

TRANSPARENCIA: PUBLICIDAD ACTIVA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO

- 1- **PUNTO DE PARTIDA: PUBLICIDAD Y SECRETO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**
- 2- **LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA LTAIPBG: EL DERECHO DE ACCESO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA**
- 3- **OTRAS POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH**
- 4- **UNA MIRADA AL FUTURO: ¿ES POSIBLE CONFIGURAR EL DERECHO DE ACCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL?**

1- PUNTO DE PARTIDA: PUBLICIDAD Y SECRETO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

una cultura política tradicionalmente hermética

DEMOCRACIA ES IDEALMENTE EL GOBIERNO DEL PODER VISIBLE

PRINCIPIO DE LEGALIDAD



PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

PUBLICIDAD

la Constitución española de 1978 no recoge expresamente un principio general de publicidad pero:

9.3 CE DE LAS NORMAS

20.3 CE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

20.5 CE SECUESTRO DE PUBLICACIONES

24.2 CE DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

54 CE DEFENSOR DEL PUEBLO Y SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

66.2 CE CONTROL DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO

80 CE SESIONES PÚBLICAS CONGRESO Y SENADO

106 CE CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

109 CE INFORMACIÓN A LA CCGG

110 CE ACCESO DEL GOBIERNO A LAS SESIONES DE LAS CÁMARAS

120 CE ACTUACIONES JUDICIALES PÚBLICAS

136 CE TRIBUNAL DE CUENTAS

164 CE DE LAS SENTENCIAS DEL TC

18.3 CE SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

24 CE SECRETO PROFESIONAL COMO EXCEPCIÓN AL DEBER DE DECLARAR

68 CE SUFRAGIO SECRETO

20.1.d) CE SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN DE LOS PERIODISTAS



SECRETO es la excepción

PUBLICIDAD

SECRETO

TÉCNICAS JURÍDICAS INSTRUMENTALES

PROTECCIÓN INTERESES SUPERIORES

↓
CONTROL,
PARTICIPACIÓN ...

↓
EFICACIA ACTUACIÓN PODERES PÚBLICOS,
SEGURIDAD PÚBLICA ...

2- LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA LTAIPBG: EL DERECHO DE ACCESO COMO DERECHO LEGAL DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA

Art. 105 b) CE La ley regulará:

b) El derecho de **acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos** salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas

La Ley de Transparencia no parte de la nada ni colma un vacío absoluto....

arts. 3, 35 Y 37 de la **Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**: relación Administraciones públicas con los ciudadanos, actuar de *conformidad con los principios de transparencia y de participación*

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG)

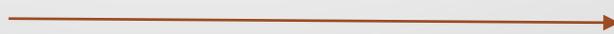
LA LEY **19/2013** SE ESTRUCTURA EN 3 PILARES:

TRANSPARENCIA



PUBLICIDAD ACTIVA

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA



PUBLICIDAD "PASIVA" ¿?

BUEN GOBIERNO

EL PLANTEAMIENTO DE ORIGEN MARCA EL DESARROLLO DE LA LEY

la ley de transparencia entronca constitucionalmente con el

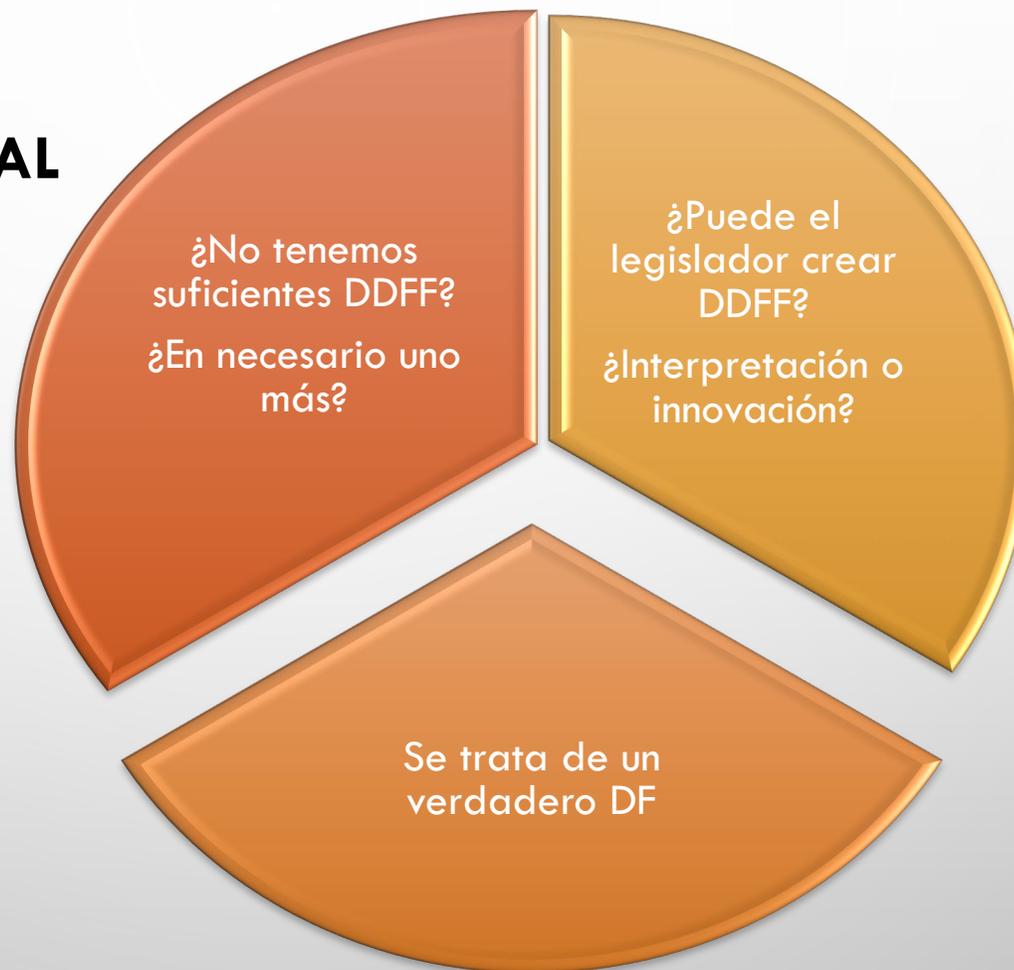
Art. 105 b) CE:

- un mandato al legislador (no un derecho subjetivo)
- no pertenece al catálogo de derechos fundamentales (Capítulo segundo del Título I CE)
- un derecho legal: carece de las garantías conectadas a los DDFF

(La Ley 30/92: se refería solo a los registros y archivos públicos, a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados, cuya titularidad se limita normalmente a los interesados directos y que vincula sólo a la Administración pública)

NO ES EL DERECHO GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

FALTA DE CONSENSO DOCTRINAL



3- OTRAS POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH)

- **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948):**

art. 19: 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.

- **PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966):**

art 19.2: toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la **libertad de buscar, recibir** y difundir informaciones...

- **CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000)**



art. 42: goza de **reconocimiento expreso** en el art. 42 CDFUE pero dicho reconocimiento no se hace a través de la libertad de expresión e información, sino de forma **autónoma** en el estatuto relativo a la ciudadanía

- **CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1950):**



art. 10.1: 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.



STEDH *Társaság a Szabadságjogokért* c. Hungría, de 14 de abril de 2009

Una **organización no gubernamental** se dirigió al Tribunal Constitucional de Hungría solicitando el acceso a una demanda que había sido dirigida contra el Tribunal. El Tribunal se negó, alegando que no podía entregarla sin el consentimiento de su autor. El recurrente ante el Tribunal de Estrasburgo alegó que esta negativa lesionaba su derecho a recibir información del art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos.

El Tribunal europeo de derechos humanos dio la razón al recurrente:

«el Derecho no puede permitir restricciones arbitrarias que pueden llegar a ser una forma de censura indirecta al permitir a las autoridades establecer obstáculos para conseguir la información... La función de la prensa incluye la creación de foros para el debate público. Sin embargo, la realización de esta función no se limita a los periodistas profesionales...»

El TEDH considera que el recurrente pretendía abrir un debate sobre los delitos relativos a las drogas y que el monopolio de la información que se arrogó el Tribunal Constitucional en ese caso fue una forma intolerable de censura



STEDH KENEDI C. Hungría, DE 26 DE MAYO DE 2009

Un historiador solicitó información al ministerio del interior sobre servicios de seguridad estatales. el ministro le denegó el acceso a tales documentos, alegando que estaban **clasificados como secretos** hasta 2048; a pesar de que las decisiones judiciales posteriores revocaron esta denegación, el Ministerio no le permitió el acceso a los documentos.

El TEDH consideró que fue lesionado el derecho a recibir información. El acceso a fuentes documentales originales para la investigación histórica es un elemento esencial del ejercicio del derecho del recurrente a su libertad de expresión



STEDH *YOUTH INITIATIVE FOR HUMAN RIGHTS* C. SERBIA, DE 25 DE JUNIO DE 2013

El recurrente, una organización no gubernamental, solicitó documentación al servicio de inteligencia de serbia sobre el número de personas que habían sido sometidas a vigilancia electrónica en 2005. esta información le fue denegada.

El Tribunal, recordando las dos sentencias anteriores de 2009, sostuvo que el recurrente estaba obviamente implicado en el objetivo legítimo de conseguir información de interés público con la intención de hacerla de general conocimiento y de contribuir al debate público, de modo que **su denegación limitaba indebidamente su libertad de expresión (art. 10.1 CEDH)**. las restricciones del servicio serbio de inteligencia no fueron válidas.

Voto particular de los jueces SAJÓ y VUČINIĆ destacando la particular importancia de la protección del derecho de acceso en los países donde persisten unos hábitos arraigados en los tiempos del totalitarismo, que eran utilizados para propósitos opresivos por los servicios secretos

STEDH *MAGYAR HELSINKI C.* HUNGRÍA (8 DE NOVIEMBRE DE 2016)

La ONG *MAGYAR HELSINKI BIZOTTSÁG* que vigila la implementación de los estándares de derechos humanos en Hungría, llevó a cabo un estudio sobre el sistema para el nombramiento *ex officio* de abogados defensores en casos penales. Detectó algunas deficiencias en el nombramiento de abogados defensores que realizaba la misma policía húngara, como por ejemplo falta de transparencia, independencia y la consecuente falta de confianza por parte de los acusados en el procedimiento. La ONG solicitó a varios departamentos de policía el nombre de los abogados de oficio y sus asignaciones a los casos. Algunos departamentos de policía denegaron el acceso apelando a la ley de protección de datos.

El TEDH continuó considerando:

- el derecho a la libertad de recibir información prohíbe que un gobierno restrinja o limite que una persona reciba información de otras que deseen o quieran dársela-
- el derecho a recibir información no puede interpretarse como una obligación positiva del Estado de recopilar y difundir información de oficio
- el art. 10 CEDH no confiere a la persona un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública ni obliga al gobierno a transmitir dicha información a la persona **salvo** cuando la divulgación de la información ha sido impuesta por una orden judicial que ha adquirido fuerza legal o bien en circunstancias en que el acceso a la información sea *instrumental* para el ejercicio individual de su derecho a la libertad de expresión



FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
MUNICIPIOS Y PROVINCIAS



RED

RED DE ENTIDADES LOCALES
POR LA TRANSPARENCIA Y
PARTICIPACIÓN CIUDADANA



ART. 10.2 CE

4- **UNA MIRADA AL FUTURO:** ¿ES POSIBLE CONFIGURAR EL DERECHO DE ACCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL?

“Fundamentalidad” del derecho de acceso: su vinculación inherente con el principio democrático

permite a los ciudadanos fiscalizar la acción pública y exigir rendición de cuentas.

¿qué aporta el reconocimiento de su naturaleza fundamental?

La mayor FUERZA NORMATIVA de la constitución (art. 9.1 CE) y GARANTÍAS

LEY ORGÁNICA

AMPARO

SUSPENSIÓN/LIMITACIÓN

CONFLICTO CON OTROS DERECHOS

¿cuál es la vía para reconocer este “nuevo” derecho fundamental?

- **REFORMA CONSTITUCIONAL**
- **INTERPRETACIÓN JUDICIAL (ordinaria y constitucional)**
- **RECONOCIMIENTO (no creación) POR EL LEGISLADOR:** un derecho instrumental el derecho de participación en los asuntos públicos (**art. 23 CE**) y está implícito en el derecho a la información (**art. 20.1 d) CE**): ¿dar información/recibir información?



Art. 105 b) CE

Art. 23 CE

Art. 20.1 d) CE



FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
MUNICIPIOS Y PROVINCIAS



RED

RED DE ENTIDADES LOCALES
POR LA TRANSPARENCIA Y
PARTICIPACIÓN CIUDADANA



GRACIAS POR SU ATENCIÓN