

RICARDO GARCÍA MACHO
(ED.)

**DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA INFORMACIÓN
Y ADMINISTRACIÓN
TRANSPARENTE**

Javier Barnes Vázquez
José Luís Blasco Díaz
Juan José Díez Sánchez
José Esteve Pardo
Ricardo García Macho
Iñaki Lasagabaster Herrarte

José Martínez Soria
Carlo Marzuoli
Marta Oller Rubert
José Luís Piñar Mañas
Consuelo Sanz Salla
Karl-Peter Sommermann

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN, por Ricardo García Macho	7
LA EXIGENCIA DE UNA ADMINISTRACIÓN TRANSPARENTE EN LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO, KARL-PETER SOMMERMANN ...	11
I. INTRODUCCIÓN	11
II. APARICIÓN Y DIFUSIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO	13
1. Desarrollo al nivel nacional.....	14
2. La transparencia en el sistema multinivel	16
3. Transformación de la cultura administrativa	17
III. LAS FUNCIONES DE LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA.....	18
1. Fortalecimiento del principio democrático	19
2. Aseguramiento del principio del Estado de Derecho	20
3. Fomento del principio republicano.....	23
IV. EFECTIVIDAD DE LA TRANSPARENCIA: TRANSPARENCIA PASIVA Y TRANSPARENCIA ACTIVA	23
V. CONCLUSIÓN	25
EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN, EL CIUDADANO Y EL PÚBLICO, RICARDO GARCÍA MACHO	27
I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.....	27

	<u>Pág.</u>
II. LA RELACIÓN ENTRE LA PUBLICIDAD Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	31
1. La publicidad y transparencia como premisas de una actuación democrática de la Administración	31
2. El control de la Administración a través de la publicidad y transparencia.....	34
III. EL IMPULSO DEL DERECHO COMUNITARIO A LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN	36
1. Los presupuestos normativos de una Administración más próxima a los ciudadanos	36
2. Desarrollo del principio de transparencia a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	37
3. Nuevas perspectivas en el Derecho comunitario.....	39
IV. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL	41
1. Estado de la cuestión: carencias en su evolución	41
2. Perspectivas de futuro a la luz de la Constitución y el Derecho comunitario	44
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y NUEVOS MODELOS DE GOBIERNO. ALGUNAS CONSECUENCIAS SOBRE LA TRANSPARENCIA, JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ.....	49
I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PREVIAS PARA ENMARCAR LA TRANSPARENCIA EN EL SENO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER DECISORIO.	50
1. Delimitación	50
A) La transparencia como proceso, método o resultado	51
B) El fundamento constitucional de la transparencia: los principios del Estado de Derecho y democrático	51
C) La información y la comunicación como presupuesto de la transparencia administrativa. La transparencia en el seno del procedimiento administrativo y a través del derecho de acceso a la información	54
2. Perspectiva.....	55
II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO SISTEMA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	56
1. Graduación e intensidad de la transparencia administrativa en el seno del procedimiento en función de la posición que ocupa el procedimiento respecto de la ley.....	57

	Pág.
2. Sobre la transparencia de la acción administrativa a través del procedimiento. Procedimientos «aplicativos» y procedimientos de «innovación»	58
3. El procedimiento como sistema de comunicación	60
4. La transparencia y la motivación de la decisión.....	62
III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.....	63
IV. LA PERSPECTIVA DE LOS MODELOS, ESTRATEGIAS E INSTRUMENTOS DE DIRECCIÓN, REGULACIÓN O GOBERNANZA COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y DE LAS DISTINTAS EXPRESIONES DE LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA.....	65
1. «Los» procedimientos y las múltiples manifestaciones de transparencia.....	65
2. Las insuficiencias y déficits de los métodos tradicionales de gobierno han dado paso a nuevos modelos y estrategias en los que la transparencia adquiere un mayor protagonismo	69
3. Dos ejemplos: la instrucción privada del procedimiento y la elaboración de reglamentos de base científica y tecnológica ...	70
A) La estrategia regulatoria consistente en la transferencia al sujeto privado de los costes de transacción (instrucción) con el objetivo de dirigir el sector sobre la base de la cooperación público-privada: el ejemplo de la «privatización» del procedimiento	71
B) La estrategia regulatoria consistente en la incorporación del modelo científico en los procedimientos de elaboración de reglamentos ante situaciones de riesgo e incertidumbre científica y tecnológica	72
V. LAS EXIGENCIAS DE CADA GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	73
1. Primera generación: actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica	74
2. Segunda generación: normas administrativas aprobadas por Administración jerárquica	75
3. Tercera generación: actos, normas y políticas públicas elaboradas por medio de las nuevas formas de gobernanza cooperativa	76

	Pág.
TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS: LAS CLAVES DE UN EQUILIBRIO NECESARIO, JOSÉ LUÍS PIÑAR MAÑAS	81
I. SOBRE LA TRANSPARENCIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. TRANSPARENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL O COMO PRINCIPIO DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS.....	81
II. TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS: LAS CLAVES DE UNA RELACIÓN	85
III. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO EN EL DERECHO COMUNITARIO. ESPECIAL REFERENCIA AL REGLAMENTO (CE) NÚM. 1049/2001 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 30 DE MAYO DE 2001 (Y LA PROUESTA PARA SU REFORMA)	90
IV. NECESIDAD DE APROBAR UNA LEY DE TRANSPARENCIA QUE GARANTICE EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO DE ACCESO Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS	95
 NOTAS SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INFORMACIÓN, IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE	 103
I. LA DEMOCRACIA Y LA INFORMACIÓN: LA TRANSPARENCIA COMO FORMA DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS	103
II. TRANSPARENCIA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS	107
III. TRANSPARENCIA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA HUÍDA HACIA ADELANTE	116
IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INFORMACIÓN: UN DERECHO PARA LA DEMOCRACIA.....	119
 EL SENTIDO DE LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y SU CONCRECIÓN LEGISLATIVA, JOSÉ LUIS BLASCO DÍAZ	 121
I. INTRODUCCIÓN	121
II. SENTIDO Y ALCANCE DE LA TRANSPARENCIA.....	123
1. La influencia de otros sistemas jurídicos.....	123
2. Las concepciones de la transparencia y su alcance	125

	Pág.
III. LAS VÍAS CONSTITUCIONALES A LA TRANSPARENCIA Y SU CONCRECIÓN LEGAL.....	130
1. La transparencia como principio y obligación	131
A) Principio democrático y transparencia	132
B) Buena administración y control del poder	133
C) El principio general de transparencia administrativa	135
D) La transparencia y la publicidad como obligación	137
E) La transparencia y la participación	140
2. El acceso a la información por los ciudadanos.....	143
A) Naturaleza jurídica	143
B) El derecho de acceso a la información administrativa	146
 LA TRANSPARENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN ITALIA, CARLO MARZUOLI	 151
I. DELIMITACIÓN DEL TEMA	151
II. PREMISAS	152
1. La publicidad, el acceso, la transparencia	152
2. El derecho a la información frente a la Administración	154
3. El titular de la pretensión a la información	155
III. LA PUBLICIDAD Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO DE TODA PERSONA A CONOCER DETERMINADOS ACTOS, DOCUMENTOS Y DATOS	156
1. La publicidad	156
2. La confidencialidad por motivos de interés público.....	158
3. La confidencialidad para la tutela de la libertad de los particulares	158
4. Algunos problemas y algunas lecciones derivadas de la experiencia	161
5. Recapitulación	163
IV. EL ACCESO Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO PRETENSIÓN PARA CONOCER DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALMENTE RESERVADOS	163
V. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO PRETENSIÓN A UNA INFORMACIÓN CUALIFICADA Y LA TRANSPARENCIA.....	166

	<u>Pág.</u>
VI. RELEVANCIA Y VALOR DEL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA	168
VII. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO LEGISLACIÓN Y OTRAS NORMAS	169
VIII. (CONTINUACIÓN) EL PAPEL DE LOS JURISTAS Y DE LOS JUECES	173
IX. NOTA FINAL.....	179
EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA LEY ALEMANA SOBRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN (INFORMATIONSFREIHEITSGESETZ), JOSÉ MARTÍNEZ SORIA	181
I. DEL PRINCIPIO DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS REGISTROS PÚBLICOS AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA LIMITADA	181
II. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.....	183
1. La legislación en los Länder alemanes.....	183
2. Impulsos de la Unión Europea y del Derecho internacional	185
3. Impulso de la sociedad civil y de la doctrina jurídica	186
III. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	187
1. Libertad de información versus Derecho a información	187
2. Principio de la democracia	189
IV. LA LEY SOBRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: MOTIVOS Y GÉNESIS	191
V. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	192
VI. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN	195
1 Límites por interés público	196
2. Los derechos subjetivos de terceros como límites	198
3. Costes administrativos como límites.....	199
VII. PROCEDIMIENTO Y TUTELA JUDICIAL	200
VIII. CONCLUSIÓN.....	201

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ERA DIGITAL: UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO NORTEAMERICANO, CONSUELO OLIMPIA SANZ SALLA	203
I. INTRODUCCIÓN	203
II. APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA.....	205
1. Regulación constitucional	207
2. La regulación del derecho de acceso a la información administrativa en la legislación ordinaria.....	211
A) The Freedom of Information Act	212
B) Exenciones a The Freedom of Information Act	214
C) The Electronic Freedom of Information Act	223
D) The E-Government Act	226
III. CONCLUSIONES	229
TRANSPARENCIA Y LEGITIMIDAD EN LAS DECISIONES PÚBLICAS ADOPTADAS EN ENTORNOS DE COMPLEJIDAD CIENTÍFICA, JOSÉ ESTEVE PARDO	231
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ¿DECIDEN LAS AUTORIDADES LEGÍTIMAS O DECIDE EN REALIDAD LA TECNOCENCIA ORGANIZADA?	231
1. La legislación y doctrina ortodoxa: deciden las autoridades legitimadas por el Derecho	232
2. Las quebras del principio. Las vías de entrada de la ciencia y la técnica en el espacio público de decisión.....	234
A) La previa determinación de opciones por la investigación científica	234
B) La tecnocracia y expertocracia organizadas. Su conquista de espacios de regulación y decisión jurídica.....	235
C) La remisión desde el Derecho a las soluciones de la ciencia y la tecnología	238
D) La toma de poder decisorio por el estamento experto ante la superación del derecho y las instancias públicas por el ritmo de la evolución científica y técnica	240
3. La necesaria recuperación por el Derecho de sus espacios propios de decisión y la reinstauración de sus valores y referencias.....	241
A) Razones para retomar el rumbo decisorio propio del Derecho.....	241

	Pág.
B) Ausencia de una reserva de decisión política y regulación jurídica en las cuestiones de mayor alcance sobre el entramado tecnológico	242
C) Reserva de decisión del procedimiento para decidir	243
II. SOBRE LA TRANSPARENCIA DE LAS DECISIONES PUBLICAS EN LA INCERTIDUMBRE Y EL DESCONOCIMIENTO ..	245
1. La deriva cientifista del derecho	246
2. La «decisiva» influencia de las organizaciones de la técnica...	246
3. La entrega del Derecho a la ciencia y sus conceptos	247
A) La tradicional fascinación del derecho por la ciencia	248
B) Las ciencias de la naturaleza y la orientación ecológica del Derecho	251
C) La remisión a conceptos científicos. La reducción del aparato técnico de las Administraciones Públicas y la tendencia a la externalización	252
D) La remisión a la mejor tecnología	254
 EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA, MARTA OLLER RUBERT ...	 257
I. CUESTIONES BÁSICAS SOBRE TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN	257
II. LA EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA DESDE LA FORMULACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: DE LOS TRATADOS Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA A LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN	260
III. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY 30/2007 EN SU INTENTO DE ALCANZAR Y GARANTIZAR LA LIBRE CONCURRENTIA Y LA TRANSPARENCIA	266
1. La ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP	267
2. Antítesis entre el mantenimiento de la contratación menor y los principios de contratación pública	269
Conclusión	272
3. Reflexiones sobre el régimen del procedimiento negociado	273
4. El instrumento de las Instrucciones en la contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública y su vinculación a los principios de los Tratados	274
5. Régimen de publicidad en la Ley de Contratos del Sector Público y transparencia	276
6. Otras cuestiones vinculadas con la transparencia	279

	Pág.
EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y LA SELECCIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA, JUAN JOSÉ DíEZ SÁNCHEZ	283
I. INTRODUCCIÓN	283
II. PRECISIONES NECESARIAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA.....	286
III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	293
1. La relevancia del principio de transparencia en el Derecho comunitario.....	293
2. El principio de transparencia en las leyes estatales de contratos del sector público y de suelo y en la normativa urbanística valenciana	301
3. Algunas deducciones trascendentales sobre el principio de transparencia en la contratación pública.....	302
IV. LA DENUNCIADA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL AGENTE URBANIZADOR POR LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS Y SU VALORACIÓN	304
1. Las concretas infracciones del principio de transparencia por la legislación urbanística valenciana	304
A) La presentación en sobre abierto de la Alternativa Técnica.	306
B) La retasación de cargas después de la adjudicación.....	307
C) Las ventajas del licitador inicial.....	309
D) El contenido de las ofertas financieras.....	313
2. La configuración estructural del procedimiento en la legislación valenciana suscita reservas fundadas en orden a garantizar plenamente el principio de transparencia	315

PRESENTACIÓN

Los principios de democracia y de Estado de Derecho fijan los límites entre los que se sitúa una Administración transparente. La posible contradicción y conflicto entre ambos principios se vislumbra y atempera a través del principio de transparencia, que dispone de elementos de ambos que deben ser ponderados (por ejemplo, en el art. 37 LRJ-PAC), de la misma forma que se percibe esa ponderación entre el derecho fundamental de acceso a la información, un derecho de participación política del ciudadano en la esfera de un Estado democrático, y el derecho fundamental de protección de datos, un derecho de libertad del ciudadano propio de un Estado de Derecho.

El principio de transparencia hay que situarlo en el contexto de una nueva cultura de las relaciones entre el ciudadano y la Administración, y pretende influir en el modo de organización y dirección de la Administración y en un nuevo estilo de administrar que reforzará la confianza del ciudadano en el sistema democrático. Su vinculación a la publicidad, al establecimiento de un cauce de formación de una opinión pública informada, o bien a un acceso amplio a los archivos y registros administrativos, establece una conexión próxima de la transparencia con el principio democrático. Asimismo, el Estado de Derecho se refuerza a través de un procedimiento transparente de formación y elaboración de las leyes hasta su promulgación, o bien en un procedimiento administrativo decisorio sobre evaluación estratégica ambiental, o de ordenación urbanística, en los que la transparencia en el procedimiento y toma de decisiones garantiza seguridad jurídica y claridad en la determinación de la responsabilidad política y administrativa, teniendo en cuenta, además, que en este tipo de procedimientos la discrecionalidad de la Administración es más amplia que en un procedimiento de aplicación de la norma. Pero incluso en un procedimiento administrativo clásico de aplicación del Derecho, la motivación de la resolución administrativa adquiere nuevo impulso a través del principio del Estado de Derecho, puesto que la motivación introduce racionalidad y calculabilidad en la actuación de la Administración, en definitiva, seguridad jurídica.

La transparencia se manifiesta como un concepto poliédrico con múltiples manifestaciones, de tal forma que, como ha destacado J. BRÖHMER, puede diferenciarse entre una transparencia en la decisión, una transparencia del procedimiento, una transparencia en el contenido de la norma y una transparencia de la responsabilidad. Asimismo, desde un punto de vista de la organización administrativa, puede diferenciarse entre una transparencia en las relaciones en la esfera interna de la Administración y una transparencia en la relación entre la Administración y el ciudadano, e incluso entre aquéllos y el público en general. Se trata, por tanto, de un concepto-comodín, a veces difuso, con contenido y límites difíciles de determinar. En este sentido, parece claro que es un concepto de moda impulsado por la normativa comunitaria, aunque en los países escandinavos existía una tradición anterior, pero que en cualquier caso no goza de la tradición que sí la tiene el concepto de publicidad, cuyas raíces se remontan a la época de Roma (*res publica, salus publica*), por lo que goza de una perspectiva histórica, ha sido incluido en las Constituciones de los países occidentales y dispone de contornos precisos. Es por ello que los principios de transparencia y publicidad deben caminar en una estrecha relación, y desde esa perspectiva tendrán una mayor eficacia jurídica y política.

La presente obra colectiva tiene su origen en un seminario celebrado con profesores españoles y de otros países europeos en la Universidad Jaime I de Castellón, en el que se discutió sobre temas generales y sectoriales en torno a diversos aspectos del Derecho administrativo de la información, la publicidad y el principio de transparencia. La selección de los temas y su ordenación en el libro pretende ofrecer un trabajo coherente al lector.

La obra se divide en doce capítulos, ocupándose los seis primeros de aspectos generales en torno al tema objeto de estudio, tres que se ocupan específicamente de Derecho comparado (italiano, alemán y norteamericano) y otros tres que abordan cuestiones específicas sobre la transparencia y publicidad. Por lo que se refiere a los estudios de temas generales, el primer capítulo establece el marco constitucional, desde una perspectiva de Derecho comparado, pero no específicamente alemán, en el que se sitúa el principio de transparencia en los Estados democráticos de Derecho, poniendo, asimismo, de relieve que la transparencia es un barómetro que muestra el grado real de implantación en los Estados de los principios democrático y de Estado de Derecho. En el siguiente capítulo se aborda, a la luz de la Constitución española y del Derecho comunitario, el impulso que la transparencia y publicidad están teniendo sobre el trascendental cambio producido en las relaciones jurídico-públicas entre la Administración y el ciudadano. El tercer capítulo se ocupa de cómo actúa la transparencia en los procedimientos administrativos decisorios en los que el intercambio de información

y comunicación entre Administración y ciudadano de forma flexible y permanente es imprescindible. Otro capítulo lleva a cabo la ponderación entre transparencia y protección de datos, o bien entre publicidad y privacidad, poniendo de relieve la necesidad de una ley de acceso del ciudadano a la información de la Administración, ley que ya ha sido anunciada y parece, por fin, inminente. El quinto capítulo efectúa una reflexión sobre transparencia, publicidad y Derecho administrativo de la información, considerando que éste adquiere su pleno sentido en el ámbito de un sistema democrático no formal, sino material. Finalmente, el sexto capítulo realiza un estudio del alcance de la transparencia y su concreción normativa muy atento a la jurisprudencia.

Los tres capítulos de Derecho comparado se ocupan del Derecho italiano, alemán y norteamericano. El primero (séptimo capítulo en el índice) determina el estado de la cuestión sobre la transparencia y derecho a la información de los ciudadanos en la legislación italiana, delimitando de forma muy precisa este derecho y destacando la importancia de la jurisprudencia en su concreción y la necesidad de un juez capaz de «hacer derecho». Del Derecho alemán se realiza un estudio de la Ley sobre la libertad de información de 2006, teniendo en cuenta que hasta su promulgación no existía un derecho amplio de acceso a los registros administrativos, por lo que la confidencialidad era la regla. Se pone asimismo de relieve la influencia del Derecho comunitario en la promulgación de esta ley. El tercer y último trabajo se ocupa del derecho a la información administrativa en el Derecho norteamericano, realizando un estudio histórico de la legislación promulgada y de la evolución producida hasta llegar al reconocimiento de un derecho muy amplio de acceso a la información del ciudadano, incluso aunque éste no lo solicite.

Los tres últimos capítulos se refieren a cuestiones específicas sobre la transparencia, si bien el primero (décimo capítulo en el índice) es difícilmente clasificable en el contexto de esta obra, puesto que se ocupa de la necesidad de la aplicación del principio de transparencia en las decisiones de complejidad científica, teniendo en cuenta que éstas han aumentado su número en una sociedad compleja y son con frecuencia tomadas por técnicos y no por las autoridades que aplican el Derecho al servicio de los intereses generales. El siguiente estudio hace referencia a la exigencia del principio de transparencia y publicidad en el ámbito del procedimiento de contratación pública, teniendo en cuenta las exigencias que plantean las Directivas comunitarias sobre la materia. Finalmente, el tercer trabajo aborda el tema de la aplicación del principio de transparencia en materia de Derecho urbanístico, estudiando específicamente el procedimiento de selección del agente urbanizador, con especial referencia a la Comunidad Valenciana, cuya falta de transparencia en ese procedimiento ha sido denunciada en varias resoluciones por el Parlamento Europeo.

Mi agradecimiento a Ramón PARADA VÁZQUEZ y Mariano BACIGALUPO SAGGESE por el interés que se han tomado en la edición de esta obra y a Juan José PONS por la rapidez en su publicación.

Castellón, septiembre de 2010.

Ricardo GARCÍA MACHO
Catedrático de Derecho administrativo

LA EXIGENCIA DE UNA ADMINISTRACIÓN TRANSPARENTE EN LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO *

Karl-Peter SOMMERMANN **

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APARICIÓN Y DIFUSIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.—1. Desarrollo a nivel nacional.—2. La transparencia en el sistema multinivel.—3. Transformación de la cultura administrativa.—III. LAS FUNCIONES DE LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA.—1. Fortalecimiento del principio democrático.—2. Aseguramiento del principio del Estado de Derecho.—3. Fomento del principio republicano.—IV. EFECTIVIDAD DE LA TRANSPARENCIA: TRANSPARENCIA PASIVA Y TRANSPARENCIA ACTIVA.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La transparencia de la actuación del Estado, es decir, el grado de publicidad y de apertura de los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos y en cuanto a los criterios y argumentos utilizados ¹, viene percibiéndose

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2007-65002/JURI, «Derecho administrativo de la información y administración transparente: hacia un nuevo modelo de administración pública», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

** Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado en la Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, Speyer.

¹ J. BRÖHMER, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Tübingen, 2004, pp. 18 y ss., distingue entre una transparencia del resultado, una transparencia del procedimiento, una transparencia del contenido y una transparencia de la responsabilidad. D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, 2008, p. 147, define la transparencia administrativa como «*le droit du citoyen de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives*», mientras que T. DE BERRANGER, en M. DE VILLIERS (dir.), *Droit public général*, Paris, 2002, p. 179, la equipara a la «*connaissance de l'identité des agents administratifs par les usagers*», lo que recoge sólo un elemento del principio. Según J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 4.^a ed., Paris, 2007, p. 442, la transparencia «*visé (...) à dissiper le mystère qui entoure l'administration, en donnant à l'administré la faculté de comprendre la logique qui commande les gestes administratifs*». En el Reino Unido, la trans-

como barómetro de realización de un Estado democrático de Derecho. La retención u ocultamiento de informaciones, que podrían indicar o revelar una capacidad deficiente del sistema político-administrativo de resolver problemas o que podrían poner en duda la razonabilidad de las estructuras del poder o de los procesos de formación de voluntad, se considera hoy como la característica de un régimen débil o dictatorial, y en todo caso de un régimen con problemas de legitimación.

Sin embargo, durante mucho tiempo el principio de transparencia no se implementaba incluso en Estados que podían ser denominados con toda razón «Estados democráticos de Derecho». Mientras que la publicidad de la ley y la apertura del proceso político, que se manifiesta especialmente en los debates parlamentarios públicos, se ha entendido desde el inicio como núcleo esencial de tales regímenes, no fue así con los procesos de toma de decisión de la Administración pública². A menudo, sólo en la medida que el conocimiento del concreto procedimiento administrativo y del razonamiento de la autoridad administrativa tenía importancia para la defensa de los derechos individuales, existía la obligación de la Administración de proporcionar la información necesaria, y eso sólo a la persona afectada. En este sentido, el art. 29 de la Ley alemana del Procedimiento Administrativo de 1976³ obliga a la autoridad administrativa a hacer accesibles a las partes del procedimiento los expedientes, en la medida que el conocimiento de ellos es necesario para hacer valer o defender sus intereses jurídicos. Se hablaba del principio de la publicidad limitada de los expedientes que se adecuara mejor a un régimen del Derecho público que basa la relación entre Estado y ciudadano esencialmente en el Derecho público subjetivo⁴, entendido como interés individual protegido como tal por una norma del Derecho público. Y como más transparencia de la Administración conlleva más transparencia de la sociedad y de las actuaciones de sus miembros⁵, los defensores del principio de la publici-

parencia administrativa ha formado parte, desde los años noventa del siglo pasado, del debate sobre «open government», vid. A. W. BRADLEY y K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 14.^a ed., Harlow et al., 2007, pp. 294 y ss., y P. BIRKINSHAW, *Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal*, 4.^a ed., Cambridge, 2010, pp. 29 y ss. («Openness is very similar to transparency: It goes beyond access to documents to cover such items as opening up the process and meetings of public bodies», p. 29).

² En el Reino Unido, por ejemplo, fue el *Official Secrets Act* de 1911 la que fomentó hasta los años noventa una cultura de secreto («culture of secrecy and confidentiality») en la Administración. Cfr. P. BIRKINSHAW, *Freedom of Information...*, op. cit., pp. 83 y ss.

³ *Verwaltungsverfahrensgesetz* (de la Federación) del 25 de mayo de 1976 [*Boletín Oficial Federal (BGBl)*, 1976-I, p. 1253]; versión actual del 23 de enero de 2003 (*BGBl*, 2003-I, p. 102), con su última modificación por la Ley del 14 de agosto de 2009 (*BGBl*, 2009-I, p. 2827).

⁴ Cfr. M. IBLER, «Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts?», en C.-E. EBERLE, M. IBLER y D. LORENZ (eds.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm*, München, 2002, pp. 405, 410 y ss.

⁵ J. MASING, «Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts», en *VVDStRL*, 63 (2004), pp. 377 y 410.

dad limitada pueden incluso alegar que éste constituye una garantía eficaz de protección de la esfera privada, una garantía que difícilmente puede ser sustituida por cláusulas de protección de datos personales en las leyes sobre el libre acceso a la información.

Sin embargo, la función del acceso a la información no se agota en la facilitación de la defensa de los derechos individuales, sino que abarca otros aspectos del Estado de Derecho, así como de los principios democrático y republicano. Estos aspectos, que serán discutidos más adelante, ganan en importancia con la creciente complejidad del sistema político-administrativo. El desarrollo del Derecho de información en la gran mayoría de los Estados europeos parece indicarlo.

II. APARICIÓN Y DIFUSIÓN DE LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Prescindiendo del hecho de que el libre acceso a la información ya tiene una larga tradición en el espacio escandinavo, especialmente en Suecia⁶, y ya fue objeto de leyes tempranas en Estados Unidos (1966)⁷ y en Francia (1978)⁸, la apertura de las administraciones europeas es un fenómeno que surgió sólo de manera amplia en los años noventa del siglo pasado. Pocos años más tarde, la Unión Europea «descubrió» el principio de transparencia como una vía de disminuir la creciente distancia entre las instituciones europeas y los ciudadanos europeos. Antes ya había promovido el acceso de los ciudadanos a la información en los Estados miembros, especialmente en materia del medio ambiente. La Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente⁹, fue en

⁶ Cfr. J. CONRADI, *Das Öffentlichkeitsprinzip in der schwedischen Verwaltung*, Diss. jur., Berlin, 1968, y H. BERGNER, *Das schwedische Grundrecht auf Einsicht in öffentliche Akten*, Diss. Jur., Heidelberg, 1969.

⁷ *Freedom of Information Act (FOIA)*, 5 USCA, § 552. Sobre esta ley y su interpretación por la jurisprudencia vid. E. GELLHORN y R. M. LEVIN, *Administrative Law and Process*, St. Paul (Minnesota), 2006, pp. 153 y ss., y E. GURLIT, *Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht. Ein Rechtsvergleich Bundesrepublik Deutschland-USA*, Baden-Baden, 1989, pp. 50 y ss.

⁸ Cf. el Título I («*De la liberté d'accès aux documents administratifs et de la réutilisation des informations publiques*») de la Ley núm. 78-753, de 17 de julio de 1978, *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*. Sobre el desarrollo en Francia vid. C. GREWE, «Transparenz, Informationszugang und Datenschutz in Frankreich», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2002, pp. 1022 y ss.

⁹ *DO*, núm. L 158, de 23 de junio de 1990, p. 56; la Directiva 90/313/CEE del Consejo fue sustituida por la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (*DO*, núm. L 41, de 14 de febrero de 2003, p. 26) que visa a una ampliación del nivel de acceso.

muchos Estados el punto inicial para desarrollar una cultura administrativa más abierta. Al mismo tiempo, la exigencia de más transparencia formaba parte de programas de modernización orientados a una administración cooperativa y una mayor participación de los ciudadanos ¹⁰.

1. Desarrollo al nivel nacional

El punto de partida para la realización de una administración «transparente» o «abierta» ha sido pues la facilitación del acceso a la información, particularmente a los documentos, los archivos y registros de los cuales dispone la Administración Pública. Esta función del acceso a la información para la implementación de los principios más generales ya destaca en las primeras leyes relevantes de los años noventa: en la Ley italiana de 1990 ¹¹, en el Código portugués del procedimiento administrativo de 1991 ¹² (complementado tempranamente, en 1993, por una ley especial sobre el acceso a los documentos ¹³), en la Ley neerlandesa sobre la apertura de la administración de 1991 ¹⁴ y en la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 ¹⁵. Los principios de transparencia o de apertura están explícita o implícitamente también presentes en la Ley francesa de 2000 sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas ¹⁶, que amplía los derechos

¹⁰ Cfr. K.-P. SOMMERMANN, «Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten», en *DÖV*, 2002, pp. 133 y 140.

¹¹ Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990, n. 15: «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi» (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 192, serie generale, parte prima, del 18 de agosto de 1990), modificada por la Ley de 11 de febrero de 2005. Cfr. art. 22: «Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale...».

¹² Código do procedimento administrativo de 1991, Decreto-ley núm. 442/91, de 11 de noviembre (*Diário da República*, I Série-A, núm. 263, 15 de noviembre de 2001); ley habilitante, Ley núm. 32/91, de 20 de julio (*Diário da República*, I Série-A, núm. 165, 20 de julio de 2001). El art. 65 establece expresamente el «*princípio da administração aberta*».

¹³ Ley núm. 65/93, de 26 de agosto, «*de acesso aos documentos da Administração*», con modificaciones ulteriores; nueva regulación en la Ley núm. 46/2007, de 24 de agosto (*Diário da República*, I Série-A, núm. 163, 24 de agosto de 2007). Cfr. art. 1: «*O acesso e a reutilização dos documentos administrativos são assegurados de acordo com os princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade*».

¹⁴ Ley de 31 de octubre de 1991, *houdende regelen betreffende de openbaarheid van bestuur* (*Stb.*, 1991, p. 703).

¹⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE*, núm. 85, de 27 de noviembre de 1992), modificada por Ley 4/1999. En el núm. 5 de la Exposición de Motivos se hace alusión a la «transparencia de la actuación administrativa», y en el núm. 9 a la ruptura con «la tradicional opacidad de la Administración». En cuanto a las disposiciones dirigidas a romper la opacidad, *vid.* especialmente los arts. 35 y ss. (art. 37: derecho de acceso a archivos y registros).

¹⁶ Ley núm. 2000-321, de 12 de abril de 2000, *relative aux droits des citoyens dans leurs re-*

establecidos en la Ley de 1978¹⁷, en la Ley del Reino Unido de 2000 sobre la libertad de información¹⁸, en la Ley suiza de 2004 sobre la publicidad de la Administración¹⁹ y en la Ley federal alemana de 2005, reguladora del acceso a la información de la Federación²⁰.

El avance esencial alcanzado por esta legislación (a la cual se podrían añadir más ejemplos)²¹ lo constituye la introducción del acceso de los particulares a los documentos oficiales como regla general, debiéndose justificar desde entonces todo rechazo de dar acceso a informaciones. Naturalmente, las leyes difieren en cuanto al ámbito de aplicación y al alcance de las excepciones admitidas. Además, utilizan técnicas distintas para crear el equilibrio entre la exigencia de una Administración transparente, de una parte, y la obligación constitucional de proteger datos personales, comerciales e industriales, así como la necesidad de garantizar la seguridad de las instituciones públicas, de otra. Como característica convergente se puede observar que determinadas excepciones pueden ser reguladas de forma tajante, mientras que para otros grupos de casos la decisión sobre el acceso a la información tiene que ser tomada en base a una ponderación de intereses. En este sentido, la ley inglesa, por ejemplo, prevé excepciones absolutas y excepciones sometidas a un *prejudice test*²². De todas formas, la búsqueda de un equilibrio entre los aspectos contrapuestos representa una tarea permanente que se plantea en un contexto político, social y cultural cambiante. Seguro es que nunca habrá y debe haber una Administración Pública plenamente transparente²³.

Para la implementación del derecho de libre acceso a la información se han creado, en algunos países, comisionados que velan sobre

lations avec les administrations (Título I: «Dispositions relatives à l'accès aux règles de droit et à la transparence») (*Journal Officiel*, de 13 de abril de 2000).

¹⁷ *Vid. supra* nota 8.

¹⁸ Freedom of Information Act 2000 (2000 chapter 36).

¹⁹ *Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ)*, de 17 de diciembre de 2004 (SR, 152.3). El art. 1 reza: «Esta ley debe promover la transparencia sobre el mandato, la organización y la actuación de la Administración. Para este fin contribuye a la información del público garantizando el acceso a los documentos oficiales».

²⁰ *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)*, de 5 de septiembre de 2005 (BGBl, I, p. 2722). Los primeros *Länder* alemanes que introdujeron leyes sobre el libre acceso a la información eran Brandeburgo (1998) y Berlín (1999). Para un comentario sistemático *vid.* F. SCHOCH, *Informationsfreiheitsgesetz (IFG). Kommentar*, München, 2008, y S.-D. JASTROW y A. SCHLATMANN, *Informationsfreiheitsgesetz – IFG: Kommentar*, Heidelberg, 2006.

²¹ Cfr. H. GARSKA, «Internationale Entwicklungen des Informationszugangsrechts», en M. KLOEPFER (dir.), *Die transparente Verwaltung*, Berlin, 2003, pp. 67 y ss.

²² Cfr. arts. 21 y ss. del *Freedom of Information Act 2000* y el análisis de P. BIRKINSHAW, *Freedom of Information...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

²³ En este sentido J. MASING, *op. cit.*, p. 379, afirma: «La Administración no es transparente y nunca lo será». Sin embargo, la discusión relevante no gira en torno a la cuestión de si la transparencia puede ser absoluta, sino en torno al grado de transparencia que puede ser alcanzado sin poner en peligro derechos de terceros y la seguridad y el buen funcionamiento de las instituciones públicas.

el cumplimiento de los derechos de acceso de los particulares. Puesto que las decisiones sobre el acceso a la información tienen que tomar en consideración aspectos de protección de datos, parece razonable integrar la función de la protección de datos con la de la supervisión del cumplimiento del libre acceso a la información. Por eso, tanto en el Reino Unido como en Alemania se han conferido las dos funciones a una misma institución: en el Reino Unido al Comisionado de Información (*Information Commissioner*)²⁴ y en Alemania al Comisionado para la Protección de Datos y la Libertad de Información (*Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*)²⁵. Los informes de los comisionados²⁶ son una fuente muy valiosa para detectar deficiencias tanto en la implementación de la libertad de información como en la creación de condiciones favorables para la transparencia administrativa.

2. La transparencia en el sistema multinivel

El derecho y la política de información de las instituciones europeas siguen dando impulsos para el mejoramiento de la transparencia administrativa a nivel nacional. Notables son también los esfuerzos de los últimos veinte años por mejorar la transparencia de las instituciones mismas de la Unión Europea²⁷. Medidas importantes fueron la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo²⁸, y la inserción del derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión en el Derecho primario bajo la presidencia neerlandesa a través del Tratado de Ámsterdam de 1997²⁹, con la subsiguiente concretización por el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Con-

²⁴ Cfr. art. 18 del *Freedom of Information Act 2000*, que cambia la denominación del *Data Protection Commissioner*, creado ya antes en base al *Data Protection Act 1998*.

²⁵ Cfr. § 12 de la Ley de 2005 (citado en nota 19), según el cual la tarea del Comisionado para la Libertad de Información será ejercida por el (ya existente) Comisionado para la Protección de Datos, creado en base al *Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)* del 20 de diciembre de 1990 (*BGBI*, 1990-I, p. 2954).

²⁶ Cfr. los informes anuales del *Information Commissioner* (recién publicado: *Information Commissioner's Annual Report 2009-2010*, London, 2010) y los informes bianuales de actividades del *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* (recién publicado: *Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009*, Bonn, 2010). Especialmente los informes del Comisionado alemán contienen análisis bien elaborados y documentados.

²⁷ Para una exposición detallada *vid.* F. RIEMANN, *Die Transparenz der Europäischen Union*, Berlin, 2004, pp. 29 y ss., y U. WÖLKER, «Transparenz in der Europäischen Union», en S. MAGIERA y K.-P. SOMMERMANN (dirs.), *Verwaltung in der Europäischen Union*, Berlin, 2001, pp. 103 y ss.

²⁸ Decisión 93/731/CE (*DO*, núm. L 340, de 31 de diciembre de 1993, p. 43).

²⁹ *DO*, núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 3. *Vid.* art. 255 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

sejo, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión ³⁰.

La facilitación del acceso a la información en la Unión Europea, promovido también a partir de 1995 por el primer ombudsman de la Unión Europea, el finlandés Jacob Söderman, y desde 2003 por su sucesor, el griego Nikoforos Diamandouros, ganó una importancia creciente dentro de la política de apertura de la Comisión como una estrategia de acercar los ciudadanos a las instituciones de la Unión Europea. Frente a una baja participación en las elecciones para el Parlamento Europeo y datos empíricos que mostraban una desconfianza y un desinterés crecientes en la Unión, la Comisión basaba su concepto de reforma, sintetizado en el Libro Blanco de 2001 sobre «La gobernanza europea» ³¹, esencialmente en un fomento de la transparencia del sistema de funcionamiento de la Unión y de la participación en los niveles subnacionales y de la sociedad civil en la elaboración de las políticas de la Unión Europea ³².

Sin embargo, el intento subsiguiente de combinar el llamado «método de Convención» con una participación más grande de los ciudadanos en la elaboración del Tratado constitucional no tuvo gran éxito y eso ya por razones prácticas. Los anuncios en cuanto a la oportunidad para los ciudadanos de influir en el proceso a través de la participación en foros accesibles por Internet no correspondían a las condiciones reales de las deliberaciones y por eso resultaron contraproductivos. El principio de transparencia se realizó más bien a través de una política abierta de información de la mayoría de las instituciones de la Unión, lo que lamentablemente contrastaba con el comportamiento de algunos gobiernos nacionales.

Sin embargo, se puede decir que el principio de transparencia pertenece entretanto al *acquis communautaire* y tiene el respaldo de todos los Estados miembros de la Unión. Esto se manifiesta en el hecho de que hoy aparece explícitamente tanto en el Tratado de la Unión Europea (en el art. 11 en el contexto del principio democrático) como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en el art. 15 con referencia al funcionamiento de las instituciones). El Tratado de Lisboa ³³ ha mantenido a este respecto la línea del Tratado constitucional.

3. Transformación de la cultura administrativa

Con la realización progresiva de la apertura y transparencia de las Administraciones, los sistemas político-administrativos vienen renun-

³⁰ DO, núm. L 145, de 31 de mayo de 2001, p. 43.

³¹ COM (2001) 428 final.

³² Un programa para mejorar la transparencia fue desarrollado después en el Libro Verde «Iniciativa europea a favor de la transparencia» de 2006 [COM (2006) 194 final].

³³ DO, núm. C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 13/47.