

Origen:
Procedimiento Ordinario 265/2008
Audiencia Nacional
Sala de lo Contencioso Administrativo

Recurrente: ACCESS INFO EUROPE
Recurrido: MINISTERIO DE JUSTICIA

A LA EXCMA. SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DOÑA PILAR CERMEÑO ROCO, Procuradora de los Tribunales y de **ACCESS INFO EUROPE**, cuya representación tengo debidamente acreditada en los Autos al margen referenciados, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO:

Que me ha sido notificada la Providencia de fecha 24 de noviembre de 2.009 por virtud de la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional concede a esta parte el plazo de treinta días para comparecer ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Que por medio del presente escrito, en la representación acreditada que ostento y dentro del plazo al efecto conferido, vengo a **COMPARECER** ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo; rogando se entiendan conmigo ésta y las sucesivas diligencias.

Asimismo, y dentro del indicado plazo de treinta días, en atención a lo dispuesto en el artículo 92 de la LRJCA, vengo a **FORMALIZAR e INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN** contra la Sentencia de fecha 22 de octubre de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Con el fin de facilitar la comprensión de este recurso, a continuación se exponen, con carácter previo, los siguientes

ANTECEDENTES:

Primero.- El origen de las presentes actuaciones se encuentra en la solicitud de información pública efectuada por mi mandante con fecha 1 de marzo de 2.007 a la Presidencia del Gobierno, relacionada con el Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ante la ausencia de respuesta alguna a la solicitud señalada, con fecha 30 de marzo de 2.007 se volvió a reiterar la misma, incluyendo en este caso una breve introducción de la solicitante y los motivos por los que solicitaba la información.

Con fecha 27 de abril de 2.007, se recibe contestación del Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, contestando únicamente a una de las preguntas efectuadas (de forma errónea, toda vez que se contesta una cosa distinta a la que se pregunta) y remitiendo a mi mandante al Ministerio de Justicia a los efectos de que planteara allí las consultas.

A la vista de la contestación recibida, ACCESS INFO EUROPE envía una nueva comunicación, el 14 de junio de 2.007, poniendo de manifiesto que no se había contestado más que a una de las preguntas, y que además la respuesta no respondía a lo realmente preguntado, aprovechando para efectuar nuevamente la pregunta, de forma clara y precisa para evitar posibles confusiones o malinterpretaciones.

Ese mismo día 14 de junio de 2.007, se envía asimismo al Ministerio de Justicia, a la atención del Excelentísimo Sr. Ministro, la solicitud de información contenida en los documentos anteriormente señalados y aportados, toda vez que según la contestación del Director de Gabinete de la Presidencia del Gobierno es donde debe mi mandante dirigir sus consultas.

Hasta la fecha de la interposición de la presente demanda, mi mandante no ha obtenido respuesta a su solicitud de fecha 14 de junio de 2.007.

Segundo.- Por dicho motivo, por ACCESS INFO EUROPE se interpone recurso contencioso administrativo, que es desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con el siguiente FALLO:

“Que desestimando el motivo de inadmisibilidad planteado por el Abogado del Estado, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cermeño Roco, en nombre y representación de ACCESS INFO EUROPE, contra la desestimación presunta por silencio administrativo del Ministro de Justicia de la solicitud de información presentada el 14 de junio de 2.007 acerca del desarrollo legislativo derivado de la adhesión de España al Convenio OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y al Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción; sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

Dicho FALLO es alcanzado en atención, principalmente, a los siguientes

FUNDAMENTOS:

“Segundo. .../...

Conforme a lo expuesto, no se puede entender que el derecho fundamental a recibir información veraz por cualquier medio de comunicación incluya un deber general de la Administración de informar sobre cualquier materia. Por otro lado, en el caso que nos ocupa, la Administración en primer término informó a la parte actora mediante contestación del Director de Gabinete de la Presidencia de Gobierno, y en segundo término, si bien no hay notificación a la información solicitada por parte de la Administración, consta en el expediente administrativo al que ha tenido acceso la parte actora, un informe sobre las preguntas realizadas por la parte recurrente sobre el desarrollo legislativo derivado de la adhesión de España al Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y al Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, y que es aludido en la demanda, siendo cuestión distinta el que la parte actora discrepe de la citada información.

Por otro lado, en virtud de lo expuesto, no se estima conculcado el derecho fundamental recogido en el art. 23.1 de la Constitución que dispone que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”, quedando al margen el mismo de la materia que nos concierne.

Finalmente, tampoco se puede estimar infringidos los artículos 42 y 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues no nos encontramos ante ningún procedimiento, pero en todo caso, la infracción del deber de resolver por parte de la Administración provoca la ficción legal del silencio administrativo, desestimación presunta en este caso que ha permitido a la parte recurrente acudir a esta vía jurisdiccional y alegar lo que ha estimado procedente.

Entendiendo esta parte que dicha resolución es contraria a Derecho –dicho sea con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa- y tremendamente perjudicial para los intereses de ACCESS INFO EUROPE, es por lo que se interpone y formaliza el presente recurso de casación, que cumple con los siguientes

REQUISITOS LEGALES

PRIMERO.- Procedencia del recurso de casación. Resulta procedente el recurso de casación que formulamos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 86.1 LJCA por cuanto se trata de una Sentencia dictada en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- Cumplimiento del plazo para la preparación del recurso. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 LJCA, el presente recurso de casación se formaliza dentro del plazo de treinta días concedido para comparecer ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Legitimación. Se encuentra legitimada mi patrocinada para formalizar este recurso por haber sido parte en el procedimiento, de conformidad con lo exigido por el artículo 89.3 LJCA.

CUARTO.- Infracción de las normas de aplicación. Conforme al artículo 86.4 LJCA, el recurso se funda en la infracción de las normas de derecho estatal que a continuación se refieren y que ya fueron indicadas en la preparación del recurso de casación, y que se irán señalando en cada uno de los motivos.

El recurso de casación interpuesto, se formaliza con arreglo a los siguientes

MOTIVOS

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1 d) de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 120.3 de la Constitución Española, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, y el artículo 67 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y demás artículos concordantes que obligan al Tribunal a dictar una sentencia motivada y que decida sobre todas las pretensiones formuladas.

La Sentencia que recurrimos comete un error desde su inicio, al concretar el objeto del procedimiento en la *“desestimación presunta por silencio administrativo del Ministro de Justicia de la solicitud de información presentada el 14 de junio de 2.007 acerca del desarrollo legislativo derivado de la adhesión de España al Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y al Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción”*(el subrayado es nuestro)¹.

El objeto del procedimiento, no versa única y exclusivamente sobre el silencio administrativo del Ministro de Justicia de la solicitud de información acerca del desarrollo legislativo derivado de la adhesión de España al precitado Convenio de la OCDE, sino que por parte de ACCESS INFO EUROPE se efectuó una solicitud de información referente a la puesta en práctica en la administración española a través de legislación, políticas u órganos al respecto de lo establecido en el Convenio de la OCDE para la lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción, en lo que respecta al seguimiento, control, fiscalización y posibles sanciones de las actuaciones de las empresas españolas en el extranjero, efectuando para ello una serie de preguntas concretas, que requerían sus correspondientes respuestas, también concretas.

La fijación exacta del objeto del recurso es esencial, y el mismo no puede ser ni parcial ni equivocado, toda vez que (i) una eventual sentencia estimatoria obligará a la Administración demandada a resolver sobre la solicitud efectuada por mi mandante en todos sus términos, y a todas y cada una de las

¹ Redacción exacta contenida en el encabezamiento, en el Fundamento de Derecho Primero (primer párrafo) y en el Fundamento de Derecho Segundo (segundo párrafo) de la sentencia impugnada.

preguntas formuladas de forma y manera independiente, y (ii) la sentencia que venimos a impugnar parece reflejar que, en todo caso, existe en el expediente administrativo traído al procedimiento, un informe que contiene la información solicitada, por lo que mi mandante ya habría visto satisfechas sus pretensiones.

Nada más lejos de la realidad: el informe existente en el expediente administrativo, del que esta parte no ha tenido conocimiento hasta que se le ha dado traslado en el seno del procedimiento judicial, NO contiene en modo alguno la información solicitada por mi mandante.

Nótese que las preguntas efectuadas por mi mandante son precisas, y requieren de unas respuestas asimismo precisas, identificando cada una de las preguntas realizadas.

Por el contrario, el informe existente en el expediente administrativo (e insistimos que NUNCA se remitió el mismo a mi representada) se limita a reflejar el proyecto de reforma del Código Penal, concretamente el artículo 445, el nuevo artículo 286 bis, así como la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2006.

No vamos a reproducir las preguntas que en su día se formularon, en aras a la economía procesal, toda vez que las mismas constan en autos.

Baste reproducir la pregunta número 2 de las formuladas, para que ese Alto Tribunal pueda apreciar la vulneración denunciada:

“2.- En cumplimiento del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción (art. 6), ¿qué órgano es el encargado de prevenir la corrupción cometida por personas y entidades españolas, privadas y públicas? ¿Qué recursos (material y personal) se le han proporcionado?”

La sentencia impugnada incurre asimismo, en una inadmisibles falta de motivación con respecto de alguno de los motivos de impugnación suscitados por mi mandante.

En efecto, los motivos de impugnación (reconocidos y fijados en la propia sentencia impugnada), son:

(i) Vulneración del derecho fundamental a recibir libremente información recogido en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española;

(ii) Vulneración del ejercicio del derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 20.1. a) de la Constitución Española;

(iii) Vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos del artículo 23.1, de la Constitución Española.

(iv) Vulneración del artículo 42 y del artículo 89.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, que establece la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos.

No obstante haberse fijado en la sentencia los anteriores motivos, en la misma no se contiene resolución (ni por tanto motivación) referente a la vulneración del ejercicio del derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 20.1. a) de la Constitución Española.

Tampoco existe en la sentencia impugnada motivación ni fundamentación jurídica en relación con la vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos del artículo 23.1, de la Constitución Española. La sentencia se limita a señalar que “no se estima conculcado por quedar al margen el mismo de la materia que nos concierne”.

En relación con los artículos 42 y 89.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, la única explicación que brinda la sentencia impugnada es que no nos encontramos ante un procedimiento, pero que en todo caso, al haber cometido la Administración la infracción de su obligación de resolver (que produce la ficción legal del silencio administrativo, no permitida ni consentida por el Tribunal Supremo ni por el Tribunal Constitucional), mi mandante ha tenido la oportunidad de alegar lo que ha estimado pertinente ante la Audiencia Nacional.

Por todo ello, solicitamos la estimación del presente motivo.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, el artículo 20.1.a) en relación con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el artículo 11 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que reconoce el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la libertad de expresión.

El Fundamento de Derecho Segundo contiene como única motivación, un extracto de parte de la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2009 de 26 de enero, que, aun cuando se refiere a la interpretación del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, en modo alguno se refiere al asunto que nos ocupa, y por ende, no es de aplicación.

En efecto, la sentencia 29/2009 de 26 de enero del Tribunal Constitucional citada en la sentencia impugnada, se refiere a supuestos de libertad de información en cuanto la misma puede colisionar con los derechos individuales de las personas. Se refiere a supuestos de injurias o calumnias, y la protección que ofrece en caso de que la información sea veraz y de interés general o relevancia pública.

El asunto que nos ocupa no tiene ninguna relación con la sentencia “transcrita” en la resolución impugnada.

En el presente asunto, se discute, y en este sentido debería haberse pronunciado la Audiencia Nacional, si mi mandante tiene derecho a obtener la información solicitada, y en ese caso, el contenido de la misma, o si mi mandante no tiene derecho a obtener dicha información.

Es decir, el presente recurso, y el procedimiento del que trae causa, versan, en primer lugar, sobre la existencia o no de un derecho de ACCESS INFO EUROPE de acceso a la información pública, o la inexistencia del mismo.

Y en segundo lugar, en caso de que exista ese derecho de acceso a la información pública, la forma del mismo y la información que debe ser entregada, o por el contrario, los motivos por los que se deniega la información.

El **artículo 20.1.d) de nuestra Carta Magna** consagra el derecho fundamental a la libertad de información que ha de interpretarse según establece el párrafo 2 de artículo 10 de nuestra Norma Fundamental, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Ello nos remite a lo establecido en el **artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, el **artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, el **artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** y el **artículo 11 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales**, todos ellos convenios y tratados internacionales ratificados por España.

En el **artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**² (DUDDHH) y en el del mismo número del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**³ (PIDCP) se señala expresamente que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a **buscar, investigar** y recibir información, lo que se ha venido a llamar el derecho de acceso a la información que como venimos diciendo se formula de forma escueta en el apartado d) del párrafo 1º del artículo 20 con la preposición “a” en el sintagma “derecho a la información”.

En consonancia, pues, con estos tratados internacionales suscritos por España, el derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1.d) de nuestra Constitución no solamente incluye el derecho a recibir información por cualquier medio de difusión sino que **ampara y protege igualmente el derecho de toda persona a solicitar y recibir información que se halle en poder de la Administración en virtud del ejercicio de sus funciones, el llamado derecho de acceso a la información pública.**

² Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de las Naciones Unidas del 10 de Diciembre de 1948: “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.”

³ Art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de Diciembre de 1966: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de **buscar, recibir** y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

El artículo 20.1. d) quedaría en gran parte vacío de contenido si se entendiera que de toda la esfera de la información que las personas pueden buscar, investigar y recibir en virtud de este artículo se excluye toda aquélla que se halle en mano de los poderes públicos. **El derecho a la libertad de información, por tanto, incluye el derecho de solicitar y recibir información a las administraciones, instituciones y poderes públicos.**

Y las Administraciones Públicas están obligadas a proporcionar la información puesto que, tal y como se recoge en el párrafo 2º del artículo 9 de la Constitución Española, “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulte su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Difícilmente una persona, en el ejercicio de su libertad de expresión, podrá expresar su opinión y difundir su pensamiento sobre un asunto relacionado con la actuación de los poderes públicos, si esos mismos poderes no respetan su derecho a acceder a la información pública que se halle en su poder y no contestan a las solicitudes de información que se les plantean en relación con sus actuaciones. **El silencio de la Administración frente a cualquier solicitud de información supone un obstáculo insalvable para los ciudadanos para que puedan expresarse y opinar de manera informada.**

Y recordemos que como ha puesto de relieve en numerosas sentencias el Tribunal Constitucional español, las libertades públicas informativas constituyen un derecho prevalente entre el conjunto de los derechos fundamentales, puesto que garantiza una opinión pública libre y esencial en un estado democrático.

El derecho a solicitar y recibir información en manos de los poderes públicos se ha considerado elemento esencial del derecho a la libertad de expresión y herramienta fundamental para su ejercicio a nivel internacional desde sus inicios.

Así, la primera ley en el mundo que reconoció este derecho, la **Ley Sueca de Libertad de Prensa de 1766**, uno de los cuatro textos pilares que forman parte de la Constitución Sueca, establece en el artículo 1 del Capítulo 2 que *“todo ciudadano sueco tiene libre acceso a los documentos oficiales, con el fin de promover el intercambio libre de opinión y la disponibilidad de información completa.”*⁴

En la misma línea la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** presidida por don Sergio García Ramírez, en su importante⁵, **Sentencia de 19 de Septiembre de 2006** en el **Caso Claude Reyes y otros versus Chile**⁶, ha señalado recientemente que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende *“no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”* y ha considerado que el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dedicado a la libertad de pensamiento y expresión, al estipular expresamente los derechos a *“buscar”* y a *“recibir” “informaciones”*⁷, *“protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado.”* Este artículo 13 de la Convención Americana es muy similar en su redacción al artículo 20 de nuestra Constitución y a los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya mencionados en los que siempre se vincula el derecho a la libertad de

⁴ Versión en inglés: http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended___6332.aspx) Artículo 1 del Capítulo 2, Swedish Freedom of Press Act: “Art. 1. Every Swedish citizen shall be entitled to have free access to official documents, in order to encourage the free exchange of opinion and the availability of comprehensive information.”

⁵ Obligó al estado chileno a desarrollar una ley de acceso a la información pública. La Ley 20.285 de "Transparencia en la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado" publicada en el diario oficial del 20 agosto 2008 y entrada en vigor el 20 abril 2009.

⁶ Corte IDH. **Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, ver: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José (Costa Rica) del 7 al 22 de Noviembre de 1969. *“Artículo 13: Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. “*

expresión con el derecho no sólo a recibir información sino a buscarla e investigar, como hemos indicado anteriormente.

El propio **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)** al interpretar el **artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** relativo a la libertad de expresión ha considerado que dicho artículo 10 no solamente protege las acciones relativas a la difusión y publicación de opiniones sino también aquellas actividades de búsqueda e investigación que se realizan de forma previa para obtener información sobre un asunto (**Sentencia de 25 de abril de 2006, Caso Dammann contra Suiza**)⁸, lo que se haya en consonancia con los artículos de la DUDDHH y el PIDCC citados en el párrafo anterior.

A mayor abundamiento, y de relevante importancia en el caso que nos ocupa, no sólo por su actualidad, sino además por la identidad del supuesto (solicitud por parte de una Organización No Gubernamental de determinada información a la Administración Pública y denegación de la misma) es el **caso Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary, no. 37374/05 (Sentencia de 14 de abril de 2009**, siendo presidenta de la Sección Segunda la Juez Françoise Tulkens), en el que el TEDH falló que el derecho de recibir información de entidades públicas se encuentra amparado por artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca que en sus sentencias recientes ha alcanzado “el reconocimiento del derecho de acceso a la información”⁹ y concluye que cuando las entidades públicas son las únicas que poseen la información buscada, no entregar dicha información “constituye una vulneración —en virtud del poder de censura de quien tiene el monopolio de la información— del ejercicio de las funciones de ‘perro guardián’ social”¹⁰ y así

⁸ *Affaire Dammann c. Suisse, Requête n° 77551/01*. La sentencia se encuentra en:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=796486&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

⁹ *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, párrafo 35, en su versión original (inglés): “[T]he Court has recently advanced towards ... recognition of a right of access to information.” Ver versión original (en inglés):

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=849278&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

¹⁰ *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, párrafo 36, en su versión original (inglés): “It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of

una vulneración del derecho de libertad de expresión e información tutelada por el artículo 10 del Convenio.

O lo que es lo mismo, considerando que es la Administración Pública la única que tiene en su poder la información, sin que la misma se pueda obtener de otra forma (monopolio), censurar la entrega de la misma supone una clara y flagrante vulneración del derecho de libertad y expresión protegido por el artículo 10 del precitado Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos subraya en su fallo que “visto el interés protegido por artículo 10, la ley no se puede permitir restricciones arbitrarias que pueden constituir una forma de censura indirecta cuando las autoridades establezcan obstáculos a la búsqueda de información. El papel de los medios de comunicación incluye la creación de foros de debate público. Sin embargo, el ejercicio de esta función no se limita a los medios de comunicación ni a periodistas profesionales. **En el caso actual, la preparación del foro de debate público has sido llevado a cabo por una organización no-gubernamental.** ... El demandante está involucrado en litigios de derechos humanos con diversos objetivos, incluso la protección de la libertad de información. Por ello, se puede caracterizar [el demandante] como un ‘perro guardián’ social.”¹¹

an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog Moreover, the State’s obligations in matters of freedom of the press include the elimination of barriers to the exercise of press functions where, in issues of public interest, such barriers exist solely because of an information monopoly held by the authorities.”

¹¹*Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, no. 37374/05, párrafo 27, en su versión original (inglés): “In view of the interest protected by Article 10, the law cannot allow arbitrary restrictions which may become a form of indirect censorship should the authorities create obstacles to the gathering of information. For example, the latter activity is an essential preparatory step in journalism and is an inherent, protected part of press freedom (see *Dammann v. Switzerland* (no. 77551/01, § 52, 25 April 2006). The function of the press includes the creation of forums for public debate. However, the realisation of this function is not limited to the media or professional journalists. In the present case, the preparation of the forum of public debate was conducted by a non-governmental organisation. The purpose of the applicant’s activities can therefore be said to have been an essential element of informed public debate. The Court has repeatedly recognised civil society’s important contribution to the discussion of public affairs (see, for example, *Steel and Morris v. the United Kingdom* (no. 68416/01, § 89, ECHR 2005-II). The applicant is an association involved in human rights litigation with various objectives, including the protection of freedom of information. It may therefore be characterised, like the press, as a social “watchdog” (see

En mayo de 2009 en el **caso Kenedi v. Hungría no. 31475/05 (Sentencia de 26 de mayo de 2009)**, siendo presidenta de la Sección Segunda la Juez Françoise Tulkens¹² el TEDH confirmó nuevamente que el acceso a la información en manos de autoridades públicas es esencial para el ejercicio del derecho de libertad de expresión y determinó que la “reticencia obstinada” del Estado a entregar la información solicitada por un investigador académico constituyó otra violación de ese derecho fundamental amparado por artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No cabe duda alguna, por tanto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos actuales en los que es necesario resolver sobre la negativa de la Administración a entregar información pública, considera vulnerado el derecho fundamental regulado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que la precitada línea jurisprudencial debe ser trasladada y aplicada en nuestro país por los órganos judiciales domésticos.

El **Comité de Ministros del Consejo de Europa** ha reconocido igualmente en su Declaración sobre la libertad de expresión de 29 de Abril de 1982 que este derecho es el derecho de toda persona “a expresarse, a pesar de las fronteras, a buscar y recibir información e ideas, cualquiera que sea su fuente, así como a difundirlas bajo las condiciones del artículo 10 del Convenio Europeo.”¹³

Si cualquier administración o institución pública no responde a una solicitud de información y no entrega la información que una persona en el ejercicio de sus derechos fundamentales ha pedido, es evidente que está frustrando las labores preliminares de búsqueda e investigación necesarias para que posteriormente pueda analizarla y expresar su opinión al respecto. También el silencio de la Administración obstaculiza que la información circule entre los ciudadanos de forma que éstos puedan tener conocimiento de la misma y evaluar la actuación de los poderes públicos en cada caso. Con ello no sólo se

Riolo v. Italy, no. 42211/07, § 63, 17 July 2008; Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia, no. 57829/00, § 42, 27 May 2004).”

¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kenedi v. Hungría no. 31475/05*, *Ver versión original (ingles):*

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=850495&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

¹³ Se puede encontrar la declaración en: www.coe.int/t/e/human_rights/media

imposibilita el ejercicio del derecho a la libertad de información sino también el del derecho a expresar ideas y opiniones.

La Corte Interamericana en el fallo del Caso Claude Reyes anteriormente indicado, señaló que el artículo 13 de la Convención Americana:

“ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.”¹⁴

Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no hace más que confirmar el vínculo tradicional existente entre estos dos derechos y se encuentra en línea con las Declaraciones Conjuntas realizadas desde el año 1999 por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. En estas declaraciones conjuntas se ha venido reconociendo que: *“Implícito en la libertad de expresión está el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información y a saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada.”*¹⁵ Además los relatores han declarado que *“El derecho de acceso*

¹⁴ Corte IDH. **Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafo 77.

¹⁵ Declaración Conjunta de 26 de Noviembre de 1999. Se puede ver en:
<http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=141&IID=2>

a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental (...) basad[o] en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones.”¹⁶

Tan sólo puede haber máxima divulgación de la actuación de los poderes públicos si éstos facilitan la información que se les pide y no se callan ante cualquier solicitud de información que se les plantea. El silencio de la Administración ante una petición de información trunca la distribución de información de interés público entre los ciudadanos y la posibilidad de que los mismos la conozcan, la enjuicien y se expresen al respecto. Con ello se violan los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión del artículo 20 de la Constitución.

Según estos convenios y la interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo la libertad de información o derecho a la información del apartado d), párrafo 1º del artículo 20 comprende las facultades de emitir, recibir e investigar –o buscar- información veraz.

La ausencia en nuestro país de una Ley de Acceso a la Información Pública no es óbice para el reconocimiento de dicho derecho con la concreta facultad de investigar o buscar información, pues como reiteradamente ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional, después de la doctrina desarrollada por el profesor García de Enterría, la Constitución es una norma de aplicación directa, al menos en lo concerniente a los dos primeros capítulos del Título I referido a los “derechos y deberes fundamentales”.

La facultad de investigar, de buscar información, se incardina como derecho fundamental necesario en una sociedad democrática en tanto permite una opinión pública libre, elemento esencial en un sistema democrático, y viene potenciada por el hecho que se trate de información pública y que la Administración Pública ha de trabajar con la mayor transparencia posible, sin que el caso que nos ocupa constituya alguna de las excepciones contempladas

¹⁶ Declaración Conjunta de 6 de Diciembre de 2004. Se puede ver en:
<http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=319&IID=2>

en el artículo 105 b) de la Constitución sobre el acceso a los archivos y registros administrativos.

En todo caso, el derecho a la información se consagra como un derecho prevalente en una democracia porque posibilita una opinión pública libre. Necesariamente una opinión pública libre exige la transparencia de las Administraciones Públicas y, por tanto, el acceso a la información con las restricciones necesarias en un sistema democrático. Es más, el derecho a la información actúa como un derecho instrumental del derecho a la participación política, pues si no existiera ese derecho a la información la participación directa o la elección de representantes (artículo 23 CE) se realizaría a ciegas, lo que a nuestro juicio significaría una grave quiebra del estado democrático, tal y como se dirá a continuación

Por todo ello, el presente motivo debe ser estimado.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción del artículo 23.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 9.2 de la Constitución Española que recoge el derecho de participación de todos en los asuntos públicos.

El derecho fundamental a solicitar y recibir información de los poderes públicos es requisito esencial para que todo ciudadano pueda participar de forma informada en una sociedad democrática, derecho igualmente fundamental recogido en el artículo 23.1 de nuestra Constitución, que establece el derecho de participación de todos en los asuntos públicos. Para ello el artículo 9.2 del propio texto constitucional sancionó la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de los ciudadanos en la vida política de este país. El silencio y la inactividad de la Administración es una de las peores trabas a la participación de los ciudadanos puesto que impiden que éstos tengan la necesaria información sobre la actuación de los diversos poderes, entidades u organismos públicos y con ello obstaculizan la acción participativa. Sin información no puede haber verdadera participación y sin participación no puede haber verdadera democracia.

En el asunto que nos ocupa, se pedía información sobre las acciones llevadas a cabo para la correcta implementación de dos Convenios ratificados por España y que ya han entrado en vigor, dos convenios de interés no solamente para la actividad de la asociación que solicitó la información sino también para cualquier ciudadano que esté preocupado por conocer si estos dos Convenios Internacionales dedicados a la lucha contra la corrupción se están implementando adecuadamente, de forma que las medidas que se prevén en ellos sean efectivas. La información sobre esta materia es importante para valorar la actuación del Gobierno en esta materia y por tanto, para la participación de todos en los asuntos públicos. Los ciudadanos tienen derecho a saber si el Gobierno cumple convenientemente con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales ratificados por España y en vigor en nuestro país.

El silencio de la Administración infringe asimismo los principios generales de publicidad y transparencia de la actuación de los poderes públicos y de la Administración. De acuerdo con estos dos principios la Administración no puede arrogarse arbitrariamente una facultad discrecional que le permita retirar del escrutinio público información sobre el ejercicio de sus competencias, funciones y obligaciones. Estos principios hacen factible que las personas tanto físicas como jurídicas puedan controlar la gestión y el ejercicio de las funciones públicas. Así, el acceder a la información que tiene en su poder las administraciones públicas es un instrumento crucial para la participación en la gestión pública, todo ello por medio del control que la sociedad puede llevar a cabo al solicitar, recibir, analizar y distribuir esa información.

Cuando una administración no responde a una solicitud de información ni facilita el acceso a los datos que se piden se está obstaculizando la posibilidad de comprobar por los ciudadanos si la Administración está llevando correctamente sus labores y con ello, se está frenando el ejercicio de su derecho a participar en la vida política del país.

La sentencia impugnada no recoge motivación alguna por la que se considera que no es de aplicación el derecho constitucional alegado, y que a juicio de esta parte, ha sido vulnerado, motivo por el que debe ser estimado el presente motivo.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1d) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por infracción de los artículos 42 y 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecen que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, así como vulneración del artículo 70 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación a la iniciación de procedimiento a solicitud de parte

La sentencia impugnada entiende que no se han vulnerado los preceptos citados, por dos motivos: en primer lugar porque no nos encontramos ante un procedimiento, y en segundo, porque precisamente el silencio administrativo ha permitido a esta parte acudir a esta vía jurisdiccional y alegar lo que ha estimado pertinente.

Entrando en cada uno de los motivos, debemos señalar que en cuanto a la manifestación de que no nos encontramos ante un procedimiento, es una incongruencia que debe ser solventada por el Alto Tribunal.

No sólo se cumplen los requisitos del artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y nos encontramos por tanto ante un procedimiento, sino que la propia sentencia señala al estudiar la causa de inadmisibilidad, que nos encontramos ante un acto administrativo impugnado, que lógicamente debe estar incardinado en un procedimiento.

A mayor abundamiento, el propio expediente administrativo acredita la existencia de un procedimiento de solicitud de información con el número PS 982/07, hecho que de por sí determina la incorrección de la resolución impugnada.

En segundo lugar, el que se argumente en la sentencia impugnada que precisamente gracias al silencio administrativo esta parte ha tenido la oportunidad de acudir a la vía jurisdiccional y alegar lo que estime conveniente no hace sino sustentar la perversión legal del silencio

administrativo, auténtico cáncer (si se nos permite la expresión) de la función pública, que se escuda con demasiada frecuencia en esa ficción legal, vulnerando así los más elementales derechos de los administrados y ciudadanos.

“...el silencio administrativo no es más que una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración.”¹⁷

Mi mandante tendrá derecho a acudir a la jurisdicción correspondiente en defensa de sus derechos, no porque la Administración correspondiente decida no resolver, sino por aplicación de las normas jurídicas vigentes.

Es obligación de la Administración resolver, y en el caso que nos ocupa, bien contestar a las preguntas formuladas por ACCESS INFO EUROPE, bien negarse a contestarlas, pero comunicando esa negativa a mi representada, de forma motivada.

Y en función del contenido de esa resolución, que insistimos, tiene que existir SIEMPRE, sea cual sea su contenido, mi mandante decidirá si ejerce o no su derecho fundamental de acudir a los tribunales recurriendo esa resolución.

Causa cuando menos estupor a esta parte que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional mantenga el criterio reflejado en la sentencia impugnada, y esperamos que el Alto Tribunal, manteniendo su postura pacífica contra el silencio administrativo, estime el presente motivo, y en consecuencia case y anule la precitada sentencia, dictando una nueva más ajustada en derecho.

En su virtud,

¹⁷ **Tribunal Constitucional (Sala Primera)** Sentencia núm. 3/2008 de 21 enero [RTC 2008\3](#)

SUPlico A LA SALA: Que teniendo por presentado este escrito, se sirva: admitirlo; acordar su unión a las actuaciones de su razón; tener a esta parte por **COMPARECIDA** en calidad de recurrente, dándoseme traslado de ésta y las sucesivas actuaciones, y por **INTERPUESTO Y FORMALIZADO** recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en tiempo y forma, contra sentencia de dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el día 2 de octubre de 2009 y, en su día previos los trámites oportunos, se dicte sentencia casando y anulando dicha sentencia, dictando otra en su lugar más ajustada a Derecho por la que se estime la demanda contencioso administrativa formulada por mi patrocinada y, por consiguiente, obligando a la Administración demandada a contestar la solicitud de información efectuada.

Es Justicia que pido en Madrid a dieciocho de enero de dos mil diez.

Enrique Jaramillo López-Herce
Col: 68.137

Pilar Cermeño Roco
Col: 1.375