

Neoconstitucionalismo y reforma del Estado. El neoconstitucionalismo y las libertades informativas

Ma. Pilar Cousido González

Índice

1. Revisión conceptual e historia. 2. Redacción constitucional y técnica legislativa. 3. Contenido esencial del derecho a la información. 4. Principios iusinformáticos. Instrumentos y fines. Exégesis. 5. El acceso a la información. 6. Garantías.

1. Revisión conceptual e historia

La impresión social e intelectual generalizada de que un régimen se agota y de que puede haber llegado la ocasión de revisar, de reformar o de cambiar la norma fundamental de una nación favorece una actitud jurídica creativa en múltiples ámbitos, uno de los cuales ha de ser, lógicamente, la Universidad. De hecho, sería anómalo que nada se agitate en el foro específico de transmisión de saberes. En este sentido, que desde la Universidad se promueva esta ocasión para reflexionar sobre la Constitución permite que nos demos cuenta de que estamos en sintonía político-social con la ciudadanía.

De entre todas las instituciones constitucionales merecedoras de una revisión en el sentido de una mayor proyección normativa cabe destacar, en efecto, el derecho a la información y la que puede ser considerada como una manifestación suya, el derecho de acceso a la información y a la documentación.

Se dice que en Derecho, el uso afinado de términos es una *conditio sine qua non*. Por eso, para meternos de lleno en el fondo del asunto, sigue resultando extraño que, en el siglo XXI, los estudiosos del Derecho, los representantes políticos y la sociedad insistan en utilizar un término ampliamente superado, connotado, incluso, en parte, negativamente, y sean reticentes a hacerse eco del que puede sustituirlo con más ventaja personal y social. Me refiero al uso terco del término decimonónico “libertades informativas” en vez del consagrado por la Organización de Naciones Unidas “derecho a la información” (1948).

Señalaba José María Desantes Guanter, en 1983, que “hablar de libertad en vez de derecho puede parecer sólo un problema terminológico, pero, históricamente, la libertad se otorga sólo a quienes tienen un medio de comunicación.¹ La libertad es concedida y limitable. Sí existe esta libertad de expresión, pero no separada del derecho, sino como modo libre de ejercerlo. Al ir unidos derecho y libertad y resultar ilimitable el derecho, también la libertad adquiere tal dimensión, con la universalidad y extensión del derecho a la información”.

Sólo desde un planteamiento nacional, estatal, intervencionista es asumible que las libertades (sic) informativas sean lo que la expresión quiere indicar, bienes jurídicos otorgados por el gobierno de turno, limitables por el mismo gobierno, inexistentes, si el gobierno entiende que esas libertades conviene que sean ignoradas.

¹ Vid. DESANTES GUANTER, J.M.: Apuntes sobre Derecho de la Información, Tema 13. Regulación constitucional del derecho a la información, passim, apuntes no publicados en edición impresa.

La definición del derecho a la información, en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha sido, y es valorada como un acierto por la mayoría. La aparición, en el siglo XX, de la expresión “derecho a la información” y la descripción e identificación de su contenido en el artículo de referencia fue la ocasión que permitió introducir coherencia en el conjunto, aparentemente asistemático, de normas dispersas que, en cualquier ordenamiento jurídico evolucionado, han regulado, durante siglos, los fenómenos informativos y los ha dotado de “una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico-informativas y sus diversos elementos (...)”, como se encargaría de subrayar el propio Desantes Guanter en Fundamentos del Derecho de la Información².

Desde el ejercicio ingenuo de la “libertad de expresión” por los griegos y romanos hasta la más reciente regulación constitucional del derecho de acceso a la información (Carta de Niza), de la Unión Europea, si consideramos que la proyectada Constitución de la comunidad Europea ha fracasado en los refrenda de dos naciones europeas y que ha sido ratificada por el Tratado de Lisboa, dos etapas históricas merecen especial atención; por un lado, la larga época del Humanismo, la Ilustración y la Enciclopedia y, por otro, la época que se inaugura con la derrota nazi en la II Guerra Mundial, desde las Naciones Unidas.

La primera de estas épocas nos pone ante un proceso de definición de la libertad de expresión y de difusión. No cabe duda de que la consagración de estas libertades en textos de la talla de las Declaraciones de la Libertad de Expresión en Inglaterra (1695), en Estados Unidos (1776) o en Francia (1789) es un hito en la historia de la humanidad. Precisamente es la Declaración francesa, de 1789, la que exporta la libertad de expresión y su contenido a las demás constituciones del mundo y lo hace en tanto que concesión estatal y, por tanto, limitable por el poder ejecutivo. En este marco hay que entender el artículo 371 de la Constitución de Cádiz (1812) que puede ser oportunamente citada en cualquier contexto y en cualquier momento por ser el punto de arranque del constitucionalismo español y el vínculo de unión de España con los países americanos. Decía aquel artículo que “todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a las publicaciones, bajo las restricciones y las responsabilidades que establezcan las leyes”.

Un aspecto llamativo de este artículo, en un sentido negativo, ha sido el sometimiento de la constitucional (pues una Constitución la contemplaba) libertad de expresión a restricciones legales, lo que, finalmente, no es más que una desconstitucionalización de la propia libertad.

Otro aspecto curioso de este artículo, en un sentido igual de negativo, ha sido comprobar con qué vehemencia los defectos o los errores normativos pueden llegar a perpetuarse pues, así es, en dos siglos de historia constitucional española, con once constituciones o proyectos o anteproyectos constitucionales a nuestras espaldas, el sometimiento de una libertad constitucional a límites, legalmente impuestos, ha sido una aberración radical que ha campado por sus respetos. Hasta hoy.

Lo cierto es que, en el texto de Cádiz, de la libertad de la que se nos habla es de la libertad “de informar” y no de la libertad “de ser informado”. La libertad del siglo XIX era, en la práctica, la libertad de los fuertes, de los ricos, de los propietarios, de los que podían editar medios de comunicación. Nada sorprendente pues todos hemos aprendido que en las revoluciones de los siglos XVIII y XIX el motor fue el derecho de propiedad (la propiedad como forma de crear riqueza), a diferencia de lo que sucedería en las revoluciones del siglo XX, en las que el motor habría de ser el derecho del trabajo (el trabajo como forma de crear riqueza).

La novedad, precisamente, del gran logro que ha sido la Declaración Universal de Derechos Humanos, estriba en sabernos titulares del derecho a la información, culminando

² ID.: Fundamentos del Derecho de la Información, Madrid, 1977, pg. 244.

un proceso de superación de la idea de libertad de expresión como patrimonio de unos pocos por la idea de derecho a la información como titularidad de todos y cada uno de nosotros, digan lo que digan las leyes. Los estudios de Truyol y Serra, de Terrou y Solal, de Soria, de Dérieux, de Löffler, etc..., todos, han reforzado este planteamiento, siendo la Constitución Inter Mirifica, del Concilio Vaticano II, el primer documento en acuñar la denominación “derecho a la información”.

En conclusión, una reforma constitucional destinada a reconocer y a garantizar el derecho a la información debería hacerlo con propiedad terminológica e identificando al titular universal.

La Constitución debería presentar el contenido esencial del derecho a la información y el desarrollo normativo de un constitucional derecho a la información debería realizarse mediante normas del máximo rango legal, respaldadas ampliamente por el órgano legislativo.

2. Redacción constitucional y técnica legislativa

Probablemente, el planteamiento más práctico al abordar la redacción constitucional del derecho a la información haya sido el alemán, limitándose, en el Texto Fundamental de Bonn, a reproducir el tenor del artículo 19 de la Declaración de 1948; dicho artículo incorpora una proclama inicial en la que se subraya la universalidad de la titularidad del derecho (Toda persona tiene derecho a expresarse y a opinar libremente), para pasar, a continuación, a describir el contenido esencial del mismo: “(...) *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*”.

En la Constitución española vigente, en cambio, se ha optado por el desarrollo de un artículo prolijo, confuso y poco convincente, al que salva otro artículo del propio texto fundamental, que remite, para la interpretación del Título correspondiente a los derechos fundamentales y libertades públicas, a los grandes textos internacionales ratificados por el país, entre los cuales se encuentran, por supuesto, la Declaración de 1948 y los dos Pactos de Nueva York, de 1966, para la protección de los derechos civiles y políticos y para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Hablamos de textos internacionales ratificados por la mayoría de los países del mundo y que son referente en Méjico, como lo son los grandes documentos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos. Un enlace de estas características con la normativa internacional es fuente de serenidad pues permite pensar que, en último término, jueces y magistrados, cuando afronten lagunas o deficiencias de técnica legal, siempre podrán considerar esos documentos como el norte inspirador.

Por eso, en España, la ambigüedad de una titularidad expresada en forma impersonal, con sujeto elíptico (“*se reconocen y protegen (...)*”) los derechos a (...), resulta irrelevante. Lo mismo sucede en una Francia cuya tabla de derechos, constitucional, sigue siendo, literalmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. El legislador revolucionario entendió que “(...) *Todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos previstos por la ley*”.

Solo una lectura no superficial permite reparar en la restricción de la titularidad a favor de los nacionales o ciudadanos, excluyendo a los extranjeros, lo que en una Francia con 8 millones de inmigrantes, en la actualidad, una gran parte de los cuales no son

nacionales, significaría un recorte de derechos difícilmente asumible. Son mecanismos similares al español arriba citado los que permiten solventar la falta de actualidad de un texto que, en razón de la época en que fue redactado, no tiene por qué ajustarse a parámetros diseñados en 1948.

Por eso, en la redacción de una tabla de derechos constitucional, puede ser conveniente identificar como referente exegético textos internacionales de contrastada eficacia jurídica y con amplio respaldo democrático internacional.

Otra tentación grande en la redacción del artículo llamado a constitucionalizar el derecho a la información es tratar de imaginarse todos los límites habidos y por haber por el temor fundado que al poder causa la prensa libre. En cierto sentido, la causa de que límites amplios acompañen al reconocimiento de las libertades informativas es consecuencia de la sustantivación de la libertad de expresión pues es un dato contrastado, en cientos de normas de distinto rango legal, que cada vez que el legislador menciona una libertad, de inmediato la cercena concibiéndole límites. De entre estos límites vitandos, ya ha sido destacado el correspondiente a las leyes de no importa qué rango llamadas a desarrollar el contenido esencial del derecho. De igual modo habría que hablar del límite que podrían representar todos los demás derechos reconocidos en una tabla de derechos. Este límite genérico es uno de los errores perpetuados por la vigente Constitución española. Fácilmente puede uno intuir que instituciones como el derecho a la propiedad, el derecho a la vivienda o el derecho al trabajo no tienen por qué limitar el ejercicio del derecho a la información.

Un planteamiento doctrinal constitucional que respalda una visión del derecho a la información como una libertad concedida lleva, usualmente, consigo un régimen, cuando menos, discrecional de límites dictados desde el poder ejecutivo.

El enfoque alternativo que entiende a la información como un derecho sólo concibe aquellas excepciones que la propia naturaleza del derecho a la información permite considerar en beneficio de la convivencia armónica con derechos, (a) o más radicalmente personales que el propio derecho a la información, o (b) más comunitarias, como el derecho a la paz.

3. Contenido esencial del derecho a la información

Dos aspectos más emergen de la tipificación del derecho a la información realizada por la Organización de Naciones Unidas: se trata, en primer lugar, del contenido, propiamente dicho, del derecho y, en segundo lugar, de su objeto.

Respecto al contenido, propiamente dicho, tres son las facultades identificadas por la doctrina como constituyentes del derecho a la información: la facultad de investigar, la facultad de difundir y la facultad de recibir. Su mención constitucional, en relación con los tipos básicos de mensajes –el de hechos o noticias y el de ideas o propaganda- puede ser un ejercicio de economía jurídica llamado a evitar el despilfarro del que hace gala el artículo 20 de la Constitución española, cuando el redactor, sin saber cómo hacerlo por su falta de dominio iusinformativo, echa mano de todos los verbos y de todos los nombres que el registro hispano pone a su alcance, en un ejercicio de reiteración de manual.

La identificación de las tres facultades como contenido esencial del derecho supone respetar hasta cinco criterios subrayados por los altos tribunales de España como dignos de consideración: la ilimitabilidad, la reconocibilidad, la necesidad, la sistematización y la institucionalidad. De acuerdo con el planteamiento que de estos criterios deriva, el contenido esencial del derecho a la información vendría determinado: a) por las facultades que no pueden ser limitadas sin distorsionar el derecho; b) Por las posibilidades de actuar necesarias para que el derecho pueda ser reconocido como tal; c) por las partes imprescindibles para que los intereses jurídicamente protegibles lo estén efectivamente; d) por lo que del conjunto de la Constitución se le pueda aplicar y desde la consideración de que lo jurídico “(...) *no se encierra y circunscribe sólo a las disposiciones escritas sino que se extiende a los principios (generales de derecho) y a la normativa inmanente en la naturaleza de las instituciones*”³. Estas reflexiones jurisprudenciales y legales, efectuadas en distintos momentos de la historia jurídica reciente de España, aconsejan que la ley positiva no desvirtúe la información como institución, que la información sea una institución jurídica basada en la realidad y no una institución carente de referente real y, forzosamente, de efectos.

El reconocimiento constitucional de la facultad de investigar es una apuesta por el acceso directo y libre a la fuente de la información, pública y privada, como principio general. Este acceso debería serlo a toda información, y no a la información en el sentido restringido de noticia, o tampoco sólo a la información tratada documentalmente. La facultad de investigar de toda persona ha sido ejercida por los informadores, tradicionalmente, sobre la base de la delegación tácita de los miembros de la sociedad que carecen de energía, de recursos económicos y de conocimientos técnicos suficientes para invertir su tiempo en investigar. Es, ciertamente, la evolución de esta facultad insólita, como la calificara Desantes ⁴, la que nos llevará a la profusión de normas que, en la actualidad, regulan la transparencia y el derecho de acceso como si se tratara de algo diferente y extraño al derecho a la información, a estas alturas, arraigado en tantas Constituciones.

Las causas de este extraño desarraigo, que han llevado a los estudiosos a buscar raíces para el derecho de acceso en otros derechos y en otros principios jurídicos, pueden estar relacionadas, precisamente, con la voluntad deliberada de parte de la doctrina y del poder constituido de reforzar su posición a costa de la posición de los ciudadanos sin más que insistir en seguir manejando un término tan confortable como el de “libertad informativa”, que aleja de su raíz el derecho de acceso libre a las fuentes informativas. Este alejamiento va a tener, ha tenido ya, dos consecuencias muy destacadas: a) la configuración legal del derecho de acceso, es decir, la no consagración constitucional del derecho de acceso a la información, por un lado, y b) la titularidad ciudadana, lejos de la universalidad propia de los derechos humanos, del derecho de acceso, por otro, lo que supone una vuelta a planteamientos dieciochescos en cuanto a concepción de derechos se refiere.

Y es que, en la práctica, el derecho de acceso a fuentes informativas ha venido concibiéndose como un derecho administrativo, de titularidad restringida. Poco importa que ya no haya que probar la existencia de intereses legítimos; si la titularidad es ciudadana, es evidente que el grupo de extranjeros en un país ya no son titulares del derecho. Es desconcertante que después de haber adquirido el más alto grado constitucional, con un nivel de garantías extraordinario, como ha sucedido en España, se produzca un retroceso inexplicable en el desarrollo de la facultad de investigar.

De hecho, así sucede en la propia Constitución española, pues en un artículo muy alejado del 20, con garantías constitucionales menores, vuelven los redactores sobre este

³ Debe contextualizarse en el marco determinado por la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956. Contrastar con la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, vigente.

⁴ Vid. DESANTES GUANTER, J.M.: Apuntes no publicados en soporte impreso, o.cit., Tema 12. Facultades reconocidas al sujeto universal de la información.

aspecto del derecho a la información, para señalar que el acceso a los archivos públicos debe ser regulado por ley –lo que ha sido realizado ya, pero no por una ley de máximo grado jurídico, como hubiera correspondido, de haber entendido el derecho de acceso como una manifestación de la facultad de investigar del derecho a la información, sino por ley formal y, por lo tanto, sometido a los vaivenes de la política y de los criterios gubernamentales de turno-. En aquella referencia constitucional desubicada han sido ignorados los archivos privados y se fijan tres salvedades oponibles a cualquier demanda de acceso, a saber, la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Si ya, en 1983, preveía Desantes⁵ el alcance revolucionario del derecho de acceso, faltan calificativos si pensamos que hoy, potencialmente, al menos, gracias a las nuevas tecnologías, toda persona está en condiciones de ejercer la facultad de investigar, sin necesidad de que sus mandatarios sociales se pongan en marcha. Pero, incluso, pensando en esta última posibilidad, en que la sociedad sigue delegando en los informadores para que investiguen, impedir el acceso directo a las fuentes de la información es obstaculizar el ejercicio legítimo de la facultad de investigar del profesional de la información y de quienes delegan en él. Dificultando su ejercicio se impide el ejercicio de las otras dos facultades, cronológicamente posteriores, la facultad de difusión y la facultad de recepción. Dificultar el ejercicio del derecho de acceso deviene, de forma tan fácilmente comprensible, una manera, a veces, incluso, legalizada, de obstaculizar, de una forma relativamente discreta, el ejercicio de un derecho constitucional, como tiende a serlo ya el derecho a la información, sin que cause sobresalto a la ciudadanía.

De lo dicho se puede concluir que

De las tres facultades que constituyen el contenido esencial del derecho a la información, la facultad de investigar es la expresión acabada del ejercicio del derecho de acceso a las fuentes informativas, públicas y privadas.

Reconocer constitucionalmente y garantizar el derecho a la información exige mención explícita de esta facultad cuyo reconocimiento y garantía lo es también del derecho de acceso a la información.

Es en el marco del reconocimiento del derecho a la información en donde el derecho de acceso a fuentes informativas resulta más potenciado.

Por su parte, el reconocimiento explícito y la garantía de la facultad de difusión de informaciones deben ser interpretados no sólo a favor del profesional de la información, sino a favor de toda persona. Este planteamiento, muy adecuado en la actual sociedad de la información, hace, por poco económico, innecesario nombrar a los grupos sociales significativos o representativos para reconocerles su derecho de acceso a los medios de comunicación públicos. Cabe recordar que, exactamente igual que la masa no es titular de derechos, tampoco lo son los grupos. Hemos estudiado que para el Derecho sólo existe la persona, física o jurídica. Lo que hace poderoso a un grupo es que está formado por personas que se suman en defensa de un mismo objetivo, elevando a la enésima potencia su capacidad de presión política, pero lo relevante jurídicamente es que el grupo está formado por “n” personas, cada una de ellas titular de su derecho fundamental. El acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales representativos debería sobreentenderse.

⁵ Vid. *Ibid.*, Tema 12, cit.

El reconocimiento y garantía de la facultad de difusión hace innecesaria la mención de los grupos sociales significativos en relación con su derecho de acceso a los medios de comunicación públicos.

La facultad de recibir no es, ni más ni menos, que la facultad de elegir libremente entre los medios de comunicación existentes (1) el que más nos gusta, aquel cuya línea editorial coincide más con nuestra forma de pensar o, (2) por ejemplo, el que más nos disgusta, para enterarnos de cómo piensan los que no piensan como nosotros. Recibir, elegir. Un reconocimiento expreso, sobrio, de esta facultad es un canto a la pluralidad de medios, a la libertad de establecimiento de medios de comunicación, a la libertad de información dentro de estos medios, a la igualdad de trato por parte de las instancias públicas al ejecutar las medidas de fomento. No hace falta insistir mucho en esta línea de razonamiento pues cualquiera puede entender que los monopolios informativos son un obstáculo en el ejercicio libre de la facultad de recibir información, al limitar las tendencias ideológicas, y, en definitiva, en el ejercicio del derecho a la información.

Sin embargo, es innecesario que una reforma en el reconocimiento constitucional del derecho a la información se aproveche para extenderse en este sentido, prohibiendo monopolios, de la misma manera que es innecesario que se extienda reforzando el acceso de los grupos significativos a los medios públicos. En caso de que no haya voluntad política de evitar los monopolios, de la misma manera que si no hay voluntad política de favorecer el acceso de las minorías representativas a los medios, el mero reconocimiento explícito de las tres facultades citadas debería ser suficiente para que el recurso constitucionalmente pertinente, llamado a garantizar el derecho a la información, pudiera ser interpuesto y tuviera posibilidades de prosperar con éxito; la falta de economía en la redacción termina – está comprobado- por actuar en detrimento de la institución regulada, de la misma manera que el que habla mucho acaba por traicionarse.

El reconocimiento y garantía de la facultad de recibir hace innecesario extenderse en la prohibición de los monopolios informativos.

Otro aspecto que emerge de la tipificación del derecho a la información es el relativo al objeto del derecho a la información. El asunto quedaba citado al inicio de este apartado. Cuando se afirma que toda persona es titular del derecho a la información se está aceptando, implícitamente, que la información, y la documentación, que le llega, no lo hace graciosamente, por la atención desinteresada de alguien, sino porque el Ordenamiento reconoce a toda persona un derecho de crédito sobre dicha información en razón del mandato social que hace de toda persona un mandante y de todo informador, un mandatario.

Ese objeto del que es titular, la información, admite varios modos. Se habla de noticia, de propaganda, de opinión, de crítica, etc... Son varios los mensajes tipificados legal, doctrinal y jurisprudencialmente. Pero en una redacción constitucional, suficiente y necesaria, la mención de las dos modalidades de mensajes simples bastaría; la noticia o mensaje de hechos y la propaganda o mensaje de ideas. La razón por la que cualquier otra mención de mensaje sería innecesaria es que todos los mensajes complejos están compuestos por los dos simples citados y algunos otros elementos más. Sería, por tanto, redundante, incidir en la lista de mensajes identificados a estas alturas.

En consecuencia,

Un reconocimiento constitucional adecuado del derecho a la información mencionaría las tres facultades –investigar, difundir y recibir- y los dos tipos de mensajes –hechos e ideas-.

4. Principios iusinformativos. Instrumentos y fines. Exégesis

La asociación de límites legales y constitucionales al ejercicio torticero de las libertades informativas queda de manifiesto en textos de diferente ámbito actualmente en vigor. La frecuencia y la amplitud de tales límites, externos a la institución del derecho a la información, creados desde el poder, a través de normas de rango, a menudo, inferior a la Constitución, han llevado a una parte de la doctrina a concluir que el error de fondo es conceptual y que se traslada a la exégesis, haciendo, a menudo, del límite el principio general y de la difusión de la información, la excepción.

En sentido contrario, si la información es concebida como derecho, radicado en la persona por su condición humana, y el derecho a la información es entendido como principio general, que debe interpretarse de forma lata, las excepciones, en cuanto que tales, deben ser entendidas restrictivamente, siendo su propia existencia una consecuencia lógica de la inserción del derecho a la información en un ordenamiento jurídico sistemático y congruente que ha de favorecer la convivencia en armonía de derechos, de suerte que cuando otro derecho merezca una valoración superior, el derecho a la información haya de replegarse.

La misma doctrina que ha reforzado este último planteamiento identifica dos reglas, que pudieran ser recogidas en una reforma constitucional del derecho a la información; según la primera regla, la dimensión individual de la persona es dominante hasta el punto de que los derechos más cercanos al núcleo de la personalidad deberían prevalecer frente a un derecho a la información, que es periférico y relacional. Este sería el caso del derecho al honor, del derecho a la intimidad y, en parte, del derecho a la propia imagen. La segunda regla proclama la prevalencia de la dimensión social de la persona, de suerte que la paz social se manifiesta como el derecho dominante cuando una información pueda venir a alterarla.

La identificación constitucional de estas excepciones debería excluir otras que eventualmente pudieran ser señaladas por ley. Esos cuatro derechos, oponibles al derecho a la información, se articulan a través de instrumentos como el secreto de Estado, el secreto sumarial, la confidencialidad del historial sanitario o la protección de datos personales, en conjunto. Es innecesario que estos instrumentos jurídicos aparezcan en el texto constitucional pues cada una de las excepciones citadas anteriormente, que sí debieran ser explicitadas en el texto fundamental, los acoge, de manera elíptica.

A efectos interpretativos, es imprescindible insistir, de nuevo, en que las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva y, además, en que no es un ejercicio lógico ni justo medir fines con medios. En este sentido, la comparación o la disertación acerca de si el derecho a la información es prevalente o, más bien, es prevalente el secreto de Estado no tiene sentido. El derecho a la información entra en la categoría de fines del ordenamiento jurídico y el secreto de Estado pertenece a la categoría de instrumentos al servicio de la paz social. Por eso, lo oportuno sería medir o confrontar un derecho con el otro. O, incluso, en el nivel instrumental, oponer un mensaje “x” a un instrumento excepcional “y”, resolviendo, por tanto, cada caso práctico –en el ámbito de lo

instrumental- en sede jurisdiccional, toda vez que tanto la doctrina, como la propia Constitución habrían resuelto el planteamiento teórico, en el nivel de los fines.

Debemos, pues, considerar que

El derecho a la información cede ante derechos más radicalmente personales y ante el comunitario derecho a la paz social; instituciones como el secreto sumarial, el secreto de Estado y otras no son sino instrumentos al servicio de la paz social.

5. El acceso a la información

La radicación del derecho de acceso a la información que se propone aquí salva las dificultades con que se ha encontrado hasta ahora este derecho, en su camino hacia la constitucionalización como derecho fundamental de titularidad universal, garantizado al máximo nivel. La falta de perspectiva iusinformativa ha llevado a los autores y a los grupos de presión defensores de la transparencia a tratar de relacionar el derecho de acceso a la información y a la documentación con derechos como el de acceso y ejercicio de cargos públicos; el de acceso a archivos, a registros administrativos y a documentos; o con el derecho de petición. Sin descartar la relación que puede tener con todos estos derechos, la fuerza que el derecho de acceso adquiere cuando se lo radica en el derecho a la información es siempre mayor, como puso de manifiesto en su tesis doctoral el profesor Pérez Pintor⁶.

En la medida en que el debate sobre la transparencia está aún abierto, también lo está el debate sobre el derecho de acceso. Parece pacífico que el derecho de acceso es un factor de transparencia, de igual modo que lo son también el uso de las nuevas tecnologías para potenciar la ventanilla única administrativa, la motivación de las decisiones administrativas, las inscripciones registrales públicas obligadas o la objetividad de los procedimientos administrativos. De la misma forma, no es contestado que entre sus efectos se encuentren la legitimidad democrática institucional, la eficacia en el servicio del interés general y la protección de usuarios y consumidores.

Así,

Concebir el derecho de acceso como expresión del derecho a la información permite extenderle, sólo, las excepciones anteriormente citadas y las garantías constitucionales del derecho a la información. Igualmente permite referirlo, no sólo a información tratada documentalmente, sino a toda información institucional, cualquiera que sea el soporte en que se encuentre. Y transforma la titularidad, que pasa de ser ciudadana a ser universal.

⁶ Vid. PÉREZ PINTOR, H.: El acceso al patrimonio documental y bibliográfico, realización efectiva del derecho a la cultura, passim, Madrid, 2003.

6. Garantías

Entre las garantías constitucionales atribuibles al derecho de acceso tendría que encontrarse su desarrollo necesariamente por medio de ley formal, del más alto rango jerárquico. Este desarrollo normativo debería ser respetuoso con el contenido esencial del derecho a la información. Por tanto, ninguno de los aspectos antes mencionados debería ser alterado: ni el sujeto, ni el objeto, ni el contenido del derecho.

En cambio, tendrían que ser regulados aspectos procedimentales no abordados en un texto constitucional, pero, incluso, la forma de abordarlos tendría que ser respetuosa con el principio general de la difundibilidad de la información y la interpretación restrictiva de las excepciones. En este sentido, sería inadecuado que las excepciones y los principios a que debiera atenerse una Institución pública para facilitar o denegar una información solicitada fueran proclamados por ley formal. En cambio, sí sería legítimo que las condiciones del acceso fueran establecidas por dicha ley.

Sería injusta la mención de límites sin fin, como los intereses comerciales, la política monetaria, financiera o económica, las relaciones internacionales, los procedimientos judiciales y los jurídicos, la propiedad intelectual, las actividades de inspección, investigación y auditoría, las opiniones de uso interno, la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares. En unos casos, porque responden al carácter meramente instrumental que se les ha atribuido anteriormente. En otros, porque sobrepasan las excepciones del derecho a la información.

Deviene obligada la articulación de medidas, por medio de la citada ley formal, encaminadas a facilitar el procedimiento de acceso a la información, que han de incluir tanto la puesta en marcha de (1) Registros públicos de informaciones tratadas documentalmente; como (2) la elaboración de folletos y guías procedimentales de acceso; como (3) la fijación de plazos a las excepciones que, en virtud del principio “*in dubio pro communicatione*”, vendrían a asegurar que, en todo caso, al cabo de cierto tiempo, el derecho a la información prevalecería sobre todos los demás; como (4) el modo del acceso y el soporte; o (5) como el coste.

A esta garantía citada, consistente en el desarrollo de los aspectos procedimentales del ejercicio del derecho de acceso a la información y a la documentación, por medio de ley formal, deberían sumarse otras como los recursos (de amparo o de inconstitucionalidad) ante el máximo órgano del Poder Judicial cuando una persona entendiera que no le ha sido respetado su derecho fundamental a acceder a alguna información y/o documento, o como el recurso de inconstitucionalidad, si la ley formal a la que estamos haciendo referencia se excediera en el ámbito de su regulación o como, incluso, la actuación del defensor del pueblo.

La existencia de órganos administrativos, autónomos, cuya resolución, tras una denegación de acceso a la información, deba ser previa, obligada, antes de que el solicitante de acceso a la información acuda a los tribunales, está resultando indispensable en países como Francia. Estos órganos están llamados a formar a los funcionarios públicos en el ejercicio de este derecho-deber y a elaborar Informes periódicos que pongan de manifiesto las debilidades y los puntos fuertes de la Administración Pública, en relación con el derecho de acceso a la información y a la documentación. Del mismo modo, estos órganos deberían desarrollar campañas de concienciación de la legitimidad del derecho de acceso y favorecer actitudes transparentes en el sector privado, aunque éstas no sean obligadas por ley, que incidirían en la potenciación del derecho de acceso a información y a documentos corporativos o institucionales, sin que esto pudiera significar la pérdida de respeto por derechos adquiridos, amparados por la misma regulación constitucional del derecho a la información y de sus excepciones, como sería el caso del secreto empresarial, acogido por el derecho a la intimidad.

En resumen,

Deberían ser garantías del derecho de acceso a la información tanto el desarrollo de los aspectos procedimentales de este derecho mediante ley formal, como la articulación de recursos que dieran al interesado opciones reales de obtener la información y la documentación solicitada.

Sería conveniente la articulación, mediante ley formal, de órganos autónomos que promovieran actitudes transparentes, tanto en el sector privado, como en el público, que incluyeran el derecho de acceso a informaciones y documentos.

La previsión constitucional sobre el sujeto, el objeto y el contenido del derecho de acceso a la información debería ser respetada por la norma formal que lo desarrollara.