo más, por tanto, de la *supra* aludida superioridad de la parte dogmática sobre la orgánica. Pero, a la vez, es también manifestación de la administrativización del derecho de acceso, cosa que contradice las pretensiones de fundamentalidad que sobre él se formulan.

relación al paso importante que supone el nuevo enfoque respecto del viejo art. 37 de la LRJAE<sup>29</sup>: «Se abandona así un sentido patrimonialista del derecho a la información que es sustituido por una comprensión necesariamente proactiva: la ciudadanía como sujeto de la acción pública, y no sólo el Gobierno y sus administraciones» (I). Y también sobre el sentido de la información: «Hay que distinguir claramente entre la publicidad activa, es decir, la obligación de la administración pública de proporcionar y difundir —constantemente y de forma veraz— toda la información de mayor relevancia, sin que nadie lo solicite, y el derecho de acceso a la información pública, que abarca la posibilidad de acceso de cualquier ciudadano o ciudadana —mediante solicitud previa— a la información pública sin más limitaciones que las que contemplan las leyes» (IV).

## 2. La transparencia como estructura que desarrolla el art. 103.1 y 105, b) CE

La (entonces) nueva Ley estatal de 2013 representó una nueva construcción que, por más que expresamente quiera conectar con el art. 105, b de la Constitución, y no con el 20.1,d, excede con mucho el ámbito secundario que inicialmente se atribuyó al contenido del art. 105, b, salvo que este precepto se considere una derivación del art. 20.1,d., cosa que la Ley 9/2013 ha descartado. Cabe por ello decir que no se ha dado el paso definitivo, pero sí se ha dado un paso importante, siempre que la interpretación se vaya decantando hacia el marco de los derechos fundamentales. Rollnert (2015: 110-111) detalla la polémica desatada entre los grupos parlamentarios al discutir el texto de la ley, sobre la condición, o no, de derecho fundamental y el consiguiente carácter orgánico u ordinario de la ley reguladora.

Personalmente encuentro de nuevo en parte de la doctrina cierta confusión entre el derecho de acceso en el ámbito administrativo, que puede alcanzar toda su eficacia sin necesidad de que se le reconozca como fundamental<sup>30</sup>, y el derecho a la información que, sobre ser fundamental, cubriría la información pública y relevante con carácter general sin que, como en el otro caso, haya de justificarse legitimación concreta alguna para el acceso a documentos que sí se requiere en el ámbito administrativo. De plantearlo así, en términos estrictamente constitucionales, no

29 En efecto, dicho art. hoy dispone: «Derecho de acceso a la información pública. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación». Y ello, al haber sido reformado por la disposición final 1.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, destinada justamente a modificar el art. 35 y el 37 mencionada con el fin de incorporar y reforzar el derecho de acceso de los ciudadanos.

30 Me remito al trabajo ya citado de Pavet (2022: 16 y ss) en el que se detallan eventuales problemas en torno al acceso por parte de terceros no interesados al procedimiento administrativo (que) «no acaba de hallar su encaje normativo, teniendo en cuenta, además, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la DA 1.ª LTBG».

sería tan relevante la polémica y, además, no se tendría que recurrir a extraños planteamientos, ni doctrinales ni jurisprudenciales, con la ventaja añadida de que, al no haber requerido de una Ley Orgánica, no se limita la capacidad de regulación de las CCAA, lógica opción, por lo demás, si se busca la transparencia de todos los poderes públicos y, por consiguiente, también de los que son autonómicos y locales.

### 3. Necesaria distinción de tipos de acceso a la información

Tal vez hubiera sido suficiente con dotar de contenido y significado constitucional a cada uno de los dos derechos en juego<sup>31</sup> sin empeñarse en hacer de ellos uno solo. Pues una cosa es la transparencia, como valor y deber de toda acción pública, y otra distinta las técnicas con que se da vida y garantías a cada derecho en su propio ámbito (por una parte, el derecho a la información que según he dicho ya existe en diversos ámbitos jurídicos, pero también, y con carácter fundamental, en el público-democrático y, por otra, el derecho de acceso a la actividad administrativa). Pero creo que no se ha hecho así. La Ley 9/2013 lleva por epígrafe en el Cap. III el mismo que repite en el art. 12: «Art. 12. Derecho de acceso a la información pública. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica».

Sinceramente, vincular la «información pública» al art. 105 (o solo a él) ya indica que el legislador no se ha parado a pensar en lo que es el derecho a ser informados (ni parece que lo pretende por más que la terminología utilizada puede conducir a confusiones) y que, en realidad, está pensando en el derecho de acceso. Y en el artículo siguiente (el 13) nos dice lo que entiende por información pública: «Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Cierto, la ley cuenta con otros elementos organizativos e incluso con regulación de carácter sancionador, pero creo que con los preceptos transcritos quedan claras sus limitaciones que, en absoluto, y al menos en principio, pretenden vincularse al derecho a ser informados del art. 20 CE. Las nuevas leyes de transparencia parecen pretender una administración transparente y eficaz; pero ello no parece exceder sus objetivos más allá de los principios que la propia Constitución establece en su art. 103.1: «1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía,

31 Con detalle pueden verse todas las posibilidades del art. 20.1 d) respecto del Estado como fuente de información en Villaverde (1994: p. 348 y ss.).

descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Hasta aquí no me parece que haya trascendido mucho la doctrina (desde luego minoritaria) con que habíamos construido el derecho a la información del art. 20.1, d) CE. Ciertamente la Constitución española ha sido cauta, sin llegar a la clarividente regulación constitucional portuguesa, pero aproximándonos a sus planteamientos<sup>32</sup>. Ya se ha dicho que costó configurar entre nosotros el derecho a la información, y por suerte el TC ha contribuido a ello decididamente en estas décadas<sup>33</sup>, aunque aún faltara su desarrollo procesal general, pues sí existe, en cambio, en lo que se refiere al mundo de los medios de comunicación. Pero bien triste sería pensar que este precepto fundamental del art. 20 queda reducido al mundo de la información de los profesionales, y que en todo lo demás se vincula al art. 105, b) y a la transparencia para que esta se convierta en un derecho fundamental a base de interpretaciones internacionales o de un voluntarismo poco atento a la interpretación sistemática e integrada de la Constitución.

#### IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO BASE Y FUNDAMENTO DEL DEBER DE TRANSPARENCIA Y DEL BUEN GOBIERNO

Claro que cabe la conexión de ambos ámbitos y sus correspondientes derechos; pero, para ello ha de partirse del derecho a la información<sup>34</sup> y no del derecho de acceso, aunque bien podrían convivir ambos en sus respectivas estructura y ámbitos sin confundirse. Pero no parece ni la intención de la Ley comentada ni de la doctrina conocida. La solución «unitaria» requiere de una democracia muy desarrollada y por ello su aparición y consolidación ha de ser lenta. La lentitud con que se ha llegado a este punto (en que se asumen deberes reales por parte de los poderes públicos para facilitar información a la ciudadanía) nos confirma la dificultad con que se va estableciendo el cambio de paradigma en los

32 No me parece nada baladí que Sánchez Navarro (1995: 250-251), al concluir sobre el objeto y los destinatarios del control parlamentario frente al Gobierno, mencione la Constitución portuguesa en su art. 48 para demostrar que los destinatarios últimos son los ciudadanos que, gracias a las actividades parlamentarias pueden conocer toda gestión de la actividad pública; y añade: «Principio que se completa jurídicamente con la atribución a los Grupos Parlamentarios de la titularidad del «derecho a ser informados regular y directamente por el Gobierno» (arts. 183.2.i CP; 10.1.j y 11 del Reglamento de la Asamblea de la República)». Sin embargo, tal como ya he afirmado, Durban (2019) hace un estricto seguimiento del derecho individual del parlamentario (y en realidad de todo cargo representativo puesto que también afecta al ámbito local) y su tratamiento jurisprudencial en el que se advierte la directa dependencia del derecho de acceso de los representantes, del art. 23 CE.

33 Sánchez Férriz, R. (2004).

34 Insiste Villaverde (1995: 138) en que los derechos del art. 20, 1, a) y d) no son en absoluto auxiliares ni secundarios en el proceso básico democrático sino al revés. Ellos son la democracia y los otros que aquí mencionamos son los auxiliares.

regímenes democráticos en la medida en que afecta al núcleo mismo de la idea de democracia, que solo puede ser participada si la ciudadanía se halla bien informada, (¿y formada?<sup>35</sup>). Y no cabe duda de que en este largo proceso sí se ha dado un paso muy importante cuyos efectos, más que en la regulación y aplicación de la Leyes de transparencia, han de buscarse en el cambio de paradigma político que todas ellas representan<sup>36</sup>. En este sentido, también concluye Mendel su estudio sobre la reciente legislación en todos los países americanos recordando que el primer paso ya se ha dado: «A menudo se señala que la adopción de una ley progresista sobre el derecho a la información es apenas el primer paso y de cierta manera el más fácil, hacia la realización del derecho a la información en la práctica... La realización efectiva requiere voluntad política, una sociedad civil activa y al menos algunos otros rasgos democráticos clave, como el respeto por el estado de derecho. Si bien una buena ley no es suficiente para garantizar el derecho a la información, es al mismo tiempo una condición previa imprescindible...» (Mendel, 2009: 191).

### 1. ¿Transformación del derecho de acceso a la información pública en derecho fundamental?

Se advierte en los estudiosos de la transparencia la preocupación por asentar tal derecho en nuestro sistema con toda la fuerza y eficacia propia de un derecho fundamental<sup>37</sup>; así puede verse, a modo de constante y pese a argumentaciones bien trabadas, en el caso de Cotino Hueso (2014: 242 y ss.), entre tantos. Suelo manifestarme en contra de la fácil, y a veces innecesaria, fundamentalidad de tantas nuevas facultades y derechos para los que se invoca, a veces en exceso, su condición de derechos fundamentales<sup>38</sup>. Sin embargo, en este caso no puedo sino

<sup>35</sup> Ya se citó supra a Castellanos en relación con la simbiosis educación y participación.

<sup>36</sup> Obsérvese que las ideas fuerza más citadas en las exposiciones de motivos de las leyes de transparencia autonómicas son participación ciudadana, profundización democrática, legitimación y responsabilidad... Cfr. INAP (2016, p. 30). Todo ello sentado, y sin desmentir que estas novedosas leyes representan un cambio de paradigma, no puedo dejar de subrayar que algo bien distinto será que los poderes públicos cambien también de «pensamiento y actuación» y las apliquen, pues son bien recientes escándalos de poca transparencia pese a la vigencia de las nuevas leyes.

<sup>37</sup> *Supra* ya he citado el estudio doctrinal de Rollnert (2014) en el que expone el estado de la cuestión.

<sup>38</sup> En el mismo sentido de precaución se manifiesta Díez Picazo (2008: p. 30): «Dicho todo esto, el fenómeno de la ampliación de las declaraciones de derechos no está exento de riesgos. Existe, ante todo, un peligro de banalización, patente en la palabra «generaciones» a menudo empleada para designar cada nueva oleada de derechos: ello recuerda demasiado la permanente revolución informática, en la que las precedentes generaciones de ordenadores quedan deprisa superadas por otras nuevas. De aquí que sea imprescindible recordar que la proclamación de nuevos derechos de ningún modo sustituye a los derechos clásicos. Éstos siguen siendo tan importantes, en la práctica, como hace doscientos años. Aún más grave es el hecho de que la inflación de derechos pueda llevar a su devaluación: para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados. Ello tiene que ver con que los derechos fundamentales están



sumarme a tal pretensión (sin que deje de ser una pretensión) doctrinal de fundamentalidad, por lo demás innecesaria desde mi posición (Sánchez: 2004) y la de quienes (aun con terminología algo diversa) sitúan la significación política y jurídica del derecho de acceso, en el más amplio marco del derecho a la información.

Pero ello exige distinguir bien los dos aspectos a que antes me he referido<sup>39</sup>; el acceso a la actividad administrativa que podríamos considerar «ordinaria» no tiene por qué ser un derecho fundamental cuya expectativa para sus defensores es la de que se regule por ley orgánica y que sea objeto del recurso de amparo. Sobre el primer aspecto ya he dicho que contravendría las posibilidades de las CCAA y sobre el segundo, no creo que la jurisdicción contenciosa en todos sus niveles sea incapaz de proteger tal derecho. Sí lo tendrá, en cambio, el derecho a la información en cuanto sea objeto de políticas generales y decisiones que sobrepasan la administración ordinaria. Ello es algo que el legislador pudo precisar; pero no lo ha hecho; aunque no me cabe duda de que el TC no denegaría su atención a cualesquiera cuestiones que tengan tal alcance y relevancia constitucional. De hecho, así lo ha hecho protegiendo en estas décadas de régimen constitucional todo interés público por el TC (Sánchez, 2004; Villaverde, 1994: 386 y ss.).

## 2. La necesidad de clarificar el debate

Por ello, considero innecesario este debate mientras se mantenga en los términos de la Ley de transparencia sin perjuicio del cambio cultural y democrático que la misma comporta. En este sentido, no me ofrece duda alguna la relevancia del reciente derecho de acceso a la información pública y de que ello, además, es coherente con cuanto años atrás ya he afirmado respecto del no siempre bien entendido derecho a la información. Pero éste no puede reducirse ni ser atraído al campo de la transparencia administrativa; porque el derecho a la información es mucho más, y su aplicación y defensa no requiere de ley de desarrollo, aunque bien la pudo haber. Más aún, siempre he considerado al derecho a la información del art. 20 CE, no solo un derecho fundamental, sino, en realidad, el presupuesto de todos los derechos fundamentales (y de las libertades públicas) más directamente relacionados con el sistema democrático; en particular, el derecho a la información es la precondition del libre ejercicio de los que conocemos como

llamados a funcionar, en la célebre expresión de Ronald Dworkin, como triunfos» que, como en una partida de cartas, el particular puede jugar contra el Estado y, en especial, contra el legislador. Así, reconocer nuevos derechos no es una operación inocua: si se toman en serio, comportan nuevas limitaciones a la acción del Estado y, por ende, también a la política democrática; pero, si sólo se les atribuye un significado simbólico, el respeto por la idea misma de derechos fundamentales queda dañado».

39 Y también, como recuerda Villaverde (2003: 137) se ha de partir de un concepto correcto y determinado de la información: por él se entiende que el individuo tenga garantía de que podrá conocer todas aquellas cuestiones de interés general, y se presume que es interés general todo lo que es de naturaleza pública.

derechos de participación política<sup>40</sup>. Su significación no puede ser mayor, pero dudo que el legislador de la transparencia lo haya considerado en todas sus dimensiones o siquiera se haya detenido en esta perspectiva. De ahí que un debate de este tipo debería comenzar por el estudio del derecho fundamental del art. 20.1, d, y de las posibilidades de vinculación al mismo del que realmente ha querido regular el legislador de la ley 9/2013.

Cuestión distinta (ya lo he apuntado) es que, desde una perspectiva meramente procesal, el derecho de acceso previsto en la citada Ley de 2013 carezca de la protección del recurso de amparo (Moreno, 2015: 99) y que dicha ley reguladora no sea orgánica, por razones sin duda más políticas que jurídicas<sup>41</sup>. Naturalmente, la lectura de Moreno (a que he aludido *supra*, por la que trata de extraer la fundamentalidad de este derecho del art. 10.2)<sup>42</sup> parte de la literalidad de la Ley reguladora y la conclusión, por tanto, es lógica. Pero si tomamos como punto de partida la Constitución y el sistema de derechos de su Título I, la perspectiva cambia. Tanto más, si consideramos el sentido material de los derechos fundamentales, vinculado a su función legitimadora y no solo su aspecto formal, de concreta protección jurídica (Diez Picazo, 2008: 37 y ss.)<sup>43</sup>.

Sin perjuicio de las concretas técnicas de protección vinculadas a la naturaleza de tal derecho de acceso, su carácter democrático exigía para su eficacia real la previa maduración del régimen democrático y la experiencia de la propia ciudadanía por el que ha sido el más tardío en incorporarse a las exigencias ciudadanas; pero, sobre todo, el más tardío en que se establecieron las formulaciones técnicas con las que se busca su eficacia. Y sin duda alguna el derecho de acceso a la información tal como se está reconociendo en las recientes leyes de transparencia, principalmente por el reconocimiento de la publicidad activa (Cotino, 2014a: 247) es una de tales técnicas que permiten reconocer por vez primera una estructura jurídica positiva al derecho fundamental más reciente y también más complejo de nuestro sistema: el derecho a la información (Corredoira y Sánchez,

40 En el mismo sentido, Villaverde (2003: 128).

41 Cabe entender las reticencias y dificultades políticas para aceptar la publicidad activa (como deber de los poderes públicos) con todas sus consecuencias, por más que hubiera sido deseable dar el paso definitivo aceptando su vinculación al art. 20.1,d de la Constitución. Pero no cabe un reproche académico tan generalizado por cuanto el derecho a la información tampoco había merecido, antes de la Ley y su supuesta minusvaloración, ser reconocido y defendido en todas sus virtualidades. Y por lo que veo en quienes escriben sobre transparencia y buen gobierno, tampoco hoy representa más allá de un auxilio de estos nuevos conceptos cuando es todo lo contrario, es el fundamento, y las nuevas medidas son técnicas que favorecen su aplicación en ámbitos concretos como también existía ya antes con toda su fuerza en el ámbito privado y en el ya aludido ámbito sanitario.

42 También me he referido ya a la aportación de Rollnert clasificando las posiciones doctrinales encontradas en este sentido. Ya entonces he llamado la atención sobre la dificultad de obtener un derecho fundamental a partir de Declaraciones de derechos humanos, estando ante categorías diferentes como se ha puesto de relieve. Las directrices internacionales no impiden que las constituciones adopten decisiones más claras y más acabadas como lo ha hecho la nuestra en las distintas letras del art. 20.1.

43 Por mi parte ya me he referido también al monismo de los documentos internacionales y el dualismo de nuestro art. 20 que hace difícil su coherencia como algunos pretenden.

2017). Pero, insisto, sin que ello pretenda agotar ni el contenido ni la significación y funcionalidad del derecho a la información que se reconoce a todos y no solo a quienes mantienen relaciones con la administración<sup>44</sup>. Y todo ello sin olvidar la advertencia de Villaverde sobre los riesgos que pueden suponer la información usada como poder (y/o desde el poder).

### 3. La aportación «fundamental» de las leyes de transparencia depende de su conexión constitucional «desde» el derecho a la información

Llegados a este punto, he de detenerme algo también en la naturaleza del derecho a la información y la positivación de sus contenidos públicos en la vigente Ley 9/2013, de transparencia, del derecho de acceso a la información pública y del buen gobierno (así como en las leyes autonómicas de contenido similar). El hecho de no ser Ley orgánica, pese a la insistencia con que se solicitó desde la academia y en sede parlamentaria, ha sido criticado por cuanto supone descartar su condición de fundamental. Es cierto en este sentido que la vinculación que la propia Ley establece entre su regulación y el art. 105, b) de la Constitución resulta reduccionista; pero no lo es menos que la desvinculación entre este derecho constitucional y el fundamental (y matriz) del art. 20. 1, d) procede de atrás y sin duda de una falta de comprensión de las virtualidades del derecho a la información<sup>45</sup>.

Si ahora se discute (y se lamenta) sobre la estrechez con que la Ley ha vinculado el derecho de acceso al art. 105, b), ello no es sino la consecuencia del desapego con que se interpretó este precepto respecto del art. 20.1,d)<sup>46</sup>. Diré, antes de seguir, que he insistido en estos años de vigencia constitucional en que los derechos fundamentales reconocidos como tales en el texto constitucional se hallan bien determinados y no se refuerzan por un imparable aumento cuantitativo de los mismos sino por su debida comprensión y por la aplicación a su defensa de las técnicas jurídicas constitucionalmente previstas (Sánchez, 2005). El caso del derecho de acceso que ahora se comenta es un buen ejemplo de los que en estos 40 años se han ido desgranando; pero es también un buen ejemplo de la necesidad de entender cabalmente cada uno de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución, y de que, en muchos casos, éstos pueden cubrir las necesidades que el progreso social (en este caso concreto el progreso político) va generando.

<sup>44</sup> El derecho a ser informado de la acusación de que se es objeto corresponde a quien estrictamente se halla en dicha situación policial-judicial, no a todos los ciudadanos por serlo.

<sup>45</sup> Es sabido que la libertad de expresión ha recibido una constante y a veces hasta exagerado atención doctrinal si la comparamos con la dedicada al derecho a la información; mucho más ignorado, o mucho menos estudiado con algunas notables excepciones y muy especialmente la de Villaverde que estamos citando.

<sup>46</sup> En defensa de la relación entre ambos preceptos y con referencias a las divergencias doctrinales sobre ello, Villaverde (1995: 117 y ss.).

En lo que se refiere al art. 105,b, ya en su día el derecho «constitucional», que no fundamental, de acceso a los documentos públicos que en él se reconoce, fue valorado como pionero al contemplarse en un texto de rango constitucional y, pese a sus limitaciones, ya se consideró positivamente destacándose «su potencial democratizador y su incidencia sobre la mejora de la transparencia de la Administración» (Castellá, 2001: 268). Sin embargo, tal como ya he apuntado solo excepcionalmente<sup>47</sup> vio la academia relación directa entre el art. 20 y el 105 (excepción hecha de Desantes Guanter) y, sin embargo, con la sola literalidad constitucional, ya se percibía la potencialidad del art. 105 y sus vínculos con el derecho a la información del art. 20. Villaverde lo afirmaba sin ambages: «El art. 105. b, no es una reserva de ley de la regulación de la posición jurídico-subjetiva del administrado..., sino que *se trata también de una concreción del derecho a recibir información del art. 20.1,d) frente al Estado*. Si la Administración pública de la que dependen esos archivos y registros impide al individuo acceder a la información que contienen, sin fundar su comportamiento en alguna de las excepciones establecidas por la CE en el citado precepto, o en la ley que debe concretarlas, está vulnerando el derecho a recibir información del art. 20.1 d y no el art. 105 b)» (Villaverde 1995: 118).

También Mestre (2018: 496) razona es este sentido (aunque a mi juicio en forma algo optimista)<sup>48</sup>, pues al comentar la ley nacional de transparencia y en particular su art. 13 en el que se define la información pública regulada por la Ley, concluye con su gran potencialidad aun sin mencionar el art. 20: «...ya que toda la información pública, sea cual fuese el soporte en que se materialice, forma parte de, o termina integrándose en, archivos o registros administrativos. Una delimitación objetiva en la que quedan incluidas todas las actuaciones que adopten los poderes públicos a efectos de materializar y posibilitar la efectividad del derecho de acceso, en el que se refleja el principio de transparencia, superando una regulación precedente sumamente, e indebidamente, restrictiva».

Visto así, desde la perspectiva de la aludida dificultad de la estructuración del derecho a la información del art. 20.,1 d, de una parte, y de los estrechos límites del derecho del art. 105.b, de otra, la actual normativa, con todas sus deficiencias, se nos antoja un punto de partida extraordinariamente útil para ampliar las esferas o ámbitos jurídicos de eficacia del primero de ellos de cuya fundamentación nadie duda; es el primer paso, pero es importantísimo, en la búsqueda de la eficaz aplicación del derecho a la información.

Podríamos decir que la Ley de Transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen gobierno viene a ser una especie de instrumento ortopédico útil a partir del cual ya es posible reconstruir una mínima estructura por la que

<sup>47</sup> Relación entre uno y otro precepto constitucional que no ofreció dudas a Villaverde (1994 y 1995).

<sup>48</sup> Sin embargo sí me parece muy interesante que haga una lectura del art. 105,b desde la perspectiva del necesario control de la administración (pág. 492).

el derecho a la información (de la que son acreedores los ciudadanos frente a los poderes públicos), si no deviene tan «positivo» como el que ha construido el Tribunal Constitucional en torno a la información «publicada» en relación (o en conflicto) con los derechos del art. 18 CE, al menos sí se entra en la vía de su positivación en esta faceta pública que hemos considerado más democrática o más constitutiva de una democracia avanzada, entre otras razones, por ser más «transparente».

Es cierto que estamos ante una Ley con diversas almas (contenidos y funcionalidad), como de su propio título se desprende. Pero en lo que ahora nos afecta, en esta Ley de 2013, por primera vez, es posible construir la relación jurídica que queda directamente establecida entre el poder público y la ciudadanía (con clara enumeración en la ley de sujetos activos y pasivos y con determinación de derechos y deberes en cada parte de dicha relación) sin necesidad (Cotino, 2014) de interposiciones de los medios dedicados a la difusión de la información. Con la aparición de dicha técnica alcanza mayor virtualidad el derecho a la información que ha debido esperar a la consolidación de una ciudadanía participativa y activa, interesada en las cuestiones públicas que ya no se reduce al interés de las elites; solo así podemos hablar del derecho a la información propio de un sujeto universal, como todos los fundamentales, y más allá, por consiguiente, del que los profesionales de la información podían invocar. Por ello diría Voyenne que «es sorprendente constatar que la noción del derecho a la información, aunque coexistiva al conocimiento y, por tanto, a la Humanidad desde sus orígenes, no haya emergido más que con una sorprendente lentitud en la conciencia social» (Voyenne, 1970: 109).

#### 4. La Ley 1/2022 de transparencia de la Comunidad valenciana<sup>49</sup>

Hoy, la recientísima ley valenciana, que sustituye a la ya mencionada de 2015 creo que incide más en el buen Gobierno que en el deber de transparencia, que en realidad sería un solo aspecto de cuanto supone el buen gobierno, pero no olvida la raíz de su legitimación como deber de dar respuesta a la ciudadanía, ocupándose, no en vano, de la transparencia en su Título I: «...con esta ley se pretende articular con una visión más completa e integradora los aspectos fundamentales que definen una buena administración, es decir, que contemple conjuntamente la obligación de las administraciones públicas de ser transparentes, el derecho de la ciudadanía a acceder a la información pública, la infraestructura ética que debe sustentar el buen gobierno o la institucionalización de la

<sup>49</sup> Al comenzar este trabajo se trataba de una proposición de Ley. Hoy ya es la Ley 1/2022, de 13 de abril, de la Generalitat, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, DOGV, Num. 9323 / 22.04.2022.

rendición de cuentas de la acción de gobierno mediante el impulso de la cultura de la planificación y la evaluación del funcionamiento de la administración... con la regulación de unas herramientas de control del poder y de ética pública que deben servir para prevenir malas prácticas y para preservar la reputación social de las instituciones públicas...» (Preámbulo I). «... Para que la transparencia sea una verdadera herramienta de control democrático y de empoderamiento ciudadano y para que se puedan aprovechar las potencialidades que ofrece la información pública, es necesario que la cultura de la transparencia esté también presente en la sociedad...» (Pream. I *in fine*).

En efecto, lo más importante, sin duda es, como ya advertí al inicio, que todo ello supone un cambio de cultura política<sup>50</sup> que, como refiere Häberle (1996: 148), no ha dejado de evolucionar. Ahora sería difícil mantener la afirmación de que cada derecho es una conquista que se ha ido arrancando del poder. Sin duda sigue siéndolo, pero, leyendo las nuevas leyes de transparencia, *parece ser* el poder el que se ha concienciado de sus deberes y se compromete abiertamente frente a la ciudadanía. Y solo así puede entenderse que el simple acceso a la documentación administrativa pueda y quiera verse como un derecho fundamental aunque, como he dicho, se debiera intentar el proceso en el sentido opuesto al que se ha pretendido<sup>51</sup>. Pero esto ya lo he desarrollado y ahora solo pretendo acercarme a la Ley aunque solo sea con una primera lectura que, obviamente, es en sí misma la prueba de no ser un derecho fundamental que, de serlo, la autonomía no podría «desarrollar».

Sigo con el Preámbulo: «Los cimientos en que se sustenta... La Constitución española hace ya referencia en el art. 105.b al acceso de la ciudadanía a los archivos y los registros administrativos..., el desarrollo conceptual y doctrinal del acceso a la información pública en el ámbito internacional y su creciente importancia en las sociedades democráticas lo vinculan al derecho a recibir información veraz que reconoce el art. 20 de la Constitución y, incluso, al derecho a participar en los asuntos públicos del art. 23. ... Particularmente, la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas está reconocida en el art. 10 del Convenio europeo..., y los arts. 21.1 de la Declaración universal... y 25.a del Pacto internacional de derechos civiles y políticos... Por otra parte, el art. 1 del Tratado de la Unión Europea apuesta, dentro del proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, porque las decisiones se tomen de la manera más abierta y próxima a la ciudadanía que sea posible... (Preám. II). ... El título I regula la transparencia de la actividad pública, y establece el marco jurídico para garantizar el derecho de acceso a la información pública de la ciudadanía y el cumplimiento del principio de transparencia en la actuación y el funcionamiento de las administraciones públicas valencianas. (Preám. IV).

50 El Preámbulo de la Proposición valenciana se refiere a «un cambio de cultura hacia una mayor permeabilidad respecto a los ciudadanos y ciudadanas y un refuerzo de los valores de ética pública...»

51 No es el art. 105 el que atrae al 20, sino al contrario. Solo partiendo de este correctamente entendido se podría iniciar un proceso de aproximación.

De una primera y rápida lectura de la Ley he de concluir la complitud y claridad del texto. Me atrevería a decir que puede ser una buena ley y que está perfectamente construida, más de lo que es usual. Sin embargo, todas las cuestiones que, desde el punto de vista constitucional he planteado, se mantienen vivas en ella. Pretende, y lo menciona en el Preámbulo, que sea un derecho fundamental (cosa, como ya he dicho, de lo más contradictorio siendo una norma autonómica; aunque parece querer justificarse en cierta legislación básica estatal (Ley 9/13).

Esta ley desconoce el derecho a la información (aunque se acaba de ver que al menos el Preámbulo lo menciona), pero es un muy buen desarrollo del art. 105, b CE. Respecto de todas las referencias que contiene a la normativa internacional solo puedo recordar lo que ya he afirmado sobre las confusiones en que se suele incurrir en este campo que, al fin y al cabo, no es sino un ámbito más de los que se habían regulado para la práctica del derecho a la información en otras ramas del Derecho. Esta es una más, con el valor añadido de que los obligados son poderes públicos, desde las Corts a los Ayuntamientos, pero toda la grandilocuencia sobre nuestra supuesta y madura democracia queda referida, sin más, a la actividad administrativa.

Es una aplicación más del principio de publicidad y establece, también, un nuevo tipo de relaciones jurídicas entre tantas otras en las que ya se había manifestado el derecho a la información. Pero no es el derecho a la información, aunque sí cabe que se vaya perfeccionando el proceso abierto con las nuevas leyes que, hoy por hoy, mantienen una visión más reglamentista y organicista que dogmática. Me llama la atención el art. 2 de esta Ley que sustituye al 4 de la precedente. En ambos casos se enumeran los principios generales, pero en la nueva ley se enumeran hasta 17, cosa que no me parece muy práctica sino más bien fruto del voluntarismo con que se suelen dictar estas leyes.

Y, puestos a llamar la atención sobre disposiciones que al menos quien escribe entiende con dificultad, destacaría la siguiente disposición primera entre las finales: «Primera. Modificación del título de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana. Se modifica el título de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, que pasa a denominarse Ley de participación ciudadana de la Comunitat Valenciana». Sinceramente, me cuesta entender disposiciones como esta ni adivinar cuál es la intención y los efectos jurídicos

## V. CONCLUSIONES

En efecto, están proliferando leyes de muy buen tono y propósitos, pero desconozco su virtualidad más allá de las funciones que puedan desempeñar los Consejos de Transparencia (por cierto, el valenciano, tras años de actuación parece que ahora tendría que ser según la primera Disposición Final transcrita, «de

Participación»). Y me recuerda aquella idea de Rousseau «... si viviéramos en un mundo de dioses...»; todo es perfecto si estas leyes se aplican, cabría concluir, aunque en los últimos años, en especial con la pandemia, se han puesto de relieve serias deficiencias en la práctica de la transparencia.

Pero yo prefiero volver a la Constitución y recordar que la nuestra, aun siendo mucho más tímida que la portuguesa, sí fue clara y se separó, como ya he dicho *supra*, del monismo presente en los principales documentos internacionales estableciendo por tanto dos derechos diferentes: la libertad de expresión de una parte y el derecho a la información, de otra. Las leyes de transparencia dan por supuesto todo porque nada explican ni asumen al respecto y la doctrina se dilata en consideraciones internacionales que poco tienen que ver, en ocasiones, con nuestro sistema y, al tiempo, quieren que la transparencia sea fundamental.

Sin perjuicio de la fundamentalidad del art. 20.1,d), se ha podido comprobar que en las más diversas ramas jurídicas se han buscado técnicas concretas para reconocerle una estructura y un modo de hacerlo efectivo y creo que ello también ha ocurrido en la puesta en práctica de todas las virtualidades del art. 105, b) CE que sitúa a la Administración, a través de la exigencia de transparencia, en el marco de un Estado democrático avanzado. No digo que el derecho de acceso no pueda ser fundamental en algunos casos concretos, pero sí es evidente que no es tal la intención del legislador ni tal vez sea tan necesario como a algunos les parece.

Además, la interpretación llevada a cabo durante 40 años por el Tribunal Constitucional (Sánchez, 2008: 39-70) viene a confirmar la necesidad del reconocimiento de las diferencias entre la libertad de expresión y el derecho a la información por cuanto inciden en regímenes jurídicos bien diferentes. Siendo ello así, y sin perjuicio de la puntual restricción legal de la vigente Ley 9/2013, las posibilidades de evolución del deber de transparencia hacia su eficacia real y su directa incidencia en la vivencia de una democracia avanzada, exigen un cambio de perspectiva en su análisis, y de paradigma, que permitirá conclusiones menos pesimistas que las lamentadas por la doctrina. La condición, en mi opinión, es retomar como eje y motor de estas nuevas técnicas al derecho a la información consagrado en el art. 20.1, d), de la Constitución. O, de no ser así, aceptar que estamos ante un derecho y determinadas técnicas que se enmarcan en el Derecho Administrativo y su progresiva democratización.

Hasta aquí, la teoría. Pero acabo con una alusión a la impenitente realidad. Aun sin querer acabar con una conclusión pesimista, sí he de decir que las nuevas leyes puede que funcionen en el ámbito administrativo, pero acabamos de pasar por una experiencia excepcional, la de la pandemia por covid-19, y no es que el derecho a la información<sup>52</sup> ha sido totalmente ignorado en tan especiales

52 Importantísimo en esas circunstancias, porque nadie dudará que la relevancia de la información y su veracidad eran excepcionalmente necesarias cuando morían tantas personas que nunca se supieron contar. Sobre las grandes deficiencias informativas de los últimos años Bel (2023).



meses, y ya dos años, creo que ha sido peor como clara experiencia de manipulación informativa. Ya en otra ocasión (Sánchez, 2020) he sostenido que nunca se había burlado tanto la información pública, publicada (en la paciente pantalla), y veraz (en su verdadera significación de diligentemente buscada y presentada). Y se ha hecho en momentos en que su relevancia, su interés y su necesidad ya ni derivaban solo de la Constitución (con ser mucho) sino de la urgente necesidad de proteger la salud y la vida. La transparencia ha brillado por su ausencia. Y ahora, además, se comienza a discutir en sede judicial si hubo, o no, excesos próximos a la corrupción. Es de lamentar que tantas leyes de transparencia no hayan hecho que los ciudadanos se sientan más próximos a sus representantes de todo orden.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ackerman, J. (coord.) (2008). *Más allá del acceso a la información: Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*. México: Siglo XXI Editores-Univ. de Guadalajara-CETA.
- Arellano, W. y Cetina, R. (2015). El derecho a la información en México y EEUU. Desarrollo normativo y jurisprudencial. En Bel Mallén, I. y Corredoira, L. (coords.), *Derecho de la información* (pp. 143 y ss.). Madrid: CEPC.
- Bel Mallén, I. (coord.) (2023). *Recuperemos el periodismo*. Barcelona: Gestión 2000.
- Braud, Ph. (1968). *La Notion de Liberté Publique en Droit Français*, Paris.
- Burdeau, G. (1959). *La Democracia*. Barcelona: Ariel. Una síntesis (publicada como texto de conferencia) en *Revista del Derecho de la Universidad de Concepción*, 109.
- Castellá Andreu, J. M<sup>a</sup> (2001). *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*. Barcelona: Cedecs.
- Castellanos Claramunt, J. (2021). Las leyes de transparencia como necesidad democrática. En Boix Palop, A. (coord.). *Transparencia y comunidades autónomas: Una perspectiva multinivel* (pp. 107-142). Valencia: Tirant lo blanch.
- Castellanos Claramunt, J. (2020). *Participación ciudadana y buen gobierno democrático: posibilidades y límites en la era digital*. Madrid: Marcial Pons.
- Castellanos Claramunt, J. (2019). Educación y participación ciudadana: mejorar la docencia universitaria de la mano de los Derechos Humanos. *Revista de educación y derecho = Education and law review*, 9.
- Corredoira, L. (2006). Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19. En Cotino Hueso, L. (coord.), *Libertad en Internet. La Red y las libertades de expresión e información* (pp. 57 y ss.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Corredoira Alfonso, L. y Sánchez Férriz, R. (2017). La compleja configuración de un derecho-libertad poliédrico, el derecho a la información. Referencias históricas. En UNED. *Revista de Derecho Político*, 99, 11-48.
- Cotino Hueso, L. (2014a). La nueva Ley de transparencia y el acceso a la información. En *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, VII, 241-256.

- Cotino Hueso, L. (2014 b). El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades. En Valero Torrijos, J. y Fernández Salmerón, M. (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público: del Derecho de acceso a la reutilización de la información* (pp. 37-71). Pamplona: Aranzadi.
- Desantes Guanter, J. M. (1976). *La función de informar*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Desantes Guanter, J. M. (1992). *El derecho a la información en cuanto valor constitucional*. Perú: Universidad de Piura.
- Desantes Guanter, J.M. (2004). *Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación*. Valencia: COSO.
- Díez-Picazo Giménez, Luis M<sup>a</sup>. (2003). Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 68, 121-150.
- Díez-Picazo Giménez, Luis M<sup>a</sup>. (2008). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas.
- Durban Martin, I. (2019). El derecho de los parlamentarios a recabar documentación administrativa. Nuevas perspectivas jurisprudenciales a raíz de su creciente judicialización. En UNED. *Revista de Derecho Político*, 104, 157-195.
- Garrorena Morales, A. (1984) *El Estado español como estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos.
- González Casanova, José A. (1968). *Comunicación humana y Comunidad política*. Madrid: Tecnos.
- Häberle, P. (1996). *Retos actuales del Estado Constitucional*. Oñati: IVAP.
- Holmes, S. (2008). Los linajes del Estado de Derecho. En Ackerman, J. (coord.) *Más allá del acceso a la información: Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho* (pp. 33 y ss.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Holmes, S. y Sunstein, C. R. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Madrid: Siglo XXI.
- INAP (2016). *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*. Madrid: INAP.
- Mendel, T. (2009). *El derecho a la información en América Latina, Comparación jurídica*. UNESCO.
- Mestre Delgado, M. (2018). Artículo 105. En Rodríguez Piñero, M. y Casas Bahamonde, E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*. Madrid: BOE.
- Moreno González, G. (2015). El Derecho de acceso a la Información Pública en la Ley de Transparencia: Una aproximación constitucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 8, 93-125.
- Pavel, E. V. (2022). El derecho de acceso al procedimiento administrativo en trámite: el dilema entre interesados y terceros. *RVAP*, 122, 119-169.
- Parodi, G. (2022). Effetti diretti della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e priorità del giudizio costituzionale. *Rev. AIC*, 4/2022.
- Porrás Ramírez, J. M<sup>a</sup>. (2017). Significado y Alcance de la Apelación al Principio Constitucional de la Dignidad de la Persona en España, *RDU, Porto Alegre*, 13 (75), 218-237.

- Rollnert Liern, G. (2015). La Ley de Transparencia y el derecho de acceso: la discusión doctrinal y parlamentaria en torno a su naturaleza de derecho fundamental. En Cotino Hueso, L. (ed.), *El paradigma del gobierno abierto: retos y oportunidades de la participación, transparencia y colaboración*. Madrid: UCM.
- Rollnert Liern, G. (2014). El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la Ley de Transparencia. *Teoría y Realidad constitucional*, 34, 349-368.
- Rubio Llorente, F. (2001). Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 11-56.
- Sánchez Férriz, R. (1974). *El derecho a la información*. Valencia: Cosmos.
- Sánchez Férriz, R. (1995). *Estudio sobre las libertades*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez Férriz, R. (2004). *Delimitación de las libertades informativas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Férriz, R. (2005). Ordenación sistemática de los Derechos y Libertades en la Constitución. En *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional' (Libro homenaje al Prof. Gumersindo Trujillo)* (pp. 745-772). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Férriz, R. (2008). Treinta Años de Información constitucionalmente protegida. La labor del Tribunal Constitucional en la fijación de Límites y Garantías. En AAVV, *El derecho a la información judicial* (pp. 39-70). Valencia: Fundación COSO.
- Sánchez Férriz, R. (2020). Reflexiones constitucionales desde el confinamiento. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 12 (2), (Ejemplar dedicado a: La Experiencia Jurídica Latina en Tiempos de Coronavirus (Reflexiones de Urgencia), 16-23.
- Sánchez Navarro, J. A. (1995). Control parlamentario y minorías. *Revista de Estudios Políticos*, 88, 223-256.
- Schneider, H. P. (1979). Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Revista de estudios políticos*, 7, 7-36.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1988). Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. *Revista española de derecho constitucional*, 23, 139-156.
- Villaverde Menéndez, I. (2003). Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 68, 121-150.
- Villaverde Menéndez, I. (1994). *Estado democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias.
- Villaverde Menéndez, I. (1995). *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos.
- Voyenne, B. (1970). *Le Droit à l'Information*. Paris: Aubier-Montaigne.

\*\*\*

TITLE: *Transparency as a Right-Duty and its Relations with the Fundamental Right to be Informed. Again, Disagreeing*

ABSTRACT: *Reflections on the impact of the application of Fundamental Rights over the organization and action of public authorities. Take as an example the right to information whose constitutional formulation is very recent and which is not the most studied or best understood of those contained in the system of Title I of the Spanish Constitution. And yet, the new rules of transparency can be very effective if they are linked to the right to information as the foundation of all advanced democracy. But the fact that the Spanish Constitution has recognized, along with such a fundamental right, the constitutional right of access to documents*

*and administrative files has generated great controversy by wanting to recognize both without due distinction in their respective structure and functionality. Some clarification is attempted here on the basis of the political and democratic significance of the right to information, of which transparency would be one more technique to make it a reality in the administrative sphere but without exhausting it. The vicarious right can be nourished by the fundamentality of the right to be informed as long as the legislator regulates it in this sense, at least in some cases. But until now I believe that the doctrine and the legislation are opting for a more organic approach than a dogmatic one, thus contravening the principles with which this work begins and sliding the problem towards its administrativeization.*

**RESUMEN:** *Reflexionamos aquí sobre la incidencia de la aplicación de los Derechos Fundamentales en la organización y actuación de los poderes públicos. Se toma como ejemplo el derecho a la información cuya formulación es bien reciente y no es el derecho más estudiado ni mejor comprendido de los que se contienen en el sistema del Título I de la Constitución española. Sin embargo, ha adquirido cierto predicamento con las nuevas normas de transparencia que pueden ser muy efectivas si se vinculan al derecho a la información como fundamento de toda democracia avanzada. Pero el hecho de que la Constitución española haya reconocido junto a tal derecho fundamental, el derecho constitucional de acceso a documentos y archivos administrativos ha generado gran polémica al querer reconocer ambos sin la debida distinción en su estructura y funcionalidad respectiva. Se intenta aquí alguna aclaración al respecto a partir de la significación política y democrática del derecho a la información del que la transparencia sería una técnica más para hacerlo realidad, en el ámbito administrativo, pero sin llegar a agotarlo. El derecho vicario puede nutrirse de la fundamentality del derecho a ser informado siempre que el legislador lo regule en tal sentido al menos en algunos supuestos. Pero hasta ahora creo que la doctrina y la legislación están optando por un enfoque más orgánico que dogmático contraviniendo así los principios con que comienza este trabajo y deslizando el problema hacia su administrativización.*

**KEY WORDS:** *Dogmatic and organic part of the Constitution. Right to information. Transparency of the Administration. A fundamental right and a constitutional right.*

**PALABRAS CLAVE:** *Parte dogmática y orgánica Derecho a la información, Transparencia de la Administración. Un derecho fundamental y un derecho constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 29.04.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23.02.2023

**CÓMO CITAR / CITATION:** Sánchez Ferriz, R. (2023). La transparencia como derecho-deber y sus relaciones con el derecho fundamental a ser informado. De nuevo, discrepando. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 159-186.