

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE Y SERGIO CASTEL GAYÁN (Eds.)

**TRANSPARENCIA, PARTICIPACIÓN
CIUDADANA Y ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA EN EL SIGLO XXI**

Zaragoza, 2013

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONTENIDO Y REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Definición y objetivo. La Revista Aragonesa de Administración Pública es una revista especializada en Derecho Administrativo y Derecho Público con particular atención al régimen jurídico de las autonomías territoriales. Su objetivo es promover la realización de estudios y el debate científico en esas materias. El público al que se dirige está formado principalmente por profesores universitarios, funcionarios, abogados y jueces.

2. Exigencia de originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos, que han de enviarse en documento en formato Word por correo electrónico (flopez@unizar.es o oherraiz@cortesaragon.es).

3. Evaluación por especialistas externos. Los trabajos recibidos se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor), indicando las fechas de recepción y aceptación correspondientes al proceso de evaluación. En caso de evaluación negativa, confirmada, si se considera necesario, por nueva evaluación, el trabajo no se publica. Si la evaluación fuera con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

4. Reglas de presentación. La presentación de los trabajos se sujetará a los siguientes criterios:

4.1. Los epígrafes que subdividan la exposición de los trabajos responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de epígrafes.

4.2. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

4.3. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

4.4. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

4.5. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.

5. Publicación electrónica. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella. En todo caso, la Revista se publica íntegra en la página web del Gobierno de Aragón desde el número 32 de 2008.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES
La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

Suscripciones: Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 26 B, local, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

ÍNDICE

	Páginas
<i>Lista de colaboradores</i>	7
PRÓLOGO	9
PRESENTACIÓN	13
I. ASPECTOS GENERALES	
J. C. ALLI ARANGUREN: <i>Gobernanza europea</i>	19
L. COTINO HUESO: <i>Derecho y «gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas</i>	51
J. TUDELA ARANDA: <i>Participación en el procedimiento parlamentario de elaboración de la Ley</i>	93
J. M. CASTELLÁ I ANDREU: <i>Consultas populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un tertium genus entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?</i>	121
II. MARCO NORMATIVO GENERAL	
S. CASTEL GAYÁN: <i>Gobierno abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias</i>	159
R. TUR AUSINA: <i>Leyes de participación ciudadana: las experiencias canaria y valenciana</i>	203
S. FERNÁNDEZ RAMOS: <i>El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno</i>	233
J. A. RAZQUIN LIZARRAGA: <i>La Ley Foral de la transparencia y del gobierno abierto</i>	299
A. LÓPEZ BASAGUREN: <i>La participación ciudadana en el proceso de decisión institucional en un ámbito (cuasi) regional. Análisis de la Norma Foral 1/2010, de 8 de julio, del territorio histórico de Guipúzcoa</i>	343
E. EXPÓSITO GÓMEZ: <i>Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa</i>	361

ÍNDICE

III. MARCO NORMATIVO SECTORIAL

J. L. BERMEJO LATRE: <i>La información administrativa y la participación del público en materia de urbanismo</i>	405
G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA: <i>Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del convenio de Aarhus a la sentencia Boxus</i>	433
Á. GARCÉS SANAGUSTÍN: <i>La participación en la gestión de los recursos hídricos..</i>	473

LISTA DE COLABORADORES

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra.

BERMEJO LATRE, José Luis
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

CASTEL GAYÁN, Sergio
Administrador Superior, Gobierno de Aragón.

CASTELLÀ I ANDREU, Josep María
Profesor Titular de Derecho constitucional (acreditado como Catedrático).
Universidad de Barcelona.

COTINO HUESO, Lorenzo
Profesor Titular de Derecho Constitucional (acreditado como Catedrático).
Universidad de Valencia.

EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta
Profesora Titular de Derecho constitucional. Universidad de Barcelona.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio
Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Universidad de Navarra.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto
Catedrático de Derecho constitucional. Universidad del País Vasco.

TUDELA ARANDA, José
Letrado de las Cortes de Aragón.

TUR AUSINA, Rosario
Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Miguel Hernández
de Elche.

PRÓLOGO

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE
SERGIO GASTEL GAYÁN

Independientemente del momento —esperemos sólo coyuntural— de crisis institucional que ahora vivimos, la regulación de la participación del público en el desempeño político y administrativo es uno de los temas del máximo interés para la comprensión y el desarrollo del Estado democrático y de Derecho. Ello es así porque el sentido originario —y aún vigente— de la democracia es la toma de decisiones colectivas por parte los destinatarios de las mismas, mientras que el sentido del Estado de Derecho es el sometimiento del poder a reglas ciertas y justas. De este modo, el hecho de que las normas que disciplinan la formación de las decisiones públicas incorporen con plenitud la reflexión y el sentimiento de los colectivos e individuos interesados, más allá de las garantías de su mejor diseño técnico y de su más efectiva aplicación, es una de las principales claves de la medida democrática de un ordenamiento jurídico. Nuestro sistema legal afronta hoy los mismos retos que la propia sociedad a la que regula y a la cual, a la vez, caracteriza: una globalización que impulsa al alza los estándares sociales, económicos, culturales y medioambientales y pretende a la equiparación continua con los de las naciones más avanzadas; una sofisticación técnica en todos los ámbitos vitales que obliga a redefinir constantemente las reglas para adaptarse a las mejores soluciones disponibles; y una magmática recreación del cuerpo social, que se organiza y reorganiza en redes de individuos, entidades más o menos estables o perdurables y movimientos informales.

En este contexto de aumento exponencial de las exigencias técnicas y, paralelamente, de intensificación de la reivindicación popular, el Derecho debe adaptarse sin pausa, si bien encuentra serias dificultades para ello: la función de regular es cada vez más complicada e inaccesible, más compleja y poliédrica, pero se halla sometida a una crítica social y mediática más acentuada que nunca. El fundamento democrático del Derecho, no obstante, requiere del establecimiento y mantenimiento de canales de capacidad y calidad suficientes para transmitir esa aportación social a la formulación de las políticas públicas, las cuales, en última instancia, se manifiestan en normas jurídicas. Cabría afirmar, por lo tanto, que un sistema institucional y jurídico plenamente democrático no se construye únicamente sobre la base de pilares partidocráticos, burocráticos ni tecnocráticos. El plusvalor democrático del sistema lo aporta la participación real y efectiva del público en el sistema mismo, el cuánto y el cómo resulta permeable el sistema a la participación del público en sus diversas formas, orgánica y funcional. La

participación del público no es un componente de la identidad social del Estado, sino de la democrática, que resulta prioritaria frente a aquélla.

Así pues, y aunque nuestra Carta Magna propone en varios de sus preceptos un modelo participativo para el ejercicio del poder público, tanto en el plano político como en el administrativo —este último más desdibujado en el texto constitucional—, es la suma de todos los elementos participativos presentes en la legislación en su conjunto la que ofrece la medida democrática real de nuestro ordenamiento. La finalidad de este trabajo colectivo es, precisamente, localizar esos elementos participativos y analizarlos a fondo para predicar su suficiencia y validez y, en su caso, proponer su potenciación y mejora. No sólo se atiende en este análisis a la regulación de la participación pública en el plano político, normativo, institucional o administrativo, sino también a la transparencia (término con el que hoy se ha redenominado alegóricamente la información al público, en una pretensión de revalorizar el ya de por sí importante significado de este necesario presupuesto de la participación).

Los autores, reputados especialistas del Derecho público español, acometen esta tarea de reflexión sobre la transparencia y la participación proyectando su labor sobre distintos planos. En efecto, se estudian el concepto y la praxis de la gobernanza en la Unión Europea (ALLI ARANGUREN), la aplicación de las tecnologías de la información y de la comunicación a la participación (COTINO HUESO), los espacios y modos para lograr la participación pública en el procedimiento parlamentario de elaboración de la ley (TUDELA ARANDA), el régimen de las consultas populares (CASTELLÁ I ANDREU), las diferentes normas y estrategias sobre «gobierno abierto» dispuestas en las Comunidades Autónomas (CASTEL GAYÁN), las leyes de participación ciudadana en España e Italia (TUR AUSINA), la inminente ley estatal de carácter básico sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (FERNÁNDEZ RAMOS), la ley sobre transparencia y buen gobierno de Navarra (RAZQUIN LIZARRAGA) y la norma Foral de participación ciudadana de Guipúzcoa (LÓPEZ BASAGUREN), la participación ciudadana a escala local (EXPÓSITO GÓMEZ) y la información y participación públicas en tres materias aplicadas: urbanismo (BERMEJO LATRE), medio ambiente (GARCÍA-ÁLVAREZ) y aguas (GARCÉS SANAGUSTÍN).

Todas las contribuciones del volumen son, como se verá, muy proclives a la afirmación de la importancia de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, en sintonía con un convenio no ya general sino universal. Lejos de extremismos ubicados más cerca del liberalismo colectivista o del anarquismo autogestionario, la participación ciudadana puede y debe ocupar más espacios en la vida pública, y debe hacerlo sirviéndose de las mejores técnicas disponibles en aras de una mayor eficacia y operatividad. Hoy por hoy, es inadmisibles reducir la participación a un derecho genérico —por muy fundamental y susceptible de amparo constitucional que sea— ligado a la representación política, o a la mera audiencia ciudadana al hilo de la elaboración de reglamentos o en el curso de los procedimientos administrativos. A su vez, la información al público

no puede ceñirse a la endeble garantía, siempre colmada de excepciones, de acceso ciudadano a los archivos y registros administrativos: una visión tal resulta incompatible con los actuales cánones europeos (baste comprobar el régimen de transparencia recientemente implantado en las instituciones de la Unión Europea, en particular el sistema de registro y publicidad de los *lobbies* o la apertura de las deliberaciones del Consejo de la UE).

En este sentido, la obra colectiva ofrece claves para una óptima regulación y una praxis adecuada de la información y participación públicas, en un momento en que se está fraguando la normativa que regirá en un futuro inminente. La legislación estatal general sobre transparencia que se halla en tramitación parlamentaria no podrá ya atender a las reflexiones vertidas en el volumen monográfico, pero sí la autonómica aragonesa que se nos anuncia desde la instancia gubernamental, también otros proyectos normativos autonómicos y, sobre todo, las muchas normas sectoriales que presentan espacios para la mejora en materia informativa y participativa, tanto en los ámbitos políticos como en los administrativos y hacendísticos. La obra cumple pues una función de servicio público, de rendición de cuentas por parte de la academia a la sociedad, de proyección científica y de auxilio técnico. Al menos, tal es la voluntad declarada de todos los autores participantes en ella, preocupados por las instituciones democráticas y ocupados en la crítica constructiva del Derecho que las regula.

PRESENTACIÓN

BLANCA SOLANS GARCÍA

Entre los debates que conforman la actual agenda política, destaca la necesidad de promover una reforma de nuestro sistema institucional. Los cambios sociales experimentados en los últimos tiempos obligan a diseñar una nueva forma de gobernar y un cambio profundo en el modelo de administración pública. La desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones públicas, la desafección política, o las complejidades sociales, económicas, culturales y tecnológicas actuales, constituyen una poderosa justificación para promover un cambio de valores en la organización y actuación de los poderes públicos.

Sin duda, el principio de apertura es hoy un requisito imprescindible para mejorar la calidad de nuestra democracia. El actual modelo de gobierno y administración requiere una reforma estructural tendente a la implantación y consolidación del concepto de gobernanza. Un cambio estructural que permita transitar de un modelo burocrático a una Administración relacional.

El número monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* que se presenta trata de analizar, desde el ámbito del Derecho y con distintas perspectivas, el proceso de renovación jurídica impulsado en nuestro país en fechas recientes. La recién iniciada carrera normativa para promover una nueva relación con la ciudadanía inspirada en ese principio de apertura, exige reflexionar sobre los aspectos que merecen, o deben merecer, una especial atención por parte del legislador.

Los Estatutos de Autonomía de última generación se han pronunciado con rotundidad, proclamando el derecho a la buena administración e incorporando en el mismo el principio de transparencia y el fomento de la participación ciudadana. En esta línea, conviene recordar que nuestro Estatuto de Autonomía de 2007 proclama la obligación de los poderes públicos de promover la participación social en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y colectiva en los ámbitos cívico, político, cultural y económico.

Este escenario estatutario, sumado a los retos sociales y políticos presentados en el contexto actual, habilita la aprobación de un marco normativo que ordene los pilares del denominado Gobierno Abierto. Este modelo constituye una apuesta que ha ido ganando espacio en la agenda política, y que en el plano normativo se ha traducido en un proceso de regulación global. Pero, ¿qué es el gobierno abierto? Este modelo debe entenderse, en esencia, como

aqueel que promueve un diálogo de calidad con los ciudadanos, facilitando su participación en el diseño y evaluación de las políticas públicas, garantizando la información y transparencia de su actuación, y diseñando sus estrategias en un marco de gobernanza multinivel. En definitiva, un gobierno y una administración que conecten de manera más fluida con la sociedad civil, promoviendo tanto la transparencia como la participación y colaboración ciudadanas.

Las estrategias de gobierno abierto que en los últimos tiempos se vienen impulsando deben ser interpretadas como un tránsito hacia la mejora de la calidad democrática, como cauce que fortalezca nuestro modelo de democracia representativa. Y en este proceso de regeneración y renovación debe situarse, en primera línea, nuestra Comunidad Autónoma. Desde hace unos años, la estrategia *Aragón Participa* tiene como objetivo promover un proceso de profundización democrática abriendo nuevos canales para promover una participación ciudadana de calidad. A través de la actual Dirección General de Participación Ciudadana, Acción Exterior y Cooperación del Departamento de Presidencia y Justicia, esta estrategia asume como función primordial consolidar esta apuesta y mejorar progresivamente su implementación. Promover espacios y procesos de participación en el diseño de las políticas públicas, impulsar y apoyar iniciativas locales en este ámbito, o propiciar la formación, investigación y sensibilización, son sólo algunas de sus competencias.

Como continuación al importante trabajo desarrollado en los últimos años —reconocido ya a nivel nacional e internacional—, nos encontramos hoy ante dos grandes retos: completar esta estrategia de participación con un impulso al principio de transparencia del sector público, y aprobar un texto legal que, al hilo de la actual corriente normativa, garantice esta apuesta. En este sentido, el Gobierno de Aragón se ha comprometido a presentar un proyecto de Ley que aborde estas cuestiones, abriéndolo a un debate con la sociedad aragonesa para que la ciudadanía pueda sumar y aportar a este texto antes de su envío a las Cortes de Aragón. Sin duda, nos encontramos ante un reto de importancia extraordinaria para la estrategia *Aragón Participa* y, en definitiva, para la calidad de nuestro modelo de gobierno y administración. Y por este motivo, debemos ser capaces de generar un texto que, en la medida de lo posible, sea resultado del máximo acuerdo posible entre todas las fuerzas políticas y la ciudadanía.

A efectos de generar un primer debate y reflexión, sí me gustaría señalar una serie de elementos clave que, a mi juicio, deben servir de inspiradores de la futura norma legal. Elementos que, a efectos de un análisis estructurado, se pueden agrupar en tres grandes bloques.

El concepto de buen gobierno constituye una premisa fundamental. O, dicho de otro modo, sólo el buen gobierno va a promover la transparencia y la participación ciudadana. Ante la desconfianza generalizada por parte de la ciudadanía, es necesario diseñar un régimen jurídico que obligue a los cargos públicos a desarrollar sus actuaciones con pleno respeto, no sólo a las obligaciones legales, sino también a los principios éticos y de conducta de un

código de buen gobierno. Un régimen jurídico que, además de prever medidas de prevención y control de las desviaciones de poder, también prevea medidas activas de un «buen hacer». Y todo ello acompañado de un régimen sancionador que otorgue consecuencias jurídicas a los posibles incumplimientos.

La transparencia debe concebirse como un principio general, otorgándole un carácter expansivo en cuanto a su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación. Reconocer con amplitud las obligaciones de publicidad activa, tanto en la esfera de la transparencia administrativa como de la transparencia política, y regular el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, constituyen un reto que debe inspirarse en un régimen exhaustivo y favorable a ese principio general. Sin olvidar que la transparencia sirve, no sólo como cauce de control, sino también de herramienta generadora de actividades y servicios innovadores a través de la reutilización de la información pública.

Un modelo de participación ciudadana basado en los principios de calidad, transversalidad y corresponsabilidad social. En Aragón llevamos unos años implementando una política experimental de innovación democrática. Ha llegado el momento de elevar a rango de ley esta nueva cultura política. Es necesario abrir nuevos derechos de participación, entendiendo que la excesiva burocratización de nuestros canales tradicionales ha impedido alcanzar ese ideal de calidad. Consolidar los procesos de participación deliberativos, abrir espacios a través de las nuevas tecnologías, apoyar al tejido asociativo, o colaborar con el ámbito local, son cuestiones de primer orden que debemos ordenar en nuestra futura norma.

En definitiva, este monográfico pretende constituir una reflexión profunda dentro del debate que se va a generar para la elaboración de nuestra Ley. Para ello hemos contado con autores de reconocido prestigio que, desde diferentes áreas del ámbito jurídico, analizan diversos aspectos relacionados con la mejora de nuestro sistema institucional. En este sentido, me gustaría agradecer a todos ellos su aportación, así como a la Revista Aragonesa de Administración Pública por su apuesta firme en esta materia.

I. ASPECTOS GENERALES

GOBERNANZA EUROPEA

JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN

SUMARIO: I. CONCEPTO DE GOBERNANZA.– II. UNA NUEVA FORMA DE GESTIÓN PÚBLICA.– III. UNA GOBERNANZA ESPECÍFICA EUROPEA: 1. Objetivo estratégico. 2 Significado y concepto. 3. Principios. 4. Medios. 5. Principios operativos.– IV. CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La gobernanza es un nuevo método comunitario para acercar la toma de decisiones a los Estados miembros y a la sociedad europea por medio de la transparencia y la participación. Se busca mejorar la implicación en las políticas y gestión pública.

Palabras clave: Unión Europea; gobernanza; concepto; principios.

ABSTRACT: *Governance is a new method for community decision-making closer to the Member States and European society through transparency and participation. It seeks to improve the involvement in policy and governance.*

Key words: European Union; governance; concept; principles.

Una de las formas de la organización del Estado y la sociedad de nuestro tiempo se plasma en el término *gobernanza*, por medio del cual y del principio de la *buena administración* se trata de superar el sistema burocrático anterior. Se reconocen las nuevas relaciones de colaboración entre ambos y el protagonismo de la sociedad civil en la vida democrática, en un orden de gobierno formado por redes en las que intervienen los agentes públicos y privados (1).

Este concepto se sitúa dentro de la corriente neoinstitucionalista que integra las instituciones, la sociedad y la economía en las acciones de gobierno y en los procesos de decisión (2), variedad de las fórmulas de gobierno «flexible», «desreglado» o «abierto» (3). Supone la superación de la exclusividad de los poderes políticos respecto de los asuntos públicos, la incorporación de otros agentes que

(1) PRATS (2005a).

(2) MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1989) (1984: pp. 734-749). POWEL, W. y DI MAGGIO, P. (Es.) (1991).

(3) PETERS (1996).

participan en la formación y toma de decisiones y la interdependencia en la gestión por medio de los procesos de participación y control.

La Unión Europea ha elaborado una doctrina sobre el modo de gobernar y de gestionar por las instituciones comunes y los gobiernos miembros, creando una cultura de gobierno orientada a la mayor integración entre los distintos rangos del poder público, la sociedad y los ciudadanos.

I. CONCEPTO DE GOBERNANZA

El Diccionario de la Lengua define *gobernanza* como el «arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía» (4). Se ha dado un nuevo concepto a un antiguo término cuyo significado equivalía a *gobernación* como «acción o efecto de gobernar o gobernarse» (5). En estas definiciones podemos diferenciar entre una actual o compleja que la vincula a los objetivos y la participación, y otra simple, que la identifica con la mera gestión de gobierno.

Entre ambos significados media el informe de la Comisión Trilateral de mayo de 1975, sobre «Gobernabilidad de las Democracias», en el que la gobernanza se establecía sobre el modo de compaginar la democracia con la redistribución en los regímenes capitalistas occidentales a fin de establecer un nuevo orden de gestión social. La nueva definición amplió el modo de gobierno en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, con referencia expresa a su articulación con la sociedad civil y el mercado (6). Se entiende por sociedad civil el conjunto de organizaciones y asociaciones de personas para fines socio-políticos, que no han sido creadas ni son dirigidas por los poderes públicos, ni tienen algún estatuto público, como las no gubernamentales, los sindicatos, las asociaciones empresariales, las cooperativas, las Iglesias, las organizaciones populares, etcétera.

(4) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). El término procede del francés *gouvernance*, que según el *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, 1999, fue equivalente a *gobierno* en el siglo XIII, pasando a ser de *derecho* (1478) en el sentido de cambio de gobernante (1679). SOLÁ (2001: pp. 9-30): en una nota sobre la utilización del término español se vincula a la lengua antigua, haciéndolo proceder del francés *gouvernance*: OLIVEIRA BARATA (europa.eu.int/comm/gouvernance).

(5) Sobre la relación entre conceptos y términos: SKINNER (1985: p. 8).

(6) Como se expondrá la UE da al término gobernanza un significado directamente relacionado con su actividad de gobierno, referida a «las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia» (COMISIÓN: 2001: p. 8). LE GALES (1995): destaca que con la gobernanza en redes se plantea un nuevo tipo de relaciones entre el poder, el mercado y la sociedad, que reduce la primacía del Estado soberano, al reconsiderar las interrelaciones entre ellos y desdibujar sus límites.

La *Commission on Global Governance* creada en 1992 por iniciativa de WILLY BRANDT definió la gobernanza como «la suma de diferentes modos en que los individuos y las instituciones, públicos y privados, gestionan los asuntos comunes. Es un proceso continuo de cooperación y acomodación entre intereses diversos y conflictivos. Incluye a las instituciones oficiales y a las dotadas con poderes ejecutivos, así como los acuerdos informales sobre los que los pueblos y las instituciones se ponen de acuerdo o que prevén serán de su interés» (7). En 1995 el informe de las Naciones Unidas sobre la gobernanza la definió como «el conjunto de diferentes procesos y métodos a través de los cuales los individuos y las instituciones, públicas y privadas, gestionan los asuntos comunes».

El término no es jurídico y sirve para definir un conjunto de instrumentos gubernamentales al servicio de un estilo de gobierno en el que se confunden los límites entre lo público y lo privado, cuya esencia consiste en que los mecanismos de gobierno no recurren al poder sobre, sino a la colaboración con la sociedad (8). Como expone MORATA, este nuevo modo de gobierno tiene como denominador común de las distintas definiciones, «su conexión con el proceso mediante el cual las actuaciones y los recursos públicos y privados, en los distintos niveles, se coordinan adoptando direcciones y significados comunes» (9). Se ha definido la gobernanza como «el tipo de regulación típica del estado cooperativo, donde los actores estatales y no estatales participan en redes mixtas de políticas públicas/privadas» (10).

Se ha vinculado la gobernanza a la complejidad y la fragmentación social en grupos organizados con los que hay que contar a la hora del diseño y la ejecución de las políticas públicas, en las que existen redes (*policy networks*). Estas constituyen un «conjunto de relaciones relativamente estables, de naturaleza no jerárquica e independiente, que vinculan a una variedad de actores que comparten intereses comunes en referencia a una política, y que intercambian recursos para perseguir esos intereses compartidos, admitiendo que la cooperación es la mejor manera de alcanzar las metas comunes» (11).

Se ha entendido que «en esencia, la gobernanza se refiere a los modos y medios en que las diferentes preferencias de los ciudadanos se transforman en efectivas elecciones de políticas, a cómo la pluralidad de intereses sociales se transforma en acción unitaria y logra la conformidad de los actores sociales» (12).

(7) SMOUTS (1998: p. 88). HEWITT DE ALCÁNTARA (1998: pp. 109-118).

(8) STOKER (2000, p. 17).

(9) MORATA (2004, p. 28).

(10) MAYNTZ (2002: p. 21). BÖRZEL (1998).

(11) BÖRZEL (2002).

(12) KOHLER-KOCH, B. (1999: p. 14).

Se habla, también, de *buena gobernanza* o *buen gobierno* (13) para calificar un modo de ejercer el poder de modo eficaz, competente, íntegro, equitativo, transparente y responsable. Serían las cualidades exigidas por el Estado de Derecho en cuanto los poderes públicos han de servir con objetividad a los intereses generales, actuando de acuerdo al orden jurídico, con garantías, con control interno y externo, transparencia y sin corrupción (14). La buena gobernanza se ha entendido como la dotada de un gobierno legitimado por la democracia, responsable en la toma de decisiones de modo transparente y público, competente en la formulación de políticas y prestación de servicios, respetuoso con los derechos humanos y sometido al imperio de la ley.

La buena gobernanza se ha reconocido como derecho por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (15), que consagró en su artículo 41 el derecho ciudadano de elaboración jurisprudencial «a una buena administración» que, de modo general, proclama el derecho «a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable» (16).

Los elementos esenciales de la concepción que de la gobernanza tienen las distintas organizaciones internacionales son: el Estado de Derecho; la democracia representativa y participativa; la transparencia y la responsabilidad de los poderes públicos; un sistema de toma de decisiones descentralizado que fomente la participación en la gestión pública; una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos, controlados interna y externamente; la lucha contra la corrupción (17) y un marco económico favorable a la libertad de empresa y a la economía de mercado.

II. UNA NUEVA FORMA DE GESTIÓN PÚBLICA

CHEVALLIER considera a la gobernanza como una noción polisémica y se interroga si se trata de un «nuevo paradigma estatal», que supone la superación, la refundación o la adaptación del Estado. Constata las transformaciones del ejercicio del poder en las sociedades contemporáneas y cómo la lógica de la gobernanza afecta a todos los niveles y organizaciones sociales, cuestionando los fundamentos y modos de actuación del Estado y sustituyendo las técnicas clásicas de gobierno por las nuevas de la gobernanza. Concluye que se le ha considerado un «verdadero mito», que, «adornada de todas las virtudes, muestra una sociedad autorregulada, pacificada y consensual; noción polisémica,

(13) PAGDEN (1998: pp. 9-17).

(14) BRAIBANT (2002: pp. 213-221).

(15) RODRÍGUEZ (2001: pp. 37-56).

(16) Sobre los principios de la buena administración que enumera: CONSEJO DE EUROPA (2004).

(17) COMISIÓN (2003a).

cubre un conjunto de variados significados; dotada de fuerza activa, alimenta un proceso de reformas concretas. [...] El Estado está, además, situado en un contexto de interdependencia estructural, que le impone renovar con profundidad sus modos de acción y sus principios de organización» (18).

El Banco Mundial contribuyó decisivamente a configurar el contenido de la gobernanza en términos de gestión. En su informe sobre la crisis y el desarrollo sostenible en el África subsahariana de 1989, la definió como el «ejercicio del poder político en la gestión de los asuntos de una nación». En 1992, en el informe sobre Gobernanza y Desarrollo, como el «modo en que se ejerce el poder para la gestión de los recursos económicos y sociales de un país» (19). Distinguió tres vertientes de la gobernanza: la referida al proceso de gestión de los recursos, que es la que asume; la forma del régimen político, y la capacidad de los gobiernos de concebir, formular, ejecutar las políticas y gestionar sus funciones. Sus propuestas de gestión parten de que el Estado no debe buscar el óptimo social, aun cuando debe actuar en el mercado político vigilando el bienestar colectivo. Se propone la reducción de la deuda pública y de las actividades estatales como agente económico y redistribuidor (20), desde la concepción de Estado mínimo, de modo que la «gobernanza es claramente un producto ideológico que refleja la doctrina socio-política anglo-americana liberal/pluralista» (21).

El mismo organismo financiero internacional consideró que el Estado y el sector privado competían en las actividades económicas y que la reducción de aquel liberaría la capacidad del mercado para organizar la oferta y la demanda, de modo que el sector privado pudiera actuar libremente y decidir sobre la producción y la inversión sin cortapisas, lo que mejoraría la productividad, la rentabilidad del capital y la competitividad. Las reformas se deberían realizar desde la legitimidad política, que permitiera liberar a la sociedad civil, dar el poder a la población y hacerla participar en los programas de desarrollo y el espíritu de empresa. La participación es una condición imprescindible para la libre competencia, que es el concepto base de la doctrina liberal, y el medio imprescindible para conseguir el apoyo y la cooperación locales por una legitimación popular de quienes proponen los nuevos medios frente a quienes se resisten. Las reformas institucionales precisas para esta nueva acción político-económica se califican de medidas técnicas como *capacity building*.

(18) CHEVALLIER (2003: pp. 203-217).

(19) WORLD BANK (1992: p. 1).

(20) WORLD BANK POLICY AND RESEARCH BULLETIN (1997: p. 3): considera que las medidas de redistribución sólo son aceptables si aumentan la productividad de las personas poco cualificadas, lo que supone una valoración positiva de aquellas, muy distinta de la de quienes preconizan convertir al Estado en mero garante de la libertad de mercado. Expone como las desigualdades sociales perjudican el progreso económico, porque producen inestabilidad política que afecta a la inversión, reduce la capacidad de concertación de los grupos sociales, hace ineficaces las normas, desalienta el compromiso y perjudica a los incentivos.

(21) MOORE (1993: pp. 39-49).

La gobernanza alude a un nuevo modo de gobierno alternativo al jerárquico, de gestión pública y de acción administrativa en un orden neoliberal, en el que se reduce el protagonismo de los poderes públicos, se desdibujan los perfiles que diferencian lo público de lo privado, se reducen las relaciones de jerarquía en beneficio de las de cooperación, se promueven los procedimientos informales y se trata de integrar y comprometer a la sociedad en redes para la toma de decisiones y seguimiento y control de las acciones políticas (22), aunque pueden buscar «no sólo influir en el gobierno, sino también sustituirlo» (23). Las redes integran «agregados de diferentes clases de actores vinculados en la vida política, social o económica [...] reflejan cómo la sociedad, la cultura y la economía modernas son todas crecientemente productos de relaciones que implican mutualidad e interdependencia», y, en el ámbito político «un agregado de actores cada uno de los cuales tiene un interés [...] en un sector de la política y la capacidad para contribuir a determinar el éxito o el fracaso de la misma» (24).

En una exposición analítica del concepto de gobernanza se parte de los desafíos al orden estatal que se han producido en los ámbitos interno y externo, a partir de los que se establecen sus características (25):

a) Interno:

- Estructural: Crisis fiscal. *New Public Management*. Desmantelamiento del Estado social. Administraciones independientes. Descentralización.
- Procesal: Participación de la sociedad civil nacional: organizaciones no gubernamentales, asociaciones, voluntariado, colaboración público-privado

b) Externo:

- Estructural: Globalización. Integración europea. Europeización (26). Creación y reforzamiento de las instituciones inter y supraestatales: UE, OTAN, GATT, ONU, FMI, etcétera.

(22) MAYNTZ (2000: pp. 35-52): concluye afirmando que «el Estado moderno se ha hecho, en efecto, más cooperativo, las redes han proliferado y la integración europea es un fenómeno nuevo. Tales cambios reales y observables fueron desafíos para la teoría, la cual se ha ajustado a través de la extensión del paradigma original. Con la globalización, además, puede haber llegado el momento en el cual una extensión posterior del paradigma resultaría disfuncional y podríamos, entonces, estar en la espera de la llegada de un campo de estudio totalmente nuevo».

(23) STOKER (1998: p. 26).

(24) PETERSON (2004: p. 117).

(25) PIATTONI (2005: pp. 417-446).

(26) RADAELLI (2003: p. 30): describe la europeización como los «procesos de (a) construcción, (b) difusión y (c) institucionalización de reglas formales e informales, procedimientos, paradigmas de *policy*, estilos o formas de hacer las cosas, y de valores y normas compartidas que inicialmente se definen y consolidan en el proceso político de la UE para ser incorporados posteriormente en la lógica del discurso, las estructuras políticas y las políticas públicas internas (estatales y subestatales)».

- Procesal: Participación de la sociedad civil internacional: organizaciones no gubernamentales, asociaciones y movimientos transnacionales, gobierno infranacionales y de otros países.

En el concepto de gobernanza hay un contenido ideológico neoliberal que lo convierte en «esencialmente controvertible» con un uso axiológico en cuanto valor o evaluador de un modo de ejercicio del poder. El nuevo significado en el contenido del término nos acredita que tiene «no solamente una función denotativa o descriptiva, sino también persuasiva y normativa» por cuanto el debate sobre ella «está especialmente abierto a, y depende de, la tensión entre hechos y valores» (27). Se trata de una nueva manifestación de un debate ideológico directamente relacionado con el neoliberalismo y el análisis económico del Derecho, que beben en las mismas fuentes.

La gobernanza también constituye un método «técnico», sin aparente carga ideológica, que trata de sustituir la llamada «reforma del Estado» por la expresión más inocua de «ordenación del sistema institucional», perfilando los espacios que permitan el progreso de la concepción neoliberal, reduciendo los costes de la gestión pública y evitando las tensiones del cambio directo. Sin embargo, «bajo un lenguaje administrativo formulado en términos de eficacia y de buena gestión, se halla una noción que es vehículo de una concepción particular del Estado, de su papel, de su deseable evolución, de las relaciones entre el Estado y el mercado, del ejercicio del poder y de un proyecto político preciso; en una palabra, de una noción eminentemente política» (28).

Para STOKER, el buen gobierno implica nuevos métodos y formas de gobernar por medio de las siguientes cinco propuestas:

- se refiere a un conjunto de instituciones y agentes procedentes del gobierno, pero también de fuera de él;
- reconoce la pérdida de nitidez de los límites y las responsabilidades tocante a hacer frente a los problemas sociales y económicos;
- identifica la dependencia de poder que existe en las relaciones entre las instituciones que intervienen en la acción colectiva;
- se aplica a redes autónomas de agentes que se rigen a sí mismas;
- reconoce la capacidad de conseguir que se hagan las cosas, que no se basa en el poder del gobierno para mandar o emplear su autoridad y
- considera que el gobierno puede emplear técnicas e instrumentos nuevos para dirigir y guiar.

A cada una de ellas corresponde un dilema o cuestión crítica:

(27) SARTORI (1989: p. 27).

(28) CAMPBELL (2001: p. 119).

- se produce un divorcio entre la realidad compleja de la adopción de decisiones y los códigos normativos empleados para explicar y justificar el gobierno;
- la pérdida de nitidez de las responsabilidades puede llevar a evitar los reproches o a buscar chivos expiatorios;
- la dependencia de poder agrava el problema de las consecuencias no buscadas que recaen en el gobierno;
- la aparición de redes que se rigen a sí mismas plantea problemas de rendición de cuentas;
- aunque los gobiernos actúen de manera flexible para dirigir la acción colectiva pueden fracasar.

Al *buen gobierno* y al *metabuen gobierno* se le plantean dilemas específicos: cooperación frente a competencia; apertura frente a cierre; gobernabilidad frente a flexibilidad, y rendición de cuentas frente a eficiencia (29).

Por tanto, como recoge su concepto, la gobernanza puede considerarse como un conjunto de técnicas de gobierno diferenciadas:

A) Proceso:

La gobernanza constituye un proceso en el que las instituciones, los poderes públicos, los agentes y grupos sociales deciden, en ejercicio de una democracia participativa, que amplía el contenido de la representativa (30). Lo realizan «concurriendo, en proporción a los poderes disponibles en la decisión colectiva sobre el coste y la calidad de los bienes públicos, el individuo se encuentra en una situación más o menos próxima a la del mercado en competencia donde, dentro de los límites de sus recursos y con precios fijados fuera de su decisión, conserva el derecho de determinar libremente la cantidad de los diferentes bienes privados que consumirá» (31).

Las definiciones ponen de manifiesto que se trata de un proceso de transformación del modo de gobernar caracterizado por dos rasgos primordiales:

(29) STOKER (1998: pp. 19-30).

(30) En Europa el artículo I-46.1 del Tratado Constitucional de 29 de octubre de 2004 afirmó que el «funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa». Se realiza por medio de los partidos políticos europeos que «contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos» (arts. I-46.4; II-72.2). No se excluye sino que se invoca la democracia participativa (I-47), siendo la gobernanza uno de sus instrumentos, señalando como sujetos de la misma a la sociedad civil, a las asociaciones representativas y a las partes interesadas (art. I-47.1, 2 y 3). El Consejo de Lisboa de 23-24 de marzo de 2000 se pronunció sobre la democracia participativa europea que se entiende de modo descentralizado basado en la subsidiariedad en los niveles administrativos comunitarios, estatales, regionales y locales, «así como los interlocutores sociales y la sociedad civil pueden y deben estar activamente implicados, empleando para ello distintas formas de relacionarse». Sobre el valor de la democracia representativa: LEFORT (2004: p. 23).

(31) WOLFELSPERGER (1969: p. 27).

a) Superar la exclusividad de los poderes públicos en la gestión de los asuntos públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad. Esta concepción se apoya en la crisis del Estado social y en el ejercicio exclusivo del poder como nueva aportación a la superación del modelo anterior y de las dificultades que se han derivado de una nueva realidad económica (32).

b) Reconocer la pluralidad de agentes sociales con posibilidad de intervenir en los asuntos públicos e interdependencia entre los mismos, de modo que su asociación implique su participación y cooperación en la toma de decisiones, la gestión y las responsabilidades (33).

c) La gobernanza afecta a todo el conjunto del Estado en cuanto produce la interacción entre sus estructuras de poder, el sector privado productivo y la sociedad civil. El Estado crea el marco político, jurídico y económico en el que el sector privado produce empleos y rentas, mientras que la sociedad civil facilita la interacción política, económica y social con la participación en las diversas actividades. En este sentido la gobernanza ha sido entendida como una de «las nuevas formas interactivas de gobierno en las cuales los actores privados, las diferentes organizaciones públicas, los grupos o comunidades de ciudadanos, y otros tipos de actores, participan en la formulación de la acción política» (34).

d) Exige en todos los agentes públicos y privados intervinientes una responsabilidad mutua sobre los planes y acciones decididos y asumidos, con un compromiso en su cumplimiento y sostenimiento de las acciones que les corresponden, sobre todo lo cual se actúa de modo participado y coordinado en la decisión y en la implementación.

B) Coordinación horizontal (35):

El proceso exige la coordinación positiva entre las instituciones y la sociedad. Se explica el interés por la gobernanza «en la constatación de que ciertos sectores sociales objeto de las políticas públicas (*policy fields*) pueden resistir al gobierno político, y que la dinámica de las sociedades complejas da autonomía a los sectores y grupos susceptibles de poner su desarrollo y de preservar sus recursos por encima de la producción de servicios para otros, que puede hacer insuperable el problema de las externalidades negativas (36).

(32) MERRIEN (1998: pp. 61-71).

(33) HABERMAS (1973: pp. 16-61).

(34) MARCOU, G.-RANGEON, F.-THIEBAULT, J.-L. (1997: p. 140).

(35) Entre los medios de gobernanza se ha destacado la importancia de la coordinación, recogida en cuanto a las políticas económicas de los Estados miembros por los tratados de Maastricht, Ámsterdam y Lisboa. HÉRITIER (2004: pp. 185-206). LENOBLE (2004 : pp. 1-18).

(36) FISCHER y DORNBUSCH (1998: pp. 305-306): «Surge una externalidad siempre que la producción o el consumo tiene un efecto de difusión que afectan a agentes que no son los consumidores o los productores que actúan en el mercado y actúan y esos efectos no se reflejan totalmente en los precios de mercado».

La autoorganización y la capacidad de coordinación horizontal de diferentes sectores los convierte en vitales como la imposición imperativa y la administración verticales» (37).

Para la efectividad de la coordinación horizontal se precisan, al menos, tres condiciones:

- La atribución de la coordinación y de la acción para que los respectivos responsables puedan dar cuenta, de modo que se permita el control del ejercicio del poder y los recursos públicos, el respeto a la legalidad y la revisión e imputación de las responsabilidades, ya que no se concentran en el vértice de la jerarquía, sino que se distribuyen entre todos los partícipes.
- La clara distribución y comprensión de los papeles y responsabilidades que corresponden al Estado y a la sociedad civil, que permita la interacción y la comunicación que haga real la coordinación.
- La función directiva estatal para apoyar la actividad de los colaboradores en la red, sin burocratizarla de modo que no se reproduzcan los fallos del sistema administrativo jerárquico.

En este sentido se considera que la gobernanza es «un proceso de coordinación de actores, grupos sociales e instituciones para atender fines propios discutidos y definidos colectivamente en medios fragmentados e inciertos» (38).

C) Otros medios:

La negociación, el consenso, la flexibilidad y los procedimientos informales son los nuevos medios de acción, junto con la introducción de las técnicas de gestión empresarial, de los contratos por objetivos y las Agencias o Administraciones Independientes (39). Estas intervienen por medio de la autorregulación en espacios sensibles a los derechos y libertades, la actividad económico-financiera, el control y la decisión sobre riesgos.

Es el espacio de la contractualización, la procedimentalización, la autorregulación y el Derecho reflexivo, propiciado por el modelo del Estado policéntrico, que se configura como una realidad plural compuesta por subsistemas y grupos normativos propios de un orden disperso. En lo territorial con la descentralización del poder, en lo sectorial con los ordenamientos derivados de la autonormación y en la planificación y gestión con la negociación y participación de la sociedad civil. Por tanto, el Derecho y la acción pública se basarán más en el acuerdo o negocio jurídico público/privado que en la imposición y las prerrogativas tradicionales del poder público.

(37) LECA (1996: p. 129).

(38) BAGNASCO-LE GALES (1997: p. 38).

(39) WRIGHT (1996).

D) Gobernanza local:

Respecto al ámbito local se ha definido la gobernanza como el «conjunto de reglas, estructura y procesos formales e informales que determinan el modo por el que los individuos y las organizaciones pueden influir en las decisiones (tomadas por terceros) que afectan a su bienestar a nivel local» (40).

La gobernanza local se apoya en los siguientes aspectos:

a) Centrar las cuestiones que por el ámbito no es fácil platear en el nivel estatal: la transparencia, la honestidad, la imputabilidad, el compromiso ciudadano, los grados de confianza sociales, el respeto a los procesos democráticos y programar la igualdad de sexo, raza, religión, edad, discapacidad, etc.

b) Establecer un escenario que implique a muchos partícipes dentro de los límites de la organización.

c) Implicar a todos los interesados locales conforme a su percepción de la calidad con que se perciben en su nivel las cuestiones gubernativas (41).

III. UNA GOBERNANZA ESPECÍFICA EUROPEA

En la Unión Europea se ha configurado la gobernanza como un concepto clave de la acción de gobierno de sus instituciones y de las de los Estados miembros. Con ella se trata de superar el conflicto entre los dirigentes políticos y los ciudadanos a que se refiere el Libro Blanco cuando expone la paradoja entre la esperanza ciudadana de que se solucionen los problemas sociales y la cada vez menor confianza en las Instituciones y la política, que provoca el desentendimiento de todo ello. Para intentar superarla, se concibe como un objetivo estratégico, basado en un conjunto de principios para cuya operatividad se han de aplicar determinados medios (42).

La incorporación del principio se realiza por las redes de actores públicos y privados en la toma de decisiones, entendida como un medio que reduce la responsabilidad política de las instituciones públicas tradicionales consideradas alejadas de la ciudadanía (43).

1. Objetivo estratégico

Uno de los objetivos estratégicos fijados por el Parlamento Europeo en febrero de 2000 fue promover nuevas formas de gobernanza europea. El propósito lo expuso el Presidente de la Comisión Europea ROMANO PRODI el año

(40) BOVAIRD-LÖFFLER (2002: p. 18).

(41) BOVAIRD-LÖFFLER (2002: p. 21).

(42) STEPHANOU (2006: pp. 582-627). VIGNON (2001-2002).

(43) BLUMANN-DUBOUIS (2005: p. 151).

2000 en la Cámara: «Creo que tenemos que dejar de pensar en términos de poderes jerarquizados, separados por el principio de subsidiariedad, y empezar a imaginar más bien la constitución de una red en la que los distintos niveles de gobernanza actúen conjuntamente en la elaboración, la proposición, la aplicación y el seguimiento de las políticas.[...] Es tiempo ya de darse cuenta de que Europa no está tan solo administrada por las instituciones europeas, sino también por las instituciones nacionales, regionales y locales y por la sociedad civil» (44). Un año después proponía «repensar nuestra forma de construir Europa» por medio de una gobernanza «basada en un análisis crítico fundamental del déficit democrático, plasmado en un informe sobre la situación de los principios de legitimación, parlamentarismo, publicidad, control y participación» (45).

De sus palabras, del comportamiento de la Comisión y del Libro Blanco se desprende que, por medio de la gobernanza, se pretendió utilizar los medios a su alcance para reformar los procesos legislativos y de gestión de la Unión, sin modificar los tratados. De este modo se introducían nuevas categorías que podían incorporarse al proceso constituyente europeo, como así ocurrió. La Comisión adquiriría un papel relevante en las fases ascendentes y descendentes de las políticas y legislación comunitarias, como institución directamente relacionada con los niveles estatales, infraestatales y sociales.

La declaración número 23 del Tratado de Niza formuló la preconvocatoria de la «Conferencia intergubernamental CIG'2004», para la preparación de un nuevo Tratado, siguiendo la trayectoria de las conferencias de Maastrich (1991), Ámsterdam (1997) y Niza (2000). Destacó el objetivo comunitario de lograr la «legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros» (46). Supuso un reconocimiento explícito de la queja constante sobre el déficit democrático de las instituciones comunitarias, aún cuando no existía en los Estados miembros (47). Esta nueva política trataba de legitimarlas por medio de los métodos de la gobernanza.

(44) PRODI (2000).

(45) PRODI (2001).

(46) Recogió la Declaración anexo al Tratado de Maastricht sobre que «la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración» (17). A tal fin el Consejo y la Comisión aprobaron el 6 de diciembre de 1993 un código de conducta fijando los principios del régimen de acceso del público a los documentos de que dispongan (DO L-340, p. 41) y la decisión 93/731/CE de 20.12.1993 (DO L-340/43) para el acceso a los documentos del Consejo. El Reglamento 1049/2001 del Consejo y el Parlamento de 30-5-2001 sobre acceso a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión (DO L-145, p. 43).

(47) No es unánime la asunción del déficit democrático. LORD-MAGNETTE (2002) afirman la legitimación democrática internacional o directa derivada de los Estados miembros; parlamentaria por disponer de una institución representativa; tecnocrática por la encomienda de ejercicio de poderes a autoridades independientes; configuración jurídica por los tratados, la participación y la transparencia interna, y corporativa por derivarse de los acuerdos entre todos los actores afectados.

Los estudios se iniciaron con el «Programa de trabajo» titulado *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea. Profundizar en la democracia de la Unión Europea* (48). Se convirtió en la *Gobernanza Europea. Un libro blanco* de 2001, que estableció unas bases para el proceso de acomodación de los Tratados respecto a la configuración de la estructura interna y al funcionamiento de la Unión, refiriéndose a la necesidad de «cambiar el sistema de funcionamiento de la Unión en el marco de los Tratados vigentes», proponiendo la «manera en que las cosas podrían y deberían hacerse», actuando sobre las «normas, procesos y comportamientos» (49). Contiene alusiones al marco institucional como la reforma del Tratado por la próxima Conferencia Intergubernamental, invocando la «división de poderes entre el órgano legislativo y el ejecutivo» propia de la democracias nacionales que la integran.

El 15 de diciembre de 1991 la declaración de Laeken recogió partes sustantivas del *Libro blanco* y recomendó al Consejo introducir las «iniciativas adecuadas» para el proceso de reforma, modificando la agenda de Niza sobre los «retos y reformas en la Unión renovada» respecto a repartir competencias, simplificar los instrumentos (ordenamiento jurídico derivado), caminar hacia «una Constitución para los ciudadanos europeos» y convocar una Convención sobre el futuro de Europa. Proclamó un objetivo común de «más democracia, transparencia y eficiencia en la Unión Europea»: «La primera pregunta que hay que plantearse es cómo podemos aumentar la legitimidad democrática y la transparencia de las instituciones actuales». De acuerdo con el citado texto planteó la necesidad de plasmar sus propuestas sobre la necesidad de «centrar la política y las instituciones» y la simplificación de los instrumentos normativos.

La resolución del Parlamento europeo de 9 de noviembre de 2001 sobre el Libro Blanco afirmó que la gobernanza europea se debía basar «en un análisis crítico fundamental del déficit democrático, plasmado en su informe sobre la situación de los principios de legitimación, parlamentarismo, publicidad, control y participación». Al servicio de estos principios legitimadores se establecen los medios para hacerlos efectivos en una nueva forma de gestión pública que se denomina gobernanza.

El Libro se organiza en los siguientes cuatro capítulos. El primero sobre la necesidad de reformar la gobernanza europea. El segundo sobre los principios de la buena gobernanza. El tercero recoge los cambios propuestos y el cuarto expone el proceso de la gobernanza en el futuro de Europa. En cada uno de ellos se recoge una exposición dogmática, recomendaciones y acciones, en general sin plazo predeterminado, salvo algunos supuestos aislados.

(48) COMISIÓN (2000: p. 20). BAR CENDÓN (2002). PAREJO ALFONSO (2004: pp. 27-56). RIVERO YSERN (2005: pp. 11-23).

(49) COMISIÓN (2002: p. 8).

2. Significado y concepto

El programa de trabajo realizó una descripción de los distintos significados del término:

- *Gobernanza global*: utilizada por las Naciones Unidas para señalar la necesidad de normas que sean objeto de un consenso y de una aplicación efectiva a escala planetaria, incluso en ausencia de gobierno mundial (50).
- *Buena gobernanza*: empleada en las políticas de desarrollo, destaca que la transparencia, responsabilidad (obligación de rendir cuentas) y eficacia son condiciones indispensables para el éxito de las políticas públicas.
- *Gobernanza multinivel*: implica una articulación entre distintos niveles geográficos de agentes públicos independientes en torno a objetivos de interés común.
- *Gobernanza de empresas*: tiene por objeto garantizar la responsabilidad del poder de gestión frente a todas las partes interesadas (51).

El resumen del programa recogió el concepto de gobernanza propio de las instituciones comunitarias:

«El término *gobernanza* designa las normas, procesos y comportamientos que condicionan la calidad del ejercicio de los poderes europeos: responsabilidad, visibilidad y eficacia. Este enfoque es particularmente apropiado para la profundización en el modelo democrático europeo en general y en el papel desempeñado por la Comisión en particular, ya que da cuenta de situaciones caracterizadas por la multiplicidad de los centros de decisión a varios niveles geográficos, públicos y privados en la Unión. Destaca también la importancia de la legitimidad vinculada a la aceptabilidad de las normas, a la participación de los ciudadanos y a la consideración de la diversidad cultural, lingüística y territorial» (52).

El *Libro Blanco* expone que «el concepto de *gobernanza* designa las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia» (53). Ha diseñado el proyecto

(50) COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE (1995: pp. 308-329): estudia el valor del derecho internacional. ANDRÉANI (2001: pp. 549-569). MORATA (2005: <http://www.iigov.org/id/article>).

(51) COMISIÓN (2002a: p. 3).

(52) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2001) 428 final (2002a: p. 20). GENTOT (1993, p. 155): «una institución legítima es una institución a la cual no se demanda en nombre de quien tiene sus poderes y a la cual no se pregunta: ¿por qué ella y no cualquier otra?». El comisario LAMY (2001) afirmó que «el concepto de gobernanza es afortunadamente lo bastante sólido como para cristalizar la reflexión y lo bastante flexible para facilitar la convergencia de los puntos de vista. Es un poco como el embrague de un coche: es indispensable pero tiene varias versiones».

(53) COMISIÓN (2002a: p. 8, nota 1).

de una gobernanza europea, basada en los elementos teóricos expuestos, aunque su propia configuración institucional, su peculiar ordenamiento jurídico y los procedimientos de toma de decisiones la han venido configurando, por lo que no supone una quiebra respecto a un modelo estatal clásico anterior de carácter jerárquico (54).

Con ese objetivo partió de los buenos resultados de estabilidad, paz y prosperidad logrados, con un alto nivel de vida, un mercado interior y un reforzamiento de la presencia europea en el mundo. Todos ellos conseguidos por medios democráticos, con base en los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales y el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros (art. 6 TUE). A fin de seguir progresando en los objetivos comunes y de superar cualquier desencanto, se fijó el objetivo estratégico de reforma de la gobernanza europea entendida como «las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia» (55).

La Comisión entendió que por medio de la gobernanza, utilizando el método comunitario, se realizarían reformas que supondrían una «revolución tranquila en nuestras formas de actuación» para consolidar las instituciones, clarificar el reparto de competencias y mejorar la transparencia y la participación (56).

En una comunicación de la Comisión sobre gobernanza y desarrollo observó que, aunque no existía una definición de aceptación general, aludía «a la capacidad del Estado de servir a los ciudadanos. En la actualidad la noción de gobernanza se utiliza en general para denotar el nivel elemental de calidad y eficacia de cualquier poder administrativo». Sin embargo, esta definición, que pudiera ser útil para otros marcos políticos, está ampliamente superada con el contenido que a la misma le atribuye el Libro Blanco (57).

3. Principios

El *Libro Blanco* constituye un modelo del orden jurídico-institucional actual integrador de las nuevas concepciones y categorías: la gobernanza, las redes, la colaboración público-privado, la participación y la autorregulación (58). Rei-

(54) QUERMONE (2002: pp. 393-402). BULMER (1994: pp. 351-380).

(55) COMISIÓN (2002a: p. 8, nota 1).

(56) COMISIÓN (2002b).

(57) COMISIÓN (2003b).

(58) La autorregulación la utiliza el acuerdo interinstitucional sobre mejorar la legislación (DOUE C-321/1, de 31.1.2003) como «la posibilidad para los operadores económicos, los agentes sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones de adoptar entre ellos y por ellos mismos líneas directrices comunes a nivel europeo, principalmente códigos de conducta o acuerdos sectoriales».

tera el significado del orden normativo y de la concepción piramidal clásica con referencia a la vigilancia y control comunitarios de su aplicación y otras continuas invocaciones del poder superior de la Comunidad sobre los Estados miembros, los ámbitos regionales y locales sobre los que actúa la gobernanza multinivel (59).

Dentro del capítulo III sobre los cambios propuestos destacan los objetivos claves para entender el propósito y para articular los medios. Son los relativos a una «mayor participación de todos los actores sociales» (3.1), establecer las «mejores políticas, mejores normativas y mejores resultado» (3.2), la contribución europea a la gobernanza mundial (3.3.) y la necesidad de «centrar las políticas y las Instituciones» comunitarias (3.4.).

Por medio del término gobernanza se designan las «normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente en lo relativo a la apertura, participación, responsabilidad, efectividad y coherencia». Especialmente «a la manera en que las cosas podrían y deberían hacerse», cuyo objetivo es «abrir el proceso de decisión política para dotarlo de unos niveles de integración y responsabilidad. De modo que el «mejor uso de sus poderes debería permitir a la UE una conexión más directa con sus ciudadanos y dar lugar a unas políticas más efectivas».

Los objetivos de la gobernanza se conseguirán utilizando el «método comunitario» (cap. IV) (60), que asegura la diversidad y la eficacia, el tratamiento equitativo de los Estados miembros, con el filtro del interés general en la Comisión, y de la representación democrática, europea y nacional, en el Consejo y el Parlamento como instancias legislativas (61). El Tribunal de Justicia Europeo garantiza el respeto del Estado de Derecho.

(59) MORATA (2002). ONGARO (2012). Sobre la actuación en el ámbito local: SÁNCHEZ BLANCO (2002: pp. 171-211).

(60) Conocido como «método funcional» fijado por los padres fundadores para progresar por puntos concretos, que se invoca para garantizar la diversidad, la eficacia, el tratamiento equitativo de los Estados, y es un «medio de arbitraje entre los distintos intereses a través de dos filtros sucesivos: el filtro del interés general a nivel de la Comisión, y el filtro de la representación democrática, europea y nacional, a nivel del Consejo y el Parlamento Europeo, que son las dos instancias legislativas de la Unión». La cooperación entre la Comisión europea y el Consejo de ministros ha permitido alcanzar la síntesis entre los principios de gobierno supranacionales e intergubernamentales. Aun cuando se señala como el método por excelencia, también forman parte del mismo otros que invoca como propios de la gobernanza en cuanto a la participación como principio general, como son el «método abierto de coordinación» (MAC), la «asociaciones multinivel», la «corregulación» y los relativos a los nuevos modo de gestión pública contando con la sociedad civil. Sobre el MAC, cuyo análisis supera este trabajo: PÉREZ MENAYO (2003: pp. 51-64); QUADRA-SALCEDO (2004: pp. 151-176); SZYSCZAK (2006: pp. 486 y ss).

(61) VEDEL (1972): hizo referencia a la doble legitimidad democrática de las instituciones europeas porque «el origen de los gobiernos presentes en el Consejo y el de los miembros del Parlamento europeo hacen que las competencias comunitarias se sustenten efectivamente en un proceso de legitimación democrática nacional».

Aunque se ha venido considerando que el concepto y los métodos de la gobernanza responden a una concepción neoliberal-neoinstitucionalista, en el Libro Blanco se conserva el protagonismo de los poderes públicos democráticos, aportándoles medios para la mejor gestión por medio de la participación, la transparencia y el control de los mismos. Precisamente «el principio democrático y de Estado de Derecho al que la gobernanza debe servir exige el reconocimiento de un rol, unas formas organizativas y de funcionamiento y una responsabilidad especial a las Administraciones Públicas. Estas son actores en estructura de interdependencia, pero no un actor más. [...] La gobernanza no puede diluir, sino fortalecer y legitimar la autoridad democrática» (62).

En la comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 9 de febrero de 2000, sobre los objetivos estratégicos 2000-2005, expuso que por medio de la gobernanza se trataba de «dar más participación a los ciudadanos en los asuntos europeos, mejorar el funcionamiento y la transparencia de las instituciones, adaptarlas a las necesidades de la ampliación, crear distintos niveles de poder en Europa, y, por último, aportar una contribución europea activa y específica al desarrollo de un gobierno mundial». En una de las conclusiones de la comunicación de la Comisión sobre su Programa de Trabajo para el 2002 afirmó que «la gobernanza significa establecer mejores vínculos entre los ciudadanos y el proceso de toma de decisiones en Europa, y el desarrollo sostenible implica la conciliación de las necesidades económicas, sociales y medioambientales de las generaciones presentes y futuras» (63).

Los principios de la buena gobernanza, esenciales para que sea democrática, son los de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, que «no sólo son la base de la democracia y el Estado de Derecho en los Estados miembros, sino que pueden aplicarse a todos los niveles de gobierno: mundial, europeo, nacional, regional y local». Detalla el significado y alcance de tales conceptos, muy útiles a la hora de entender los principios comunitarios y su aplicación al gobierno y al Derecho, con el fin de mejorar el proceso de toma de decisiones:

a) Apertura: Persigue la transparencia de las instituciones y la comunicación activa con todos los sujetos que contribuyen a crear la Unión: «trabajar de forma más abierta [...] desarrollar una comunicación más activa [...] utilizar un lenguaje accesible para el público en general [...] fomentar la confianza en unas instituciones de por sí complejas».

b) Participación: Con el fin de implicar a todos los interesados en la elaboración y ejecución de las políticas comunes por medio de consultas de las instituciones comunitarias anteriores a la toma de una decisión: «amplia partici-

(62) PRATS (2005b: p. 171).

(63) COMISIÓN (2001).

pación de los ciudadanos en todas y cada una de las fases del proceso, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas [...] generar mayor confianza en los resultados finales y en las Instituciones [...] que más personas y organizaciones se involucren en el diseño y formulación de las políticas comunitarias, a través del principio participativo» (64).

c) Responsabilidad: Para asumir la responsabilidad de las instituciones y de los Estados miembros sobre sus decisiones es preciso clarificar su función: «clarificar el papel de cada uno en los procesos legislativo y ejecutivo [...] explicar su acción y asumir la responsabilidad que le incumba [...] claridad y mayor responsabilización [...] en el desarrollo y aplicación de las políticas [...]».

d) Eficacia: Para poder evaluar los resultados e impactos a partir de unos objetivos claros preestablecidos, conforme a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, es preciso tomar las decisiones en el momento y escala adecuados: «medidas eficaces y oportunas, y producir los resultados buscados sobre las bases de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada [...] aplicación proporcionada y decisiones [...] al nivel más adecuado» (65).

e) Coherencia: Con respecto a la ampliación de los ámbitos competenciales, la diversidad derivada de la ampliación y los nuevos retos que superan los límites sectoriales en los que la Unión se había construido, exigen una actividad continua de cohesión, coherencia y seguimiento: «las políticas desarrolladas y las acciones emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles» (66).

Tales principios potencian por sí mismos los de

a) Transparencia, que permite que la apertura y la participación sean reales y efectivos por el conocimiento de los propósitos, estudios, actividades, documentos, etcétera de los poderes públicos. En este sentido el artículo I-50.1 del Tratado de la Constitución dispuso que «a fin de promover una buena gobernanza, y de asegurar la participación de la sociedad civil, las instituciones, los

(64) A tal fin se han realizado estudios y Comunicaciones de la Comisión: *La elaboración interactiva de las políticas* (COM (2001), 3.4.2001, 1014 final), *Documento de consulta: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo. Propuesta de principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas* (COM (2002), 5.6.2002, 277 final) y *Diálogo con las asociaciones de colectividades territoriales sobre la elaboración de las políticas de la Unión Europea*, (COM (2003) 19.12.2003, 811 final). GADBIN (1995: p. 1303): se planteó si la organización comunitaria debiera realizarse «en función de los modelos clásicos de organización de los poderes, o si prefigura nuevos modelos fundados en la articulación e interpenetración de múltiples redes, susceptibles de abrirse a la integración en el mundo de la economía y de la sociedad civil».

(65) Sobre la eficacia en la gestión pública: «Évaluer la qualité de la gouvernance», número monográfico de la *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 3, 2003.

(66) COMISIÓN (2002: pp. 11 y 37).

órganos y los organismos de la Unión aplicarán del modo más amplio posible el principio de apertura» (67).

b) Proporcionalidad y subsidiariedad, de tal modo que «desde la concepción de las políticas hasta su aplicación efectiva, la elección del nivel en el que ha de actuarse [...] y la selección de los instrumentos utilizados deben estar en proporción con los objetivos perseguidos. [...] antes de lanzar una iniciativa es esencial comprobar sistemáticamente: a) si la actuación pública es realmente necesaria; b) si el nivel europeo es el más apropiado para dicha actuación; y c) si las medidas previstas son proporcionales a los objetivos».

4. Medios

El *Libro Blanco* propuso los siguientes cambios necesarios para hacer posible la gobernanza:

a) Una mayor participación de todos los actores sociales: a fin de hacer más transparente el sistema de funcionamiento, llegar hasta el ciudadano por la democracia regional y local, implicar a la sociedad civil (68), una consulta más eficaz y transparente en la elaboración de las políticas y establecer vínculos con las redes.

b) Mejores políticas, mejores normativas y mejores resultados: dando confianza a las opiniones de los expertos, combinando los instrumentos para una mejor y más rápida normativa, simplificando el Derecho comunitario, con una mejor aplicación de las normas por medio de agencias reguladoras y a escala nacional (69). De este modo se destaca el relevante papel del Derecho en la construcción europea como medio para superar la soberanía de los Estados

(67) Sobre la introducción del principio de gobernanza en la Constitución europea: SAURON (2005: pp. 411-436).

(68) COMISIÓN (2002: p. 16): destaca el papel de expresión, participación y movilización que corresponde a las Organizaciones No Gubernamentales y a las organizaciones sindicales y patronales. En la nota 9, invoca el alcance de la «sociedad civil» conforme al Dictamen del Comité Económico y Social sobre «El papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea», DO C 329, 17.11.199, p. 30. Hace referencia expresa a la participación del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones. WOLTON (1993: p. 231): alude a la despolitización de los ciudadanos de la sociedad individualista de masas: «el ciudadano es hoy un gigante en materia de información y de consumo, y un enano en acción. Puede saberlo todo, o consumirlo todo, pero no puede actuar sobre una realidad, demasiado complicada, demasiado organizada». Propone la creación de estructuras intermedias «en las que el ciudadano pueda insertarse y participar en la realidad de su entorno».

(69) La comunicación de la Comisión de 6 de junio de 2002, sobre la gobernanza y la mejora legislativa formuló un plan para «simplificar y mejorar el marco regulador» con el fin de reajustar y mejorar la calidad de ejecución, proponiendo: aclarar las responsabilidades ejecutivas; definir el marco de las agencias europeas; tomar en consideración los contextos regionales, urbanos y locales; adoptar un enfoque del control de la aplicación del Derecho (COM (2002) 275 final) no publicada. LOUIS (2005: pp. 591-601). PARDO LEAL (2001: pp. 8-10).

miembros, para converger las políticas y para integrar a los ciudadanos en el espacio jurídico común.

Para mejorar la normativa [legislar mejor-*better regulation* (70)] se propusieron, entre otras, las siguientes medidas:

- analizar la conveniencia de actuar o no a nivel comunitario;
- elegir la vía normativa más adecuada optando por uno u otro instrumento regulador, por el más adecuado entre las directivas-marco y los reglamentos, ponderando la utilidad de cada uno de ellos;
- fomento de la corregulación, con la participación de los agentes sociales y la aportación de objetivos y medios al legislador;
- utilización del «método abierto de cooperación» (MAC) para facilitarla, con el fin de intercambiar conocimientos sobre buenas prácticas;
- evaluar sistemáticamente la legislación y las restantes actuaciones;
- agilizar el proceso legislativo y el contenido de las normas, sin necesidad de llegar a la unanimidad, aunque el Parlamento y el Consejo han de buscarla.

Más concretamente, la mejora normativa pasa por la utilización del tipo de instrumento jurídico más adecuado, para lo cual propuso (71):

- Utilizar los Reglamentos cuando sea necesaria una «aplicación uniforme y de seguridad jurídica en el conjunto de la Unión [...] puede revestir una especial importancia para la realización del mercado interior y tiene la ventaja de evitar los retrasos vinculados a la transposición de las directivas en las legislaciones nacionales».
- Usar con mayor frecuencia las «directivas marco» por su menor complejidad y mayor flexibilidad, aunque «convendría recurrir en mayor medida a la legislación primaria, limitada a elementos esenciales (derechos y obligaciones fundamentales y condiciones de aplicación), dejando al Ejecutivo la tarea de velar por los detalles técnicos mediante la aplicación de normas derivadas».
- En determinadas condiciones elaborar medidas en el marco de la corregulación que combina las legislativas y las reglamentarias vinculantes

(70) Con la aportación de la presidencia británica se identificó legislar mejor-*better regulation* con regular menos-*less regulation*.

(71) Sobre las propuestas del Comité LAMFALUSSY que recomendó en 2011 el establecimiento de la regulación comunitaria sobre cuatro niveles para hacerla más eficaz y transparente, lo que aceptó el Consejo Europeo de Estocolmo de 23-24 de marzo de 2011. En el primer nivel situó las directivas-cuadro dictadas por el Parlamento y el Consejo; en el segundo las normas más detalladas de la Comisión consultando los comités; el tercer nivel sería el propio de las autoridades nacionales; en el cuarto nivel la Comisión asegura la adopción de las medidas adoptadas por los Estados miembros.

con las adoptadas por los agentes interesados sobre la base de su experiencia (72).

- Simplificación del Derecho comunitario por la «codificación de los textos legales, supresión de las disposiciones redundantes u obsoletas y recurso a disposiciones de ejecución para las obligaciones no esenciales» (73). Esta tendencia debe alcanzar a los Estados miembros, porque «una de las principales fuentes de preocupación es la tendencia [...] en su aplicación de las directivas comunitarias, a añadir procedimientos costosos o a complicar ulteriormente la legislación».
- Recordó que «la Unión se basa en el Estado de Derecho» y que «el Derecho comunitario forma parte del ordenamiento jurídico nacional y como tal debe aplicarse», aun cuando «los juristas y tribunales nacionales necesitan adquirir una mayor familiarización con el Derecho comunitario y asumir la responsabilidad de garantizar la protección coherente de los derechos conferidos por el Tratado y la legislación europea».

c) Gobernanza mundial: los cambios a escala internacional han de propugnarse desde la reforma de la gobernanza interna a fin de que «los objetivos de paz, crecimiento, empleo y justicia social perseguidos por la Unión también deban promoverse en el exterior [...] esto responde a las expectativas de los ciudadanos de una Unión capaz de mostrar su fuerza en la escena mundial (74). El éxito de la acción internacional de la Unión refuerza la identidad europea y la importancia de sus valores comunes». A tal fin se propuso practicar una mayor apertura ante los agentes de otras partes del mundo, evaluar la incidencia externa de sus políticas, reforzar su voz en las negociaciones multilaterales, fomentar el asociacionismo y la cooperación.

d) Centrar las Instituciones: para lograr una mejor definición de las políticas y los objetivos sectoriales conforme a las previsiones de las agendas de Tampere (1999) sobre libertad, seguridad y justicia, Lisboa (2000) sobre reforma económica y cohesión social, o Gotemburgo (2001) sobre desarrollo sostenible. Con

(72) COMISIÓN (2002: p. 23). La corregulación como modo de armonización está recogida por el artículo 95 TCE, antiguo artículo 100 A, con base en la resolución del Consejo de 7 de mayo de 1985 sobre armonización técnica, cuyo anexo II fijó sus principios.

(73) Por acuerdo interinstitucional de 20 de diciembre de 1994 se estableció el método de trabajo para la codificación oficial de los textos legislativos (DO C 102 de 4.4.1996, pp. 2-3). La Comisión aprobó el 21 de noviembre de 2001 un programa específico de codificación (COM (2001) 645 final). Para la refundición se adoptó el acuerdo interinstitucional (DO C 77 de 28.3.2002). Se trabaja en un programa de simplificación del acervo comunitario a partir de la iniciativa SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*). Sobre la codificación: *Revue Française d'Administration Publique*, Faut-il codifier le Droit. Expériences comparées, 82, 1997.

(74) El artículo III-292.2 del Tratado de la Constitución firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 aludió a establecer políticas para asegurar un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales y de «promover un sistema internacional basado en la cooperación multilateral reforzada y en una buena gobernanza mundial».

esa finalidad se revitalizaría el método comunitario, centrándose cada Institución en sus tareas esenciales: «la Comisión, en iniciar y ejecutar las decisiones; el Consejo y el Parlamento, en adoptar la legislación y los presupuestos; el Consejo Europeo, en fijar las orientaciones políticas, y el Parlamento Europeo en controlar la ejecución del presupuesto y de las políticas de la Unión» (75).

e) Consideró que «la Unión ha pasado de un método diplomático a un método democrático, con políticas que inciden profundamente en las sociedades nacionales y en la vida cotidiana. El Consejo tiene que reforzar su capacidad de coordinar todos los aspectos de la política europea tanto en su propio marco como en el de los Estados miembros. Esto permitirá al Consejo Europeo centrar sus actividades en la definición de objetivos estratégicos y en una supervisión más eficaz de la forma en que la Unión los alcanza» (76).

f) En relación con la responsabilidad de la Comisión y su función ejecutiva se propuso que la legislación defina las condiciones y límites, así como un «mecanismo jurídico simple [que] permitiera al Consejo y al Parlamento Europeo, en calidad de poder legislativo, ejercer el seguimiento y el control de la actuación de la Comisión en relación con los principios y orientaciones políticas adoptados en la legislación» (77).

Con base en los objetivos señalados -desarrollados conforme a los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia- se pretende establecer una gobernanza de gran alcance, como es el «integrar a los pueblos de Europa, respetando plenamente las distintas identidades nacionales». Los citados principios «no sólo deberían servir de referencia a la Unión para organizar su propio funcionamiento y para emprender las reformas en el marco del actual Tratado, sino que deberían sentar las bases para el debate sobre el futuro de Europa» (78):

a) La voluntad política permitirá que el proceso de integración se desarrolle desde las propuestas del *Libro Blanco* a fin de

- Estructurar la relación de la Unión Europea con la sociedad civil: «Un código de conducta relativo al proceso de consulta identificará las respectivas responsabilidades y redundará en una mayor responsabilidad

(75) LUTTON (1985: p. 26): aludió a cómo el sistema institucional comunitario bascula entre la integración y la cooperación y cómo este sistema es «perfectamente conforme al papel histórico de la noción de separación de poderes. En los comienzos del parlamentarismo liberal, sirvió para institucionalizar y regir el emparejamiento entre dos legitimidades concurrentes: la siempre viva legitimidad monárquica tradicional y la naciente legitimidad representativa. Como en la Comunidad, cada opción, representada por uno o varios órganos, estaba investida de una de las funciones jurídicas del Estado». CALONGE (2004: <http://www.ortegaygasset.edu/fog>).

(76) COMISIÓN (2002: p. 34).

(77) COMISIÓN (2002: p. 36).

(78) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2001) 428 final (2002: pp. 37-40).

de todos los interlocutores. Promoverá asimismo el diálogo, y contribuirá a la apertura de la sociedad civil organizada».

- Hacer un mayor uso de las capacidades y experiencia práctica de los agentes regionales y locales: «Esta tarea incumbe en primer lugar a las autoridades nacionales en el marco de sus disposiciones constitucionales y administrativas. La Unión debería asimismo hacer un mayor uso del potencial de flexibilidad existente para mejorar la aplicación de las políticas europeas sobre el terreno.
- Reforzar la confianza pública en la utilización del conocimiento de los expertos por parte de los responsables políticos: «El sistema de expertos multidisciplinario de la Unión Europea estará sujeto a un mayor grado de examen y debate públicos. Esto es necesario si se quiere dar respuesta a los retos, riesgos y problemas éticos planteados por la ciencia y la tecnología».
- Sentar las bases de una más clara definición de los objetivos políticos de la UE y mejorar la eficacia de sus políticas: «combinando la legislación formal con soluciones no legislativas y autorreguladoras con vistas a alcanzar más adecuadamente dichos objetivos».
- Establecer las condiciones de creación de las agencias reguladoras europeas para «reforzar la eficacia y visibilidad de la legislación comunitaria ante las empresas y el público en general, acercando las decisiones a los sectores afectados en algunos de los ámbitos más complejos y técnicos».
- Centrar los papeles y responsabilidad de cada Institución que «debería contribuir a que los ciudadanos puedan exigir responsabilidades a sus responsables y organismos políticos por las decisiones adoptadas en el ámbito de la Unión».

b) El proceso reconducirá las Instituciones de la Unión para permitir:

- Por parte de la Comisión una utilización más segura y selectiva de su derecho de iniciativa:
- La instauración de una legislación comunitaria reducida a sus principios esenciales y de un marco que regule su aplicación.
- Una participación más efectiva de los agentes nacionales en la elaboración, aplicación y control de las normas y programas comunitarios.

c) Se consideró necesaria una renovación del método comunitario para garantizar que la Comisión proponga y ejecute las políticas, el Consejo y el Parlamento Europeo adopten las decisiones, y los agentes nacionales y regionales participen en el proceso político de la UE. El método ha demostrado su utilidad pero debe actualizarse.

d) Se formularon las líneas esenciales de la futura organización política de la UE, por medio de la división de poderes entre el órgano legislativo y el ejecutivo, y el establecimiento de principios claros que definan el reparto de las competencias entre la Unión y los Estados miembros.

Las propuestas sobre la gobernanza europea nos confirman las tendencias observadas sobre el proceso de institucionalización europea, el significado del Derecho y el papel de los poderes públicos. Se insiste en la consolidación de las actuales instituciones y en perfilar su significado desde la división de poderes. Se reitera el valor del orden jurídico comunitario y la configuración de un sistema de Estado de Derecho. Todo esto articula los fundamentos del Derecho administrativo comunitario, así como su afección a los ordenamientos jurídicos nacionales (79). Nos hallamos en camino de una profundización del modelo de ordenamiento supranacional que forma parte del proceso de globalización jurídica en un ámbito regional europeo.

El Comité de las Regiones en su sesión de 13 y 14 de marzo de 2002 aprobó un dictamen en el que propuso una mejora en el *Libro Blanco* desde la aproximación a los ciudadanos a partir de los entes territoriales con las ideas de necesidad de información, consulta regular, colaboración en la elaboración de las políticas y mayor participación en la toma de decisiones, fomentando la cooperación vertical y horizontal: «La idea de una mejor articulación entre los niveles territoriales se ha puesto ampliamente en evidencia por el conjunto de los entes que ya han iniciado su propia integración en redes, para una cooperación vertical entre distintos niveles e intercambios horizontales entre entes del mismo nivel» (80).

5. Principios operativos

El Comité propuso como principios adecuados para una nueva gobernanza europea los siguientes:

- *El principio de proximidad*, que pide a las instituciones que estén próximas a los ciudadanos y, de hecho, se instaría a los ciudadanos a participar en la vida europea.
- *El principio de subsidiariedad*, en función del cual las decisiones deben ser adoptadas por la esfera de gobierno más próxima al ciudadano en el ámbito de que se trate (81).

(79) BEAUD (1992: p. 14).

(80) En el pleno de 17 y 18 de junio de 2009 se aprobó un *Libro Blanco sobre la gobernanza multinivel* (2009/C 211/01) (DOUE, 4.9.2009, C-211). Entendió el Comité la gobernanza multinivel como la «acción coordinada de la Unión, los Estados miembros y los entes regionales y locales, basada en la asociación y destinada a elaborar y aplicar las políticas de la Unión Europea». Entre otras propuestas «recomienda el establecimiento de Pactos territoriales europeos, capaces de asociar de modo voluntario, a los distintos niveles de gobierno competentes [...] invita a los entes territoriales interesados a que se comprometan en dicho proceso».

(81) Vinculándolo a tal principio afirma que «la Unión Europea deberá dotarse de un reparto de competencias cuya clarificación se hace más urgente por la proximidad de su ampliación, distinguiendo, por ejemplo, *competencias exclusivas*, *competencias de principio* y *competencias complementarias*, y previendo una flexibilidad suficiente para permitir la adaptación a nuevas situa-

- *El principio de proporcionalidad*, según el cual los actos de una esfera de gobierno no deben exceder de lo que es necesario para lograr sus objetivos.
- *El principio de coherencia*, sin cuyo respeto no se controlan los riesgos de desviación en la construcción y la aplicación de las políticas.
- *El principio de colaboración*, que permite garantizar una interacción eficaz entre las esferas de gobierno que ya no pueden pretender resolver solas y por sus propios medios cuestiones cruciales para Europa.
- *El principio de consulta*, según el cual cada esfera de gobierno reconoce que debe consultar sistemáticamente, en una fase temprana, a aquellos que se vean afectados por sus decisiones.
- *El principio de participación*, en virtud del cual se percibe como esencial el compromiso de los ciudadanos, que lo desarrollarán en todas las esferas de gobierno.
- *El principio de lealtad interinstitucional*, que exige que no se organice la subordinación o tutela de una institución con respecto a otra otorgando al diálogo cooperativo el lugar que le corresponde.
- *El principio de apertura*, que responde a la necesidad de no reducir las opciones a la mera repetición o prolongación de fórmulas ensayadas pero más o menos obsoletas.
- *El principio de transparencia*, en virtud del cual los poderes públicos deben garantizar la libertad de acceso a toda información cuya confidencialidad no deba preservarse, y justificar sus decisiones.
- *El principio de responsabilidad*, que traduce un compromiso serio y permite garantizar el adecuado cumplimiento de las decisiones adoptadas.
- *El principio de democracia*, basado en la representación parlamentaria, pero también en el reconocimiento de la autonomía local, que ofrece a los ciudadanos libertades de participación en la solución de conflictos y derecho a disfrutar todos de los resultados obtenidos.

ciones». En la misma sesión se aprobó un informe al Parlamento sobre delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, en la que se garanticen las de los entes regionales y locales por medio de un estatuto de las regiones que materialice el contenido del preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: «La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local» (DO C 364, 18-12-2000).

IV. CONCLUSIÓN

La gobernanza multinivel europea plasma, como se ha expuesto, el momento actual del nuevo orden jurídico-institucional aplicado al espacio de la Unión Europea, como conjunto y a sus Estados miembros. Es la manifestación del proceso de superación del Estado nacional por la configuración de una nueva entidad política supraestatal, con una simultánea descentralización interna que reduce el papel del Estado organización. La soberanía identificadora del Estado-nación se halla en vía de desaparición al perder elementos tan significativos como la moneda, la defensa, las relaciones internacionales y la capacidad de decisión en el orden económico, cuyos poderes de decisión se han reducido o han desaparecido en manos de ámbitos supraestatales. El ejercicio del poder del Estado-nación está sometido en Europa a un ordenamiento superior y debe actuar de modo coordinado con otros Estados y organizaciones interdependientes.

La Unión Europea ha elaborado una nueva doctrina del gobierno para superar los métodos tradicionales, a la que se ha denominado «gobernanza». Por su medio se trata de afrontar los nuevos retos comunes contando con las instituciones y los gobiernos de los Estados miembros, así como con todos los agentes políticos, económicos y sociales, implicándolos en la toma de decisiones y en su implementación. De este modo se les dota de mayor legitimidad y eficacia. También se amplían los métodos de regulación y coordinación, asumiendo la autorregulación y la corregulación, que reducen el poder legislativo exclusivo que venía caracterizando a los Estados, abriendo nuevos espacios reguladores en los ámbitos comunitario y social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉANI, G. (2001): «Gouvernance globale: origines d'une idée», en *Politique Étrangère*, núm. 3, pp. 549-569.
- BAGNASCO, A. y LE GALES, P. (1997): «Les villes européennes comme société et comme acteur», en BAGNASCO, A.-LE GALES, P., *Villes en Europe*, Paris: Le découverte, pp. 7-43.
- BAR CENDÓN, A. (2002): *La gobernanza europea. Un libro blanco*, Madrid, INAP, 18 pp.
- BEAUD, O. (1991): «L'Europe entre droit commun et droit communautaire», en *Droits*, núm. 4, pp. 14 ss.
- BLUMANN, C. y DUBOIS, L. (2005): *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 620 pp.
- BÖRZEL, T. A. (1998): «Organizing Babylon on the different conceptions of policy networks», en *Public Administration*, núm. 76, pp. 253-273.

- (2002): «¿Qué tienen de especial los policy networks? Explorando el concepto y su utilidad para el estudio de la gobernanza europea», en *Redes*, www.revista-redes.rediris.es/webredes/textos/policynet. Acceso de 23 de enero de 2013.
- BOVAIRD, T. y LÖFFLER, E. (2002): «Passer des modèles d'excellence de fourniture de services locaux à l'établissement de repères pour une 'bonne gouvernance locale», en *Revista internacional de ciencias sociales-RISS*, núm. 1, pp. 9-24.
- BRAIBANT, G. (2002): «Le passé et l'avenir de l'Administration publique», en *Revue Française d'Administration Publique*, 102, pp. 213-221.
- BULMER, S. (1994): «The Governance of the European Union: a New Institutional Approach», en *Journal of Public Policy*, núm. 13, pp. 351-380.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2004): «Gobernanza europea: el papel de las Instituciones y la centralidad de la Comisión», en *Circunstancia*, núm. 3. <http://www.ortegaygasset.edu/fog>. Acceso 23 de enero de 2013.
- CAMPBELL, B. (2000): *Gouvernance, reformes institutionnelles et redéfinition du rôle de l'État: quelques enjeux conceptuels et politiques soulevés par le projet de gouvernance décentralisée de la Banque mondiale*, Acte de la journée d'études de l'équipe CEDIM/FCAR Mondialisation et État de droit, 10 de marzo de 2000; *Gouvernance: un concept apolitique?*, Communication pour la table ronde «Quel modèle politique est sous-jacent au concept apolitique de Gouvernance?», 29 de agosto de 2000, Séminaire d'été du Haut Conseil de la Coopération Internationales, Dourdan, Francia, <http://www.er.uquam.ca/nobel/ieim/publications/auteur>.
- (2001): «La bonne gouvernance, une notion éminemment politique», en *Les non-dits de la bonne gouvernance*, Paris, Karthala, 2001, pp. 119-149.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2000): *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea. Profundizar en la democracia de la Unión Europea, Programa de trabajo*, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, 11-10-2000, SEC (2000), 1747/7. 20 pp.
- (2001): *La gobernanza europea. Un libro blanco*, Bruselas 25.7.2001, COM (2001) 428 final, 40 pp.
- (2002a): *Gouvernance Européenne. Travaux préparatoires au Livre Blanc*, Bruselas, 2002, 264 pp.
- (2002b) comunicación de 6 de junio de 2002 sobre la gobernanza y la mejora legislativa (COM (2002) 275 final) no publicada.
- (2003a): Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, *Una política global de la UE contra la corrupción*, COM (2003) 317 final.
- (2003b): Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 20 de octubre de 2003, «Gober-

- nanza y desarrollo» (COM (2003) 615 final), no publicado en el Diario Oficial.
- CONSEJO DE EUROPA (2004): *Principles of good administration in Council of Europe member States*, Estrasburgo, 29 de septiembre a 1 de octubre, 116 pp.
- CHEVALLIER, J. (2003): «La gouvernance, un nouveau paradigme étatique?», en *La réforme de l'État et la nouvelle gestion publique: mythes et réalités, Revue française d'administration publique*, núms. 105-106, pp. 203-217.
- FISCHER, S. y DORNBUSCH, R., *Economía*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- GADBIN, D. (1995): «Organisation des compétences et stratégie d'intégration communautaire après le traité de Maastricht», en *Revue Droit Publique*, 5, pp. 1293-1328.
- GENTOT, M. (1993): «La légitimité: un débat récurrent», en CURAPP, *Droit et politique*, Paris: PUF, pp. 152-157.
- HABERMAS, J. (1973): «Concepto de participación política», en ABENDROTH, W y otros, *Capital monopolista y sociedad autoritaria. La involución autoritaria de la República Federal Alemana*, Barcelona, Fontanella, pp. 16-61.
- HÉRITIER, A. (ed.) (2002): *Common Goods. Reinventing European and International Governance*, New York/Oxford: Rowman & Littlefield Pub, pp. 185-206.
- HEWITT DE ALCÁNTARA, C. (1998): «Du bon usage du concept de gouvernance», en *Revue internationale des sciences sociales*, núm. 155, pp. 109-118.
- KOHLER-KOCH, B. (1999): «The Evolution and Transformation of European Governance», en KOHLER-KOCH, B. y EISING, R., *The Transformation of Governance in the European Union*, Londres, Routledge, pp. 13-33.
- LAMY, P. (2001), *Good governance in the public and private sectors against the background of globalisation*, Bruselas, OSCE seminar, trade.es.europa.eu.doclib/html.
- LE GALES, P. y TATCHER, M. (drs.) (1995): *Les réseaux de la politique publique. Débat autour des policy networks*, Paris, Harmattan, 272 pp.
- LECA, J. (1996): «Ce que l'analyse des politiques publiques pourrait apprendre sur le gouvernement démocratique», en *Revue Française de Science Politique*, núm. 46, pp. 122-133.
- LEFORT, C. (2004): *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*, Barcelona, Anthropos, 281 pp.
- LENOBLE, J. (2004): «Méthode ouverte de coordination et Théorie de la gouvernance réflexive», en *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, núm. 110, 18 pp.
- LORD, Ch. y MAGNETTE, P. (2002): «Notes Towards a General Theory of Legitimacy in the European Union», en *Working Paper*, núm. 39/02, 30 pp.
- LOUIS, J. y V. (2005): «Mieux légiférer», en *Cahiers de Droit européen*, núm. 5-6, 2005, pp. 591-601.

- LUTTON, PH. (1985): «Les équilibres mouvants du système institutionnel de la Communauté», en *Revue Française Science Politique*, núm. 1, 1985, pp. 26-45.
- MARCH, J. G. y OLSEN, J. P. (1984): «The New Institutionalism: organizational factors in political life», en *American Political Science Review*, 1984, núm. 78, pp. 734-749.
- (1989): *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, Free Press, 1989, 227 pp.
- MARCOU, G.-RANGEON, F.-THIEBAULT, J.-L. (1997): «Les relations contractuelles entre collectivités publiques», en GODARD, F. (dr.), *Le gouvernement des villes. Territoire et pouvoir*, París: Descartes & Cie, 287 pp.
- MAYNTZ, R. (2000), «Nuevos desafíos de la teoría de la Governance», en *Instituciones y Desarrollo*, núm. 7, pp. 35-51.
- MAYNTZ, R. (2002): «Common Goods and Governance», en HÉRITIER, A. (ed.), *Common Goods. Reinventing European and International Governance*, New York/Oxford, Rowman & Littlefield Pub, pp. 15-27.
- MERRIEN, F.-X. (1998): «De la gouvernance des États-providences contemporains», en *Revista Internacional de ciencias sociales-RISS*, núm. 155, 1998, pp. 61-71.
- MOORE, M. (1993): «Declining to Learn from the East? The World Bank on Governance and Development», en *I.D.S. Bulletin*, núm. 24, 1, pp. 39-49.
- MORATA, F. (2002): «Gobernanza multinivel en la Unión Europea», en *VII Congreso Internacional CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 8-11 de octubre, 14 pp; npan1/org/intradoc/groups/public/documens. Acceso de 23 de enero de 2013.
- (2004): *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 429 pp.
- (2005): «El proyecto de constitución europea: el reto de la gobernanza global», en *Instituciones y Desarrollo*, núm. 16, pp. 279-306.
- NOVARTIS FOUNDATION FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2000): *Sustainable Development and Good Governance*, <http://foundation.novartis.com>.
- OLIVEIRA BARATA, M.: «Étymologie di terme gouvernance», recogido en europa.eu.int/comm/gouvernance.
- ONGARO, E. (2012): «L'influence de la nouvelle gouvernance européenne sur la réforme de l'administration publique dans les états de tradition administrative napoléonienne», en *Revue française d'administration publique*, núm. 141, 2012/1, pp. 239-246.
- PAGDEN, A. (1998): «La génesis de la noción de buen gobierno y las concepciones de la Ilustración del orden mundial cosmopolita», en *Revista internacional de ciencias sociales-RISS*, núm. 155, pp. 9-17.

- PARDO LEAL, M. (2001): «El Libro Blanco sobre la Gobernanza: ¿la reforma de la gobernación de la Comunidad servirá para mejorar la calidad de la legislación comunitaria?», en *Gaceta Jurídica de la UE*, núm. 216, pp. 8-10.
- PAREJO ALFONSO, L. (2004): «Los principios de la gobernanza europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, pp. 27-56.
- PÉREZ MENAYO, V. (2003): «El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 222, pp. 51-64.
- PETERS, G. (1996): *The Future of Governing: Four Emerging Models*, Kansas, University Press, 179 pp.
- PETERSON, J. (2004): «Policy Networks», en WIENER, A. y Díez, T., *European Integration Theory*, Oxford, University Press, pp. 117-133.
- PIATTONI, S., (2005): «La *governance* multi-livello: sfide analitiche, empiriche e normative», en *Rivista italiana di scienza politica*, núm. 3, pp. 417-446.
- POWEL, W. y DI MAGGIO, P. (Es.) (1991): *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 478 pp.
- PRATS, J. (2005): *De la Burocracia al Management. Del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, 210 pp.
- (2005): «Modos de gobernación de las sociedades globales», en CERRILLO, A. (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, INAP, pp. 145-172.
- PRODI, R. (2000): *Dar forma a la nueva Europa*, discurso en el Parlamento europeo, 15 de febrero de 2000.
- QUADRA-SALCEDO, T. DE LA (2004): «La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones tras la sentencia del TJCE del 13 de julio de 2004», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, pp. 151-176.
- QUERMONNE, J.-L. (2002): «L'Union européenne entre 'gouvernance' et 'gouvernement' ou quelle Constitution pour une Fédération d'États-nations?», en *Revue Droit Publique*, núm. 1/1, pp. 393-402.
- RADAELLI, C. (2003): «The Europeanization of Public Policy», en FEATHERSTONE, K. y RADAELLI, C., *The Politics of Europeanization*, Oxford, University Press, pp. 27-55.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la lengua española*, 22ª y 23ª edición, Espasa, Madrid.
- Revista Internacional de ciencias sociales-RISS* (2001), La gobernabilidad mundial y sus críticos, núm. 170, diciembre.
- RIVERO YSERN, J. L. (2005): «Reflexiones sobre la Gobernanza Europea», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 59, pp. 11-23.

- RODRÍGUEZ, A. (2001): «Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Público (UNED)*, núm. 51, pp. 37-56.
- SÁNCHEZ BLANCO, A. (2002): «Modernización del gobierno local y gobernanza europea», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 1, pp. 171-211.
- SARTORI, G. (1989): *Teoría de la democracia, I*, México, Alianza, 320 pp.
- SAURON, J.-L. (2005): «Un bouleversement discret de la gouvernance européenne: la troisième partie de la Constitution», en *Revue trimestrielle droit européenne*, núm. 41 (2), pp. 411-436.
- SKINNER, Q. (1985): *Los fundamentos del pensamiento político moderno, I*, México, 334 pp.
- SMOUTS, M.-C. (1998): «Du bon usage de la gouvernance en relations internationales», en *Revue internationale des sciences sociales*, dedicado a La Gouvernance, núm. 155, pp. 85-94.
- SOLÁ, A. (2001): «Governança i governabilitat: una proposta terminològica», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 35, pp. 9-30.
- STEPHANOU, C. A. (2006): «La nouvelle gouvernance européenne: bilan et perspectives», en *Cahiers de Droit Européenne*, núms. 5-6, pp. 582-627.
- STOKER, G. (1998): «El buen gobierno como teoría: cinco propuestas», en *Revista Internacional de ciencias sociales-RISS*, núm. 155, p. 26; <http://www.unesco.org/issj/rics155/titlepage155.html>.
- (2000): «Urban Political Science and the Challenge of Urban Governance», en PIERRE, J., *Debating Governance*, Oxford, University Press, pp. 91-109.
- SZYSCZAK, E. (2006): «Experimental governance: The Open Meted of Coordination», en *European Law Journal*, núm, 4, pp. 486-502.
- THE COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE (1995), *Our Global Neighbourhood*, Oxford, University Press, 410 pp.
- VEDEL, G. (1972): «Rapport du groupe ad hoc sur l'accroissement des compétences du Parlement», en *Bulletin des Communautés européennes*, núm. 4/72-suplemento.
- VIGNON, J. (2001-2002): «Gouvernance européenne: Un livre blanc», en *Revue des Affaires Européennes*, núm. 1, 2001-2002, pp. 42-49.
- WOLFELSPERGER, A. (1969): *Les biens collectifs*, Paris, PUF, 208 pp.
- WOLTON, D. (1993): *Naissance de l'Europe démocratique*, Paris, Flammarion, 455 pp.
- WORLD BANK (1992): *Governance and Development*, Washington, 61 pp.
- WORLD BANK POLICY AND RESEARCH BULLETIN (1997): «Emerging issues in development economics», núm. 8, 25 pp.
- WRIGHT, V. y CASSESE, S. (1996): «La restructuration des États en Europe Occidentale», en WRIGHT, V. – CASSESE, S., *La recomposition de l'État en Europe*, Paris, La découverte, pp. 7-18.

DERECHO Y «GOBIERNO ABIERTO». LA REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y LA PARTICIPACIÓN Y SU EJERCICIO A TRAVÉS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LAS REDES SOCIALES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. PROPUESTAS CONCRETAS

LORENZO COTINO HUESO (*)

SUMARIO: I. BUEN GOBIERNO, TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN Y TICS. DE LA E-DEMOCRACIA Y E-ADMINISTRACIÓN 1.0 AL LLAMADO «GOBIERNO ABIERTO».- II. INCORPORACIÓN AL DERECHO DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE TRANSPARENCIA, BUENA ADMINISTRACIÓN Y PARTICIPACIÓN Y SU ESPECIAL IMPULSO EN LOS NUEVOS ESTATUTOS: 1. La fundamentalización de la transparencia, buena Administración y participación.-2. El especial impulso de estos derechos y principios en los nuevos estatutos.- III. LA NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE UNA REGULACIÓN SERIA DE LA PARTICIPACIÓN Y TRANSPARENCIA Y SU EJERCICIO A TRAVÉS DE LAS TICS. ELEMENTOS BÁSICOS DE REGULACIÓN Y PREMISAS: 1. La hipocresía y falta de convicción de los poderes públicos en la regulación. 2. La conveniencia y necesidad de regular diversos aspectos de la participación y de complementar a la Ley estatal de transparencia. 3. Quién y cómo puede regular la participación y transparencia y su ejercicio a través de las TICs. 4. Algunas premisas e ideas básicas para la regulación.- IV. PROPUESTAS DE REGULACIÓN CONCRETAS RESPECTO DEL USO DE LAS TICS Y DE LAS REDES SOCIALES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA PARTICIPACIÓN, TRANSPARENCIA Y DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN: 1. Qué regular respecto de la participación y el uso de las TICs. 2. Qué regular respecto de la transparencia y difusión de la información pública a través de las TICs. 3. Y por último, elementos de regulación del uso de redes sociales por las Administraciones públicas.- V. BIBLIOGRAFÍA.

(*) cotino@uv.es, www.cotino.es (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com. El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto MINECO «Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos» (DER2012-37844) y previamente del Proyecto MICNIN, «Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites» (DER2009-14519-C05-01/JURI), de los que el autor es investigador principal.

RESUMEN: El Derecho viene acogiendo desde hace años principios y derechos de buena administración, acceso a la información, transparencia y de democracia participativa. Algunos van tomando forma de derechos fundamentales y los Estatutos de autonomía han subrayado este proceso. No obstante, es necesaria la concreción jurídica y la labor legislativa. Estos principios y derechos, también desde hace años, estaban fuertemente ligados a las nuevas tecnologías y la administración electrónica. No obstante, con la web 2.0 o web social surge con fuerza la noción de «Gobierno abierto». Se trata de un concepto necesitado de concreción, que incluye aquellos derechos y principios, aunque también incorpora algunos nuevos elementos. Asimismo, con esta expresión se subraya que internet y las redes sociales, y toda la cultura y nuevos hábitos que implican, son esenciales para hacer efectivos viejos y nuevos objetivos. Se considera que se trata de una buena ocasión para relanzar viejos objetivos y hay que evitar que quede en una mera moda. Para ello, el autor apuesta decididamente por la necesidad y utilidad del Derecho y de buenas regulaciones para «fijar, limpiar y dar esplendor» al gobierno abierto. Sobre esta base, se critica que la mayoría de las normas existentes tengan más intenciones simbólicas, políticas o meramente propagandísticas que propiamente jurídicas. Y frente a ello, se asientan las premisas y elementos básicos de la regulación de la transparencia y participación en general. De forma concreta, se formulan propuestas concretas de regulación del uso de las TICs y de las redes sociales por las Administraciones públicas para la participación, transparencia y difusión de información.

Palabras clave: Gobierno abierto; Derecho de las nuevas tecnologías; Administración Electrónica; regulación autonómica y local; transparencia; democracia; participación; buena administración.

ABSTRACT: For years, Law collects rights and principles of good governance, access to information, transparency and participatory democracy. Some of these rights are taking shape of Fundamental Rights and the Spanish regional Statutes of Autonomy have highlighted this process. However, the concrete legal and legislative efforts are necessary. These principles and rights, also for years, were strongly associated with new technologies and e-government. But thanks to the Web 2.0 has emerged strongly the notion of «open government». It is an open concept, needed of concreteness; it includes those rights and principles, but also incorporates some new elements. Furthermore, «Open Government» stresses that Internet and social networks, and the whole culture and new habits that they suppose, are essential to enforce old and new objectives. The author believes that this is a good opportunity and should be avoided that Open Gov will become just a fashion. For this, the author firmly committed to the need and usefulness of the Law and good regulations to «fix, clean and give splendour» to the Open government. On this basis, it is criticized that most of the existing rules have more symbolic or political intentions, even merely propaganda, that proper legal goals. And face it, are identified assumptions and basic elements of the regulation of transparency and participation in general. Specifically, are made concrete proposals for regulation of the use of ICTs and social networks by government for participation, transparency and dissemination of information.

Key words: Open Government; IT Law; regional and local regulation; transparency; democracy; participation; good Administration.

I. BUEN GOBIERNO, TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN Y TICS. DE LA E-DEMOCRACIA Y E-ADMINISTRACIÓN 1.0 AL LLAMADO «GOBIERNO ABIERTO»

La transparencia, la democracia participativa y la buena administración son típicos elementos de la buena «gobernanza» que se predica desde finales de los años noventa (1), una gobernanza que ha pasado del ámbito privado y corporativo al institucional público. Estas inercias van parejas a las de la Nueva Gestión Pública y la «reinención del gobierno», también de inicios de los años noventa (2). Al mismo tiempo y simultáneamente, con el paso del gobierno a la gobernanza surgen especialmente desde 2000 proclamaciones de «democracia participativa» de la «sociedad civil» bajo nuevas fórmulas de participación, complementaria de democracia representativa y la democracia directa (3). Asimismo, y también conjuntamente en tanto en cuanto la información es premisa de la participación, se vienen consolidando derechos y obligaciones de transparencia, esto es, acceso por el público a la información pública.

No cabe duda del nexo entre estos principios y derechos emergentes y las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs). La misma noción de gobierno electrónico nació vinculada a la e-democracia y e-transparencia, lo cual se observa, por ejemplo, en la definición «oficial» de *egovernment* ofrecida por la Comisión Europea en 2003 (4) o la interesante definición chilena del mismo año: «es el uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos» (5).

Prefiero denominar democracia o participación electrónicas, o e-democracia, casi indistintamente, a la concesión de un papel importante a las tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs) en los procesos democráticos

(1) Al respecto de este concepto y su evolución, COTINO HUESO (2005 a). De referencia, CERRILLO I MARTÍNEZ (2005).

(2) Desde el punto de vista de la Ciencia de la Administración, la bibliografía es desbordante. Pueden destacarse: BARZELAY (2001); ABERBARCH y ROCKMAN (1999); BRUGUÉ y SUBIRATS (1996).

(3) Sobre la emergencia de la democracia participativa o deliberativa puede seguirse COTINO HUESO (2006 a). Resulta un clásico CASTELLÀ i ANDREU (2001).

(4) «[E]l uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas». En Comunicación 1 COM(2003) 567. *El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, Bruselas, 26 de septiembre de 2003.

(5) *Proyecto de Reforma y Modernización del Estado. Gobierno electrónico en Chile hoy*, 2003. <http://goo.gl/H090Y>.

y participativos de los sistemas democráticos liberales (6). Afortunadamente, ya han pasado casi a la historia quienes identificaban la e-democracia con el voto electrónico y todo lo que éste conllevaba de deformación del modelo de democracia perseguido y de detracción de esfuerzos para una efectiva participación electrónica (7). Desde el Consejo de Europa (8) se afirma la e-democracia «como el apoyo y fortalecimiento de la democracia, las instituciones democráticas y los procesos democráticos por medio de las TIC, [...]». Su objetivo principal es el soporte electrónico de la democracia» (n° 3). Y las TICs son especialmente idóneas y vinculables al elemento deliberativo de la democracia, hablándose de la «ciudadanía en 3D» (Democracia Digital Deliberativa) (9). Cabe recordar que la experiencia y la literatura constata la existencia de fases y subfases en todo procedimiento participativo (10), a saber:

- Decisión de si procede abrir un proceso concreto de participación y selección y reconocimiento de participantes y selección de ámbitos sobre los que participar.
- Difusión: Difusión de información y del conocimiento. Transparencia electrónica inteligente, con garantías democráticas y seguimiento de los criterios de «accesibilidad».
- Consulta: Mecanismos de consultas e interacción, deliberación.
- Participación activa: Mecanismos de decisión (desde el voto, hasta la adopción de decisiones).

Pues bien, las referidas fases del procedimiento participativo han estado ínsitas en el e-gobierno y e-administración desde sus primeros conceptos y la experiencia misma de implantación: desde el mero portal, a la interacción básica y avanzada hasta formas de participación y democracia. La información y la comunicación son la esencia de todo proceso participativo y las TICs son el medio idóneo. Es más, estas fases son prácticamente las mismas que ahora se predicán en la implantación del Gobierno Abierto (11).

(6) Sobre el concepto, breve e interesante, PARLIAMENTARY OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY (2009). Sobre el concepto, entre otros trabajos sobre la materia, COTINO HUESO (2011 y 2007 a).

(7) Ver mi trabajo, COTINO HUESO (2006 b).

(8) Recomendación CM / Rec (2009) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la democracia electrónica (e-democracia) (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de febrero 2009 en la reunión del 1049a Delegados de Ministros). Original en inglés, <http://goo.gl/iPIA8> Versión traducida al español automatizadamente por Google en <http://goo.gl/upXGj>

(9) De singular interés los estudios sobre las posibilidades —y límites— de la democracia y deliberación en la web 2.0 en los distintos trabajos de RAMOS VIELBA Y CAMPOS DOMÍNGUEZ (2012). Sobre deliberación en internet, cabe destacar recientemente, CEBRIÁN ZAZURCA (2012).

(10) Ver, OCDE (2005).

(11) LEE y KWAK (2011) señalan un modelo de implementación del *open government* que pasaría por cuatro etapas 1) mayor nivel de transparencia en los datos, u *open data*; 2) mejora en los niveles de participación abierta al ciudadano; 3) mejora en los niveles de colaboración abierta a la sociedad; 4) alcance de la implicación ciudadana permanente. Cito por VILLORIA MENDIETA (2012: 89).

Esta conexión del e-gobierno con la e-democracia se refuerza actualmente a partir de la *web 2.0* (12) o *web social* (13), que se traducen en el paso al gobierno 2.0 y al *Open Government* o «Gobierno Abierto». Las TICs son esenciales, aunque no han de ser las protagonistas, son algo más que el mero *instrumento* de evolución del modelo político. Y es que en los propios *genes* de las TICs están la transparencia, apertura, participación y colaboración. Bajo la nueva terminología del gobierno 2.0 y el *Open Government* se trata de proyectar en las Administraciones públicas y el Gobierno la *filosofía* que implica la idea misma de la *web 2.0* o *web social*. Y no hay que olvidar que el 2.0 «se trata de una actitud, no de una tecnología» cuyas ideas fuerza son: horizontalidad frente a la verticalidad de organizaciones, estructura en red, primacía del conocimiento, remezclar, reutilizar, facilitar, hacer usable, software social, movilidad, *Creative commons* y software libre, computación social, recomendaciones, transparencia, participación, colaboración, inteligencia colectiva, etc.

Los avances en las fases de e-gobierno hacia la e-democracia y hoy hacia el gobierno abierto se hacía depender de la interacción electrónica en ambas direcciones administración-ciudadano; se requería que las TICs se hicieran *carne social* entre la ciudadanía. Y esto no se ha conseguido gracias a la e-Administración, sino gracias al e-comercio, a la e-banca, empresas de vuelos y viajes y, ahora, merced a *web 2.0* y las redes sociales y a la usabilidad tan estimulada con los *smartphones* y tabletas, que han hecho el *trabajo sucio* de preparar a la ciudadanía, cambiando los hábitos sociales y participativos para usar una e-administración que hasta ahora no ha estado realmente pensada para los usuarios. Así me atrevo a considerarlo al menos en España, donde los niveles de uso y usabilidad real de la e-Administración son bastante mejorables (14) a pesar de más de 30 millones de DNIs electrónicos en 2013. La eclosión de la *web 2.0* y la generalización del uso social y avanzado de las TICs por la ciudadanía —cuanto menos de los *nativos digitales* y los *inmigrantes digitales* avanzados (15)— con-

(12) Entre otros, sobre el tema FUMERO, ROCA y SÁEZ VACAS (2007), así como CEREZO (2007).

(13) «Una serie de aplicaciones y páginas de Internet que utilizan la inteligencia colectiva para proporcionar servicios interactivos en red dando al usuario el control de sus datos. «Así en Wikipedia para la voz «Web 2.0». Recuerda Fumero que la incorporación del «2.0» o el apelativo «social» una estructura sociotécnica bajo una dinámica conversacional, un software social que se sustenta en la creación colectiva y los contenidos abiertos. FUMERO, ROCA y SÁEZ VACAS (2007: 16 y 17).

(14) Todo hay que decir que esta afirmación se basa más en una intuición y apreciación personal que en datos empíricos, puesto que España se sitúa por encima de la media en usabilidad (91 % frente a una media del 79 % en la UE) FUNDACIÓN TELEFÓNICA (2011) Y es que quien suscribe considera que precisamente la usabilidad es el talón de Aquiles de nuestra e-administración, que ofrece innumerables servicios que casi nadie en la población es capaz de utilizar.

(15) *Wikipedia*: «Se denomina nativo digital u homo sapiens digital a todos aquellos nacidos durante o con posterioridad a las décadas de los 80 y los 90 del siglo XX, es decir, cuando ya existía la tecnología digital. Por contra, también ha sido acuñado el término inmigrante digital, haciendo referencia a todo aquel nacido antes de los años 80 y que ha experimentado todo el proceso de cambio de la tecnología».

lleva que haya una real demanda por lograr administraciones eficaces, abiertas y participativas. La ciudadanía altamente penetrada por el uso avanzado de las tecnologías no podrá asumir que las Administraciones no presten servicios mínimamente equiparables a los que ofrece el sector privado y, por lo que aquí interesa, con las posibilidades de influencia, transparencia y participación que se están generalizando y haciendo auténticas pautas sociales. Ya no se trata de parecerlo —como hasta ahora—, si no de serlo. Y esta fase de culminación sigue estando en una fase o incipiente o inexistente. Basta ver desde hace años en el www.060.es su más que discreto apartado de «Participación».

En Europa la idea de «administración 2.0» o «e-gov 2.0» fue lanzada por expertos como David Osimo (16), que lograron influir en la Declaración Ministerial sobre administración electrónica aprobada por unanimidad en Malmö, Suecia, el 18 de noviembre 2009 (17). Ahí, entre otras ideas se insiste en la necesidad de centrar la e-administración en el ciudadano mediante servicios flexibles y personalizados, productos de información basados en la demanda (user-centry); la usabilidad de las aplicaciones de e-administración, la necesidad de involucrar a la sociedad y que ésta evalúe los servicios públicos electrónicos. De igual modo se invita a que los particulares estimulen y colaboren en la prestación de tales servicios. También es esencial a la idea de Administración 2.0 la transparencia y la participación. En el ámbito local es muy destacable el borrador de Ordenanza sobre transparencia y libre acceso a la información de Zaragoza) (18).

En paralelo, el protagonismo y el impulso han venido dados con la noción *Open Government* introducida por Obama en un ya su famoso discurso en 2009 (19) donde afirmaba:

«Mi administración está comprometida a crear un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno. Vamos a trabajar juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. La apertura va a fortalecer nuestra democracia y promover la eficiencia y la eficacia en el gobierno» (20).

(16) <http://egov20.wordpress.com>.

(17) <http://goo.gl/QoZZ8>.

(18) El texto -a partir de Muñoz Soro- puede seguirse en http://www.zaragoza.es/ciudad/risp/detalle_Normativa?id=3823.

(19) El documento de referencia de Gobierno Abierto es el Memorando de Obama sobre «Transparencia y Open Government» de 8.12.2009, donde se señala que el gobierno debe ser transparente, participativo y colaborativo. Al mismo se accede en <http://goo.gl/aTB8P>.

Del mismo surge una Directiva algo más concreta a cumplir por las agencias. El texto completo de la Directiva en <http://1.usa.gov/arNG2A>.

(20) Y continúa (traducción libre): «El gobierno debe ser transparente. La transparencia promueve la rendición de cuentas y proporciona información a los ciudadanos acerca de lo que su gobierno está haciendo. La información mantenida por el Gobierno Federal es un bien nacional. Mi administración tomará las medidas apropiadas, de conformidad con la ley y la política, para divulgar rápidamente la información en formas que el público puede fácilmente encontrar y utilizar.

Este empuje ha tenido cierto eco, por ejemplo en el ámbito internacional las administraciones brasileña y mexicana, con el gobierno británico asumieron la noción como modelo de gobierno y junto con Estados Unidos y otros países (21) han impulsado la iniciativa www.opengovpartnership.org en la que ya se cuenta en enero de 2013 con unos sesenta países, entre ellos España (22). Y en España la emergencia de las políticas de «gobierno abierto» es evidente, especialmente en el nivel regional y local donde aparecen desde normativas de gobierno abierto hasta concejalías con este nombre (23). Cuestión diferente es la voluntad real y profundidad de tales políticas.

Los elementos básicos del concepto de gobierno abierto (24) son más transparencia, reutilización de la información, participación pública y colaboración y todo ello merced a internet y la web 2.0. Nada nuevo bajo el sol (25). Podríamos parafrasear el famoso «¿qué hay de nuevo viejo?» y no encontraríamos dema-

Los Departamentos ejecutivos y agencias deben aprovechar las nuevas tecnologías para poner información sobre sus operaciones y decisiones en línea y disponible para el público. Los Departamentos ejecutivos y agencias también deben solicitar la opinión del público para identificar la información de mayor utilidad para el público.

El gobierno debe ser participativo. El compromiso público mejora la eficacia del Gobierno y de mejora de la calidad de sus decisiones. El conocimiento está ampliamente disperso en la sociedad, y los servidores públicos se benefician del acceso a ese conocimiento disperso. Los Departamentos ejecutivos y agencias deben ofrecer mayores oportunidades a los estadounidenses para participar en la formulación de políticas y proporcionar a su Gobierno los beneficios de su experiencia e información colectivas.

Los Departamentos ejecutivos y agencias también deben solicitar la opinión del público sobre cómo podemos aumentar y mejorar las oportunidades para la participación pública en el Gobierno.

El gobierno debe ser colaborativo. La colaboración involucra activamente a los estadounidenses en la labor de su Gobierno. Los Departamentos ejecutivos y agencias deben utilizar herramientas innovadoras, métodos y sistemas de cooperar entre sí, en todos los niveles de gobierno y con las organizaciones sin fines de lucro, empresas y particulares en el sector privado. Los Departamentos ejecutivos y agencias deben solicitar la opinión pública para evaluar y mejorar su nivel de colaboración e identificar nuevas oportunidades de cooperación».

(21) Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos.

(22) España desde 31 agosto de 2011. <http://www.opengovpartnership.org/countries/spain>.

(23) Así, la Concejalía de Gobierno Abierto de Quart, Valencia. Más allá del nombre, son habituales los departamentos o direcciones generales autonómicas o concejalías de participación.

(24) La mejor fijación conceptual se da a mi juicio en el trabajo de VILLORIA MENDIETA (2012). El autor subraya cuatro elementos básicos: 1. El gobierno promotor de bienestar a través de la capacidad regulatoria; 2. El gobierno transparente que rinde cuentas; 3. El gobierno participativo y promotor de civismo y 4. El gobierno eficiente, colaborador y generador de conocimiento. Una buena aproximación conceptual en RAMÍREZ-ALUJAS (2010) y recientemente destacable con gran claridad CAMPOS DOMÍNGUEZ y COROJAN (2012).

Sobre Open Government en España cabe destacar CALDERÓN y LORENZO (2010). asimismo es una referencia actualizada e ineludible la web de Guadián, Carlos <http://www.k-government.com> Donde puede accederse a la selección de contenidos anuales.

(25) COBO (2012: 102).

siado. A mi juicio lo más original y reciente del concepto es la colaboración, la usabilidad y el uso de redes sociales y todo bajo la filosofía de la web 2.0 como pauta que proyectada en las organizaciones políticas y administrativas impone la primacía del conocimiento frente a la jerarquía, la flexibilidad y el logro de objetivos colectivos frente a la individualidad y la burocracia, entre otros. También, el gobierno abierto supone un especial aporte no por la reutilización de la información (algo estimulado desde hace décadas en Estados Unidos y desde 2003 en la Unión Europea), sino en el énfasis en que las instituciones faciliten activamente dicha reutilización bajo la noción de «*open data*». Cabe señalar que en ocasiones se identifica el gobierno abierto con el *open data*, así como se emplea gobierno abierto para hacer referencia casi exclusiva a la transparencia. Se trata de un reduccionismo al tomar la parte por el todo.

En todo caso, más allá de la originalidad y carácter novedoso, quizá lo más importante es que aunque se trate de la *reinvención de una rueda* inventada hace décadas, el lanzamiento de la noción puede ser un revulsivo que haga girar esta *rueda* más rápido y más decididamente. También es cierto que, como afirma Cobo «Un gobierno abierto es un término cuyo significado aún se está construyendo» (26), se trata en este sentido de un concepto paraguas que va desarrollando conforme lo está haciendo la sociedad y sus usos de las TICs. No obstante, la flexibilidad y evanescencia del término es evidente y acierta Villoria cuando afirma que «El problema es que, si «gobierno abierto» es cualquier cosa, entonces al final no es nada. De ahí la importancia de centrar el concepto y delinear las ideas que están detrás de él, evitando su disolución en un vaporoso marco referencial sin límites ni coherencia.» (27) Hay que evitar que se tome el «gobierno abierto» como una simple moda pasajera en manos de frívolos y oportunistas gestores y consultores políticos. Y, como se dirá, para ello estimo fundamental la —buena— acción del Derecho para *fijar, limpiar y dar esplendor* al gobierno abierto. Es necesario asumir compromisos normativos que obliguen a los poderes públicos y fijen y organicen los cambios. Materia sobre la que el estudio se ocupa a continuación.

II. INCORPORACIÓN AL DERECHO DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS DE TRANSPARENCIA, BUENA ADMINISTRACIÓN Y PARTICIPACIÓN Y SU ESPECIAL IMPULSO EN LOS NUEVOS ESTATUTOS

1. La fundamentalización de la transparencia, buena Administración y participación

Son muy variadas las muestras de recepción de la inercia emergente de la transparencia, participación, buena administración y la calidad. Destaca a

(26) *Ibidem*, p. 101.

(27) VILLORIA MENDIETA (2012:70-71).

nivel constitucional cómo algunas exigencias de la actuación administrativa que se han consolidado en el Estado de Derecho, se han agrupado como derecho a la «buena administración», derecho fundamental reconocido expresamente en el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (28). Este «nuevo» derecho no sólo acoge clásicas obligaciones de la actuación de la Administración en un Estado de Derecho, sino que aspira y está abierto para englobar e incluir nuevos contenidos exigibles a las Administraciones del siglo XXI. Las cada día más habituales expresiones normativas de exigencias de eficiencia y calidad y evaluación de los servicios públicos parecen candidatos a la incorporación como contenido de este nuevo derecho fundamental.

Asimismo, también hay un proceso de fundamentalización de la transparencia y el acceso a la información, al punto de reconocerse como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea (art. 42 Carta de los derechos fundamentales (29)). De igual modo, se entiende que el acceso a la información pública es integrante de la libertad de información del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los últimos años (30), de modo que sería contenido del artículo 20. 1 d) de la Constitución española (31). España, por cierto, es —al momento de escribir estas páginas— el único país de la Unión Europea que no cuenta con una ley que cumpla con el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009 (32). Si bien existe ya un Proyecto de ley en 2012 que habría de haberse aprobado al momento de leerse estas páginas. La valoración general del mismo (33), a mi juicio, es necesariamente positiva en comparación con la situación actual. Si bien es cierto que puede calificarse como una *ley gatopardesca* (34) bajo la máxima

(28) Recientemente PONCE SOLÉ (2011). Son básicos; TOMÁS MALLÉN (2004); CASSESE (2009); SANZ LARRUGA (2009) y GUILLEM CARRAU (2011).

(29) Sobre el tema, por todos, GUICHOT REINA (2010) y (2011). Por mi parte, entre otros trabajos sobre el tema, COTINO HUESO (2005 b y 2006 c).

(30) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ese mismo año, y siguiendo la estela de la Corte Interamericana en 2006 (caso Claude Reyes vs. Chile) ha reconocido el acceso a la información pública como integrante del derecho a la libertad de expresión del artículo 10 del Convenio. Así, en los asuntos contra Hungría *Társaság a Szabadságjogokért* (sentencia de 14 de abril de 2009), y *Kennedy* (sentencia de 16 de agosto de 2009).

(31) Hasta la fecha, esta tesis se ha sostenido minoritariamente en España si bien por referencias doctrinales en el tema como FERNÁNDEZ RAMOS (1997) (y ulteriores trabajos) y, entre otros de sus trabajos, SÁNCHEZ DE DIEGO (2008).

(32) Existe una muy completa traducción no oficial al español, conjunta al texto oficial en inglés, realizada por M. Sánchez de Diego para <http://www.access-info.org> en apartado (Consejo de Europa). En 2012 en la Unión Europea, tras las regulaciones de Malta (2008) y Luxemburgo (2010), España se ha quedado como el único país que no ha regulado la materia de forma global en una ley.

(33) Por todos, COALICIÓN PRO ACCESO (2012); FERNÁNDEZ RAMOS (2012). Una visión especialmente crítica SÁNCHEZ DE DIEGO (2013).

(34) NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (2012).

de Lampedusa de «cambiar todo para que nada cambie». En cualquier caso, es censurable que no se regule el acceso a la información como derecho fundamental, las «excepciones» al acceso a la información son excesivas, se echa en falta una mayor cantidad de contenidos de información activa, que no haya que solicitarse sino que se acceda fácilmente a ella en internet; no se desarrolla el ejercicio electrónico del acceso a la información, ni los mecanismos de control y revisión de las denegaciones parecen ágiles. De igual modo, en razón de la Disposición adicional primera cualquier regulación especial de acceso a la información, incluso por reglamento, hace que la ley no sea aplicable. De otra parte, frente a los anteproyectos socialistas, se ha optado por no atribuir el control estatal a la Agencia Española de Protección de Datos, sino a una refundada «Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios». Habrá que esperar una mayor definición de este modelo y los mecanismos de relación entre tales agencias. *Infra* (III. 1) se señalan diversos aspectos regulables por normativa autonómica o local que podrían complementar y aminorar estas carencias de la futura Ley de transparencia a partir del Proyecto de la misma.

Respecto de la emergente democracia participativa, hoy por hoy colinda con los derechos fundamentales, pese a que para nuestro Tribunal Constitucional no se entiende incluida en el contenido del derecho de participación política del artículo 23 CE (35). Ello no obsta para que, al igual que los anteriores, se dé un proceso de reconocimiento emergente de derechos y principios participativos como es muestra el ámbito estatutario.

2. El especial impulso de estos derechos y principios en los nuevos estatutos

La ola estatutaria desde 2006 es una buena muestra del proceso emergente de reconocimiento de estos principios y derechos (36). Por cuanto a la regulación de los derechos de buena administración y transparencia en los Estatutos de autonomía, hasta la ola estatutaria de 2006, la atención por una Administración autonómica que estaba por constituir era más que escasa, incluyendo, como recuerda Castillo, sólo algunas referencias vagas a principios

(35) El Tribunal Constitucional en sentencia 119/1995, de 17 julio, refiriéndose a la información pública y otras formas de participación administrativa tuvo ocasión de afirmar que no es «participación política» del artículo 23 CE, que su fundamentación es diferente, básicamente la protección de intereses difusos y derechos, que es un «*tertium genus*» entre la democracia directa y la indirecta o representativas así como subrayó el papel fundamental del legislador configurándola. los derechos de audiencia del artículo 105 CE han sido excluidos del recurso de amparo, al no considerarse integrantes de este derecho de participación ni, en particular de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE (ver, en especial, la sentencia 68/1985, de 27 de mayo, FJ 4º, también la 61/1985, de 8 de mayo, FJ 3º).

(36) He realizado un estudio específico en COTINO HUESO (2013 a).

generales (37). En los nuevos Estatutos, el derecho a la buena Administración encontró su más completa y concreta expresión en el artículo 39 de la fallida propuesta de Estatuto para Euskadi (en el llamado *Plan Ibarretxe*) (38). Entre los aprobados, la regulación es variada, sin que destaque por el interés, calidad o contenido jurídico ninguno de los preceptos. Lo general es la remisión a la ley para el desarrollo de la buena administración, o a futuras cartas de usuarios y se da un abanico mayor o menor de reconocimiento de algunos «derechos» (39) de buena Administración. En todo caso, se trataría de derechos preexistentes jurídicamente, como la igualdad en el acceso a los servicios públicos o en el acceso a la función pública, el acceso a la información de servicios, o el derecho a formular quejas. En el Estatuto de Aragón no se formulan expresamente estos derechos si bien el artículo 62 proclama diversos «Principios de organización y funcionamiento de la Administración»: objetividad, sometimiento al Derecho, buena fe, confianza legítima, lealtad institucional, eficacia, eficiencia, racionalización, transparencia y servicio efectivo a los ciudadanos.

El artículo 12 del Estatuto de Castilla y León, bajo el título de «Buena Administración», reconoce diferentes derechos con remisión a la Ley: a recibir información de servicios, tratamiento imparcial y plazo razonable, acceso a registros y archivos, a la protección de datos en ficheros administrativos, acceso a la función pública en igualdad, mérito y capacidad y a formular quejas. Una línea similar tiene el más reciente Estatuto de Extremadura (arts. 15. 3º, 37 y 39). El artículo 12 de Baleares es casi idéntico al artículo 9. 1º y 2º del Estatuto valenciano (40). Como aportación jurídica, quizá sea algo destacable que el Estatuto de Cataluña incluya un mandato de fijación de estándares de calidad (art. 30. 1º EC). El derecho de buena administración, salvo en el Estatuto de

(37) CASTILLO BLANCO, F. A. (2008: 357 y 358).

(38) El texto en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2003/10/estatuto_vasco.pdf.

(39) El Estatuto de Cataluña regula en el artículo 30 «Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena Administración». Así, se reconocen: el derecho de acceso en igualdad a los servicios públicos, con mandato de fijación de estándares de calidad (art. 30. 1º EC); el derecho a ser tratado de forma imparcial, objetiva, proporcional (art. 30. 2º EC). También en este artículo se da una remisión a la regulación por leyes y la adopción de carta de derechos de usuarios (art. 30. 3º EC).

El artículo 31 del Estatuto de Andalucía se centra en la «Buena Administración» y se reconoce este derecho con remisión a la Ley (luego aprobada, la Ley 9/2007). El Estatuto describe básicamente el contenido de este derecho (proporcionalidad, participación, información, objetividad e imparcialidad, plazo razonable) y reconoce también el derecho de acceso a archivos y registros «cualquiera que sea su soporte».

(40) «Artículo 9: 1. Sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una Ley de Les Corts regulará el derecho a una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas.

2. Todos los ciudadanos tienen derecho a que las administraciones públicas de la Generalitat traten sus asuntos de modo equitativo e imparcial y en un plazo razonable y a gozar de servicios públicos de calidad».

Cataluña, viene acompañado en los Estatutos del acceso a archivos y registros administrativos, y en el caso del artículo 31 del Estatuto de Andalucía, «*cualquiera que sea su soporte*».

Por cuanto al derecho de participación en los nuevos Estatutos, desde los inicios, en todos los Estatutos se contienen regulaciones vinculadas a la participación política. Además de expresarse principios generales y objetivos democráticos y de participación, también y especialmente se han regulado tres elementos (41): 1º las condiciones de titularidad y ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo con relación a la Asamblea Legislativa. 2º, de un modo u otro, y no como derecho, en todos los Estatutos se contemplaba la existencia de formas de iniciativa legislativa popular. Y 3º, en la mayoría de los Estatutos (y tampoco en la forma de derechos), se regulaba la competencia respecto de las consultas populares autonómicas o locales, en la mayoría de los casos, con remisión expresa al artículo 92. 3º de la Constitución.

Lo cierto es que más allá del ámbito de la democracia representativa, en los últimos años se subraya la democracia participativa. Ello, como se ha adelantado, se anuda al ámbito de la buena gobernanza y buena Administración, con más transparencia, eficacia, calidad y participación. Y todo ello se exterioriza habitualmente en el reconocimiento de nuevos y viejos «derechos» participativos. Este fenómeno, unido a la clara voluntad de subrayar, también simbólicamente, la condición política autonómica de los ciudadanos de cada Comunidad, ha tenido su eco en los nuevos Estatutos.

En los nuevos textos se han introducido derechos participativos en sus cartas de derechos. A decir de Oliver (42), las «principales novedades no se centran tanto en el contenido de los mismos» sino en (1º) la mayor calidad en su formulación y una mejor sistematización de los mismos. 2º, El reconocimiento como «derechos» lo que antes era complemento de regulación de órganos parlamentarios (iniciativa legislativa popular) o se deducía de la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma (participación en consultas populares). Y, 3º, el complemento con normas de igualdad de género. Añade Oliver, y ello sólo para el caso del artículo 30. 2º del Estatuto de Andalucía, la posibilidad de ampliar titularidad de estos derechos extranjeros residentes, según límites Constitución (43). La cuestión ha sido mencionada en Extremadura en 2011.

(41) Una descripción más detallada de estas regulaciones, en OLIVER LEÓN, BALDOMERO (2008: 495-498).

(42) *Ibidem*, p. 498.

(43) «2. La Junta de Andalucía establecerá los mecanismos adecuados para hacer extensivo a los ciudadanos de la Unión Europea y a los extranjeros residentes en Andalucía los derechos contemplados en el apartado anterior, en el marco constitucional y sin perjuicio de los derechos de participación que les garantiza el ordenamiento de la Unión Europea.»

El Estatuto valenciano ha sido el más discreto de todos en el reconocimiento de derechos participativos en su artículo 9. 4º (44), con el de Extremadura. El modelo de regulación básico proviene del Estatuto de Cataluña (45), cuyos derechos viene a copiar el texto andaluz (46) (sufragio activo y pasivo, derechos a promover y presentar iniciativas legislativas, a participar en la elaboración de las leyes, a dirigir peticiones y plantear quejas, a promover consultas populares). También el artículo 15 del Estatuto de Baleares y el artículo 11 del Estatuto de Castilla y León copian en buena medida al texto catalán (47). En Aragón se añade la «*evaluación de las políticas públicas*» (art. 15) (48). Quizá lo único destacable en el más reciente Estatuto de Extremadura es la asunción de la competencia exclusiva en políticas de participación de los inmigrantes (art. 9. 1º. 28º), siguiendo en lo demás la línea de los anteriores (49).

(44) «4. Todos los valencianos tienen derecho a participar de forma individual, o colectiva, en la vida política, económica, cultural y social de la Comunitat Valenciana. La Generalitat promoverá la participación de los agentes sociales y del conjunto de la sociedad civil en los asuntos públicos.»

(45) El artículo 29 del Estatuto de Cataluña sobre «Derecho de participación» —copiado por el texto andaluz— reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en igualdad. Con remisión a las leyes o reglamento parlamentario, se reconocen los derechos de «promover y presentar iniciativas legislativas». Igualmente se reconoce el derecho a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades, según el Reglamento del Parlamento. También se reconoce el derecho a dirigir peticiones y plantear quejas y se afirma el derecho a promover la convocatoria de consultas populares autonómicas o locales.

(46) El artículo 30 del Estatuto de Andalucía sobre «Participación política» copia a la regulación catalana, innovando no obstante, lo relativo a los extranjeros. El artículo 30. 1º señala que el derecho de participación comprende el de sufragio activo y pasivo. Asimismo, y con remisión a las leyes se reconocen los derechos de «promover y presentar iniciativas legislativas» (lo cual se complementa con el artículo 111. 2º sobre ILPs en Ayuntamientos). El artículo 30. 1º también reconoce el derecho «a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades», según el Reglamento del Parlamento. Este derecho viene a reiterarse en el artículo 113. Se reconoce también el derecho a promover la convocatoria de consultas populares autonómicas o locales (complementado en el artículo 111. 3º). El artículo 30. 1º del texto andaluz incluye también el derecho de petición individual y colectiva, por escrito y, por último, el genérico derecho de participar en la vida pública con mecanismos de propuestas.

(47) Se dedican específicamente al derecho de participación con reconocimiento de un derecho genérico con mandato de promoción participativa, un mandato de igualdad efectiva de mujeres y hombres, el derecho de presentar iniciativas legislativas, promover consultas populares y dirigir peticiones.

(48) El artículo 15 del Estatuto de Aragón reconoce a los aragoneses en general el derecho de participación, el de presentar iniciativas legislativas y a participar en el proceso de elaboración de las leyes.

(49) En su artículo 6 menciona entre los derechos fundamentales de la Constitución el de participación en asuntos públicos y el de petición (art. 6. 1º) e incluye en el artículo 7. 1º un mandato genérico de promoción de la participación. También el fomento de la participación de los jóvenes es un principio rector de los poderes públicos (art. 7. 16º). La participación en la elaboración de normas se vincula a las medidas de buena Administración (art. 39. 1º).

Destaca la conflictiva cuestión de consultas populares en Cataluña (art. 122 Estatuto de Cataluña (50)), desarrollado por la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, recurrida ante el Tribunal Constitucional. Al respecto cabe seguir lo afirmado en la STC 31/2010, de 28 junio en su FJ 69º: una Comunidad no puede regular lo relativo al referéndum, sino ciñéndose a la regulación estatal (51), pero sí que puede regular otros tipos de consultas populares y mecanismos de participación, pues no forman parte del artículo 23 CE ni de la competencia estatal administrativa del artículo 149. 1º 18º CE.

Así pues, según se ha descrito, en los Estatutos se reciben principios y derechos emergentes de la órbita del «gobierno abierto», que en el ámbito de lo jurídico aún no han adquirido los perfiles y nitidez para hacerlos exigibles (buena administración, acceso a la información, calidad de los servicios públicos, derechos de democracia participativa, etc.) De un lado, el reconocimiento estatutario tiene un claro papel simbólico e impulsor de políticas en estas materias así como de formación de una cultura jurídica, en el ámbito de las relaciones de los ciudadanos con la Administración. De otro lado, la regulación estatutaria de estos derechos emergentes sería una buena oportunidad para la innovación jurídica, para la determinación de elementos estructurales y de contenido y garantías más precisos. Sin embargo y por lo general, cuando los Estatutos reconocen estos nuevos derechos tampoco colaboran para asentar su normatividad y exigibilidad, sino que abundan las fórmulas genéricas y las mismas remisiones laxas a la ley desdibujan toda condición de derechos subjetivos.

Y, a todo lo anterior, que no es poco, hay que añadir la conocida doctrina sobre los derechos estatutarios establecida en la STC 247/2007, de 12 de diciembre. En todo caso, pese a la tenue, sutil y vaporosa condición de los «derechos» de los Estatutos (en general), su reconocimiento no sólo tiene la una función identitaria, simbólica y política (en todo caso no desdeñable), sino

(50) El artículo 122 del Estatuto de Cataluña reconoce la competencia exclusiva respecto de cualquier instrumento de consultas populares («encuestas, audiencias públicas, foros de participación» y otros).

(51) Ahí, de un lado, se deja claro que la Autonomía puede asumir competencia en todo tipo de consultas populares, salvo la modalidad concreta de consulta que son referéndums (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 12º,). Se recuerda que la competencia en consultas populares —excluido el referéndum— no es contraria tampoco es al artículo 81 CE y 149. 1º. 1º por cuanto que no forman parte del contenido del artículo 23 CE (STC 119/1995, de 17 de julio). Y tampoco esta competencia en consultas afecta a la competencia exclusiva del artículo 149. 1º. 18º CE. Señala el Tribunal Constitucional que el referéndum, vedado a las autonomías, se distingue por acudirse al procedimiento electoral, con censo, Administración electoral y garantías jurisdiccionales, que el referéndum sí que integra el derecho fundamental del artículo 23, a diferencia del resto de consultas (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 12º,). Y a este respecto deja claro que la competencia exclusiva estatal no se ciñe a la necesaria autorización estatal del art. 149.1.32 CE, sino a la regulación del referéndum, en razón de los arts. 92. 3º y, 23, 81 y 149. 1º 1º CE.

que también tiene una función y contenidos jurídicos propios, por relativos que estos sean.

III. LA NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE UNA REGULACIÓN SERIA DE LA PARTICIPACIÓN Y TRANSPARENCIA Y SU EJERCICIO A TRAVÉS DE LAS TICS. ELEMENTOS BÁSICOS DE REGULACIÓN Y PREMIAS

1. La hipocresía y falta de convicción de los poderes públicos en la regulación

Según se ha observado, es cierto que el Derecho viene acogiendo y expresando todos estos cambios. Sin embargo, en muchas ocasiones estas nuevas dinámicas de participación, transparencia, buena administración y calidad de los servicios públicos pasan a los textos normativos con fórmulas de las que no se derivan contenidos propiamente jurídicos y exigibles a los poderes públicos. Estas expresiones normativas exteriorizan una —aparente— voluntad de cambio, hacen parecer que se cambia o proclaman que se quiere cambiar. Pero más allá de lo simbólico, en muchas ocasiones, estas proclamaciones dejan la labor para el siguiente, es decir, para la norma inferior y posterior. En otros casos, la norma aprobada pasa al ostracismo y olvido.

Hasta ahora el resultado es que pese a la cada vez más abundante normativa legal e infralegal autonómica y local de desarrollo en materia de buena administración, calidad en la gestión pública, e-administración, gobierno abierto, acceso y transparencia y participación, al final del camino, en las más de las veces, lo único exigible de forma determinante sigue siendo la normatividad estatal, si la hay. Y todo sucede sin perjuicio de la acción y políticas de Gobierno Abierto que se desarrollan efectivamente. Estas acciones y políticas no son obligaciones jurídicas exigibles sino que quedan en manos del liderazgo y voluntad política de turno. Es más, basta un cambio de partido gobernante, o simplemente del responsable de turno para que estas políticas y acciones dejen, literalmente, de existir. Y si hay norma, ésta queda inaplicada por completo. En materia de open government no pasamos del podrán al deberán, algo que sí que se ha hecho en materia de e-administración con la Ley 11/2007.

Muchas leyes autonómicas de administración (Andalucía, Baleares, Castilla y León, Cataluña, Navarra, etc.) dedican algún apartado a la buena administración y buen gobierno, sin excesivo contenido normativo. En los últimos tiempos son cada vez más habituales las normas autonómicas de participación (52), siendo pionera la Ley 11/2008, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (de mayor concreción y calidad el Decreto 76/2009 de desarrollo). La Ley 5/2010 de Canarias de participación ciudadana prácticamente copia

(52) Ver al respecto TUR AUSINA (2010) y CASTELLÁ ANDREU y MASTROMARINO (2012).

a la valenciana. También fue novedosa la Norma foral 1/2010, de 8 de julio, sobre participación ciudadana de Guipúzcoa. Es destacable la Ley regional nº 69 /2007 de Toscana (Italia) sobre la promoción de la participación en la elaboración de las políticas regionales y locales. La Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña tiene muy presente el fenómeno electrónico para emitir la decisión de la consulta, si bien, dicha ley no viene a regular ciertamente un fenómeno de democracia participativa en sí.

En 2012 hay una nueva corriente de regulación participativa en el ámbito de la corriente del «Gobierno abierto». Con una mayor convicción destacan iniciativas en País Vasco y la ley navarra. En junio de 2012 se presentó el anteproyecto de ley de Transparencia y buen gobierno del País Vasco (53) (quizá la Comunidad más activa en la materia), por el anterior Gobierno. En Navarra se ha aprobado la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto que es la norma más completa hasta la fecha. En mayo y junio de 2012 hubo proposiciones de Ley Valenciana de Transparencia (54). En todos estos textos se introducen algunas aportaciones de interés, especialmente en materia de información activa y de *open data*.

En el ámbito de la transparencia y el acceso a la información, lo habitual es que las normas de Administración local o regional reiteren derechos o reenvíen a la —deficiente— normativa estatal (55), sin mayores aportaciones. Si acaso, puede destacarse la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, si bien, tampoco goza de contenidos jurídicos muy concretos.

Y la situación aún es más negativa a la hora de valorar la regulación de la transparencia y la participación en su nexos con las nuevas tecnologías (56). Y como he destacado desde hace años, se detecta una especial pereza y falta de compromiso por parte de los poderes públicos en la regulación y garantía de la democracia y participación electrónicas (57). Bien es cierto que Derecho recibe mal y tarde la incuestionable implantación y evolución de las nuevas tecnologías.

(53) Anteproyecto de ley de Transparencia y buen gobierno del País Vasco, de junio de 2012. <http://goo.gl/9rFsQ>.

(54) Por ejemplo, Proposición de Ley Valenciana de Transparencia Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, 15 de mayo 2012. <http://goo.gl/IGMmy> Asimismo, Proposición de junio de 2012 del Grupo Compromís en <http://queremossaber.net/esmenes>.

(55) Por ejemplo, la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local valenciana que incluye un Capítulo sobre «Información y participación ciudadana» (arts. 137-143), en la que las únicas aportaciones de cierta concreción lo son respecto a la iniciativa y consulta popular local. De igual modo, los derechos de acceso a la información en la Ley 11/2008, de Participación valenciana.

(56) Puede seguirse mi dossier «Seguimiento de políticas y normativa estatal, autonómica y local sobre transparencia y participación ciudadana a través de medios electrónicos y telemáticos», de acceso completo en la red.

(57) Por todos, sígase mi estudio COTINO HUESO (2007 b).

Varios factores parecen ir en contra de la regulación del fenómeno tecnológico: dinamismo, variabilidad técnica, desconocimiento, costes, necesidad de reposo que exige el Derecho, etc. Ahora bien, la flexibilidad que exige la participación y el uso de los TICs no es la única causa de que las regulaciones sean simbólicas o propagandísticas: falta una verdadera voluntad política de asumir compromisos concretos y exigibles de transparencia, apertura y participación y el uso de las nuevas tecnologías para ello. Como a la mujer del César, al poder le basta con parecer que es compartido y participado. Pese a que toda institución se apunte a la moda de ponerse un 2.0 detrás o un «open» delante, lo cierto es que poco o nada —bueno— hay regulado al respecto de la participación y transparencia y, en especial, al uso de las TICs al respecto.

La —avanzada— Ley 11/2007 de e-Administración pasó del «podrán» al «deberán» pero sólo en materia de e-administración (58), no de transparencia o participación a través de TICs (59). En este ámbito, son habituales las declaraciones vacías como las del artículo 70 bis de la Ley de Bases de Régimen Local (60) o en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 56/2007, que regula de forma vacía el «Fomento a la participación ciudadana en la sociedad de la información» (61).

Una clara muestra de que la transparencia y participación a través de las TICs puede ser regulada de forma concreta y con garantías es el ejemplo que brinda la regulación de la transparencia y buen gobierno corporativo empresarial (62). Se trata de la Ley 26/2003, de 17 de julio, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (63) y toda su importante

(58) Sobre el tema de los derechos electrónicos, por todos, mi trabajo en más de 160 páginas, COTINO HUESO (2010 a).

(59) Respecto del concreto aspecto de acceso a la información en la Ley 11/2007, COTINO HUESO (2010 a).

(60) Así, cuando se afirma que «1. Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales.» Tampoco se hace exigible de forma concreta esta ley cuando afirma que «las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas.»

(61) «Con el objeto de fomentar la presencia de la ciudadanía y de las entidades privadas sin ánimo de lucro y garantizar el pluralismo, la libertad de expresión y la participación ciudadana en la sociedad de la información, se establecerán medios de apoyo y líneas de financiación para el desarrollo de servicios de la sociedad de la información sin finalidad lucrativa que, promovidos por entidades ciudadanas, fomenten los valores democráticos y la participación ciudadana, atiendan al interés general o presten servicio a comunidades y grupos sociales desfavorecidos.»

(62) Que sea íntegra, fiable, exacta, clara, precisa, en su caso gratuita, accesible y usable.

(63) Sobre el tema, por todos, MUÑOZ PÉREZ (2005).

normativa de desarrollo (64). En una norma de hace diez años y, pese a lo que este tiempo supone en el ámbito de las TICs, se dan obligaciones concretas, bajo riesgo de sanción (65), que ni de lejos se dan para los poderes públicos que las imponen. Se regula y detalla el derecho de información del socio, el contenido, calidad y forma de acceso a la información obligatoria, el ejercicio electrónico de acceso, las formas de participar en los órganos de gobierno de forma previa a la adopción de decisiones, etc. El lector puede leer dicha normativa o simplemente acudir a la web de una sociedad cotizada y comprobar el fácil acceso a la información y las posibilidades de participación que tiene si fuera accionista. Y ello no lo hacen las sociedades cotizadas por gusto, sino por normas que las Administraciones no se aplican a ellas mismas.

También deja en evidencia la falta de voluntad en España el Reglamento (CE) n° 1049/2001, la norma de acceso a la información ante las instituciones y órganos de la Unión, que entre otras cosas regulaba ya el ejercicio electrónico del acceso a la información. En 2001 ya se reguló mejor que el proyecto de ley español de 2012. Y ello por no hablar de la FOIA (*Freedom of Information Act* (66)) de los Estados Unidos, aprobada en 1966 y reformada en 1996 para garantizar el acceso electrónico público a la información administrativa federal, complementándose con otras leyes (67).

De igual modo, también como contraste con la situación normativa en España, destaca el Reglamento (UE) n° 211/2011, sobre la iniciativa ciudadana europea (ICE) (68). Más allá de la importancia real de esta institución participativa, estimo que es muy destacable esta regulación porque supone un *giro copernicano* a la hora de regular el uso de las TICs. Y es que lo que es tan habitual como negativo es que las normas se limiten a introducir como

(64) En especial, cabe tener en cuenta la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades y la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas

(65) La Ley de sociedades anónimas fija la responsabilidad del cumplimiento de la obligación en el Consejo de administración (art. 117. 3º) y el incumplimiento constituye un tipo disciplinario según el actual artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores:

«m bis. La inexistencia de la página web prevista en el apartado 2 del artículo 117 y en el apartado 5 del artículo 82, o la falta de la información señalada en dichos artículos o en sus normas de desarrollo.» Asimismo, hay que estar por lo dispuesto en el actual artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas.

(66) *Freedom of Information Act*, 5 USC § 552 (1994). Se sigue básicamente, FROST (2003).

(67) Ley de reducción de los trámites burocráticos y la Ley de transparencia del Gobierno, y documentos políticos detallados, como la circular A130 del OMB, Office of Management and Budget.

(68) Puede seguirse COTINO HUESO (2011 c).

«cuña» que el derecho o instrumento en cuestión «se podrá ejercer por medios electrónicos». Esta mala regulación evidencia que lo electrónico se percibe como algo ajeno y secundario. Y lo que es peor, estas «cuñas electrónicas» lejos de ser un avance implican que en la realidad no pueda ejercerse en la práctica el derecho en cuestión a través de medios electrónicos por la falta de regulación. Pues bien, frente a este mal hábito normativo este Reglamento europeo parte de que el medio natural de la institución participativa son las TICs y toda la regulación gira alrededor de ello.

2. La conveniencia y necesidad de regular diversos aspectos de la participación y de complementar a la Ley estatal de transparencia

Como punto de partida, cabe preguntarse si hay que regular la participación y la transparencia, así como el uso de las TICs. Por cuanto a la participación, en el estudio más serio sobre la materia, Tur viene a justificar la regulación por una ley general la participación autonómica, como la valenciana (69). Se afirman diversas razones para la regulación que se pueden compartir: el papel simbólico y político e impulsor; la necesidad de ir más allá de la regulación sectorial de la participación; la conveniencia de asumir compromisos de participación con colectivos y la asunción normativa de un modelo participativo.

No obstante, dicha autora aboga por una norma que «acogería más principios que reglas jurídicas» para evitar una «maquinización» o un mero «procedimentalismo» indeseable. Se trata de una posición que no se comparte. Ciertamente es que un exceso regulador constriñe la participación que, de natural, exige fórmulas flexibles. Así, una de las mejores *normas* hasta la fecha, como son las «Normas mínimas para la consulta de la comisión a las partes interesadas» de la Unión Europea de 2002 no tienen naturaleza jurídica (70). Ahora bien, este fenómeno ha llevado —al menos en España— a que las normas participativas sean por lo general vaporosas y jurídicamente insustanciales. La experiencia valenciana y de otras normas antes mencionadas creo que viene a demostrar que una regulación tan flexible y principal, sin derechos que lo sean ni normas exigibles, ni garantías de puesta en marcha, ha llevado a la inaplicación total de estas leyes, posiblemente muy costosas en su elaboración. En todo caso, afirma

(69) TUR AUSINA, R. (2010: 27 y ss.).

(70) De todo interés, COM(2002) 277 final *Comunicación de la Comisión, Documento de consulta: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo — Propuesta de principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas*, Bruselas, 5.6.2002 (disponible en la red). Pp. 8 y 9: Se propone que la Comisión se guíe, para la realización de sus consultas abiertas y/o concretas sobre las grandes iniciativas políticas, por los principios generales y las normas mínimas establecidos en este documento, sin perjuicio de que los Servicios de la Comisión apliquen prácticas más avanzadas o desarrollen normas más específicas en determinados ámbitos políticos. *Ni los principios generales ni las normas mínimas son jurídicamente vinculantes.*»

Tur (71) la necesidad de pasar del voluntarismo político a la seguridad jurídica y la necesidad de que se determinen los principios claves de la participación y el sujeto de la participación. De igual modo señala Tur la necesidad de determinar los particulares instrumentos de participación así como las garantías de la misma, como —afirma— el compromiso de la elaboración de Planes de Participación, con diagnóstico previo y evaluación posterior.

No se ha tomado la regulación en serio. A mi juicio, la única causa de que las regulaciones que se han dado hasta ahora sean mayormente simbólicas y propagandísticas es la falta una verdadera voluntad política de asumir compromisos concretos y exigibles de transparencia, apertura y participación y el uso de las nuevas tecnologías para ello. Comunidades Autónomas que desde antaño han dado una real importancia a la participación han hecho bien, a mi juicio, no regulando de este modo, aun dejando la cuestión sin regular, como el caso catalán. Las normas que se quedan en el papel no sólo no son positivas para la participación, sino todo lo contrario. No en vano la regulación vaporosa e inaplicada genera descrédito en los ciudadanos particulares —que sólo oye hablar de la participación el día que se aprueba la ley—, desilusión en la sociedad civil participante —que ve frustradas promesas y expectativas en el proceso normativo—. También es negativo internamente para la Administración, los servidores públicos y altos directivos, por cuanto no se genera cultura participativa y la cuestión de «la participación» queda como una materia departamental y no transversal. De igual modo, estas prácticas desacreditan la propia función legislativa. Si la participación no se toma en serio por la ley, nadie lo hace. Y es que, con normas así, finalmente tampoco se toman en serio la participación los juristas y la doctrina al no ver referentes de regulación serios que acaben de dar forma a derechos y principios emergentes como los enunciados.

Es cierto que hay que evitar encorsetamientos y la referida «maquinización», pero ello no obsta la asunción de compromisos concretos de participación con garantías del cumplimiento y exigibilidad de los mismos por la sociedad civil. Y, asimismo, cabe regular muchos aspectos concretos para que puedan desarrollarse los procesos participativos sin que queden al libre decisionismo del Consejero, Director General o Concejal de participación de turno.

Por todo ello, sería positiva la regulación de la democracia participativa en los distintos niveles, con mayor motivo cabe regular el acceso a la información y la transparencia. Dada la regulación estatal en ciernes con la Ley de transparencia a la que se hizo referencia supra (II. 1), simplemente me atrevo a señalar elementos de interés que pueden ser regulados a nivel autonómico e incluso local y serían de toda utilidad. Así, para las respectivas administraciones cabe complementar la regulación estatal:

(71) TUR AUSINA, R. (2010: 27 y ss.).

— Regulando diferentes aspectos como el ejercicio electrónico del derecho y la difusión activa de la información a través de las TICs, que es bastante mejorable en la Ley estatal en ciernes. En este último caso, cabe regular asimismo el establecimiento de garantías eficaces para exigir la difusión activa. Y, como es obvio, la transparencia activa será electrónica o no será. Además, podría regularse la catalogación y difusión de los listados y tipología de información pública activa.

— En el ámbito de la reutilización y *open data*, cabe regular de forma concreta y con compromisos para los poderes públicos no sólo la posibilidad de reutilizar la información pública (ya garantizado por Directiva desde 2003 (72)), sino la disposición de los formatos óptimos para que la reutilización pueda ser eficaz, así como regular órganos y mecanismos de colaboración con la sociedad civil y el sector privado interesados en la reutilización.

— Respecto del los plazos plazo de un mes —máximo— que fija (el proyecto) el Proyecto de Ley estatal (art. 17) en los que las Administraciones deben dar respuesta a las solicitudes de acceso a la información, puede regularse una reducción de dicho plazo máximo. O, por ejemplo, que a partir de 15 días de la solicitud la Administración habrá de justificar que concurren unos motivos tasados.

— Son varias las posibilidades de regulación respecto de la reclamación posible tras la denegación o silencio negativo de la Administración ante una solicitud de acceso. En razón de la Disposición adicional 4ª del Proyecto de Ley, sería posible contemplar la participación de *ombudsmen* autonómicos o autoridades de protección de datos donde las haya por cuanto a la autoridad independiente autonómica a quien atribuir la resolución de la reclamación tras la denegación o silencio negativo. Asimismo, también cabría reducir el —excesivamente amplio— plazo máximo de tres meses para resolver esta reclamación (art. 21). También podría regularse a mi juicio, el silencio positivo que se produce ante esta reclamación (art. 21. 4ª), en su caso, limitado dicho silencio negativo sólo a unos supuestos tasados.

— Igualmente, puede resultar de mucho interés en la práctica la concreción autonómica o local de qué órganos o unidades son responsables en el marco de la Ley. Y esta concreción puede ser especialmente importante para la Administración institucional y corporativa dependiente de la Administración que se tratase.

— Otro espacio de regulación muy amplio —y necesario— es el relativo a la fijación de infracciones y sanciones del personal de las Administraciones en razón de la transparencia y el acceso a la información. El Proyecto de Ley estatal prácticamente lo desconoce y, además, hoy día en razón del artículo 57 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público,

(72) Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reutilización de la información del sector público.

este régimen sancionador del personal queda en manos de las Comunidades Autónomas, que hoy día no contemplan infracciones en la materia.

— Muy vinculado con el proceso participativo y a la difusión activa, también podría mejorarse la Ley estatal respecto la posibilidad de acceder a información de relevancia jurídica (art. 6 Proyecto). En concreto por cuanto a la elaboración de reglamentos y leyes. Es clave posibilitar el acceso a la información cuando aún se tiene posibilidad de participar o influir en el procedimiento. Cabe tener en cuenta los casos en los que no se informa del texto de la futura norma hasta su aprobación o, cuanto menos, hasta que se solicitan informes (art. 6). Y ello bajo la exclusión del acceso a la información cuando «se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general» (art. 15 a).

3. Quién y cómo puede regular la participación y transparencia y su ejercicio a través de las TICs

Por lo general, estas regulaciones podrían ser tanto de naturaleza estatal como normas autonómicas, locales o normativa propia de instituciones corporativas autónomas (73). No cabe escudarse en que hay que esperar a que el Estado sea quien regule. Aunque la participación y la transparencia tienen aspectos vinculados a derechos fundamentales (arts. 23 CE y 20 CE) su regulación se vincula con el 105 CE (74) y, en general, la regulación de estos derechos no estaría reservada a ley estatal por cuanto no afectaría a la dimensión subjetiva de estos derechos fundamentales o se trataría de regular elementos conexos o relativos al ejercicio del derecho, no al «desarrollo» del mismo. Asimismo, y también por lo general, será fácil encontrar una cobertura legal suficiente en la legislación estatal administrativa y de este modo considerar que se la acción reguladora sea desarrollo o complemento por parte de administraciones subestatales. Además, como se ha visto la nueva ola de Estatutos de Autonomía por lo general refuerzan esta actividad —en forma de derechos estatutarios, principios o competencias. De este modo, las normas estatutarias dotan de cobertura a una regulación general de la participación, la transparencia y la buena Administración.

Por cuanto a la competencia para regular la participación, como se adelantó (75), una Comunidad Autónoma —o un ente local— pueden regular consultas populares y otros mecanismos de participación, dado que no forman parte del artículo 23 CE ni de la competencia estatal administrativa del artículo 149. 1º 18º CE.»

Asimismo, tanto respecto de la participación en la Administración cuanto de la buena Administración, la transparencia y el acceso a la información, el

(73) Las siguientes propuestas concretas las esbozo brevemente en COTINO HUESO (2012).

(74) Ver lo afirmado sobre la sentencia 119/1995, de 17 julio respecto de la democracia participativa (*supra* nota 35).

(75) Véase la nota 50 de este estudio.

desarrollo normativo como el que aquí se propone no afectaría a la competencia exclusiva del Estado en el ámbito administrativo del artículo 149. 1º. 18º CE. Antes al contrario, se trataría de normativa bajo las potestades de auto organización administrativa de Comunidades Autónomas, entes locales u organizaciones con autonomía. En el caso de Comunidades Autónomas se añade la generalizada asunción de competencias en materia de archivos y registros.

De igual modo, y por cuanto a la regulación del uso de las TICs por las Administraciones, sería muy difícil que se afectase algún título competencial exclusivo del Estado vedado a las Comunidades Autónomas. Además de lo expuesto anteriormente, cabe añadir que los nuevos Estatutos suelen recoger aparentes derechos, principios y algunos títulos competenciales que refuerzan su posibilidad de regular aspectos vinculados a las TICs y la sociedad de la información, lo cual he analizado en otros estudios (76). Ello reforzaría las posibilidades de asumir regulaciones. Cabe apuntar que el Tribunal Constitucional en 2010 ha dado por buenas las cuestionables competencias asumidas en Cataluña afines al ámbito de las comunicaciones y telecomunicaciones (77).

Por cuanto a la forma que habría de revestir la normativa, en los más de los casos tan siquiera sería precisa una norma de rango legal. Según lo ya expuesto:

— No recaería reserva de ley por no ser ni desarrollo ni regulación de ejercicio de derechos fundamentales.

— Aunque tuviera conexidad con derechos fundamentales, en muchos supuestos, la normativa relativa al uso de tecnologías por las Administraciones consistiría en el desarrollo instrumental o tecnológico secundario que no exige de rango legal (78).

— Se trataría de normativa de concreción, complemento y desarrollo de elementos ya regulados en leyes estatales, por lo que la norma reglamentaria contaría por lo general con suficiente cobertura legal.

La posibilidad de regular el gobierno abierto vía reglamento no es baladí. De un lado, puede ser importante ante la dejadez del legislador y permite el

(76) Llevo a cabo un análisis específico de la materia en COTINO HUESO (2013 b y c). Destaca en este sentido el artículo 19 del Estatuto valenciano, en buena medida copiado por el artículo 34 del Estatuto de Andalucía, también copia título competencial en nuevas tecnologías (art. 58. 2º), asimismo, se asume la competencia ejecutiva «en materia de comunicaciones electrónicas» (art. 64. 9º). El acceso a las TICs se regula como mandato de promoción en los estatutos catalán (art. 53), balear (art. 29) o aragonés (art. 28. 2º). El Estatuto de Extremadura copia la competencia valenciana en su artículo 9. 1. 23º. Por cuanto a las competencias, el artículo 29 del Estatuto balear regula el impulso del acceso a las nuevas tecnologías; el artículo 28. 2º del Estatuto de Aragón incluye la promoción del acceso y el «fomento y desarrollo de las tecnologías para la sociedad de la información».

(77) Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 junio FJ 68º.

(78) El Tribunal Constitucional ha señalado que en materia de derechos fundamentales donde hay una reserva intensa, las posibilidades de remisión de la ley al reglamento ha de limitarse a aspectos «instrumentales» o simples «cuestiones de detalle» (sentencia 77/1985).

activismo desde desde gobiernos y administraciones. El Estado o las Comunidades Autónomas pueden optar por elegir normas de rango legal o quizá regular reglamentariamente, según factores no sólo propiamente jurídicos, sino políticos, organizativos o de eficacia. De otro lado, tiene singular importancia respecto de los entes locales o la Administración institucional y corporativa, puesto que no pueden dictar leyes pero sí cuentan con potestad reglamentaria para conformar en buena medida el gobierno abierto.

Una advertencia a la luz de la experiencia: las regulaciones relativas a las TICs para su efectividad requieren de un importante grado de concreción en elementos tecnológicos. Sin embargo, el legislador parlamentario, por lo general ignorante y perezoso en estas cuestiones, acaba limitándose a regular elementos muy generales que dejan sin aplicar la ley o dejan lo importante a la discreción total del regulador gubernamental. Y, lo que es peor, por lo general el necesario desarrollo reglamentario no llega, o cuando llega está también falto del detalle necesario para su efectividad. O simplemente ha pasado la «moda» o «interés» en la participación o transparencia. Todo ello unido a la falta de verdadera voluntad política hace que el proceso quede siempre inacabado. De ahí que lo recomendable es desde el inicio que el regulador que asuma estas materias con decidida intención, lo haga con un grado de detalle que permita hacer efectiva la norma sin dejar la norma al desarrollo *sine die*.

4. Algunas premisas e ideas básicas para la regulación

Frente a los escasos compromisos normativos en la materia, lo cierto es que muchas de las propuestas de regulación concretas que pueden realizarse no son nada novedosas (79), sino que se reclaman sin éxito desde hace años, mientras las TICs no dejan de evolucionar.

— Entre las premisas de interés a la hora de abordar estas cuestiones, resulta oportuno recordar algo que es obvio: *no hay que emplear necesariamente las TICs en todas y cada una de las fases del proceso participativo*, sino que pueden ser utilizadas específicamente en algunas de tales fases, en las que resulten más idóneas. De hecho, hasta hoy mismo, las mejores prácticas mundiales de democracia electrónica se centran en las primeras fases del proceso (mejor y mayor información), nunca en la fase de toma de decisiones. Las TICs no sólo son idóneas para lograr una mayor y mejor información, también son especialmente útiles para conformar y estructurar la sociedad civil que ha de participar, ya sea para facilitar su generación, emergencia y consolidación así como su participación concreta en los procesos participativos.

(79) Muchas de las propuestas ya se afirman en COTINO HUESO (2006 b). Steven Clift desde 2004 señalaba para el futuro la necesidad de reconocimiento de unos derechos mínimos CLIFT,(2004).

— *Apostar por el uso de TICs para la buena información, la apertura y la participación no es algo necesariamente caro.* Muchas veces se ha dilapidado dinero en proyectos de e-democracia de muy dudosa o ninguna utilidad y, por lo general, total desinterés y desconocimiento de la ciudadanía. Sin embargo, las mejores prácticas de e-democracia pueden resultar muy baratas, como lo son las primeras fases de la participación (buena información). De hecho, la información suele estar, pero no de forma usable. Hacer llegar la información de interés y a tiempo para participar —a un nivel aceptable— no es complejo. Y tampoco tiene que ser ni caro ni complejo facilitar el ejercicio electrónico del acceso a la información, la transmisión de las opiniones de los participantes antes de la toma de decisión, o la activación de medios electrónicos de contacto eficaz con la ciudadanía. Lo mismo puede señalarse de los costes de *tejer* redes participativas a partir de los mismos registros de entidades participativas, facilitando la organización y cooperación de sociedad civil según temas e intereses.

— Pese a que el voto electrónico puede ser útil, no debe detraer esfuerzos para una efectiva participación electrónica.

— En la mayoría de los casos, para el ejercicio de la transparencia, la participación la evaluación de la calidad y otras acciones de *open government* no es necesaria una identificación plena de los ciudadanos. Por ello, la mayor parte de las fórmulas participativas no exigen de identificaciones robustas, como el e-DNI. Pese a más de 30 millones de e-DNI expedidos en 2013, pocos son los que saben usarlo o están dispuestos a hacerlo para participar o acceder a información pública. Aunque pueda sorprender, incluso en muchos supuestos de transparencia y participación, los mecanismos de identificación a través de grandes prestadores de servicios y de redes sociales generalizadas pueden ser suficientes y son en los que están habituados buena parte de la población digital. La Ley 11/2007 permite «otros medios» de identificación electrónica (art. 16) que quedan a juicio de la autoridad competente.

— La protección de datos y la privacidad no pueden pasar a ser excusas o barreras frente a la transparencia y la participación electrónicas. Remitir información y comunicaciones a los ciudadanos, gestionar redes sociales con numerosos perfiles y grupos, así como bases de datos de ciudadanos y participantes según perfiles es una materia sensible, que exige el buen trabajo y asesoría de un jurista que conozca el tema. El mal jurista dirá que no se puede gestionar o tratar datos, cuando por lo general lo que se requiere es un mayor esfuerzo y vigilancia de que se cumple con los correspondientes registros de ficheros, se recogen bien los consentimientos con plena información o se han implementado las debidas medidas de seguridad de la información.

— Es necesario el control político y fiscal de políticas de la sociedad de la información. Aun sin malicia, la combinación de ignorancia y fascinación por lo moderno por los gestores públicos han llevado a un muy ineficiente gasto en la implantación de medidas de e-democracia y e-gobierno.

— Asimismo, en el diseño y regulación de la participación electrónica, cabe tener en cuenta el peligro de sobre representación al ciudadano que participa a través de internet. La atribución de una sobre representación al activista por medio de las TICs vendría a ser como atribuir una mayor significación política a los mensajes políticos que suelen decorar el entorno urbano, por lo general nada moderados.

IV. PROPUESTAS DE REGULACIÓN CONCRETAS RESPECTO DEL USO DE LAS TICs Y DE LAS REDES SOCIALES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA PARTICIPACIÓN, TRANSPARENCIA Y DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN

1. Qué regular respecto de la participación y el uso de las TICs

Me permito señalar ahora algunos elementos que deben ser regulados.

— Entre la larga lista de principios y finalidades vacuos jurídicamente que suelen albergar las leyes participativas, al menos, deberían recogerse algunos principios que podrían ser funcionales: el principio de la preferencia del uso de medios electrónicos, salvo excepción justificada. O el principio de gratuidad; o el principio de avance de la sociedad de la información que conlleva posibilitar medios de participación y transparencia sólo a través de medios informáticos, sin que ello constituya discriminación para el ciudadano desconectado.

— La participación funcional es la relativa a los instrumentos que tienen los participantes de intervenir en la toma de decisiones —esencialmente derechos e instrumentos participativos—. Al respecto, las normas administrativas, participativas y de transparencia dedican buena parte de su texto en reiterar derechos que ya están reconocidos en normas superiores, sin aportar concreción o garantía alguna de su efectividad. Frente a esta mala práctica, lo que procede es regular elementos concretos para el ejercicio de esos derechos en el marco concreto de la administración de la que se trata, designando órganos y unidades, garantías, plazos efectivos de resolución, efectos de la no resolución en plazo y responsabilidades por el incumplimiento, etc.

Y por lo que ahora interesa, cabe regular de forma concreta el ejercicio a través de las TICs de los diversos derechos e instrumentos de la ciudadanía para la participación y la transparencia. Es decir, el ejercicio electrónico del derecho de acceso a la información, del derecho de petición, cómo reunir y acreditar las firmas o apoyos recabados electrónicamente y que son necesarios para las fórmulas de iniciativa ciudadana o para la activación por la ciudadanía de procedimientos de consulta. Como se ha adelantado, lo habitual —y muy negativo en la práctica— es que las normas se limiten añadir como «cuña» que el derecho o instrumento participativo «se podrá ejercer por medios electrónicos». Y punto. Al no haber concreción jurídica, estas facultades y derechos no se ejercen nunca de forma electrónica y quien lo intenta acaba desistiendo por las barreras

fácticas que se encuentra al plantearlo a una Administración que duda por falta de cobertura jurídica y de conocimiento y de voluntad en la materia. Así pues, se trata de regular la obligación de disponer un espacio concreto en la web o sede electrónica para ejercer estos derechos, determinar un órgano o unidad responsable, aportar medios e instrumentos personales, económicos y tecnológicos, fijar el nivel de seguridad exigido para esas plataformas, determinar el nivel de identidad electrónica exigido, las garantías de acuse de recibo, de prueba de la comunicación, etc. Incluso, como en el caso de la Iniciativa Ciudadana Europea, se trata de regular la obligación de generar el software para ponerlo a disposición de la ciudadanía para ejercer la institución participativa.

— Un elemento importante para quien ha tomado parte en un proceso participativo es tener un mínimo *feedback* de las consecuencias de su participación. El participante no puede exigir que hagan caso a su propuesta, pero sí que tiene derecho a saber que su aportación ha sido recibida, tenida en cuenta y, en su caso, saber por qué no se adopta finalmente. A este respecto la regulación es muy cicatera. Sólo excepcionalmente alguna normativa exige justificar por qué no se adopta una propuesta participativa (80). Y por lo que toca a medios electrónicos, hay que dar cobertura normativa a las comunicaciones electrónicas para que el ciudadano participante tenga este *feedback*.

— También es muy recomendable la regulación de los modos de contacto electrónico de los ciudadanos con la administración fuera de un procedimiento. Estas relaciones «extraprocedimentales» son muy habituales y no tienen cobertura jurídica alguna, siendo que muchas veces quedan muy vinculadas con elementos participativos o de acceso a la información. En otro lugar he formulado cómo podría ser tal regulación (81).

— Asimismo, es preciso regular de forma concreta la existencia de un punto en la web institucional que centralice la información electrónica al ciudadano y los elementos mínimos de información que debe contenerse en el mismo y su estructuración (ejemplo, arts. 14 y 15 de la Ley valenciana 5/2010).

También, vinculado al *open data*, debe regularse cómo debe difundirse la información, fijando estándares de usabilidad y accesibilidad respecto de la información pública, así como que se ponga a disposición en formatos concretos que sean óptimos para su efectiva reutilización (al respecto destaca el anteproyecto vasco y el Real Decreto 1495/2011. A nivel local es relevante el ya mencionado borrador de Ordenanza sobre transparencia y libre acceso a la información de Zaragoza, artículos 14 y siguientes). La normativa puede implantar plataformas de acceso a la información reutilizable y fijar órganos responsables, y sus atribuciones. Asimismo, dado que hay sectores específicos

(80) Así, el artículo 10 Ley 8/2003, de 22 diciembre, por la que se regula el Procedimiento de elaboración de las Disposiciones de Carácter General del País Vasco. Ver también los derechos de la Ley Navarra de 2012.

(81) Un texto posible de norma puede seguirse en COTINO HUESO (2010 b).

de la sociedad civil interesados en la reutilización de la información pública orientada a la participación y la transparencia, cabe regular orgánicamente la participación de los mismos en estas políticas de información activa, creando canales fluidos entre ellos y los poderes públicos. Cabe recordar que para entes hay gran margen de concreción normativa sobre reutilización pública y el régimen de propiedad intelectual, a partir de la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre y la Ley 37/2007, siendo el Real Decreto 1495/2011 estatal.

— Cabe también regular el uso de las TICs respecto de la participación orgánica, esto es, la centrada en los órganos de participación o consulta a través de los cuáles se canalizan formas participativas. Así, las normas deben determinar las posibilidades de actuación electrónica, teniendo en cuenta que la Disposición adicional 1ª de la Ley 11/2007 da cobertura a la actuación electrónica de los órganos colegiados. Procede por ello reforzar la cobertura normativa de la obligatoriedad y validez de las comunicaciones electrónicas de constitución, convocatoria, comunicación de acuerdos y resoluciones, aclarar la preferencia de comunicaciones electrónicas. También cabe regular las formas que tiene la ciudadanía para participar e interactuar a través de las TICs con los órganos participativos y las obligaciones de información electrónica a la sociedad civil de todos los acuerdos pendientes de adoptar y los ya adoptados a través de listas, suscripciones, información en la web, etc. Cabe también obligar a que en el punto de información y participación se informe sobre cada órgano participativo, su composición y procedencia de todos los miembros, su presupuesto y retribuciones, fórmulas de elección, así como de sus reuniones y los resultados de las mismas.

— Desde el punto de vista de la regulación de los sujetos, las normas pueden fijar qué individuos y entidades pueden participar. En este punto, cabe tener en cuenta que cada vez es más habitual la existencia de colectivos sin forma jurídica y que sólo existen en internet y las redes sociales, sin que ello en modo alguno implique una menor importancia política, social o administrativa. Antes al contrario, negar la participación de estos colectivos a favor de tradicionales asociaciones —a veces inactivas o no representativas— es una regresión. Hay que oír la calle, y también oír las redes. A este respecto, la Ley 11/2007 incluye un concepto flexible de «ciudadanos».

En el terreno de los registros de los sujetos participantes, las normas pueden concretar los requisitos para inscribirse en tales registros y cómo se conforman los mismos. Y relacionado con las TICs, puede contemplarse la inscripción electrónica y el consiguiente nivel de identidad exigible para ello. De igual modo, dado que puede tratarse de ficheros de datos personales, la regulación debe cumplir con los requisitos de inscripción y publicidad de tales ficheros y fijación de su estructura, responsable, ejercicio de derechos, determinación de finalidades, etc. Y, sobre todo, la regulación de los registros participativos, debe tener en cuenta el potencial que tienen los mismos para favorecer la participación, para tejer y estructurar a los mismos participantes. No sólo se trata de un registro, sino que

también tiene el potencial de ser una herramienta de información a disposición de la ciudadanía y de todos los participantes, cuya información interesa que se divulgue directamente en una web participativa de la institución. Por ello, debe preverse la posibilidad de difusión pública de estos registros, especialmente en el caso de que contengan datos personales.

— Ya respecto de mecanismos de participación concretos, las posibilidades de regulación son del todo variadas: mecanismos de información ciudadana, procedimientos de deliberación, consulta, etc. En cualquier caso, la regulación puede fijar cuándo el procedimiento participativo es obligatorio para el poder público, si hay mecanismos puedan obligar a activar un procedimiento participativo (apoyos, firmas, etc.), si estas vías pueden ejercerse a través de medios electrónicos y en sedes electrónicas institucionales, etc. Y bajo qué régimen de garantías.

— Pese a que a mi juicio no sea un mecanismo muy adecuado, si se sigue la vía de realización de consultas o en su caso encuestas, cabe determinar su formato electrónico o no, los requisitos de identidad y de seguridad de tales consultas o encuestas, la transparencia de los medios elegidos y su difusión en la red.

— Hay también que regular la transparencia misma de las políticas y procedimientos participativos. Además de la ya afirmada información sobre todos los órganos participativos, su composición y procedencia, cabe contemplar la elaboración de informes de participación y transparencia periódicos o no, sectoriales o generales a cargo de órganos y unidades con responsabilidades. Y, en especial, hay que regular la obligatoriedad de divulgar tales informes periódicos en el portal de participación e información de la sede electrónica, así como de difusión obligatoria a los participantes a través de listas de correo, redes sociales, etc. Hoy día resulta extremadamente difícil saber la marcha real de normas participativas ahí donde se han dado.

— Las normas participativas suelen incluir un apartado de normas de fomento de la participación. La Unión Europea ha subrayado que las exigencias de transparencia recaen también en la sociedad civil participante. Por ello, la normativa participativa y de registro de entidades puede contener obligaciones de difusión activa de información a través de los medios electrónicos y dotar de cobertura a la difusión de la información sobre subvenciones recibidas y procedencia de éstas, así como información sobre la actividad desarrollada en los distintos procedimientos participativos, los miembros componentes de los distintos órganos de participación, sus retribuciones directas o indirectas, etc. Cabe regular asimismo la difusión de las memorias o documentación de la solicitud y justificación de los resultados presentados por los beneficiarios.

— Aunque no se traten propiamente de elementos participativos, las políticas de evaluación y calidad de las políticas públicas también acompañan habitualmente la regulación del gobierno abierto. A este respecto, además de determinar qué se evalúa, cómo, quién y cuándo, procede regular la obligación de divulgar

electrónicamente los procesos de evaluación de políticas y la posibilidad de valorar los mismos por la ciudadanía y la sociedad civil.

2. Qué regular respecto de la transparencia y difusión de la información pública a través de las TICs

La información es premisa de la participación, de ahí que la regulación de una y otras son afines y en ocasiones no separables. Sin perjuicio de lo ya señalado como elementos posibles de regulación de la participación electrónica, son también necesarias y amplias las posibilidades de regulación de la información pública a través de las TICs.

— En general, es de interés la categorización jurídica de la actividad misma de divulgar información pública y de hacerlo a través de medios electrónicos. Esta actividad informacional, que se ha intensificado gracias a las TICs, no suele concebirse ni como función ni como servicio público, ni recae obligación jurídica de algún tipo de llevarla a cabo. Como consecuencia, el régimen jurídico que afecta a la actividad informacional de los poderes públicos es un auténtico cajón de sastre heterogéneo sin bases dogmáticas para su tratamiento (82).

— En la misma dirección, y como también ha señalado Cerrillo (83), la normativa puede ser muy útil para establecer una tipología de la información pública: información de la web institucional, información de servicio, información obligatoria de la sede electrónica, información en razón del derecho de acceso, información en procedimientos de interés colectivo o difuso, información de contratación administrativa, información dentro de un procedimiento, archivo o expediente, etc. A partir de tal tipología puede aplicarse un régimen jurídico diferente para los requisitos de acceso a dicha información, la necesidad de identificarse y con qué grado de robustez, la obligatoriedad de que figure directamente la información en la web; el nivel de seguridad de la información que proceda, protección de datos, etc.

— Un elemento muy importante a regular es el régimen de responsabilidad jurídica de la información pública difundida por medios electrónicos (84). La Ley 11/2007 incluye exigencias y derechos de calidad de la información a través de medios electrónicos (arts. 4 y 6), con exigencias más concretas respecto de la información de la sede electrónica (art. 10), también se regulan las publicaciones oficiales y los tablones electrónicos (arts. 11 y 12). Pero caben regulaciones más concretas. Además de afirmar expresamente los requisitos de la información pública (integridad, actualización, neutralidad, interoperabilidad, calidad, claridad, usabilidad, accesibilidad, veracidad, exactitud, fiabilidad, seguridad,

(82) El mejor esfuerzo posiblemente se deba a CERRILLO I MARTÍNEZ (2010).

(83) *Ídem*.

(84) Además de los trabajos de Cerrillo, por todos, VALERO TORRIJOS (2007)-

privacidad, etc.) cabe regular las cláusulas y condiciones de uso que han de figurar en los avisos legales (que por lo general niegan el valor de la información de la web y la responsabilidad por la misma); hay que regular cómo y dónde han de aparecer estos avisos y la validez jurídica de los mismos así como de las comunicaciones informales de los servidores públicos a la ciudadanía (p. E: a través de correo electrónico). Como se ha señalado en el apartado anterior, cabe regular estos contactos informales electrónicos de la Administración con la ciudadanía. Puede ser importante imponer la obligación de la fijación de fecha de última actualización de la información y aviso de posible desactualización a los efectos de adoptar decisiones por la ciudadanía basadas en tal información. Ello puede implicar aclarar orgánicamente las atribuciones y competencias respecto de la información de la web institucional y su actualización. En la misma dirección, procede regular la autoría y responsabilidad de la información de la web institucional, que en muchas ocasiones queda indeterminada de cara al ciudadano, lo cual dificulta en la ejercer garantías respecto de la misma. Deben determinarse medios claros de comunicación con el responsable de la Administración así como mecanismos que faciliten la prueba del contenido de la web o comunicación electrónica de cara a las posibles acciones legales. Asimismo, se puede intentar especificar el alcance de la responsabilidad que se asume respecto de contenidos en servidores ajenos a la web (como las redes sociales) o los contenidos integrados por terceros en la web institucional.

— Relacionado con lo anterior, y sin adentrarnos ahora en cuestiones de protección de datos, cabría regular el cumplimiento de la gestión de consentimientos del uso de «cookies» a que en principio obliga el artículo 22 de la Ley 34/2002 en razón de la *ley de cookies*, esto es, el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, transposición de la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

— La regulación de los avisos legales y políticas de privacidad que deben cumplir las webs institucionales puede ser un elemento óptimo para mitigar problemas jurídicos. No es difícil estandarizar un aviso legal completo que haga referencia a todos los elementos jurídicos relevantes y concrete en lo posible elementos jurídicos de interés. Así, por ejemplo, identificación de la titularidad de la página y medios de contacto eficaz para comunicar por problemas jurídicos con la web. Sobre reutilización y propiedad intelectual, es adecuada una remisión a la normativa aplicable (si hay normativa propia más concreta, además de la Estatal), al tiempo de la explicitación de elementos y decisiones que la normativa deja en mano de la institución en su política de reutilización. De igual modo, todas las especificaciones sobre *open data* con remisión al portal específico si existe. También cabe incluir en el aviso legal la especificación de autorizaciones sobre los contenidos y condiciones que se establecen para la reutilización y mecanismos de contacto eficaces para obtener posibles autorizaciones concretas. Ya se han adelantado contenidos posibles respecto de la responsabilidad por contenidos propios y ajenos de la web. Además de regular algunos contenidos

mínimos del aviso legal, guarda especialmente importancia que se obligue a que éste tenga una importante visibilidad.

— Un elemento estructural de la web 2.0 es la generación de contenidos por los terceros participantes (85), contenidos que se vienen a integrar, en nuestro caso, en el sitio o aplicación de la Administración. Por ello, resulta de especial interés determinar las posibilidades y responsabilidades de las Administraciones por la integración de contenidos de terceros en las webs institucionales. La práctica delata que muchas administraciones han huido de las redes y su integración en webs institucionales por el temor a ser responsables por los contenidos que incluyen terceros. Jurídicamente se pueden dejar claros bastantes elementos de este tipo sin que ello conduzca a huir del uso de las redes sociales por las Administraciones o a no utilizar en plenitud las mismas. Por ejemplo, el legislador puede aclarar la aplicabilidad a las Administraciones públicas de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (86) para facilitar a las Administraciones las exenciones de responsabilidad por contenidos ilícitos alojados por terceros. Cuanto menos, el normador puede dar por hecho que asume que tal normativa le es aplicable. Y para ello, por ejemplo, deben fijarse medios claros de comunicación con el responsable del sitio de la Administración donde se integran contenidos de terceros, no ya sólo para alertar y en su caso agilizar su retirada, sino también a los efectos del «conocimiento efectivo» a partir del cual la Administración estaría obligada a impedir el acceso a estos contenidos conflictivos para evitar asumir la responsabilidad por los mismos (arts. 16 y 17 Ley 34/2002).

3. Y por último, elementos de regulación del uso de redes sociales por las Administraciones públicas

Las redes sociales han venido para quedarse y la Administración se ha sumado relativamente rápido a las mismas (87). Y como puede suponerse, esta incorporación de las instituciones y los servidores públicos a las redes sociales no se ha hecho de forma planificada, organizada ni con previsión de todas las complejas consecuencias jurídicas que implican. Es por ello que no sólo es posible, sino muy recomendable dotar de cobertura jurídica a esta realidad e introducir algunas regulaciones sobre el uso por las Administraciones públicas de las redes sociales que aminoren y mitiguen posibles problemas jurídicos.

(85) Lo sigo en mi estudio, COTINO HUESO (2009).

(86) Al respecto, VALERO TORRIJOS (2007).

(87) Sobre el tema, cabe destacar las mejores prácticas referidas en el Directorio *Web 2.0 Governance Policies And Best Practices – Reference*, elaborado por la red de empleados públicos Govloop. (<http://bit.ly/ZlOtwr>). Asimismo, BONSÓN, TORRES, ROYO y FLORES (2012) y CHUN, SHULMAN, SANDOVAL y HOVY (2010). En España, resulta muy destacable la guía de la JUNTA CASTILLA Y LEÓN (2010). Asimismo, CERRILLO I MARTÍNEZ (2011); RUBIO NÚÑEZ (2011) o CRIADO GRANDE, J. Ignacio (2012).

Obviamente, cabe tener en cuenta lo afirmado en el apartado anterior sobre la regulación de la difusión de la información pública a través de las TICs. En consecuencia, lo que ahora se postula serían especialidades y cuestiones complementarias a lo ahí señalado.

Desde las primeras investigaciones (88) se han determinado ocho elementos esenciales de una política de *social media* de las instituciones, a saber:

1) Acceso. Regular el acceso por los empleados a las redes sociales, condiciones y horarios y si es uso personal o profesional.

2) Política de administración de cuentas definida para controlar, organizar y liderar. Sistemas de autorización de cuentas e identidad, listados de dominios y perfiles.

3) Uso aceptable por los empleados, separación entre el uso personal y profesional por los empleados usuarios de redes.

4) Código de conducta de los empleados sobre lenguaje, respecto de reglas y hábitos, transparencia y apertura en la interacción.

5) Contenido, sobre permiso para publicar contenidos en las páginas oficiales, exactitud, privacidad, propiedad intelectual, secreto.

6) Seguridad y prevención frente, por ejemplo, suplantaciones de personalidad y *hackeo* de cuentas, además de evitar la importación de *virus*, *troyanos*, etc.

7) Cuestiones jurídicas relativas a la conservación de los contenidos difundidos por las Administraciones en las redes, su conservación y posibilidades de acceso al mismo en razón de las leyes de acceso a la información.

y 8) La conducta ciudadana. Se trata de determinar la posibilidad de la institución de interactuar con los ciudadanos así como gestionar su participación. Políticas de uso y su puesta a conocimiento de los usuarios.

Se trata, pues, de un marco de referencia sobre el que plantear elementos de regulación. Y en particular, considero que cabe regular aspectos como los que siguen:

— Las posibilidades de controlar o moderar los contenidos integrados por terceros en espacios 2.0, como foros, comentarios, redes, etc. (89) Así como las facultades para decidir «seguir» o «ser amigo» de unos u otros ciudadanos en unas redes u otras. Es posible violar la libertad de expresión e información por la censura o restricción de contenidos o la exclusión o selección arbitraria de ciudadanos en las redes por parte de las Administraciones públicas, que no olvidemos, deben ser neutrales. Estos problemas pueden resolverse en gran medida con una normativa —jurídica— que dé cierta cobertura a las políticas de comunicación

(88) Se trata del estudio comparativo de 26 documentos de agencias gubernamentales sobre el uso de medios sociales por HRDINOVÁ, HELBIG y PETERS (2010).

(89) Sobre la materia no se dan estudios jurídicos, a excepción de ROLLNERT LIERN (2013).

en las redes (90), atribuya las facultades de moderación, seguimiento o control y sus presupuestos, fije determinadas reglas de uso y las finalidades de estas atribuciones. También cabe determinar la unidad u órganos responsables de la gestión de las redes y las posibilidades de comunicación eficaz con ellos, las garantías de los ciudadanos frente al ejercicio de estas facultades, las posibilidades de quejas y denuncias por contenidos y comentarios, etc. En el ámbito de la Administración General del Estado y como recuerda Rollnert, se ha señalado la conveniencia de «dar unas pautas de uso de las redes sociales en las Administraciones para incorporar una correcta relación ciudadano- Administración (91)». Al momento de la revisión de pruebas de este estudio, en abril de 2013 se ha adoptado por Resolución publicada en el BOE y difundido la «Guía de Comunicación Digital para la Administración General del Estado» (92). Se trata de un documento de calidad e interés, de casi trescientas páginas, que pese a no tener carácter normativo, sí que incluye muy numerosas «recomendaciones» así como unas treinta «obligaciones» de interés, especialmente las relativas al uso no profesional de las redes por funcionarios (págs. 228 y ss.) y la creación de perfiles «oficiales», contenidos y moderación de usuarios (págs. 237 y ss.), sobre privacidad en las redes (págs. 240 y ss.) y sobre seguridad y contenidos en Twitter (págs. 251 y ss.).

— Al igual que se ha señalado la regulación de un aviso legal del sitio web institucional, cabría regular un aviso legal de red social institucional (93), en la medida en la que sea posible integrarlo en la información de la institución y en todo caso en la web institucional. Este aviso ha de ser accesible por el ciudadano, usuario, seguidor o «amigo» de esa Administración en la red social. Pese a que se trate de introducir normas de uso sobre una red social (*Twitter*, *Facebook*, etc.) que ya tiene sus propias políticas y normas de uso, se trataría de un complemento a las condiciones de uso propias de esa red social que debe seguir el usuario. Esta regulación podría contener unos mínimos contenidos como normas específicas de uso que deben cumplir los usuarios o seguidores de ese perfil de la red social por la Administración. También, pueden establecerse previsiones sobre elementos de propiedad intelectual y reutilización y responsabilidad por contenidos en dicha red.

— Son muchas las dudas que se generan en materia protección de datos en razón de las redes sociales (94), y tales dudas se trasladan también al ámbito

(90) De especial interés, FUNDACIÓN CTIC (2010).

(91) Entrevista a la Directora General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica, *Revista Democracia y Gobierno Local*, n° 18/19, 2012, p. 17 (<http://bit.ly/ZnsEwr>).

(92) Resolución de 21 de marzo de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (BOE 2 de abril). El pdf completo de la Guía es accesible en <http://goo.gl/9zR8n>.

(93) Como ejemplo, puede seguirse el Aviso legal de redes sociales de Femeval <http://goo.gl/2lwPi>

(94) ROIG (2009); RALLO LOMBARTE y MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2010) y GARCÍA SANZ (2011).

de su uso por las Administraciones (95). Algunos de estos problemas pueden minorarse o aclararse a través del antedicho aviso legal de red social administrativa o una concreta política de privacidad con un enlace. A través de esta remisión, por ejemplo, podría cumplirse con el deber de información del artículo 5 LOPD. Cabe remitir a la política de privacidad de la institución si se efectúa un tratamiento específico con los datos de los usuarios, seguidores o «amigos» de ese perfil. En este caso, cabe determinar usos, finalidades, seguridad, ejercicio de derechos, etc.

— Asimismo, cabe regular elementos formales de identidad corporativa de las Administraciones y fijar las reglas de uso de la imagen institucional por los servidores públicos y el alcance de responsabilidad por los usos de las redes sociales por los empleados públicos. A estos efectos se pueden introducir obligaciones tanto de identidad corporativa, como normas de uso de conocimiento obligatorio por los empleados públicos. Esto adquiere especial importancia en las redes sociales, así como en blogs, webs y foros. Algunas de estas cuestiones, son contempladas en las «Guía de usos y estilo en las redes sociales de la Generalidad de Cataluña», desde 2010 (96), copiada por el País Vasco (97), la importante Guía del Estado de 2013 a la que se ha hecho referencia y algunas más (98). Siendo positivas estas Guías, cabe profundizar en sus contenidos y adecuarla a una naturaleza jurídica y fijar las posibilidades de participación y moderación (99).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABERBARCH, J. D., y ROCKMAN, B. A. (1999): «Reinventar el Gobierno: problemas y perspectivas», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (trad. de Gemma Sánchez Rontoné, mayo/agosto, nº 15, pp. 3-18).
- BALAGUER CALLEJÓN, F. y otros (coords.) (2008): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

(95) Al respecto, MOYA LÓPEZ (2012).

(96) GENERALITAT DE CATALUÑA (2012).

(97) GOBIERNO VASCO (2011).

(98) JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (2012) SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES (2012). También, calificadas como «Normas», GENERALITAT VALENCIANA (2012).

(99) Señala ROLLNERT (2013) que las Guías españolas analizadas recomiendan activar la posibilidad de insertar comentarios a los contenidos insertos en las distintas plataformas de la web social [Cataluña, p. 8; País Vasco, pp. 16, 24, 28 y 45; Castilla y León, pp. 13, 16, 38, 39 y 51; y S. Sebastián de los Reyes, p. 14]. La Guía de Nueva Zelanda especifica que si no se permiten comentarios en una web etiquetada como blog, debe proporcionarse una clara razón para esta decisión [NUEVA ZELANDA (2010: 17)].

- BARZELAY, Michael (2001): *The New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*. Berkeley: University of California Press,
- BONSÓN, E., TORRES, L., ROYO, S. y FLORES, F. (2012): «Local e-government 2.0: Social media and corporate transparency in municipalities». *Government Information Quarterly*. Vol. 29 (2), pp. 123-132.
- BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J. (comps.) (1996): *Lecturas de Gestión Pública*, INAP-BOE.
- CALDERÓN, César y LORENZO, Sebastián. (coords.) (2010): *Open Government. Gobierno Abierto*, Algón Ed., Jaén, acceso completo en <http://bit.ly/d1zXPW>.
- CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva y COROJAN, Ana (2012): «Estado del arte del Gobierno abierto: promesas y expectativas», en HOFMANN, Andrés, RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro y BOJÓRQUEZ PERENIETO, José António (coords.) (2012), pp. 119-136.
- «Estado del arte del Gobierno abierto: promesas y expectativas», en *La promesa del Gobierno Abierto*, cit., pp. 119-136.
- CASSESE, Sabino (2009): «Il diritto a la buona amministrazione», *European Review of Public Law*, vol. 21, núm. 3, pp. 1037 y ss.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep María y MASTROMARINO, Anna (coords.) (2012): monográfico sobre la participación a nivel regional en Italia y España, *Perspectives on Federalism*, Vol. 4 — Issue 2— http://www.on-federalism.eu/attachments/004_004_Volume-4_Issue-1-2012.pdf.
- CASTELLÀ i ANDREU, Josep María (2001): *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública: (un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Cedecs.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (2008): «Derechos y principios relacionados con la buena administración y la calidad de los servicios», en BALAGUER CALLEJÓN, F. y otros (coords.) (2008): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pp. 351-373.
- CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique (2012): *Deliberación en internet: una propuesta de modelo de participación política*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- CEREZO, José María (dir.) (2007): *La blogosfera hispana: pioneros de la cultura digital*, Fundación Orange, Madrid.
- CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí (2005): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid.
- (2010): «La difusión de información pública a través de los medios electrónicos: claroscuros de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos», en COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo Blanch, pp. 350-395.

- (2011): «Web 2.0 y la participación ciudadana en la transparencia administrativa en la sociedad de la información», en COTINO HUESO (2011 b), pp. 131-148.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael (2011): «Las redes sociales en las administraciones, ¿periodo de pruebas?», en COTINO HUESO (2011 b), pp. 157-158.
- CHUN, S. A., SHULMAN, S., SANDOVAL, R. y HOVY, E. (2010): «Government 2.0. Making Connections between Citizens, Data and Government». *Information Polity: The International Journal of Government & Democracy in the Information Age*. Vol. 15, pp. 1-9.
- CLIFT, Steven (2004): «Democratic Evolution or Virtual Civil War», Remarks as prepared for the Promise of E-Democracy WSIS Event, Geneva, Switzerland, December 2003, disponible en <http://www.publicus.net/articles/democracicevolution.html>.
- COALICIÓN PRO ACCESO (2012): *Propuestas de la Coalición Pro Acceso para mejorar la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno*, Madrid, 19 de septiembre de 2012. http://www.proacceso.org/wp-content/uploads/Propuestas_Coalicion_Pro_Acceso.pdf.
- COBO, Cristóbal (2012): «Gobierno abierto: de la transparencia a la inteligencia cívica», en HOFMANN, Andrés, RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro y BOJÓRQUEZ PERENIETO, José António (coords.), pp. 101-118.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2005 a): «El concepto «gobernanza» en la UE y su difícil aprehensión jurídica», en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, *Constitución y democracia : 25 años de Constitución democrática en España: (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, Vol. 2, pp. 283-304. Accesible en la red.
- (2005 b) «El derecho fundamental del ciudadano administrado europeo a la transparencia e información pública», en *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero* (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 725-754 Accesible en la red.
- (2006 a): «A propósito del dudoso modelo participativo propuesto para la Unión Europea y el papel legitimador atribuido a la transparencia», en Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 2006, pp. 2272-2300. Accesible en la red.
- (2006 b): «El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la democracia y participación electrónicas por los cimientos», en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Colección Sociedad de la Información, Granada, pp. 171-198. Accesible en la red.
- (2006 c): «Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución Europea y en la realidad de su ejercicio», en *La Constitución*

- Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, coord. por Héctor López Bofill, Marc Carrillo López, pp. 285-308. Accesible en la red.
- (2007 a): «Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas», en *Revista Catalana de Derecho Público*, monográfico sobre «la incidencia de las TIC en el Derecho público», núm. 35, pp. 75-120. Accesible en la red.
 - (2007 b) (coord.): *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías* (Colección Sociedad de la Información° 13), Comares, Granada, 2007, pp. 35-87. Accesible en la red.
 - (2008): «Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos», en SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel (coord.) (2008): *El derecho de acceso a la información pública. El papel del Derecho de la información en la Sociedad del Conocimiento, Actas del Seminario internacional complutense*, Universidad Complutense, pp. 68-96. Accesible en la red.
 - (2009): «The problem of liability for illegal content in the web 2.0 and some proposals», pp. 73-85, en ROIG, Antoni (ed.), *Law and web 2.0*, IDT Series, Proceedings of the First Workshop on Law and Web 2.0, IDT, Institute of Law and Technology (UAB), Huygens Editorial, Barcelona. Actualizado en 2012 en castellano a texto completo.
 - (2010 a): «El derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo», en GAMERO CASADO y VALERO TORRIJOS (2010) pp. 177-344. Disponible en la red.
 - (2010 b): «Un futuro derecho a relacionarse informalmente con la Administración por medios electrónicos y la presente regulación del derecho a la carpeta ciudadana y a la autoadministración», en COTINO HUESO y VALERO TORRIJOS (coords.) (2010), pp. 455-468. Accesible en la red.
 - (2011a): «Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas», en BARRAT I ESTEVE, Jordi FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa M^o (coord.), *Derecho de Sufragio y Participación ciudadana a través de las Nuevas Tecnologías*, con prólogo de Pierre Garrone (Consejo de Europa), Civitas – Instituto de Derecho Parlamentario Universidad Complutense, Cizur Menor, pp. 217-256 Accesible en la red.
 - (2011 b): (coord.) *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Universidad de Valencia, acceso completo en <http://bit.ly/fjsPmv>
 - (2011 c): «El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de datos de los ciudadanos», en *Revista de Derecho Político*, n° 81, pp. 323-378. Accesible en la red.

- (2012): «La regulación de la participación y de la transparencia a través de internet y medios electrónicos. Propuestas concretas», *Revista P3T, Journal of Public Policies and Territory*, www.Politicsandterritoris.com, 2012. <http://goo.gl/PTXM2>
 - (2013 a): «Artículo 9. Derechos de buena administración, transparencia, participación, uso de lenguas y otros mandatos al legislador valenciano», en GARRIDO MAYOL (2013), en prensa.
 - (2013 b): «Artículo 19. Desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible y derecho de acceso a las nuevas tecnologías», en GARRIDO MAYOL (2013), en prensa.
 - (2013 c): «Artículo 49. 3º. 16º La competencia autonómica en el régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento», en GARRIDO MAYOL (2013), en prensa.
- COTINO HUESO, L. y VALERO TORRIJOS, J. (coords) (2010): *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo Blanch 2010.
- CRIADO GRANDE, J. Ignacio (2012): «Redes sociales y Open Government. Hacia unas Administraciones locales en red y abiertas», *Revista Democracia y Gobierno Local*, nº 18/19, 2012, p. 12 (<http://bit.ly/ZnsEwr>).
- FROST, Amanda (2003): «Restoring Faith in Government: Transparency Reform in the United States and the European Union», en *European Public Law*, vol. 9, Issue 1, pp. 87-104.
- FUMERO, Antonio y ROCA, Genís y SÁEZ VACAS, Fernando (2007): *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid.
- FUNDACIÓN CTIC (2010): *Políticas de uso de servicios de participación ciudadana en el contexto de las administraciones públicas*, acortado <http://bit.ly/bf5RyH>.
- FUNDACIÓN TELEFÓNICA (2011): *Informe Anual de la Sociedad de la Información*, Ariel, disponibles en <http://bit.ly/5A6NSC>.
- GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (coords.) (2010): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (3º edición), pp. 177-344. Disponible en la red.
- GARCÍA SANZ, Rosa (2011): «Redes sociales online: fuentes accesibles al público o ficheros de datos privados (Aplicación de las Directivas de Protección de Datos y Privacidad en las Comunicaciones Electrónicas)», *Revista de Derecho Político*, nº 81, UNED (acceso completo en la red).
- GARRIDO MAYOL, Vicente (dir.) (2013): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch.

- GENERALITAT DE CATALUÑA (2012): *Guía de usos y estilo en las redes sociales de la Generalitat de Catalunya*, 5.º ed., febrero (<http://bit.ly/mCVjAV>).
- GENERALITAT VALENCIANA (2012): *Manual de imagen gráfica de la Generalitat en los medios sociales*, <http://goo.gl/5QHbr>.
- GOBIERNO VASCO (2011): *Guía de Usos y Estilos del Gobierno Vasco*, 1.º ed., abril de 2011 (<http://bit.ly/jS58xP>) (1.º ed. de junio de 2010).
- GUADIÁN, Carlos <http://www.k-government.com>.
- GUICHOT REINA, Emilio (2010): *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho Europeo, Derecho Global*, Sevilla.
- (2011): *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 170/2011. Acceso completo en la red.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (1997): *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid.
- (2012): «Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno», en *Actualidad Administrativa*, nº 12, Sección A Fondo, quincena del 16 al 30 jun., p. 1466.
- GUILLEM CARRAU, Javier (2010): «El avance del derecho a la buena administración en el tratado de Lisboa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº. 19, pp. 31-70.
- HOFMANN, Andrés, RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro y BOJÓRQUEZ PERENIETO, José Antón (coords.) (2012): *La promesa del Gobierno Abierto*, Disponible en la red.
- HRDINOVÁ, Jana, HELBIG, Natalie, y PETERS, Stollar Catherine (2010): *Designing Social Media Policy for Government: Eight Essential Elements*, The Research foundation of State University of New York, University at Albany, 2010 (<http://bit.ly/chDb58>).
- JUNTA CASTILLA Y LEÓN (2010): *10 ideas para hacer tu Ayuntamiento abierto*. 010, <http://bit.ly/jg146N>
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (2012): *Guía Práctica para el Uso de Redes Sociales en los Ayuntamientos* (<http://bit.ly/Qb4xba>).
- LEE, G. y KWAK, Y. H. (2011): *An Open Government implementation model: moving to increased public engagement*, Washington, DC: IBM Center for the Business of Government.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Guía de Comunicación Digital para la Administración General del Estado*, primera versión de abril de 2013, disponible en <http://goo.gl/9zR8n>
- MOYA LÓPEZ, Eusebio (2012): «La administración pública en redes sociales: ¿Una administración paralela?», *Datospersonales.org*, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, nº 56 (ejemplar dedicado a Administración electrónica), pp. 2-3 (<http://bit.ly/126txYM>).

- MUÑOZ PÉREZ, José M^o (2005): *Nuevas Tecnologías en el Funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Madrid, Civitas.
- NUEVA ZELANDA (2010): *Social Media in Government: Hands-on Toolbox*, Government Information Services, Department of Internal Affairs (<http://bit.ly/TOri9d>).
- NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa de la (2012): «El proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno ¿Una ley gatopardesca?», en *¿Hay Derecho?*, 24 septiembre. <http://goo.gl/LbA5w>.
- OCDE (2005): *Manual de información, consultas y participación en la toma de decisiones de la OCDE* <http://www.oecd.org/dataoecd/20/37/37873406.pdf>.
- OLIVER LEÓN, BALDOMERO (2008): «Derechos, principios y objetivos relacionados con la participación social y política», en BALAGUER CALLEJÓN (2008), pp. 493-512.
- PARLIAMENTARY OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY (2009): *eDemocracy*, n^o 321, Houses of Parliament,, disponible en: <http://www.parliament.uk/documents/post/postpn321.pdf>.
- PONCE SOLÉ Jordi (2011): voz «Buena Administración» en AA. VV., *Diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales* (Guillermo Escobar, ed.), Federación Iberoamericana de Ombudsmen, publicado en <http://diccionario.pradpi.org>.
- [s. a] *Proyecto de Reforma y Modernización del Estado. Gobierno electrónico en Chile hoy*, 2003. <http://goo.gl/H090Y>.
- RALLO LOMBARTE, Artemi y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (coords.) (2010): *Derecho y redes sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro V. , «Innovación en la Gestión Pública y Open Government (Gobierno Abierto): Una vieja nueva idea. Revista *Buen Gobierno*, n^o 9, 2010, disponible en la red.
- RAMOS VIELBA, Irene y CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva (coords.) (2012): *Citizenship in 3D (Digital, Deliberative, Democracy)*, Foundation for European Progressive Studies-Fundación Ideas (2012), ahora en *Ciudadanía en 3D: Democracia Digital Deliberativa. Un análisis exploratorio*, Edhasa-Fundación Ideas.
- ROIG, Antoni (2009): «E-privacidad y redes sociales», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 9, diciembre (acceso completo en la red);
- ROLLNERT LIERN, Göran (2013): «La neutralidad ideológica del Estado en las redes sociales», en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO, Lorenzo (eds.) (2013) en prensa.
- SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel (2008): «El derecho fundamental a acceder a la información pública» en *El derecho de acceso a la información pública*. Cersa, Madrid,. Pp. 7-9 <http://eprints.ucm.es/8946/>.

- (2013): «Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública», en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto y COTINO HUESO Lorenzo (eds.) (2013): *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES (2012): *Guía de usos, estilo y buenas prácticas en las redes sociales corporativas del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes*, 2012 (<http://bit.ly/wdLH4l>).
- SANZ LARRUGA, Fernando. J. (2009): «El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, pp. 729-752.
- TOMÁS MALLÉN, B. (2004): *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP.
- TUR AUSINA, Rosario (2010): «Participación ciudadana. Oportunidad, necesidad y esencia de su regulación legal», en *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática* (nº 1), acceso en <http://goo.gl/y3cTA>
- VALERO TORRIJOS, Julián (2007): «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por difusión de contenidos propios en Internet», en CAVANILLAS MÚJICA, Santiago, *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, pp. 107-133.
- VERCELLI, Ariel (2012): «La construcción de gobiernos abiertos a los ciudadanos. Análisis sobre la gestión de datos, informaciones públicas y obras intelectuales en la era digital», en ARELLANO TOLEDO, Wilma (coord.) (2012): *La Sociedad de la Información en Iberoamérica estudio multidisciplinar*, INFOTEC, Fondo de Información y Documentación para la Industria, México.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel (2012): «El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo», en HOFMANN, RAMÍREZ ALUJAS y BOJÓRQUEZ PERENIETO (2012), pp. 69-101. Disponible en la red.

PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO DE ELABORACIÓN DE LA LEY

JOSÉ TUDELA ARANDA

*SUMARIO I. REFLEXIÓN INTRODUCTORIA.– II. PARLAMENTO Y LEY: DOS CRISIS
PARALELAS.– III. LA RESPUESTA ES LA PARTICIPACIÓN: 1. Democracia deliberativa frente
a representativa. 2. La participación en la elaboración de la ley.– IV. EL ABOGADO
DEL DIABLO: LA CRÍTICA DE LA PARTICIPACIÓN: 1. Nada nuevo bajo el sol. 2. Una
reflexión crítica.– V. PROPUESTAS DESDE LA REIVINDICACIÓN DE LA DEMOCRACIA
REPRESENTATIVA.– VI. BIBLIOGRAFÍA*

RESUMEN: La política tradicional atraviesa una grave crisis. Las instituciones, también el Parlamento, son juzgadas muy negativamente por los ciudadanos. Para resolver esta situación es común acudir a la participación de los ciudadanos como solución. En los últimos años se buscan vías de participación de los ciudadanos en el Parlamento. Se destaca la importancia de la participación en la ley. Algunos parlamentos facilitan esa participación. Es correcto. Pero no puede olvidarse que la participación en el Parlamento es antigua. Tampoco que esa participación representa intereses particulares. Por ello, la decisión sobre la ley siempre debe corresponder al conjunto de los Diputados.

Palabras clave: instituciones; Parlamento; participación; Ley; democracia; grupos de presión.

ABSTRACT: The traditional politics crosses a serious crisis. The institutions, also the Parliament, are judged very negatively by the citizens. To solve this situation is common to coll to the participation of the citizens as solution. In the last years there are looked routes of participation of the citizens in the Parliament. Is outlined the importance of the participation in the law. Some parliaments facilitate this participation. It is correct. But we cannot forget that the participation in the Parliament is ancient. Neither that this participation represents particular interests. For it, the decision on the law always must correspond to the set of the Deputies.

Key words: institutions; Parliament; participation; Law; democracy; lobbies.

I. REFLEXIÓN INTRODUCTORIA

La política y la vida pública en general viven tiempos de tribulación. Las encuestas reiteran un mes sí y otro también una creciente desafección de los ciudadanos hacia la política. En una reciente encuesta publicada en El País, de 33 instituciones valoradas, los partidos eran la peor valoradas y el Parlamento, la 31. Por su parte, la encuesta del CIS confirma periódicamente, desde hace ya bastantes años, que los políticos son para los españoles el tercer problema detrás de paro y economía (1).

Si esos datos son por sí mismo muy preocupantes, más lo es el hecho de que la desafección ha llegado a afectar de lleno a las propias instituciones. Y, entre las mismas, en lugar destacado, al Parlamento. Hasta hace no demasiado tiempo, el Parlamento era una institución respetada. Puede que no se le considerase extremadamente eficaz, pero su asociación con la democracia, le aseguraba unos niveles de valoración aceptable (2). Hoy, como se refleja, en la encuesta mencionada, no es así. El Parlamento es una de las instituciones sujetas a críticas más agudas. El lema de «No nos representan» que en buena medida sintetiza el movimiento del 15 M o las manifestaciones en torno al Congreso de los Diputados del pasado 25 de septiembre, son expresiones claras y nítidas de este sentimiento. Porque, más allá del número de personas que estas acciones lograron movilizar, las encuestas confirman coincidencia de la mayoría de la población con las mismas. En paralelo, los estudios que denuncian una situación de crisis del vigente modelo de democracia representativa, se multiplican. Existe coincidencia casi unánime de que no se trata de una manifestación más de la recurrente y secular crisis del Parlamento. Se trataría de una crisis más radical en el sentido estricto de la expresión. Lo que estaría siendo puesto en cuestión no serían manifestaciones concretas del funcionamiento del sistema representativo sino los propios fundamentos del mismo. Detrás de esta reflexión se encuentra la convicción de que ni el Parlamento como institución ni la democracia representativa como modelo han logrado adaptarse a los intensos sociales cambios sucedidos en los últimos años.

Así, puede decirse que el modelo de democracia parlamentaria representativa tal y como hoy funciona en nuestro país, se encuentra en una crisis grave y objetiva. No se trata ya de suspicacias académicas o de síntomas leves. Los síntomas son graves y los denunciadores son ciudadanos anónimos. No se trata de una crisis aislada. Sin necesidad de refugiarse en el reiterado cambio de era, grandilocuente expresión que posiblemente no se desenvuelve lejos de la realidad, lo cierto es que aspectos esenciales de la forma de ordenación de

(1) Véase al respecto la última encuesta de esta institución: http://www.cis.es/cis/opencms/ES/11_barometros/indicadores.html

(2) Al respecto, TORCAL (2004, pp. 171-181) analiza diversas encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas.

la vida pública se encuentran sometidos a tensiones notables y que en muchas ocasiones parecen incapaces de resistir.

Por su relación con el tema que corresponde analizar en este artículo, es forzoso referirse a la crisis del derecho público y, más singularmente, a la crisis de la ley. La ley, tradicionalmente caracterizada por su vocación de estabilidad, generalidad y claridad de expresión, es hoy una norma sometida a continuas modificaciones, con una cada vez mayor presencia de leyes singulares y dominada por un lenguaje incomprensible hasta para expertos juristas. Los estudios de técnica legislativa se reiteran en la búsqueda de leyes sabias y justas, escritas conforme a ortodoxos cánones técnicos (3). Sin embargo, a pesar de los esfuerzos, nada cambia sustancialmente. Las leyes se multiplican repitiendo los defectos denunciados. No es, o no tan sólo, un vicio de legisladores apresurados. Detrás se esconde una creciente impotencia del derecho público por aprehender y regular los distintos sectores de intervención pública. Es en esta situación en la que emerge la participación como exigencia.

Participación es hoy una voz mágica. En muchas ocasiones la sensación es que todos los males del actual sistema político desaparecerían si se participase. Democracia deliberativa, sociedad participativa, democracia fuerte, democracia directa o semidirecta... son muchas las expresiones que se usan para confrontar con un modelo de democracia representativa que sería poco democrático o, por lo menos, débil. En este mensaje, más o menos contundente, lo primero que parece proyectarse es la idea de que la participación se encuentra ausente de la democracia representativa. Obviamente, si se quiere hablar en serio, lo primero que será preciso constatar es la dimensión de la participación en el modelo vigente. Una participación que comienza, a veces parece olvidarse, en la propia representación política (donde en teoría alcanza su mayor y más significativa expresión). Pero que va mucho más allá.

Los críticos de la democracia representativa aducen que la representación es una técnica defectuosa para una praxis verdaderamente democrática. Como en tantas otras cuestiones, no se trata de nada novedoso. La democracia representativa, la democracia de los modernos, nace con esta denuncia. Una denuncia que persistirá y que se reflejará en la convicción de que la democracia representativa es un modelo insuficiente, imperfecto, en relación con el ideal democrático, pero, en todo caso, el mejor de los conocidos. Hoy esa crítica se ha recrudecido con la curiosidad de que en muchas ocasiones parece olvidar esta tradición del pensamiento democrático. Como si se deseara plantear los defectos contemporáneos de la democracia representativa como una cuestión novedosa, a la que se responde desde presupuestos también novedosos. En todo caso, a día de hoy nadie ha llegado a plantear un modelo que pueda

(3) La academia española ha hecho reiterados esfuerzos por mejorar la calidad técnica de las leyes. Síntesis y exponente principal de esta preocupación (GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ: 2011, pp. 356)

plantear una alternativa más democrática a la democracia por representación. Complementos, mejoras, sí. Sustitución, hasta hoy no.

Pero más allá de la crítica a la propia idea de representación, se olvida la existencia de numerosos ámbitos de participación ajenos a la estricta representación política. Es una cuestión fundamental si se quiere tener un diagnóstico serio y, por ende, adoptar las oportunas medidas correctoras. Los ciudadanos participan en la vida pública desde hace mucho tiempo y desde muy distinta manera. Lo hacen a través de sus sindicatos, asociaciones empresariales y los propios partidos políticos. Lo hacen a través de las ONG cuya multiplicación no ha sido sólo cuantitativa sino cualitativa en el sentido de valor de su presencia en la esfera pública. Lo hacen a través de un tupido entramado de asociaciones con ámbitos diversos desde lo territorial a lo sectorial. Todos estos colectivos, a su vez, han visto como en los últimos años se han multiplicado los escenarios en los que su presencia resulta obligatoria, convirtiéndose en naturales instrumentos de participación. Pero no sólo participan los colectivos. También participan los ciudadanos individualmente. Es ya clásica en nuestro derecho su participación en el ámbito local y en distintas esferas del actuar administrativo. Lo es también en ámbitos como la sanidad, educación o consumo. Incluso, aunque aquí las deficiencias sean obvias, en el ámbito político.

Todas estas afirmaciones necesitarían de matices y más desarrollo. Pero, a efectos de estas líneas preliminares, lo importante es hacer notar que cuando se habla de reforzar la participación, de convertir la democracia representativa en una democracia participativa, es preciso concretar. El punto de partida es un modelo en el que los cauces para la participación son elevados. Un modelo en el que la participación a través de las elecciones para elegir los representantes políticos es sólo uno de esos cauces. En consecuencia, hay que avanzar y concretar.

Es evidente que la situación descrita, el nuevo vigor adquirido por las denuncias de los déficits participativos del modelo vigente, se encuentra bajo influjo de la emergencia de nuevos espacios sociales y formas de comunicación ligadas a las tecnologías de la información y el conocimiento y, muy especialmente, a Internet (4). La fuerza de estos movimientos, su dinamismo y juventud, suponen un escenario novedoso en el diseño del orden político. Su importancia es ya grande y sólo crecerá. Hay que recordar que se trata de un fenómeno que se encuentra en sus inicios y que todavía no ha llegado a su madurez una generación educada completamente en la convivencia con estas tecnologías. Precisamente por ello, por sus particulares características, por su importancia, no se puede reducir su influencia a un debate en torno a la participación. Es todo el modelo político el que deberá contemplarse, y en su caso revisarse, a la luz de estas nuevas circunstancias.

(4) No está de más observar como la relación entre democracia y tecnología tiene detrás de sí varias décadas de debate (ARTERTON, 1987)

De la misma manera, no es posible ni conveniente reducir la crisis actual de la política, la distancia de los ciudadanos respecto de sus protagonistas, a una crisis de participación. Las causas de las encuestas que se citaban al principio de estas líneas son más profundas que un posible déficit de participación. Las instituciones y sus dinámicas, incluidos partidos políticos se rigen por patrones con anclaje en el siglo pasado sino más antiguos. Su inadecuación a las nuevas exigencias planteadas por la sociedad es patente. Es una inadecuación radical. Afecta al diseño de las instituciones, a las relaciones entre las mismas y hasta a las propias respuestas ideológicas de los partidos. Sin responder a estas cuestiones, por más que se incrementen los cauces de participación, incluso que se logren mejorar los niveles de participación efectiva, la situación cambiará poco. Es conveniente tenerlo en cuenta para no atribuir a la participación unas posibilidades que no tiene. Si ha de reflexionarse sobre la misma en cualquier ámbito, incluido el de la elaboración de la ley, habrá de tenerse en cuenta.

Estas páginas tratan de una proyección específica de la participación como es su implementación en el procedimiento legislativo. Tampoco ésta es una cuestión novedosa, aunque en muchas ocasiones parece plantearse como tal (5). La participación de ciudadanos y agentes sociales en la elaboración de la ley es tan antigua como el propio Parlamento (6). Así, los términos del debate deben referirse, por una parte, a la necesidad de dar traducción jurídica a lo que sucede habitualmente; por otra, a estudiar si existen vías novedosas que puedan enriquecer el trámite legislativo. Finalmente, habrá que examinar la relación de esta posible participación con otros cauces que puedan preverse en la elaboración de los anteproyectos de ley. También es preciso subrayar que se excluye del análisis la iniciativa legislativa popular por entender que se trata de un instrumento de perfiles diferentes (7).

II. PARLAMENTO Y LEY: DOS CRISIS PARALELAS

A la pregunta de qué es un Parlamento, o de para qué sirve un Parlamento, la respuesta más generalizada será «para aprobar leyes». Parlamento y ley son dos instituciones profundamente unidas. Hasta el punto de que da la sensación de ser hermanos siameses de imposible separación. No en vano, es posible definir a la ley por el procedimiento (parlamentario) que sirve para su aprobación. Un procedimiento que asegura la participación plural de todos los representantes de la ciudadanía. Un procedimiento en el que prima el debate. Un procedimiento público. Pluralismo, deliberación, publicidad. Caracteres antiguos del ser parla-

(5) No siendo una cuestión novedosa sí es una de las menos tratadas en relación con el fenómeno participativo y en particular en relación con el Parlamento. El tratamiento del mismo se suele centrar en otras cuestiones. En este sentido (CAMPOS DOMÍNGUEZ, 2011).

(6) Vid, (GARCÍA ÁLVAREZ, 2010, pp. 11-130).

(7) Sobre este particular puede verse (TUDELA ARANDA, 2001, pp. 97-116)

mentario que, paradójicamente, como habrá de verse, van a ser reivindicados desde las más modernas construcciones sobre democracia y participación.

Si se analizan los tres elementos de la citada triada y se contrastan con el funcionamiento del Parlamento contemporáneo, al menos de algunos de ellos, inmediatamente nacerá la intuición de vincular su realidad con la crisis de la ley. En efecto, hoy nadie puede creer que la ley es el resultado de las públicas discusiones que han tenido lugar previamente en sede parlamentaria. Nadie puede creer que es la verdad alcanzada tras la reflexión suma de opiniones diversas. Es cierto que nunca fue así. Pero también lo es que el alejamiento de la ley de las premisas citadas es continuo.

Parlamento y ley son dos voces valiosas. Al Parlamento aspiran los pueblos que viven en la oscuridad de la dictadura. La ley y su proyección sobre el Estado de derecho es requisito de libertad. Parlamento y ley son bandera del mejor orden político occidental. Sin embargo, su triste deambular durante las últimas décadas ha debilitado profundamente su fuerza real. Ni el Parlamento ni la ley son entre los ciudadanos esas banderas en las que se representaba la democracia y la libertad. El Parlamento es una institución decadente que los ciudadanos identifican con esa política que tanto rechazan. La ley, cuando más, es una norma técnica, de difícil comprensión, muchas veces alejada de los intereses reales de la ciudadanía. En este escenario no es de extrañar que incluso el valor de las palabras se pierda.

Por ello, hay que volver al Parlamento y a la ley. Pensar sobre la inserción de la participación ciudadana en el procedimiento legislativo es, necesariamente, pensar sobre los vínculos que existen entre estas dos instituciones. Reflexionar conjuntamente sobre Parlamento y ley debe servir al objetivo único y último de reforzar las estructuras democráticas, de reforzar la posición del ciudadano como agente fundamental, activo y pasivo de la acción política y de contribuir a devolver a la política toda la posición que nunca debió dejar en el camino. Pero debe hacerse tomando en consideración las especiales circunstancias por las que atraviesa cada una de estas instituciones. La inserción de la participación no puede ser ajena a esa realidad. Una realidad con elementos comunes pero también con características singulares. En este punto, por su influencia sobre lo que posteriormente habrá de decirse, resulta conveniente detenerse en algunas de las circunstancias que pueden asociarse a la mencionada crisis de la ley.

Son numerosas las causas a las que se alude para explicar la crisis de la ley y numerosos los síntomas que se refieren como muestra de la misma, desbordando claramente las meramente imputables a quienes las elaboran (8). Los problemas son múltiples y muchos radican fuera de la sede parlamentaria, algunos han sido indicados al inicio de estas páginas al aludir a la crisis del

(8) «Sólo una de estas tres razones puede hacer que una ley resulte imperfecta: falta de poderío, falta de pericia y falta de entusiasmo de quienes están llamados a elaborarla» (HAMILTON: 1996, p. 251).

derecho. Crisis de la ley y crisis del Parlamento se complementan potenciando una la otra. Nuestro concepto de Parlamento está construido sobre su relación con la función legislativa. La representación es el instrumento para la expresión de la voluntad general; la ley, su manifestación. Por ello, atender a la crisis del Parlamento es atender a la crisis de la ley. Pero ni el Parlamento podrá cambiar de manera efectiva su posición en relación con la función legislativa si no se altera el propio concepto de ley ni esta alteración podrá llevarse a cabo sin la participación del Parlamento.

Es frecuente atribuir a la consolidación y desarrollo del modelo representado por el Estado social algunos de los cambios más significativos acaecidos en el concepto de ley. La sobrecarga que asume el Estado se habría trasladado a la ley. Un Estado con vocación omnisciente necesita alcanzar con su regulación a todo y a todos. La ley dejaría de ser expresión de la soberanía para ser un simple reductor de incertidumbres. La renuncia a la ley como norma general sería una consecuencia irremediable de este planteamiento. Simultáneamente, la legalidad formal, es incapaz de competir con la legitimidad material del Estado prestacional con las inevitables consecuencias sobre el ascendente social de la ley y, con ella, del legislador. De estos cambios, dos emergen con especial significación en un estudio de la relación de la ley con el Parlamento. Uno es la invasión de la ley por preceptos de contenido materialmente reglamentario y otro es la sustitución de la permanencia por una coyunturalidad que se traduce en la profusión de normas y de cambios en las mismas (9). Los dos son esenciales en la crisis de la ley y los dos se reflejarán en la crisis del Parlamento y, por ende, de la democracia representativa. Los dos, a su vez, deberán ser tenidos en cuenta en el momento de analizar el posible desarrollo de cauces participativos en el procedimiento legislativo.

La concepción reglamentista de la ley aleja forzosamente al Parlamento de esta norma, al reducir la razón de ser de su intervención, es decir, la definición política que corresponde a la ley. Por otro lado, la eliminación o reducción del contenido político de las leyes disminuye el compromiso de los diputados con su elaboración y el interés de los ciudadanos por el trabajo parlamentario.

Junto a ello, se decía, se aprueban numerosas, demasiadas leyes, coyunturales, muy mutables y que, al lado de las normas reverenciales descritas por Rousseau, parecen meras órdenes. Las leyes se modifican casi sin tiempo para haber asimilado la redacción originaria. Es normal. La realidad cambia deprisa, el ritmo social y los avances tecnológicos tienen una velocidad desconocida hasta fechas muy recientes. No es la realidad sobre la que se proyectaba la idea clásica de ley. El mero procedimiento legislativo provoca que casi forzosamente las leyes sean antiguas cuando se aprueban. Desde que se adopta la decisión de legislar sobre una materia hasta que la ley se aprueba, pasa el tiempo sufi-

(9) La relación entre el devenir de la ley y el Estado social ha sido tratada de manera extensa. Por todos: (GARCÍA PELAYO:1977, pp. 51-66).

ciente para que las premisas que sirvieron de base a la redacción de la ley, hayan cambiado. Esta mutabilidad afectará esencialmente al prestigio de la ley y del propio Parlamento.

Es preciso reflexionar sobre la ley como fuente de producción del Derecho y sobre su relación con el Parlamento. Es preciso hacerlo con una visión diferente. Para que el deterioro de la ley y, en correspondencia, de la función legislativa, no continúe, hay que ser realista y adaptar los papeles del Gobierno y del Parlamento a lo que cada Institución puede hacer con mayor eficacia.

Es en este contexto en el que se debe analizar el debate actual sobre la participación en relación con la ley, la inserción de la participación ciudadana en su elaboración, especialmente en el proceso legislativo (10). Este análisis no puede realizarse ajeno al presente de la ley y de su relación con el Parlamento. Como se indicó, y habrá de verse inmediatamente, aludir a la participación sin más es decir poca cosa. Esa participación tiene lugar en un espacio determinado y sobre una concreta realidad. Como habrá de verse, en algunas cuestiones la articulación de espacios de participación formales en el procedimiento legislativo puede traer consecuencias positivas y reforzar la ley. Pero también puede haber, y habrá de forma inevitable, consecuencias negativas que han de tenerse en cuenta para no provocar más decepciones de las necesarias.

III. LA RESPUESTA ES LA PARTICIPACIÓN

1. Democracia deliberativa frente a representativa

Como ha habido ocasión de señalar, es lugar común acudir a la participación como fórmula cuasi mágica para la resolución de los distintos problemas a los que se enfrenta el modelo de organización política vigente. La democracia deliberativa es la fórmula más elaborada de una visión participativa de la sociedad. Los defensores de este modelo democrático no buscan la sustitución de la democracia representativa sino su complemento. Así, difiere radicalmente de la clásica confrontación democracia representativa versus democracia directa. Precisamente, la apuesta por la democracia deliberativa supone el abandono de un posible modelo de democracia directa. Ello es significativo si se tiene en cuenta que nunca como hoy se ha dispuesto de posibilidades técnicas para hacer real la democracia directa. Aun así, aunque no llegue a descartarse radicalmente en algunos ámbitos y circunstancias, especialmente en relación con decisiones de la esfera local, existe una coincidencia prácticamente generalizada de que la democracia directa no es una forma viable de gobierno.

La democracia deliberativa se construye desde la constatación de las insuficiencias de la democracia representativa. En esencia, busca perfeccionar ésta

(10) TUDELA ARANDA (2010, pp. 71-88).

mediante la adopción de un procedimiento colectivo de decisiones políticas, en el que participasen todos los que pudiesen estar afectados y que se basaría en la deliberación. Deliberar significaría dialogar en público sobre la cuestión correspondiente. La deliberación debe acoger a los sectores marginales, de manera que estos puedan hacer llegar su parecer a sus representantes. Como circunstancia de todo ello, los representantes estarían en mejores condiciones para la adopción de decisiones. Desde otra perspectiva, debe verse la democracia deliberativa como un modelo que frente a otros no implica la decisión sobre presupuestos dados sino la construcción de esos presupuestos entre todos (11).

Así, es preciso resaltar la idea de diálogo y espacio público como elementos definidores de esta construcción democrática. El diálogo pretende tanto un reforzamiento de las posiciones minoritarias frente al simple argumento de las mayorías como una racionalización del proceso de adopción de decisiones. La publicidad es un complemento imprescindible de este proceso. Las distintas posiciones tienen que ser argumentadas y esos argumentos hechos públicos. Sólo de esta manera será posible la legitimidad del modelo. La deliberación pública es el verdadero nervio del mismo. No sólo debe servir para dotar de información a los distintos actores políticos. También debe hacerlo para evitar errores y, no menos importante, para desarrollar una faceta educativa. La deliberación sería una escuela permanente de ciudadanía. La democracia deliberativa es, pues, discusión pública.

A nadie se escapa que este modelo exige un notable grado de implicación ciudadana. Exige conciencia de la posición de cada ciudadano en una sociedad democrática y exige voluntad. Voluntad de dedicar su tiempo a estos procesos. Se llega así a uno de los nervios que han de tocarse en cualquier reflexión sobre la participación: ¿Quiéren los ciudadanos participar más allá de los procesos electorales? ¿Lo quieren mayoritariamente? ¿Lo quieren de forma generalizada? ¿O, por el contrario, sólo cuando se trata de una cuestión que les afecta muy directamente?

Todas estas cuestiones son de gran importancia en el momento de pasar a analizar en concreto la participación en el proceso de elaboración de una ley. Lejos de ser una novedad, o una propuesta innovadora, es lugar común señalar la participación en el procedimiento legislativo como una de las maneras tanto de reforzar la legitimidad de la institución parlamentaria como de mejorar la calidad de la ley. Sobre ello, habrá de detenerse de inmediato. Antes de ello, es preciso recordar la importancia de la ley en una sociedad democrática y, por ende, su natural vinculación con cualquier modelo que busque reforzar la idea participativa, incluyendo, obviamente, la democracia deliberativa. Y la ley, recuérdese, se encuentra indisolublemente unida a nuestra idea de Parlamento. En concreto, vinculada a la idea de Parlamento como órgano plural, deliberativo y formador de la voluntad general.

(11) NINO (1997).

Por ello, no puede sorprender que desde la democracia deliberativa se preste especial atención al Parlamento. Y prestársela al Parlamento es reflexionar sobre la proyección de las premisas de este modelo sobre el procedimiento de aprobación de las leyes. Como habrá de verse, la mayoría de las reflexiones, y más aun, de las medidas adoptadas hasta ahora en sentido de reforzar la participación en el procedimiento legislativo, se encuentran lejos de poder ser incardinadas dentro de una concepción global, bien sea de democracia deliberativa, o de cualquier otro modelo. Incluso se encuentran totalmente ajenas a una concepción global de la institución parlamentaria, y de las respuestas a elaborar para responder a los desafíos a los que se enfrenta. Pero en el momento de reflexionar sobre el alcance y consecuencia de esta participación, debe adoptarse como premisa las ideas que sustentan la democracia deliberativa, al ser, con mucho, la argumentación teórica más elaborada.

2. La participación en la elaboración de la ley

A la hora de estudiar la participación en relación con la ley, deben distinguirse dos ámbitos. El primero haría referencia a la participación en el proceso previo a la remisión del proyecto al Parlamento. Es decir, la participación en sede ejecutiva. El segundo, a la participación en sede parlamentaria. Es a este ámbito al que se dedican estas páginas.

Pero cabe decir algo en relación con el primero de los ámbitos señalados. En relación con el mismo, cabría, a su vez, distinguir dos momentos esenciales. Por un lado, la participación en relación con la decisión misma de legislar. En demasiadas ocasiones se obvia esta cuestión. Decidir si se legisla sobre una materia determinada, si se debe o no renovar un marco legislativo, es una decisión de primera importancia. Y, por supuesto, premisa de cualquier proceso legislativo. Es una decisión política por definición. Radicalmente política. Pero no por ello menos ajena a la posibilidad de participar. Una adecuada articulación de la participación en sede ejecutiva, debería comenzar por dar opción a la misma en relación con la misma decisión de legislar. Por otra, la participación en relación con la elaboración del texto del anteproyecto que un día habrá de ser proyecto de ley. Es en este punto donde existe más experiencia participativa. De hecho, hoy es raro que un gobierno apruebe una norma relevante sin haberla consultado con los sectores más directamente afectados. Además, por supuesto, de los numerosos trámites de participación que están ya establecidos en la legislación vigente.

En una sociedad tan compleja como la actual sería absurdo y suicida que un gobierno pretendiese impulsar una ley sin haber dialogado con los sujetos más interesados. Como se ha dicho, ello no suele suceder. La necesidad de articular esta participación está fuertemente interiorizada. Los cauces participativos previstos en la legislación serían reflejo de ello. En muchos casos, se acudiría a órganos consultivos sectoriales que sirven también de cauce de representación

de intereses colectivos en una determinada materia. Pero, más allá, los gobiernos suelen desarrollar una política adicional de consultas. Una política que, lógicamente, varía en función de cada norma. De su ámbito material y de su propia transcendencia. En este proceso, el ejecutivo no sólo recibe información adicional sobre distintas cuestiones llamadas a ser reguladas, de manera que pueda enriquecer su propuesta, sino que también mide las resistencias a las que se pueden enfrentar las decisiones contenidas en la nueva norma. En relación con las mismas, será el momento de pactar con sectores afectados cuestiones esenciales de la aplicación de la ley.

Desde estas premisas, se ha discutido sobre la oportunidad de una regulación general de estos procesos participativos. En algunas Comunidades Autónomas se ha querido reforzar esta apuesta estableciendo procedimientos generales para participar en relación con los proyectos de ley. Desde luego, ello conlleva alguna ventaja como puede ser una mayor publicidad y transparencia, con el consiguiente incremento de la igualdad de oportunidades de cara a la participación. Pero también es posible encontrar inconvenientes. Uno de ellos sería la inevitable rigidez del modelo. Una rigidez que se llevaría mal con la gran variabilidad de contenidos que acogen las leyes. Además, cabría preguntarse por la necesidad de esa regulación cuando ya están previstos cauces en relación con casi todos los ámbitos del actuar público y cuando, como se decía, este proceder está fuertemente interiorizado (12).

Junto a ello, no debe desconocerse las relaciones que se establecen entre estos procesos participativos y la tramitación de los proyectos en el Parlamento. Es innegable que la participación introduce en el texto que llega al Parlamento nuevas legitimidades cuando no condicionantes. No es infrecuente que un gobierno alegue que un determinado texto no es susceptible de cambio porque la redacción ha sido pactada en ese sentido con éste o aquel agente social. De forma cuando menos curiosa, se alega frente al Parlamento, casa de formación del interés general, el pacto con intereses tan legítimos como sectoriales. Por otro lado, tampoco se descubre nada si se destaca como este proceder resulta de gran utilidad para los gobiernos. Siempre es más fácil negociar con un agente social, que, por definición, en situaciones de normalidad se desenvuelve en un plano más débil, que con las formaciones políticas de la oposición.

Si ello sucede necesariamente con cualquier texto que, siguiendo el proceder habitual que se ha mencionado, ha sido negociado con los sectores más interesados, es posible imaginar lo que puede llegar a suceder si esos procedimientos se formalizan y se solemnizan. Los gobiernos se sentirían doblemente reforzados para acudir a la legitimidad adquirida en esa negociación previa como argumentación para paradójicamente, cerrarse a la negociación en sede parlamentaria. De esta manera, creo que no debe obviarse los riesgos que para

(12) Sobre la forma de reforzar la participación en los procesos legislativos (SÁENZ ROYO: 2010, pp. 43-70).

la discusión en sede parlamentaria tiene la formalización de la participación en el proceso previo de elaboración del proyecto de ley.

En cualquier caso, llegado el momento, debiera haberse despejado cualquier duda. El presupuesto del debate en el Parlamento es que la Cámara va a discutir un texto elaborado desde partes, ideológicas, sociales o profesionales, para intentar dar una respuesta general. Oponer a este razonamiento la descripción realista del funcionamiento de un Parlamento es inevitable. Pero ello no debería eliminar la mayor ni privar al Parlamento de la opción de desenvolverse conforme a su ser y no conforme a su perversión. Desde luego, así ha de ser, el Parlamento adoptará su decisión final en función de las mayorías ideológicas del momento. Pero esa mayoría debería conformarse escuchando y dialogando con la diversidad ideológica presente en la Institución. Resultado de ello puede ser que se descubran las miserias de algunas de las decisiones adoptadas previamente al hilo de la consulta a los sectores afectados. Puede que no. Puede que el Parlamento también se enriquezca de esas consultas. De hecho, a los Diputados y grupos parlamentarios debiera llegar toda la documentación que obrase en poder del ejecutivo como resultado de esas consultas. No hay posibilidad de establecer fronteras. El procedimiento de elaboración de una ley es necesariamente la superposición de diferentes etapas. Lo que no es posible es desvirtuar el papel fundamental que en ese debate debe corresponder al Parlamento en función de la representatividad y pluralismo que le son propios.

Antes de examinar en particular lo previsto en los reglamentos parlamentarios sobre la participación en procesos legislativos y los problemas anudados a ella, debe recordarse que la vinculación de la participación con el Parlamento es anterior. En este sentido, es justo recordar la iniciativa pionera del Parlamento Vasco, Zabalik, base de datos digital sobre iniciativas parlamentarias que servía para facilitar a todos los usuarios registrados la información que deseasen de acuerdo a las preferencias establecidas. A los receptores de la información se les habilitaba cauces para establecer comunicación con Diputados y grupos parlamentarios. De hecho, presupuesto de su puesta en marcha, año 2007, fue el fomento de la participación (13).

Hoy, la institución parlamentaria no es ajena, al menos no del todo, a la situación expuesta en estas páginas (14). Por ello, resultaba inevitable que el debate sobre la inclusión de cauces de participación en el procedimiento legislativo llegase a las sedes parlamentarias. Lo ha hecho y son varios los Parlamentos que han reformado sus reglamentos para introducir la posibilidad de que colectivos sociales comparezcan en el plazo de la fase enmiendas para

(13) Véase, http://www.parlamento.euskadi.net/c_que_es_zabalik.html

(14) En general, la institución parlamentaria ha sido receptiva a las cuestiones suscitadas en relación con la misma por la democracia. Al respecto pueden verse los distintos informes de la Unión Interparlamentaria (www.ipu.org).

exponer su criterio. Son tres los Parlamentos que expresamente han introducido esta posibilidad.

El artículo 112 del Reglamento del Parlamento de Andalucía establece que una vez celebrado el debate de totalidad, Diputados y grupos parlamentarios tienen un plazo de 15 días para proponer a la comisión correspondiente la comparecencia de los agentes sociales y organizaciones que pudiesen estar interesados en la correspondiente regulación. Los comparecientes deberán tener la condición de representantes de colectivos sociales y estar afectados por el contenido de la ley. Sólo con carácter excepcional podrán ser llamadas a comparecer personas a título individual. Será la mesa de la comisión quién aprecie la oportunidad de las solicitudes.

Esta regulación ofrece distintas cuestiones de interés que llegan a responder a algunas de las cuestiones generales que necesariamente se han de plantear al analizar la cuestión de la participación de manera genérica. En primer lugar, desde una perspectiva temporal, las comparecencias. No parece que el reglamento prevea de manera expresa la exigencia de que esas comparecencias se celebren estando abierto el plazo de enmiendas, pero ello parece una exigencia mínima. En segundo lugar, la potestad de solicitar estas comparecencias se atribuye indistintamente a Diputados y grupos parlamentarios. Para el conocedor de la dinámica parlamentaria, no deja de ser una buena noticia que el Diputado individual se vea atribuido de un nuevo instrumento político, aunque, como inmediatamente se verá, de forma matizada. Porque, y en tercer lugar, asunto esencial, Diputados y grupos parlamentarios pueden proponer. Pero la decisión sobre la «oportunidad» de esas comparecencias y, por tanto, sobre su efectiva celebración, corresponderá a la mesa de la comisión correspondiente. Es decir a la mayoría parlamentaria. En cuarto lugar, el Reglamento prevé expresamente que esos colectivos y organizaciones sociales pueden ser públicos o privados. Y expresamente se menciona que pueden ser administraciones públicas. En quinto lugar, como requisito de legitimación se establece el posible interés en la regulación de que se trate. Finalmente, se enfatiza la necesidad de que se trate de «representantes de colectivos sociales». Afirmación que se complementa subrayando que sólo en circunstancias excepcionales pueden comparecer sujetos individuales.

Mucho más escueta es la regulación en los otros dos Reglamentos que contemplan esta posibilidad. El artículo 179 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, se limita a señalar que especialmente en el procedimiento legislativo, el Parlamento puede dar trámite de audiencia a las entidades y asociaciones más representativas de carácter social, económico, sindical, humanitario, cultural y educativo, y pedirles informes. Establece que ello deberá realizarse estando abierto el plazo de enmiendas. Por su parte, el artículo 165 del Reglamento de Extremadura señala que celebrado el debate de totalidad, los grupos parlamentarios dispondrán de un plazo de cinco días para proponer la comparecencia de los agentes sociales, organizaciones y ciudadanos que pudiesen estar interesados

en la regulación de que se trate. El escrito de los grupos se dirigirá a la Mesa que deberá oír a la junta de portavoces para tomar una decisión. También prevé expresamente que los comparecientes pueden ser administraciones públicas.

De estos preceptos, muy singularmente del andaluz, se deducen cómo se indicó, algunas de las cuestiones que afectan necesariamente a la ordenación de un trámite de participación en los procedimientos legislativos. Así, hay que saber quién puede solicitar; quién puede comparecer, público o privado, sujeto colectivo o sujeto individual; en qué plazo; quién decide a la postre sobre la comparecencia.

Como se indicó, no es una cuestión menor abrir la posibilidad de solicitar las comparecencias a los Diputados individuales. La posición de éstos en el Parlamento español es de una gran pobreza política. No es exagerado decir que se acerca a la inexistencia, desaparecidos en el Parlamento de grupos (15). En principio, no es ésta una cuestión que pueda levantar recelos entre los aparatos de los partidos y parece natural que ésta facultad se atribuya a los Diputados. En cambio, sí puede ser un elemento útil en la necesaria tarea de reforzar la posición del Diputado. Precisamente, las posibilidades ofrecidas por las tecnologías de la información y el conocimiento y la propia cultura de la participación son aliados naturales de ese reforzamiento. Sin embargo, sólo el aludido Reglamento andaluz atribuye expresamente esta facultad a los Diputados. El Reglamento del Parlamento de Cataluña no desarrolla este extremo y el de Extremadura indica expresamente que la posibilidad de solicitud de comparecencias se restringe a los grupos parlamentarios. Es un error. Los Diputados deben estar legitimados para realizar esta solicitud.

Más acuerdo hay en lo referente a quién puede comparecer. El sujeto pasivo se concentra en asociaciones y entidades representativas de intereses colectivos, públicas o privadas. Sólo con carácter excepcional se prevé en el Reglamento de Andalucía la opción de la comparecencia individual. Es natural. Abrir la posibilidad de comparecencias a sujetos individuales puede dar al traste con esta vía de participación. Además, es lógico que el interés de los Diputados y grupos parlamentarios se centre en conocer la opinión de colectivos representantes de significativos intereses. La comparecencia de sujetos individuales, que nunca debe estar prohibida, es más propia de trabajos especializados como los propios de una comisión de estudios en los que la voz de los expertos resulta imprescindible. También es normal que se permita tanto la comparecencia de entidades públicas como de entidades privadas. Ningún argumento puede oponerse a que se abra este tipo de comparecencias a entidades públicas.

Es también relativamente sencillo ponerse de acuerdo en que estas comparecencias deben celebrarse estando abierto el plazo de enmiendas. De lo contrario, carecen de sentido. Si son comparecencias para abrir el procedimiento

(15) SAIZ ARNAIZ (1989).

legislativo a la participación ciudadana, tiene que ser desde el presupuesto de que lo allí expuesto puede ser aprovechado por los grupos parlamentarios para realizar enmiendas. El problema que se suscita es que el plazo habitual de presentación de enmiendas, quince días, es incompatible con ello. Es cierto que la práctica de la prórroga, incluso de realizar varias prórrogas, está muy extendida. Pero no deja de ser una disfunción. Si se incluye este trámite, forzosamente debe tomarse en consideración para modificar, ampliando el plazo de enmiendas. Como nunca se puede saber a priori ni el número ni la relevancia de las comparecencias que pueden tener lugar, lo lógico sería que se introdujese algún instrumento que permitiese a la Mesa adaptar el plazo a las circunstancias concretas de cada procedimiento.

Pero la cuestión verdaderamente importante es la de quién y cómo decide sobre la oportunidad de las comparecencias. Se ha visto que en los Reglamentos de Andalucía y Extremadura se deja al criterio político bien de la Comisión correspondiente bien de Mesa y junta de portavoces. Nada dice tampoco al respecto el Reglamento del Parlamento de Cataluña. Dejar la decisión sobre la celebración efectiva de las comparecencias a los citados órganos supone en la práctica dejar esa decisión a la mayoría, lo cual es, a su vez, dejarla en manos del gobierno. Una vez más, parece que el juego se repite. El Parlamento se desapodera de hecho y la minoría queda relegada a las sombras de las Cámaras.

No tiene sentido. Apostar por la participación y realizarlo en los términos descritos, es radicalmente contradictorio. Es difícil postular la participación cuando ésta se niega a los grupos parlamentarios de la oposición. Porque será extraño que las solicitudes planteadas por estos grupos sean admitidas. Y casi imposible que lo sean aquellas realmente incómodas para el gobierno. Incluso en el supuesto de que coyunturalmente exista un clima favorable a la aceptación de estas propuestas, esa regulación no es aceptable. No pueden plantearse como una gracia a conceder por la mayoría que, por el contrario, tendría siempre la opción de llamar a aquellos colectivos que pueden reforzar su discurso. Debe contemplarse como un verdadero derecho de la oposición. Es plausible que puedan introducirse algunas limitaciones numéricas y una cierta proporcionalidad en función de la representación. Pero nada más. Si no se configura como un verdadero derecho, la introducción de estas comparecencias no será ni siquiera una oportunidad perdida. Será un problema. Porque, a la postre, será un instrumento más de legitimación de la mayoría y del propio gobierno y, por tanto, de devaluación del Parlamento.

Finalmente, resulta preciso referirse a alguna cuestión adicional que transciende el ámbito de lo estrictamente jurídico. En primer lugar, debe indicarse que la regulación mencionada no ha tenido en cuenta las opciones que ofrece Internet y que ya fueron tanteadas por el mencionado proyecto Zabalik del Parlamento Vasco. Internet permite multiplicar la intensidad de la participación. Frente a esta alternativa, han de tomarse decisiones. Es posible que sea necesario discriminar y limitar las comparecencias a la que puedan tener lugar

con carácter presencial. También es posible que se pueda optar por una vía intermedia, complementando las comparecencias presenciales con los aportes que puedan ser realizados a través de la Red. Lo que no puede es ignorarse ni las posibilidades que Internet ofrece ni el hecho de que en los distintos circuitos virtuales se pueden articular de manera espontánea foros de opinión sobre el contenido de un proyecto de ley (16).

Una segunda consideración de relevancia es la necesidad de trabajar para dotar a estas comparecencias de la máxima transparencia. El Parlamento deberá realizar un esfuerzo especial en este sentido. No basta con la mera retransmisión de la misma por Internet o por los canales parlamentarios. Hay que ir más allá. Y debe construirse un expediente del procedimiento legislativo en el que resulte muy fácilmente identificable quiénes y en qué términos han comparecido. También quiénes solicitaron en su caso las comparecencias. En este sentido, también debería exigirse a los comparecientes la aportación de un mínimo de documentación de la que no sólo se debería dar traslado a Diputados y grupos parlamentarios sino que también debería ponerse en la página web de la institución para conocimiento e información de todos los ciudadanos. Como inmediatamente habrá de subrayarse, la regulación de la participación de los colectivos sociales en el procedimiento legislativo supone, entre otras cosas, una gran oportunidad de correr el velo de la participación informal que se realiza en la actualidad.

Finalmente, debe decirse que, como siempre, la apuesta por la participación debe realizarse desde la convicción. Con la lógica consecuencia de poner a su servicio los medios necesarios y de no desvirtuarla por oportunismo político. Si no se ponen los medios, si se sacrifica a intereses políticos coyunturales, la consecuencia será inevitable. Decepción. Decepción y mayor descreimiento de los ciudadanos. El paso que se dio para reducir la desafección y acercar a los ciudadanos a la política, acabaría logrando resultados contrarios. Precisamente, que el presupuesto sea el grado de desafección que se destacaba al inicio de estas páginas, exigiría un mayor grado de compromiso con el éxito de éstas, o similares, propuestas.

Si se regula con las exigencias necesarias y existe convicción en la apuesta, este tipo de comparecencias puede ser un instrumento positivo. Desde luego, puede enriquecer el acervo de los Diputados y grupos parlamentarios. También puede, a la larga, transmitir la imagen de un Parlamento más cercano y comprometido con los problemas reales de la sociedad. Y puede favorecer la transparencia y publicidad. Pero, asimismo, es preciso tener en cuenta posibles problemas y recordar algunas cosas.

(16) Aunque, y ello es significativo, no trata el tema de la participación en relación con el proceso legislativo, una muestra de lo que la participación mediante las tecnologías de la información y el conocimiento puede dar en sede parlamentaria, puede verse (CAMPOS DOMÍNGUEZ: 2011).

IV. EL ABOGADO DEL DIABLO: LA CRÍTICA DE LA PARTICIPACIÓN

1. Nada nuevo bajo el sol

Lo primero que hay que realizar es insistir en un hecho conocido. El planteamiento que se ha analizado, que a veces se expone como una novedad relevante, no tiene nada de nuevo. Siempre se ha participado en el procedimiento legislativo. Mayoritariamente, mediante canales informales. Pero también, incluso, formalmente. En este sentido, hay que recordar que aun en ausencia de previsión expresa al respecto nada impide a un Parlamento establecer un determinado plazo de comparecencias para que los Diputados puedan ilustrarse al respecto y la sociedad expresarse. Un ejemplo fue el trámite de comparecencias que se abrió con motivo de la tramitación en la II Legislatura de las Cortes de Aragón de la llamada Ley del Banco de Tierras de 1987. El texto del proyecto había suscitado una gran polémica social y se entendió que debía darse a los distintos colectivos la oportunidad de expresarse delante de los Diputados. Procesos similares se han repetido en muchos Parlamentos.

También es normal la participación mediante la remisión de escritos e informes. Colegios profesionales, asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales, remiten con frecuencia estos informes bien a la Cámara parlamentaria para su remisión a los distintos grupos parlamentarios bien a los grupos directamente. En numerosas ocasiones, estos grupos no se limitan a remitir los escritos sino que acuden a entrevistarse personalmente con los diferentes grupos parlamentarios para darles a conocer su opinión y, en la medida de lo posible, tratar de influir en la presentación de enmiendas (17).

Por su parte, los grupos también reclaman la opinión de aquellos colectivos que consideran oportuno. Normalmente, todos los grupos tienen una relación particular con alguna asociación más afín ideológicamente, de manera que ésta puede ser interlocutora privilegiada. Pero, más allá, también buscan dirigirse a otros colectivos que mejoren su información. Hay que indicar que, mayoritariamente, son los grupos de oposición los que realizan esta tarea. Los grupos que apoyan al gobierno, de entrada, no suelen presentar enmiendas y cuando lo realizan es para cubrir alguna carencia detectada desde el gobierno.

Así, puede decirse que la participación es ya la pauta normal en relación con los procedimientos legislativos. Una participación que difícilmente se distingue del ejercicio del lobbyismo y que tiene lugar tanto en relación con la fase de elaboración del proyecto de ley como en sede parlamentaria. La participación es algo consustancial a la política. Allí donde se decide sobre cuestiones de interés social, se abrirán vías de participación. Como el agua, la participación sale por algún lado. Si se canaliza, se podrá, en alguna medida, controlar, conocer el caudal y la calidad. Si no, será más difícil medir su extensión y cualidad. Apenas se alcanzará a observar la mancha. Esa

(17) Sobre el tema, (RUBIO NÚÑEZ, 2003). Véase, también, <http://www.lobbyingspain.com>

mancha es la que hoy puede verse, como se dicho, en todo Parlamento. Es la legítima aspiración de influir en decisiones que afectan de manera destacada. Por cuestiones de lenguaje, si se habla de lobby, grupos de presión, se frunce el ceño, se levanta la barrera y se niega la evidencia. Si, por el contrario, se habla de participación, se esboza la sonrisa, se levantan compuertas y se saluda con afecto.

Participación o lobbysmo, lo cierto es que se trata de un fenómeno recurrente y antiguo. Como se indicó, una de las grandes aportaciones de regular esta cuestión es la de aportar publicidad. No se puede ser ingenuo y desconocer que en ningún caso se conseguirá una transparencia absoluta. En paralelo a la participación formal, se seguirá desarrollando una participación informal o lobbysmo. Pero, si regulamos la primera, podrán establecerse instrumentos para levantar el velo de la segunda.

La regulación de los lobbys o grupos de presión es una cuestión recurrente. Desde luego, existen algunas diferencias, importantes, con lo que sería la regulación de una participación en los términos hasta ahora contemplados en estas páginas. Hay que destacar el espeso manto de silencio que sobre esta materia existe en nuestro país. Nadie niega, nadie puede hacerlo, la existencia de estos grupos de presión. Es conocida su influencia sobre el contenido de muchos proyectos de ley. Sin embargo, no se dice nada. Como se indicó, es inevitable, y legítimo, que los grupos afectados busquen influir en el texto de una ley que puede ser esencial para sus intereses. Lo habrán hecho en relación con el gobierno y repetirán los intentos en sede parlamentaria si no han alcanzado sus objetivos. Pero esa legitimidad cede cuando su actuación se oculta y se priva a otros colectivos de actuar en condiciones de igualdad. Por ello, la regulación de este tema parece imprescindible. Por ello, también, debe ser tenido en cuenta cuando se analiza la participación en relación con los procedimientos legislativos. Sin embargo, hay que recordar que el proyecto de ley de transparencia y buen gobierno, en tramitación en las Cortes Generales, en el momento de la redacción de estas páginas, no hace referencia a esta cuestión (18).

Dicho lo anterior, es preciso señalar que sí existen algunas circunstancias novedosas que afectan al entorno de la participación. Dos cuestiones son las que básicamente favorecen una mirada distinta a esta cuestión clásica. La primera de ellas es la reiterada crisis institucional y correspondiente erosión de la representatividad de las Cámaras parlamentarias. La contundencia de este fenómeno, la imposibilidad de negar su gravedad, ha provocado que desde instancias políticas comiencen a darse algunas señales de alarma indicando la necesidad de tomar medidas que ayuden a cambiar esta situación. Como se

(18) Proyecto de ley de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado por Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012: <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>.

ha visto, la participación es el aglutinante de casi todas las propuestas (19). Lógicamente, ello favorece la introducción de cauces de participación en sede parlamentaria y, en concreto, en relación con el procedimiento legislativo. Puede ser positivo. Pero hay que reiterar que sólo lo será si se da con una convicción que no parece tenerse y que en ningún caso es medicina de gran eficacia. Todo lo más, vitaminas con efecto de medio o largo plazo.

El segundo factor es la consolidación de un escenario tecnológico en el que la comunicación sin barreras, el acceso a la información sin límites y la posibilidad de expresarse en cualquier momento y circunstancia son elementos esenciales. Estas tres circunstancias han de cambiar el tradicional desenvolvimiento del orden político. Ya lo están haciendo. También deberían cambiar el funcionamiento de los Parlamentos. No lo están haciendo. Hoy la página web de un Parlamento no puede seguir siendo un escaparate estático de los Diputados y sus iniciativas. Tampoco puede limitarse a favorecer un tímido intercambio de opiniones. El Parlamento debe reinventarse desde la Red y la web debe ser el escenario de ese proceso. Reinención que, en cualquier caso, ha de hacerse desde la premisa de la reivindicación de la decisión por representación. Como se vio, los reglamentos parlamentarios son ajenos a este escenario. Como tantas otras cosas en los Parlamentos, esa regulación nació vieja. La articulación de la participación en los procedimientos legislativos debe hacerse, como se indicó en su momento desde la premisa del escenario descrito.

2. Una reflexión crítica

La participación es necesaria y positiva. No es fácil discrepar de este aserto. Pero no significa gran cosa. Como a menudo sucede con las palabras, su reiteración y su uso múltiple, acaba dificultando la realización de una reflexión rigurosa. Hay que ir más allá de afirmaciones semejantes. También hay que dar dos pasos y mirar en la trastienda. Ver qué sucede realmente cuándo se abren procedimientos participativos. Hay que interrogarse por la relación de la participación con cuestiones esenciales como es la de la igualdad. Por ello, cualquier reflexión sobre una proyección de la participación debe intentar también tener en consideración los aspectos menos positivos ligados a la misma.

Se ha relacionado la participación con la igualdad. No es una cuestión baladí. El acto de votar es fácilmente generalizable. No requiere grandes esfuerzos ni dedicación. No es el caso de ser sujeto activo de un proceso participativo. Dejando al margen la cuestión del conocimiento, es innegable que exige distraer un tiempo del orden particular de cada cual para dedicarlo a esta tarea. En algunos, la virtud cívica del compromiso político puede estar muy desarrollada y llamarles a participar con frecuencia. En cualquier caso, tampoco es baladí, de forma limitada. Habrá de seleccionar el ámbito de participación. En otros,

(19) (CAMPOS DOMÍNGUEZ, 2011, pp. 61-65).

la virtud cívica se limitará a aquellas cuestiones que sean de su interés, en realidad a aquellas que sean de su máximo interés. Será en relación con éstas con las que procure aprovechar los cauces de participación que el sistema ofrezca. Finalmente, existirá una gran parte de la población que seguirá ajena a esos procesos. Las causas son múltiples pero lo que parece claro es que no es una cuestión fácil de cambiar. Al menos, como cualquier cambio de tendencia, exige una transformación cultural que exige tiempo.

Consecuencia de ello es el dominio de los procesos participativos por las que ya hace tiempo Sartori tuvo ocasión de denominar minorías intensas. Minorías organizadas, conscientes de su capacidad de presencia e influencia que suelen tener una presencia casi monopolística en los procesos de participación. Este hecho no puede ser ignorado. Ante la participación de un determinado colectivo es siempre preciso preguntarse por aquellos que no han participado. Por no incidir en la pregunta de acerca de cómo se han adoptado las decisiones en la organización correspondiente ¿De forma participativa? La reflexión sobre los riesgos de esta tendencia al monopolio participativo se refuerza si se tiene en cuenta los muchos canales de participación que existen sin ser mayoritariamente utilizados. En ocasiones, cuando se escucha a algunos adalides de la participación, da la sensación de que en la actualidad no es posible participar. Nada más lejos de la realidad. Como se ha reiterado, la participación es una constante. Tanto formal como e informal. Los cauces para materializarla se han multiplicado. En España, además no puede ignorarse como el reparto del poder político con las Comunidades Autónomas, así como la poderosa esfera local, favorece su multiplicación. No es exagerado decir que quién quiere participar, puede hacerlo. Lo que sucede es que sólo lo hacen unos pocos.

Como se vio, se insiste en la necesidad de que las asociaciones y entidades que puedan comparecer representen intereses colectivos y que puedan estar afectados por la resolución de que se trate. Es decir, se trate de colectivos que defienden intereses particulares. Frente a los mismos, el Parlamento ha de expresar, en este caso mediante la aprobación de la ley, el interés general. Como se ha reiterado en estas páginas, debe aceptarse culturalmente que la defensa de intereses particulares es totalmente legítima. En la mayoría de las sociedades ello es una obviedad. En España todavía es preciso subrayarlo. Y lo es por muchas razones. No es la menor el hecho de que ese juicio negativo que parece asociarse a los intereses particulares o privados conlleva que todo el mundo diga que representa intereses generales. La tendencia a personificar los mismos es una constante entre nosotros. Por ello es absolutamente preciso clarificar. Los comparecientes, sean quienes sean, representan intereses particulares. El Parlamento, los intereses generales. Y enunciar ello con claridad es fundamental porque es la premisa para garantizar la libertad de la Cámara parlamentaria a la hora de decidir. Uno de los riesgos de la participación es precisamente profundizar en la erosión de la legitimidad del Parlamento por no tener tomar en consideración lo expresado por los participantes. Todas las barreras que se

levanten frente a este riesgo, que, por cierto, se expresa con toda virulencia en derredor otro instrumento participativo ligado a la ley, la iniciativa legislativa popular, serán pocas (20).

Junto a ello, resulta preciso insistir en la necesidad de garantizar la publicidad y la transparencia. Es una exigencia connatural al proceso participativo. Sin embargo, muchas veces el participante no comparte esta necesidad. Prefiere la discreción. Tanto en lo relativo a su propia participación como en lo relativo al contenido de la misma. Como es obvio, el problema de la publicidad se multiplica si se toma en consideración el espacio de Internet y redes sociales. Precisamente, la publicidad puede ser un criterio de primera importancia para distinguir lo relevante de lo irrelevante en el espacio virtual.

Junto a lo indicado, es preciso detenerse siquiera brevemente para realizar una reflexión en relación con algunos problemas que acompañan a la participación en el procedimiento legislativo y que podrían denominarse como «técnicos».

El primero de ellos es el relativo a la inevitable demora en la tramitación de la ley que implica la introducción de este trámite. Si el proceso se articula como debe hacerse, es muy difícil que ocupe menos de un mes. Debe darse un plazo para solicitar las comparecencias, deben desarrollarse éstas y los grupos parlamentarios y Diputados tienen que tener también un tiempo para asimilar lo expuesto por los comparecientes. Todo ello, si se quiere hacer bien exige tiempo. Es cierto que un mes o dos puede no parecer mucho. Pero también lo es que depende. En numerosas ocasiones, las leyes se tramitan con un ritmo que ya es contradictorio con su propia complejidad. Así, no resulta difícil presumir que la necesidad de acelerar una determinada tramitación puede ser excusa recurrente para que la mayoría deniegue las solicitudes de comparecencia planteadas por la oposición. En cualquier caso, es una variable que debe tenerse en cuenta.

Una segunda circunstancia que puede ser aludida es la referida a la complejidad de muchas leyes. Una complejidad no sólo relacionada con el texto en cuestión sino con el entorno con el que se relacionan. Entorno que esos comparecientes no tienen por qué conocer. Ello es así. Precisamente, éste sería uno de los argumentos que reforzaría la posición del Parlamento como expresión del interés general frente a grupos que exponen intereses particulares. Por lo demás, la complejidad no puede ser un obstáculo a la participación. No se pide de esos comparecientes que aporten textos concretos sino criterios que deberían ser tenidos en cuenta por la norma.

En tercer lugar, habrá quién aluda a la técnica normativa y a la calidad de la ley (21). Si ésta de por sí es deficiente, se dirá que la introducción de procesos

(20) Sobre los riesgos de un exceso de participación, entre otros (SARTORI: 2003, pp. 110 y ss).

(21) VV.AA. (1989)

participativos sólo puede redundar en perjuicio de esa calidad por la vía que se abriría para a la introducción contradicciones e incorrecciones técnicas, por la voluntad de dar satisfacción a los participantes. El riesgo existe. Pero existe también en la actualidad cuando los grupos son sensibles a la influencia de los colectivos cercanos. Son muchas las ocasiones en las que puede determinarse como el origen de un texto «extraño», se encuentra en una de esas influencias. La publicidad del proceso de participación puede limitar esas influencias o puede multiplicarlas. Dependerá de la actitud de los grupos. Lo que nadie podrá negar es la ganancia de calidad en términos de legitimidad. La calidad de una ley no es sólo una cuestión de redacción o estructura. Va más allá. El fortalecimiento de la participación es, o puede ser, un instrumento importante para la mejora de su calidad.

Finalmente, habría que referirse a la relación de la participación en sede parlamentaria con la que pueda haber tenido lugar en la fase de elaboración del proyecto de ley (22). Como se indicó, esa participación tiene el riesgo de ser levantada por el gobierno de turno como un plus de legitimidad de su proyecto frente al Parlamento. Es un riesgo cierto. Si el gobierno articula un proceso de participación ¿Cómo se completa el mismo con el que pueda establecer el Parlamento? La respuesta natural sería que el Parlamento debería llamar a aquellos que no han sido escuchados por el gobierno o que no se consideran suficientemente atendidos. De esta manera, el círculo se cerraría virtuosamente. Y así debería ser. Pero hay motivos para pensar que no es tan sencillo que sea así. El Parlamento, cualquier Parlamento español, se encuentra, salvo en raras excepciones de gobierno en minoría, dominado por el gobierno. Por ello, se corre el riesgo de que no exista virtuosismo sino redundancia en el círculo. En cualquier caso, el Parlamento debe tener presente el conjunto del proceso participativo que haya podido tener lugar en sede ejecutiva. A tal fin, como se señaló, el ejecutivo debe informar cumplidamente del proceso de participación que haya podido tener lugar hasta la entrada del proyecto de ley en el Parlamento.

V. PROPUESTAS DESDE LA REIVINDICACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

En el actual contexto de descrédito de la política y cambio institucional, el Parlamento no puede perder la carrera de la participación frente a otros agentes y, muy en particular, frente al gobierno. La participación es hoy un elemento de legitimidad irrenunciable. Las tecnologías de la información y el conocimiento han multiplicado los cauces a través de los cuales se puede instrumentar la misma. Del mismo modo, los ciudadanos, conscientes de estas posibilidades y, simultáneamente, descontentos del funcionamiento de las instituciones representativas,

(22) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2000).

ven en la participación una política más real y democrática que aquella que se desenvuelve en las instituciones.

El Parlamento, es decir, Diputados y grupos, debieran ser conscientes de las dimensiones de la crisis. Debieran ser conscientes de que no se trata de una situación transitoria fruto de una negativa situación económica. Es imprescindible tomar conciencia y empezar a adoptar las medidas necesarias. El Parlamento es representación. No existe alternativa a la democracia representativa y, por ende, el Parlamento sigue siendo una institución necesaria. Pero ello no es suficiente para asegurar la supervivencia de la democracia representativa y de sus instituciones. Si no se reacciona se corre el riesgo de que una corriente de componentes hoy desconocidos se lleve todo por delante. No es una exageración. La historia demuestra como las instituciones y sistemas políticos que se creían más sólidos han caído. Es tiempo de reformas. Y en esas reformas hay que encontrar el espacio de la participación.

La función legislativa es consustancial a la institución parlamentaria. Por ello, los males que atañen a ésta afectan necesariamente a la ley. Como se ha visto en estas páginas, no todos los problemas que hoy exhiben las leyes tienen causa en el Parlamento. Hay causas ajenas y seguramente más relevantes. Así, en relación con la ley, el Parlamento deberá hacer frente a un doble reto. Por un lado, deberá intentar solucionar problemas que tienen su origen en el propio funcionamiento de la institución. Problemas ligados al procedimiento y al comportamiento de los distintos agentes. Por otro, el Parlamento no puede ignorar aquellas circunstancias a las que la ley debe hacer frente y que provocan serias distorsiones en algunas de sus características más clásicas como la generalidad o la vocación de permanencia en el tiempo. El Parlamento debe comenzar a reflexionar sobre cuáles son los cambios precisos a introducir tanto en el procedimiento como en la propia definición de la ley para que ésta pueda seguir cumpliendo su cometido de regulación social desde la expresión de la voluntad general (23).

En este sentido, es plausible pensar en la apuesta por la elaboración de leyes más ideológicas y menos técnicas. Buena parte del contenido habitual de las leyes es hoy más propio de una norma reglamentaria que de la ley. Por lenguaje, por propensión al cambio, por especialidad, mucho del contenido habitual de las leyes debería ser remitido a reglamento. La ley debe ser el espacio de la traducción jurídica de la decisión política, de las grandes decisiones. La ley debe ser el soporte ideológico de las posteriores y necesarias normas de desarrollo. Pero en absoluto puede ser espacio para normaciones técnicas que, por definición, necesitarán ser modificadas de forma rápida y sucesiva.

En realidad, no se plantea nada nuevo. Se trata de recuperar algo similar a la legislación de bases. Se podrían y deberían introducir algunos cambios

(23) Al respecto, (TUDELA ARANDA, 2008).

a la forma tradicional de entender las bases. Lo que resulta claro es que es más coherente con la naturaleza de la institución parlamentaria concentrar el contenido de la ley en los grandes criterios ideológicos que deben ser pauta del desarrollo específico de una materia que entrar en el contenido concreto de esa materia.

Este concepto de ley es más proclive a la participación que el hoy hegemónico. Es más lógico concentrar la posible participación de colectivos y entidades sociales alrededor de los grandes criterios ideológicos que han de servir a la regulación de un ámbito de intervención social que proyectar esa participación sobre una regulación técnica, concreta y muy detallada. Es lo propio de una sede parlamentaria. Una participación netamente política. Por supuesto, ello no sería obstáculo a que en momentos sucesivos, ya en sede ejecutiva, se arbitrasen cauces de participación en relación con cuestiones más concretas ligadas al desarrollo de la ley

Pero la participación ni puede ni debe limitarse al contenido de la ley. Es más, la participación puede ser más relevante en otros dos momentos. Por un lado, en relación con la propia decisión de legislar. Por otro, en relación con el necesario control de la ejecución de la legislación aprobada. Son estos dos territorios especialmente propicios para desarrollar instrumentos participativos y que sin embargo suelen ser obviados.

Como se ha indicado en algún momento, la decisión más trascendente en relación con una ley es la primigenia, es decir, si se debe o no legislar. El presupuesto no sólo de la oportunidad de la norma sino de su calidad depende de que esta decisión se adopte de la mejor manera posible. Debe ser una decisión sustraída a factores coyunturales y que tenga la exigencia de la necesidad. Para adoptarla, se antoja esencial que organizaciones y entidades sociales directamente afectados puedan opinar. Además, si se arbitran cauces en este sentido, se ganará notablemente en transparencia. Porque nadie ignora que en ocasiones las leyes se aprueban o modifican como consecuencia de presiones o, si se quiere, de esa participación informal tan frecuente y respecto de la que parece querer ignorarse casi todo.

Junto a ello, la participación en relación con la adopción de la decisión de legislar debería completarse con la existencia de cauces para que se pudiese plantear la necesidad de adoptar cambios legislativos o aprobar nuevas leyes. Cauce público que permitiesen tanto la igualdad en relación con la iniciativa como la publicidad. No parece que puedan aducirse problemas especialmente relevantes en relación con la introducción de estos posibles instrumentos de participación.

El control de la ejecución de las leyes es una cuestión en general desatendida por las Cámaras parlamentarias. Puede aducirse que ese control se realiza inevitablemente cuando se controla una determinada política pública. Es una verdad a medias. Es evidente que al controlar la política de sanidad se hará seguimiento de la Ley de sanidad. Pero el control de la aplicación de una ley

puede y debe ir mucho más allá. Una ley contiene obligaciones concretas para un gobierno, sea cual sea este. Además, esas obligaciones pueden contrastarse con los documentos que ampararon su aprobación y en su momento fueron remitidos a la correspondiente Cámara parlamentaria. Con estos criterios es posible desarrollar una tarea de control específica de la aplicación de las leyes. Tarea que, por supuesto, se modulará en función de si el gobierno que ejecuta es el mismo o no que impulsó la aprobación de la norma o en función de la relevancia de ésta.

Pues bien en relación con esta fase de aplicación de la ley, la participación ciudadana puede ser muy relevante. Puede serlo al margen del Parlamento. Pero puede y debe serlo en conexión con el Parlamento. Es sencillo articular cauces de expresión para que los ciudadanos, de forma individual o colectiva, puedan expresar su opinión y, más allá, aportar información que puede ser de extraordinaria utilidad para Diputados y grupos parlamentarios en el desempeño de su labor. Esta expresión de la participación es un claro ejemplo de cómo la labor especialmente de oposición de Diputados y grupos puede ser hoy facilitada por su relación con los ciudadanos. Relación que, a su vez, es hoy necesariamente más intensa gracias a las tecnologías de la información y el conocimiento.

Así, desde la reivindicación de la democracia representativa, hay un largo terreno que se puede cubrir con la participación en el Parlamento en general y, en concreto, en relación con la función legislativa. Pero antes de comenzar cualquier andadura debiera asumirse el reto de ordenar la participación existente. Hoy se participa y mucho. Es lo que se ha denominado en estas páginas una participación informal. Pero no por informal menos relevante. Ordenar la participación no sería sólo arbitrar nuevos cauces y adecuarla a las posibilidades que hoy aporta la tecnología. Sería también dotar de la necesaria publicidad y transparencia a esa participación que hasta el día de hoy se desarrolla entre bastidores.

Nada es como fue. Todo está cambiando y todo va a cambiar más. El sistema político vigente se enfrenta a retos insospechados hace no muchos años. El tiempo corre muy deprisa y cada vez hay menos margen para adoptar las decisiones que adapten el modelo vigente a las exigencias y necesidades de los ciudadanos. La participación es un instrumento irrenunciable para reforzar la legitimación de la política. El Parlamento no puede obviarla. Tampoco en la función legislativa. Pero la articulación de los cauces precisos para la participación debe hacerse desde el presupuesto de que hoy se participa. Y mucho. Y desde la consideración de los intereses generales son defendidos por los representantes y no por los comparecientes. Desde estas ideas, el proceso legislativo debe estar abierto a la participación de colectivos y entidades sociales, públicos y privados. Y debe estarlo tanto en relación con la oportunidad de la ley, como con su contenido como con el control de su aplicación. La participación debe ser, además, un instrumento para vigorizar la presencia del Diputado individual dándole protagonismo en el momento de hacerla efectiva. Finalmente, debiera

configurarse, con los matices que sean necesarios, como un derecho de los grupos minoritarios. Si la mayoría tiene derecho de veto, expreso o tácito, es mejor no incluir esta posibilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L.: *El impacto de las nuevas tecnologías sobre el principio de representación ¿Democracia directa y democracia representativa?* en *Parlamento y nuevas tecnologías. II Jornadas parlamentarias de la Asamblea de Madrid*, Asamblea de Madrid, 2003.
- ARAGÓN REYES, M.: *La función legislativa de los Parlamentos y sus problemas actuales en El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, 1991.
- ARTERTON: *Teledemocracy: Can Technology Protect Democracy*, Sage Publications, 1987.
- ASENSI SABATER, J.: *El futuro de las funciones del Parlamento en El Parlamento del Siglo XXI*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002.
- BAHEGOT, W., *The English Constitution*, Collins-Fontana, 1963.
- BARBER, B.: *Democracia fuerte*, Almuzara, 2004.
- CAMPOS DOMÍNGUEZ, E.: *La ciberdemocracia en el Congreso de los Diputados (2004-2008)*, Congreso de los Diputados, 2011.
- CANEDA MORALES, D. y DE ANDRÉS BLASCO, J.: *Apuntes sobre democracia electrónica*, RCG n° 55, 2002.
- CAVANILLAS, S.: *Identidad electrónica y participación ciudadana Societat de la informació i del coneixement. Tribuna Parlamentària 5*, Parlament de les Illes Balears, 2002.
- DAHL, R.: *La democracia y sus críticos*, Paidós, 1992.
- DAHRENDORF, R.: *Después de la democracia*, Crítica, Barcelona, 2002.
- DE ALBA BASTARRECHEA, E.: *El impacto de las nuevas tecnologías en las funciones legislativas y de control del Parlamento en Parlamento y nuevas tecnologías. II Jornadas Parlamentarias de la Asamblea de Madrid*, Asamblea de Madrid, 2003.
- FISHKIN, J.: *Democracia y deliberación*, Ariel, 1995.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P.: *Manual de técnica legislativa*, Cívitas-Thomson Reuters, 2011.
- *La iniciativa legislativa del Gobierno*, CEPC, 2000.
- GARCÍA GUITIÁN, E.: «Problemas de la representación política», en *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza, 2003.
- GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, 1985.

- GARGARELLA, R.: *Crisis de la representación política*, ITAM, 1997.
- HAMILTON, W. G.: *Lógica parlamentaria*, Congreso de los Diputados, 1996.
- LAPORTA, F. J.: *El deterioro de las leyes*, Claves de Razón Práctica n° 142, 2004.
- MANIN, B.: *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, 1998.
- MÁZMELA ETXEBARRÍA, J. L.: *Presentación del servicio Zabalik en Las tecnologías de la información y la e-democracia*, Parlamento Vasco-Instituto Europeo de Administración Pública, 2003.
- MULDER, B.: *Parliamentary future: re-presenting the issue information, technology and the dynamics of democracy*, Parliamentary Affairs, Vol 52, n° 3, 1999.
- NINO, C. S.: *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997.
- PAPADOPOULOS, Y.: *Démocratie directe*, Economica, 1998.
- RODOTÀ, S.: *La démocratie électronique*, Editions Apogée, 1999.
- SÁENZ ROYO, E.: *Informe sobre las posibles modificaciones normativas en la Comunidad Autónoma de Aragón para fomentar la participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Deliberación 1, 2010.
- SAIZ ARNAIZ, A.: *Los grupos parlamentarios*, Congreso de los Diputados, 1989.
- SARTORI, G.: *Elementos de teoría política*, Alianza, 1992.
- *¿Qué es la democracia?*, Taurus, 2003.
- TERRÓN MONTERO, J.: *Opinión pública y negociación en el procedimiento legislativo*, en *Parlamento y opinión pública*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 1995.
- TORCAL, M.: *La confianza en el Parlamento español. Tendencias, causas y consecuencias en Ciudadanía y política*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Fundación Manuel Giménez Abad, 2004.
- TUDELA ARANDA, J.: «Iniciativa legislativa popular y nuevas tecnología en Parlamento y nuevas tecnologías» en *II Jornadas parlamentarias de la Asamblea de Madrid*, Asamblea de Madrid, 2003.
- *Parlamento y nuevas tecnologías*, en *El Parlamento del siglo XXI*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2002.
- *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Congreso de los Diputados, 2008.
- *Parlamento y política legislativa en materia de participación ciudadana*, Deliberación n° 1, 2010.
- VALLESPIN, F.: *El futuro de la política*, Taurus, 2003.
- VV.AA.: *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, 1989.

CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS EN CATALUÑA. ¿ES ADMISIBLE CONSTITUCIONALMENTE UN *TERTIUM GENUS* ENTRE REFERÉNDUM E INSTITUCIONES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA? (*)

JOSEP MARIA CASTELLÀ ANDREU

SUMARIO: I. ACTUALIDAD DEL TEMA DE ESTUDIO E INTENTO DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: REFERÉNDUM Y CONSULTAS POPULARES: 1. El contexto político y jurídico del proyecto de ley de consultas populares no referendarias. 2. Referéndum y consulta popular en Derecho comparado: ausencia de un criterio unívoco de distinción.– II. MARCO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO DE LAS CONSULTAS POPULARES: ¿POSIBILIDAD DE LAS CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS?: 1. Aspectos sustantivos y competenciales de la constitucionalidad de las consultas populares. 2. La competencia del Estado del art. 149.1.32 CE y algunas vías ensayadas para acotar su ámbito de aplicación.– III. EL PROYECTO DE LEY DE CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS DE 2011: 1. Objetivos del proyecto. 2. Significado de la afectación al ámbito competencial y contenido del proyecto de ley.– IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El estudio afronta la cuestión de la posibilidad constitucional de las consultas populares no referendarias propuestas por el gobierno catalán en 2011. Se analizan los elementos que configuran jurídicamente el referéndum y, por contraste, las demás consultas populares, así como el marco competencial y normativo que ha de tenerse en cuenta para regularlas. También se examina el régimen jurídico de las consultas no referendarias pero con llamada al voto ideadas por el gobierno de la Generalitat. Se concluye sosteniendo la imposibilidad constitucional de un *tertium genus* entre el referéndum y los instrumentos participativos, y, de admitirse, su carácter inadecuado para consultar a la ciudadanía la autodeterminación.

Palabras clave: consultas populares; referéndum; participación ciudadana; gobierno autonómico; gobierno local.

(*) Este trabajo se inserta en las actividades del proyecto de investigación «Democracia multinivel: la participación de los ciudadanos y de los entes territoriales en los procesos de decisión pública» (MEC, DER2012-37567). En el origen del mismo está una charla en el seminario *Las competències de l'Estat i de la Generalitat sobre consultes populars*, organizado por el Institut d'Estudis Autonòmics en colaboración con el proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia» (MCI, DER2009-12921), que tuvo lugar en Barcelona el 13 de abril de 2012.

ABSTRACT: The essay studies the constitutional possibility of the popular consultation without referendum proposed by the Catalan Government in 2011. It analyzes the legal elements of the referendum, and, by contrast, of the other popular consultations, and the division of powers and legal framework for their regulation. The essay focuses next on the legal regime of the so called consultations without referendum but with a popular vote, proposed by the Catalan Government. It concludes that such a figure is a tertium genus among referendum and the participatory instruments and is not in accordance with the Constitution; besides, should it be legally accepted, it will not be appropriate for a consultation on self-determination.

Key words: popular consultations; referendum; citizens' participation; subnational government; local government

I. ACTUALIDAD DEL TEMA DE ESTUDIO E INTENTO DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: REFERÉNDUM Y CONSULTAS POPULARES

1. El contexto político y jurídico del proyecto de ley de consultas populares no referendarias

El profesor Luis Aguilar de Luque, en un trabajo publicado en 2000 sobre las instituciones de democracia directa en la Constitución, atribuía a los referendos autonómicos el carácter de «consideraciones de marcado carácter académico» (1). Hasta entonces había sido así: sólo se habían llevado a cabo referendos de aprobación de los estatutos de las Comunidades Autónomas de régimen especial, además del referéndum sobre el acceso a la autonomía de Andalucía, de acuerdo con lo estipulado por la Constitución (arts. 151.2 y 151.1 CE respectivamente).

Sin embargo, una década más tarde, los referendos autonómicos se han convertido en una cuestión política real, sobre todo tras las reformas estatutarias iniciadas en 2006 (a su vez sometidas a referéndum en los casos de Cataluña y Andalucía, de acuerdo con el art. 152.2 CE), y la aprobación por el Parlamento catalán de la Ley 4/2010, sobre consultas populares por la vía de referéndum (ley vigente, aunque impugnada por el Presidente del Gobierno Rodríguez Zapatero ante el Tribunal Constitucional y pendiente de sentencia). A lo cual se añaden dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el asunto, fundamentales para acotar el marco jurídico de la institución referendaria en las Comunidades Autónomas (CCAA): la sentencia 103/2008, en la que declara inconstitucional la ley vasca que estatuye una consulta sobre el derecho a decidir del pueblo de 2008, y la sentencia 31/2010, sobre la constitucionalidad del Estatuto catalán, que lleva a cabo una interpretación conforme muy restrictiva del art. 122 EAC respecto a la licitud constitucional del referéndum autonómico (FJ 69). A

(1) AGUIAR DE LUQUE (2000: p. 87).

la luz de esta doctrina del Alto Tribunal, no hay espacio para la regulación del referéndum (consultivo) autonómico, salvo competencia expresa en el Estatuto y previa previsión del referéndum autonómico en la Ley orgánica 2/1980, reguladora de las diversas modalidades de referéndum. Todo ello ha incidido en un renovado interés doctrinal por esta figura, sus posibilidades y sus límites constitucionales (2).

Al mismo tiempo, algunas CCAA han comenzado a legislar sobre participación ciudadana, de forma orgánica y sistemática, a veces en desarrollo de disposiciones incorporadas en los estatutos reformados a partir de 2006, otras sin que se haya producido la reforma estatutaria. Lo han hecho ya sea centrándose en figuras de carácter participativo —la primera de todas fue la Comunidad Valenciana en 2008, seguida de Canarias y de la Norma foral de Guipúzcoa en 2010—, o bien tratando la participación junto a otras figuras relacionadas con el acceso a la información, la buena administración o el buen gobierno —la última aprobada, y la más completa, ha sido la Ley foral de Navarra de 2012—. En la citada sentencia 31/2010 sobre el Estatuto catalán, el Alto Tribunal dejó abierta la puerta a la legislación autonómica sobre este tipo de consultas populares distintas del referéndum, siempre que se respetara la competencia estatal sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) (FJ 69) (3).

Ya en la sentencia 119/1995, el Tribunal Constitucional había considerado que estas figuras participativas (en aquel caso concreto se refería a la información pública en el procedimiento urbanístico), podían incluirse en la categoría «democracia participativa», distinta de las formas de democracia directa y semidirecta, pues no suponen un llamamiento al electorado para que ratifique una decisión previamente adoptada (lo que identifica con la participación política) sino «más bien, instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y la oportunidad de la medida que se vaya a adoptar» (FJ 6) (4).

(2) Como se verá a lo largo de estas páginas, donde se aludirá a la abundante literatura jurídica sobre la materia producida en los últimos tiempos. En cambio, no se conocen estudios doctrinales específicos sobre el proyecto de ley de consultas populares no referendarias presentado por el Gobierno catalán en 2011, aunque algunos autores se han referido en sus trabajos a este tipo de consultas.

(3) En cambio, considero que esta competencia estatal no entraría en juego si las figuras participativas se insertasen en el procedimiento legislativo o, más en general, en las actividades parlamentarias, como es el caso de audiencias o comparecencias de ciudadanos, que han previsto algunos reglamentos de Parlamentos de CCAA. En este caso, la competencia de la Comunidad Autónoma (autoorganización institucional) es exclusiva.

(4) Se suele distinguir la democracia directa de la democracia participativa en función de a quién corresponde adoptar o ratificar la decisión: en las instituciones de democracia directa (o semidirecta si se quiere diferenciar el régimen de Asamblea de los referendos) es el pueblo, mientras que en las instituciones de democracia participativa la decisión es tomada por las autoridades competentes tras haber consultado a personas y grupos afectados por la misma. Esto es capital: hay una manifestación de opinión sin que se transfiera a los consultados el poder de decisión, de ahí la

Desde la perspectiva de la protección constitucional, ello se traduce en que el referéndum forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental de participación *directa* en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), en cambio esas otras instituciones participativas quedan fuera del contenido de dicho derecho fundamental, aunque puedan tener reflejo en la Constitución. Por ello, mientras en el supuesto del referéndum el desarrollo legislativo corresponde a una ley orgánica (en conexión con la competencia estatal del art. 149.1.1 CE), ello no ocurre en relación con la regulación de las otras formas participativas, no cubiertas por esta última competencia estatal, y solo por la del art. 149.1.18 CE, si afectan a la participación ante las administraciones públicas (5). Otra cosa es que en la práctica, mientras el uso del referéndum (y de la iniciativa legislativa popular) sea más bien marginal, las experiencias de figuras participativas, tradicionales o novedosas, son habituales en los distintos niveles de gobierno. Todo lo anterior no empece el hecho que las instituciones de democracia directa y participativa tengan sentido y operen en el marco de la forma de Estado democracia representativa, y no como alternativas a la misma.

En el contexto de la regulación en Cataluña del referéndum (de forma seguramente fallida) y en algunas otras CCAA (pero no en Cataluña) de instituciones participativas bajo la denominación de «consultas populares» distintas del referéndum, y encuadrables en la categoría de la democracia participativa, se inició en el Parlamento de Cataluña, durante la IX Legislatura (2010-12), el debate sobre el proyecto de ley de consultas populares no referendarias, presentado por el gobierno de Mas (CiU) en cumplimiento del compromiso adquirido en el debate de investidura (6) y de una serie de resoluciones parlamentarias, que son expresión de la función de orientación política (7). Se trataba de regular un tipo

naturaleza deliberativa de la participación. Para una mayor clarificación del tema, con referencias a la doctrina italiana, me remito a CASTELLÀ ANDREU (2001: p. 71 ss.). Últimamente, ver ALLEGRETI (2010: p. 5 ss.). El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia merece una consideración a parte pues el pronunciamiento popular no suele suponer dar el poder decisional último al pueblo.

(5) E. MARTÍN (2012: p. 117).

(6) Ver <http://www.parlament.cat/activitat/bopc/09b222.pdf> (consultado el 23 de enero de 2013). Además, en el Pla de Govern 2011-2014, de 3 de mayo de 2011, se incluye en el punto 8.2 («Defensa i millora de l'autogovern») la «elaboració d'una nova llei de consultes populars», en http://www.gencat.cat/pladegovern/cat/2011_2014/PdG_2011_2014.pdf (consultado el 23 de enero de 2013).

(7) Ver Moción 11/IX, sobre despliegue del art. 122 del Estatuto (BOPC, núm. 44, de 28.3.2011); Resolución 275/IX, sobre la orientación de política general del Gobierno (BOPC, núm. 150, de 6.10.2011) y el Informe de la comisión parlamentaria sobre el nuevo modelo de financiación (BOPC, núm. 175, de 3.11.2011). Dichos pronunciamientos de impulso político aprobados por el Parlamento catalán en 2011, son reseñados por J. AULADELLI I FONTSECA (2012: pp. 91-92). Los dos últimos documentos se refieren a la regulación de las consultas no referendarias con el fin de poder ratificar la propuesta de un nuevo modelo de financiación basado en el concierto económico para Cataluña o pacto fiscal.

de consulta mediante el ejercicio del voto pero sin el procedimiento y las garantías electorales, y por ello sin la necesidad de autorización por el Estado.

La disolución anticipada del Parlamento provocó que caducara el proyecto de ley. En la presente Legislatura (la X), en el pacto suscrito entre Artur Mas y Oriol Junqueras a finales de 2012, en nombre de CiU y ERC respectivamente, se contempla la aprobación de una ley del mismo tenor, en el contexto de las propuestas acerca de la consulta sobre el derecho a decidir (8). En el segundo discurso de investidura, el candidato Mas anunció que el Gobierno catalán sometería al pueblo de Cataluña «la» consulta sobre «la decisió del futur polític i nacional del país», añadiendo, sin concretar el instrumento legal para llevarla a cabo (y como si se tratara de una cuestión dejada al albur del Gobierno): «Aquesta consulta serà duta a terme sota el marc legal que l'empari» (9). Adviértase, no obstante, que se trata de dos cosas en rigor distintas: primera, la aprobación de una ley sobre consultas no referendarias; y segunda, la consulta al pueblo de Cataluña sobre el derecho a decidir. Esta última podría llevarse a cabo, en opinión de algunos autores, sea con la ley catalana de referéndum de 2010 sea, de aprobarse, con la ley de consultas no referendarias (10).

La regulación de las consultas no referendarias no era del todo nueva, pues ya se había planteado esta posibilidad antes de emprender la elaboración de un nuevo Estatuto de autonomía. Ya entonces se trataba de obviar el mandato constitucional de la autorización estatal de las consultas populares por vía de referéndum (art. 149.1.32 CE). En efecto, el *Informe sobre la reforma de l'Estatut* elaborado por el Institut d'Estudis Autònoms en 2003, en el contexto de las primeras propuestas de reforma estatutaria, afirma la posibilidad de incluir en el nuevo Estatuto un tipo de consultas populares distintas al referéndum con el objeto de «recabar el parer ciutadà sobre qüestions d'interès general en matèries autonòmiques o locals», basándose en: 1) una «interpretación flexible» del art. 149.1.32 CE que permita distinguir este tipo de consultas del referéndum; y

(8) Ver *Acord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del govern de Catalunya. Annex 1: Procés de convocatòria de la consulta sobre el futur polític de Catalunya*, 19-12-2012. Textualmente se dice al respecto «Aprovar la llei de consultes a partir dels treballs iniciats en l'anterior legislatura, tot incorporant les modificacions i esmenes que es consensuïn. En aquest sentit, s'estableix el compromís d'impulsar l'inici de la tramitació parlamentària com a màxim a finals del mes de gener de 2013», en <http://file01.lavanguardia.com/2012/12/19/54358119611-url.pdf> (consultado el 23 de enero de 2013).

(9) Ver <http://estaticos.elperiodico.com/resources/pdf/5/1/1356023656815.pdf> (consultado el 23 de enero de 2013).

(10) Esta es la posición de J. VINTRÓ CASTELLS (2012). Merece subrayarse esta opinión, pues el autor de la misma ha sido designado por el presidente de la Generalitat vocal del Consell Assessor per a la Transició Nacional (Resolució PRE/639/2013, de 22 de març).

En <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2012/10/legalidad-y-consulta-soberanista-en.html> (consultado 23 de enero de 2013). El autor añade la posibilidad de seguir la legislación estatal de referendos. Me he referido a esta cuestión, admitiendo sólo la última posibilidad que se acaba de mencionar, en J.M. CASTELLÀ (2013).

2) en el principio participativo del art. 9.2 (el cual también es invocado en la exposición de motivos del proyecto de ley de 2012). Sin embargo, los autores del Informe consideran que tal interpretación del texto constitucional «pot considerar-se certament forçada» (11).

A continuación, vamos a abordar el estudio de los márgenes constitucionales y estatutarios de una consulta popular no referendaria pero distinta de las figuras participativas insertas en la democracia participativa, sea en su vertiente competencial como en la sustantiva (apartado 2); así como las líneas maestras del proyecto de ley presentado al Parlamento catalán por el primer Gobierno Mas en 2012 (apartado 3). La primera cuestión mantiene a fecha de hoy toda su relevancia, pues, como se acaba de indicar, sigue siendo un objetivo prioritario para la actual mayoría de gobierno nacionalista; la segunda, en cambio, se refiere a una concreta propuesta legislativa no culminada, y que, cuando se escriben estas líneas, se está discutiendo en el Parlament (en ponencia) una proposición de ley sobre la materia, por lo que es pronto para saber qué líneas básicas y contenidos del primer proyecto se van a mantener y cuáles no. Pero, antes de entrar en dichos puntos, conviene, a modo introductorio, clarificar brevemente algunas cuestiones taxonómicas y conceptuales que salen en el debate sobre las llamadas consultas populares no referendarias, así como su relación con categorías jurídicas como consultas populares y referéndum. La respuesta dada por los distintos legisladores —en España y en derecho comparado— no es unívoca, de ahí la confusión que rodea el uso de dichos términos.

2. Referéndum y consulta popular en Derecho comparado: ausencia de un criterio unívoco de distinción

Los contornos entre el referéndum y las consultas populares no son claros, como se advierte en derecho histórico y comparado. Veamos algunos ejemplos de uno y otro, con particular atención a su planteamiento en el plano subnacional o territorial. Sin salir de Cataluña ya encontramos una primera muestra de la diversidad de términos empleados y del contenido atribuido a los mismos. Así, el proyecto de Estatuto de 1931 (referendado), en su art. 7 afirmaba que «el poble expressa la seva voluntat a través de les eleccions i el plebiscit», y donde se utiliza el término plebiscito como equivalente a referéndum, y éste, junto con las elecciones, expresan la *voluntad* del pueblo. El texto no pasó a la versión finalmente aprobada de 1932 (el cual se limitó a incluir el referéndum de reforma estatutaria, art. 18). El Estatuto de régimen interior de 1933 concretaba, en términos restrictivos, el papel del referéndum (en esta ocasión se denominaba de este modo) circunscrito a la disolución del Parlamento; se trataba de un referéndum de iniciativa popular y también presidencial (arts. 33-34). Si tomamos la Ley municipal de Cataluña de 1933, que contiene la regulación

(11) A. BAYONA (coord.) (2003: p. 196).

más completa del referéndum municipal en España, en ella se distinguen cuatro figuras de democracia directa o semidirecta que implican una votación popular, con denominaciones distintas: 1) el *referéndum* de ratificación o revocación de acuerdos (obligatorio en unos supuestos, facultativo en otros, a instancia de la mayoría de concejales o un porcentaje de electores); 2) la *consulta popular* (art. 148) por la que la mayoría absoluta del Ayuntamiento puede decidir someter a consulta cualquier decisión relativa al municipio antes de adoptar un acuerdo (la consulta es previa, facultativa y vinculante); 3) el derecho de *iniciativa popular*, por el que un grupo de vecinos (5%) propone al Ayuntamiento la adopción de disposiciones o acuerdos y, si éste lo rechaza, se somete a referéndum siempre que lo solicite un 25% de los vecinos; y 4) la *revocación de mandato* de todos los concejales en Pleno (y no de uno en particular), a solicitud de un 25% de los electores (12). De este modo, referéndum y consulta popular son dos modalidades concretas del género referéndum.

En Quebec, la *Loi sur la consultation populaire* (LRQ, ch. C-64.1) regula sólo el referéndum en el que el gobierno puede preguntar sobre una cuestión aprobada por la Asamblea Nacional o sobre un proyecto de ley aprobado por la Asamblea y antes de su sanción (art. 7). Esta ha sido la ley seguida en los tres referendos llevados a cabo desde 1980 en relación con el status de Quebec en la Federación. Por tanto, en este caso, referéndum y consulta popular se utilizan como sinónimos. Es más, en Quebec, como en el resto de Canadá, el tipo de referéndum generalmente previsto por la legislación y llevado a la práctica es el referéndum consultivo, y sólo recientemente se ha planteado, aunque sin éxito hasta la fecha, la regulación de la iniciativa popular en Quebec (13).

En el Reino Unido, el referéndum aparece como el instrumento elegido para ejercer el derecho de secesión de Escocia en 2014, de acuerdo con lo acordado por los gobiernos de Londres y Edimburgo en octubre de 2012, una vez aceptado que la competencia sobre la organización del mismo pertenece al Parlamento de Westminster, que la cede (por una *Order in Council*) al Parlamento de Holyrood (14). El gobierno nacionalista escocés quería plantear el estatuto constitucional de Escocia en el Reino Unido a través de un referéndum *multichoice*. Al mismo tiempo, y en un orden diverso, los distintos *white papers*

(12) Ver T. FONT I LLOVET (1985: pp. 117-118).

(13) H. BRUN ET G. TREMBLAY (1979 : p. 140). El Partido Quebequés aprobó a inicios de 2012 una propuesta sobre referéndum de iniciativa popular (conocido como RIP) por la que un 15% de los electores podrían proponerlo al Gobierno provincial, en cuyo caso debería someterlo a la población y el gobierno estaría vinculado por los resultados. Durante la campaña electoral para la elección de la Asamblea Nacional de Quebec, de septiembre de 2012, el tema fue diluyéndose, y la candidata y actual primera ministra de Quebec, Pauline Marois, matizó su propuesta. Por ahora no ha sido aprobada la ley.

(14) *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, 2012, Ver: <http://www.number10.gov.uk/wp-content/uploads/2012/10/Agreement-final-for-signing.pdf> (consultado el 23 de enero de 2013).

elaborados por el Gobierno nacionalista de Escocia desde su primera victoria electoral en 2007 se referían a una «*national conversation*» o «*consultation*», esto es, una invitación a la participación de individuos, grupos y organizaciones a debatir sobre el replanteamiento del estatuto constitucional de Escocia o bien sobre el referéndum a llevar a cabo, utilizando distintos instrumentos de tipo muy variado: encuentros, jornadas, cuestionarios (15). También el Gobierno del Reino Unido puso en marcha en enero de 2012 una «*public consultation*» con el objetivo de escuchar las opiniones de ciudadanos, empresarios, académicos, parlamentarios, y organizaciones sociales y políticas acerca del referéndum que se debería convocar, para asegurar su carácter legal, imparcial y determinante (*legal, fair, decisive*) (16).

En las regiones de Italia, dista de ser uniforme la forma de regular las consultas y los referendos, pero parece claro que se distingue conceptualmente unas de otras. Así, en Emilia Romagna se diferencian las distintas modalidades de referéndum, previstas en el Estatuto de 2005 (abrogativo, consultivo y confirmativo, arts. 20-22), de la participación (arts. 14 ss.). Concretamente, la Ley regional n. 3 de 2010, regula la «*consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*», consideradas como formas de democracia participativa (art. 1) y cuyo art. 4 permite la iniciativa de los ciudadanos para poner en marcha «procesos participativos». En Toscana, se regula en sendas leyes: por un lado, las distintas modalidades de referéndum (Ley n. 62 de 2007, *disciplina dei referendum regionali previsti dalla Costituzione e dallo Statuto*), y, por otro, la participación que incluye en particular el *debatito pubblico* y el *processo partecipativo* (Ley n. 69 de 2007, *norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*). Ahora bien, la primera ley citada también utiliza en alguna ocasión «*consultazioni*» en un sentido amplio o genérico (art. 78: *Disposizioni di raccordo dei referendum regionali con altre consultazioni*) para referirse tanto a referendos nacionales como a elecciones administrativas). En cambio, en Umbria, la regulación es conjunta (Ley n. 14 de 2010, *disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)*). En dicha ley regional, se menciona el referéndum como instituto de democracia participativa (art. 1), y se regulan sus modalidades de referéndum abrogativo, consultivo y de reforma del Estatuto, entre las más des-

(15) Merecen destacarse: *Choosing Scotland's future: A National conversation*, 2007, pp. 38-39; *Your Scotland, your voice. A national conversation*, 2009; *Your Scotland, your Referendum. Consultation*, 2012, p. 29 ss. Ver: <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2007/08/13103747/0>; <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2009/11/26155932/0>; <http://www.scotland.gov.uk/Resource/0038/00386122.pdf> (consultados el 23 de enero de 2013).

(16) Ver *Scotland's constitutional future: a consultation* (enero-marzo 2012, participación de unas 3000 personas): https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/39249/Responses_to_Scotlands_Constitutional_Future.pdf (consultado el 23 de enero de 2013).

tacadas. Además, se norma la «*consultazione*» como «*strumento che consente il coinvolgimento del cittadino nell'esercizio delle funzioni delle istituzioni regionali, attraverso canali di ascolto immediato e diretto delle sue opinioni*» (art. 62.1: subrayado añadido) y se detallan sus modalidades: *incontri consultivi pubblici, audizione diretta, richiesta di pareri scritti* (art. 64).

Por último, en este rápido repaso a algunas experiencias relevantes de derecho extranjero subnacional, México DF aprobó la Ley de participación ciudadana del Distrito Federal (publicada el 27 de mayo de 2010) que reforma profundamente la anterior, y en cuyo art. 4 enumera una amplia gama de «instrumentos de Participación Ciudadana»: el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular, la consulta ciudadana, la rendición de cuentas, la difusión pública, la red de controlarías ciudadanas, la audiencia pública, los recorridos del jefe delegacional, las organizaciones ciudadanas y la asamblea ciudadana. De entre ellas, interesa destacar como el *plebiscito* (hasta ahora no habíamos aludido a él) es definido como «un instrumento de participación ciudadana mediante el cual el Jefe del Gobierno somete a consideración de los ciudadanos, para su aprobación o rechazo y de manera previa a su ejecución, los actos o decisiones que a su juicio sean trascendentes para la vida pública del Distrito Federal» (art. 17); lo puede pedir un grupo de ciudadanos (art. 18) y el resultado vinculará al Jefe del Gobierno cuando se obtenga la mayoría y haya votado un 10% del total de inscritos (art. 26). En cambio, el *referéndum* «es un instrumento de participación directa mediante el cual la ciudadanía manifiesta su aprobación o rechazo sobre la creación, modificación, derogación o abrogación de leyes propias de la competencia de la Asamblea Legislativa» (art. 28), si lo aprueban de forma exclusiva 2/3 de la Asamblea (art. 29); lo pueden solicitar los mismos grupos de ciudadanos que el plebiscito. Los efectos no tendrán carácter vinculante para la Asamblea (art. 37). Por último, la *consulta ciudadana* «es un instrumento a través del cual el Jefe del Gobierno, los Jefes Delegacionales, las asambleas ciudadanas, los Comités Ciudadanos someten a consideración de la ciudadanía, por medio de preguntas directas, foros o algún otro instrumento de consulta, cualquier tema que tenga impacto trascendental en los distintos ámbitos temáticos y territoriales en el Distrito Federal.» (art. 47). Esta figura está menos regulada que las anteriores. Por tanto, en la Ley de México DF se regulan conjuntamente figuras de democracia directa y participativa a la vez que se distingue claramente el plebiscito y el referéndum, según sea el Ejecutivo o el Legislativo quien pregunte (aunque ambos supongan una llamada a la ciudadanía a aprobar normas o actos, según el caso), mientras que la consulta ciudadana es una modalidad de lo que hemos denominado formas de democracia participativa.

Así pues, a la vista de las experiencias normativas que se han mencionado, y al margen de si la consulta popular y el referéndum se regulan conjunta o separadamente en un mismo texto legislativo, una y otro suelen aludir a figuras jurídicas diferentes: la primera, es una manifestación de opinión de la ciudadanía por cauces distintos al voto; en el referéndum, hay una llamada al cuerpo electoral

para que se pronuncie a favor o en contra de una ley o decisión pública y se expresa mediante el voto. Se da una coincidencia entre la acepción normativa de referéndum que se acaba de ver con la definición de mínimos que la doctrina suele hacer de esta figura de democracia directa o semidirecta (17). Pero no siempre es así en el plano del derecho positivo, ya que en Quebec referéndum y consulta popular se utilizan de manera equivalente; en la Ley municipal catalana de 1933 se emplea ambas denominaciones para dos modalidades del género referéndum; y en la Ley toscana, las consultas —en plural— son un género que puede abarcar modalidades diversas como figuras participativas, referendos y hasta las elecciones. En consecuencia, desde el punto de vista normativo, las experiencias citadas no nos aportan un criterio definitivo que ayude a orientarnos en la distinción entre consultas populares y referéndum que lleva a cabo el sistema constitucional español vigente. Por tanto, debemos ahora fijar nuestra atención en el concreto derecho constitucional español para ver cuál es la relación entre consultas populares (la Constitución utiliza el plural) y referéndum, y tratar de entender las razones del Gobierno catalán para legislar sobre consultas populares no referendarias, y sin que éstas se identifiquen, como a primera vista pudiera parecer, con instituciones de democracia participativa.

II. MARCO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO DE LAS CONSULTAS POPULARES: ¿POSIBILIDAD DE LAS CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS?

1. Aspectos sustantivos y competenciales de la constitucionalidad de las consultas populares

La Constitución de 1978 alude a las «consultas populares por vía de referéndum» al referirse a su «autorización» como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.32 CE). Al mismo tiempo, prevé o menciona a lo largo del articulado varias modalidades de referéndum, que pueden clasificarse en función del objeto, el ámbito territorial en que tienen lugar, o los efectos jurídicos que producen.

(17) No vamos a profundizar en este tema, que escapa del propósito de estas páginas. Nos remitimos a los tratadistas que se han acercado a la cuestión, todos los cuales subrayan la concurrencia en el referéndum del elemento «votación popular», como es el caso de M. LUCIANI (2005: cap. I). El autor subraya que es difícil dar una definición compartida de referéndum aunque lo identifica con un pronunciamiento popular por medio de votación de los ciudadanos sobre cuestiones jurídicamente relevantes, y lo distingue de otras formas de pronunciamiento popular como las *deliberations* (expresión de la democracia deliberativa, o como aquí se sostiene, participativa) y también de las iniciativas populares (con votación final del cuerpo electoral; no en la acepción española habitual ex art. 87.3 CE). Se suele distinguir el referéndum de otras votaciones populares como el plebiscito y de la iniciativa popular: así por ejemplo: C. SCHMITT (1982: p. 254 ss.); M. GARCÍA-Pelayo (1984: pp. 183-184); o L. AGUIAR DE LUQUE (1977: p. 315 ss.). Últimamente ha abordado la cuestión de forma sucinta pero con referencia a la mejor doctrina (italiana sobre todo), A. LÓPEZ BASAGUREN (2009: pp. 209-211).

De los referendos, las modalidades que se hallan previstas en la Constitución han de ser objeto de regulación por ley orgánica (art. 92.3 CE). Dejamos de lado por ahora cuestiones que irán saliendo a lo largo del trabajo: los efectos de la previsión o no en la Constitución de un determinado tipo de referéndum; las normas que han de regularlos; y el alcance de la competencia estatal sobre la autorización de su convocatoria así como de otras competencias implicadas. Antes conviene tratar de ver: 1) qué tipo de relación existe en el ordenamiento español entre consultas populares y referéndum, lo que lleva a identificar las figuras o instituciones participativas que incluyen las consultas populares distintas del referéndum; y 2) cómo distinguir el referéndum de las demás consultas populares.

En efecto, si hay consultas populares por vía de referéndum, cabe pensar en otras consultas populares al margen del referéndum. ¿cuáles son éstas? La Constitución no alude a ellas (18). Hasta 2006 la cuestión no tenía una respuesta clara en el plano normativo: la Disposición adicional de la Ley orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, excluía del ámbito de aplicación de la ley «las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización». No se habla aquí de referéndum sino simplemente de consulta popular, como tampoco lo hace la Ley reguladora de bases del régimen local (art. 71), ni las regulaciones autonómicas sobre las consultas municipales (Ley de Andalucía 2/2001; Ley foral de Navarra 27/2002; o en el contexto de leyes sobre administración local o municipal, como la Ley de Aragón 7/1999, art. 157; o la regulación catalana anterior a la vigente: cap. IV del Decreto Legislativo 2/2003 y Decreto 294/1996). Sin embargo, se ha entendido mayoritariamente que dichas consultas populares responden al modelo constitucional general u ordinario de referéndum: apelación al cuerpo electoral, y carácter consultivo (a partir de lo señalado en el art. 69.2 LRBRL: la participación no puede menoscabar la facultad de decisión que corresponde a los órganos representativos). Además, todas las normas aludidas contienen una referencia a la necesaria autorización de su convocatoria por el Estado, la cual, como se ha visto, solo es requerida para las consultas populares por vía de referéndum.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 103/2008, tuvo ocasión de precisar la relación entre referéndum y consulta popular con ocasión de la impugnación de la Ley del Parlamento vasco 9/2008, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalidad política». Según la defensa de la ley, efectuada por el Parlamento y el Gobierno vascos, dicha consulta no

(18) Cuando menciona la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales o la audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo (art. 105 a y c CE), no las designa como consultas populares.

requería la autorización del Estado porque no se trataba de un referéndum, pues no tenía efectos vinculantes ni se correspondía con una modalidad prevista en la Constitución. Esta ley no se podía amparar en una competencia específica del Estatuto vasco de 1979, sino que lo hacía en las disposiciones generales sobre participación y el principio democrático así como en la competencia genérica sobre autoorganización.

El Alto Tribunal, que declara inconstitucional la ley vasca, establece la distinción entre consulta popular y referéndum en términos de género y especie, y no por los efectos de la consulta, ya que son posibles los referendos consultivos (como el del art. 92 CE). Sobre la necesidad o no de estar previsto en la Constitución, volveremos luego a lo señalado por el Tribunal, porque a efectos de definición de la figura del referéndum no es, en sí mismo, relevante. La sentencia enumera los elementos que permiten identificar un referéndum y distinguirlo de las otras consultas populares: «aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en un censo, gestionado por Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas». En cambio, las demás consultas populares son aquellas en que «se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos» (FJ 2). En este último caso el margen para la regulación legislativa es muy amplio. Como colofón de lo anterior, el referéndum, en el ordenamiento constitucional español, forma parte del contenido del derecho fundamental de participación directa del art. 23.1 CE, cosa que no sucede con las demás consultas (19).

Normalmente, se ha centrado el análisis sobre la existencia o no de referéndum en la concurrencia cumulativa de los tres elementos citados: sujeto convocado —el cuerpo electoral—, procedimiento para llevarlo a cabo —el electoral— y garantías administrativas y jurisdiccionales propias de éste. De modo que, se concluye, si falta uno de ellos ya no estamos ante un verdadero referéndum. En consecuencia, bastaría con ampliar los sujetos convocados a los mayores de 16 años o a inmigrantes residentes, o bien, proponer un procedimiento o unas garantías alternativas, para estar ante una consulta popular distinta al referéndum, y por tanto, sin necesidad de autorización estatal (20). Sin embargo, esta interpretación pasa por alto lo fundamental de la argumentación del Tribunal,

(19) Resaltan la clarificación y delimitación de conceptos llevada a cabo por la sentencia, J. CORCUERA ATIENZA (2009: p. 303 ss.); y J. TAJADURA (2009: p. 363 ss.).

(20) Se muestra muy crítico con la definición de referéndum efectuada por la sentencia, I. LASAGABASTER (2008: pp. 168-169). En su opinión, «[e]se concepto... permitiría acudir al procedimiento de consulta con sólo no utilizar el censo electoral sino otro tipo de censo poblacional y creando una Administración distinta de la electoral para controlar el proceso» (justo lo que pretende el proyecto de ley). Para Lasagabaster, efectivamente «construida la categoría la cuestión será encontrar los huecos a través de los cuales se puede construir un concepto de consulta que no exija... que el Gobierno del Estado lo autorice», *ibidem*.

aunque seguramente no del todo bien expresada: el referéndum alude al parecer del cuerpo electoral, y se reitera su vinculación con lo electoral: procedimiento electoral, administración electoral. Esto es, en el referéndum es fundamental el voto. Por el contrario, en las demás consultas populares se recaba la «opinión», y para ello no hay ni sujetos —pueden ser individuos o colectivos—, ni procedimiento ni objeto formalizado de forma predeterminada. Por tanto, hay aquí una total flexibilidad en la configuración de los elementos configuradores de cada figura o institución participativa. Lo que importa es que la opinión se expresa a través de mecanismos distintos del voto (deliberación, encuesta). En sentido estricto, no se puede hablar de decisión (referéndum) versus opinión (otras consultas), pues el referéndum consultivo no constituye una decisión del cuerpo electoral, sino una orientación del mismo; la decisión final corresponde a las autoridades responsables.

Con anterioridad a la sentencia de 2008 que se comenta, los estatutos de autonomía, sobre todo los reformados a partir de 2006, inciden en la cuestión que se aborda, no siempre aportando la suficiente claridad. También aquí las consultas populares aparecen como el género que engloba modalidades distintas. En contraste con la Constitución, ninguno menciona el referéndum expresamente entre las consultas populares y en cambio sí cita algunos instrumentos de participación como consultas populares. Es más, algunos estatutos lo excluyen en términos explícitos de las consultas sobre las que tiene competencia la respectiva Comunidad Autónoma (art. 78 E. Andalucía; art. 71.27 E. Aragón; art. 9.1.50 E. Extremadura), pero otros presentan una regulación que es susceptible, a priori, de diferentes interpretaciones (art. 28.5 E. C. Valenciana (21); art. 31.10 E. Illes Balears; art. 71.1 E Castilla y León). Este es el caso del Estatuto catalán de 2006: según el art. 122 EAC la Generalitat tiene competencia exclusiva para «el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución».

Las consultas populares que se mencionan —las encuestas, las audiencias, los foros— se corresponden con las consultas populares que recaban la opinión a sujetos no determinados, con procedimientos que la ley correspondiente debe prever. Se trata de modalidades de consultas populares encuadrables en la

(21) Es el único caso que las consultas populares no aparecen sólo en el título de las competencias (art. 50.8: competencia sobre consultas *municipales*), sino también y con carácter general en el de las instituciones de gobierno. En algunos estatutos, además, se reconoce un específico derecho a promover consultas: casos de Cataluña (art. 29.6), Illes Balears (art. 15.2), Andalucía (art. 30.1), y Castilla y León (art. 11.5). En cambio, en el Estatuto de Aragón los términos empleados son otros: «Los poderes públicos promoverán la participación social en la elaboración, ejecución y evaluación de políticas públicas...» (art. 15.3). Por tanto, es un mandato a los poderes públicos y se obvia mencionar las consultas.

categoría de la democracia participativa. Pero, al mismo tiempo, resulta evidente que no estamos ante un *numerus clausus*, sino sólo la mención de las figuras más conocidas en el derecho público positivo o en la doctrina politológica o jurídica. La primera cuestión es, entonces, si entre «cualquier otro instrumento de consulta popular» (cláusula residual), puede figurar el referéndum, o bien éste queda excluido por el último inciso de la disposición: «con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32». Otra cuestión es si puede incluir las llamadas por el gobierno catalán «consultas populares no referendarias». La respuesta a esta última cuestión pasa por aclarar antes la primera y por verificar la posibilidad constitucional de dicha figura.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 31/2010, FJ 69, sobre la constitucionalidad del Estatuto catalán, llevó a cabo una interpretación conforme del art. 122 EAC muy restrictiva, que excluye completamente el referéndum de las consultas populares que puede regular el legislador catalán ya que la competencia estatal del art. 149.1.32 CE excluiría del ámbito autonómico toda la institución referendaria, y no sólo la autorización (salvo el referéndum de reforma estatutaria). En el orden normativo, el Tribunal exige la previsión del referéndum autonómico en la Ley orgánica de referendos de 1980. Además, el Alto Tribunal se refirió al orden competencial implicado. Si en la sentencia 103/2008 había declarado que no cabe una competencia implícita (FJ 3), ahora, una vez que los estatutos reformados han incorporado una competencia expresa (en algunos casos, como el catalán, exclusiva; en otros compartida), niega el carácter exclusivo de la competencia sobre dichas consultas pues debe combinarse con la competencia básica del Estado sobre régimen jurídico de la Administración (art. 149.1.18 CE) (22). En cambio, a las consultas no referendarias no se aplica la competencia del Estado de autorización de su convocatoria, como pretendía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los diputados del Grupo Popular.

Amparándose en la doctrina reseñada, el Presidente del Gobierno impugnó ante el Alto Tribunal la Ley catalana 4/2010, de consultas populares por la vía de referéndum. Dicha ley respeta la exigencia de la necesaria autorización por parte del Estado, del art. 149.1.32 CE. Se impugna la posibilidad misma de una regulación del régimen jurídico del referéndum a escala autonómica, en ausencia de una previsión expresa del Estatuto y de la Ley orgánica de las distintas modalidades de referéndum. En cambio, se salva del recurso de inconstitucionalidad la regulación de la consulta local, por considerar que no se trata de un verdadero referéndum, según el informe del Consejo de Estado que precedió a la impugnación.

Este es precisamente el contexto jurídico que propicia la entrada en escena de un *tertium genus* entre el referéndum y las consultas populares hasta ahora vistas, las llamadas «consultas populares no referendarias», que fueron objeto

(22) Una crítica a la misma en E. MARTÍN (2012: p. 118 ss.); y J.M. CASTELLÀ (2011: p. 219 ss.).

de una iniciativa legislativa por parte del gobierno catalán en la anterior legislatura, y que en la presente se ha anunciado su replanteamiento. La razón de esta propuesta legislativa, que parte de distinguir el referéndum de la consulta popular no referendaria (y distinta de las modalidades de democracia participativa), está en la opción de la Constitución de 1978 de exigir la autorización del Estado para la convocatoria de referendos, así como en la interpretación dada por el Alto Tribunal de excluir completamente el referéndum autonómico de la competencia de las CCAA sobre consultas populares, salvo regulación por la Ley orgánica de las distintas modalidades de referéndum.

2. La competencia del Estado del art. 149.1.32 CE y algunas vías ensayadas para acotar su ámbito de aplicación

La propuesta legislativa de 2011 pretende sortear la barrera constitucional del art. 149.1.32 CE. Lo hace creando una figura que se aparte de algunos elementos definidores del referéndum (establecidos por la sentencia 103/2008) pero al mismo tiempo manteniendo la apelación al voto (a diferencia de las modalidades de democracia participativa). Lo veremos con detalle en el siguiente apartado.

Por tanto, es en el derecho constitucional interno donde hay que buscar la causa de la regulación de las consultas no referendarias. No hay en el derecho extranjero consultado una cláusula como la de atribución al Estado de la competencia sobre la autorización de las consultas del art. 149.1.32 CE ni tampoco consultas populares con votación distintas del referéndum (en sentido amplio). Su presencia supone «un pleno control directo [sobre el referéndum] por parte del Estado» (ATC 87/2011). Se trata de un auténtico «mecanismo de garantía de la unidad política» (23). Además, es una disposición que expresa desconfianza y cautela hacia el ejercicio del referéndum por parte de CCAA y entes locales (24), poco acorde con la naturaleza compuesta del Estado autonómico, ya que se hace

(23) Dictamen 3/2010, Consejo de Garantías Estatutarias. Ver también las consideraciones al respecto de C. AGUADO RENEDO (2011: p. 389 ss.). Para este autor, la razón de fondo del art. 149.1.32 CE —que cierra el listado de competencias del Estado— es el intento de evitar el condicionamiento de la voluntad general por sólo una fracción del mismo, ante la existencia en España de fuertes nacionalismos de tendencia centrífuga. Es curioso como tratadistas de derecho autonómico al abordar las cláusulas constitucionales de garantía de la unidad no la incluyan entre las mismas. Así, S. MUÑOZ MACHADO (2007: p. 240 ss.), o E. ALBERTÍ (2002: p. 63 ss.).

(24) Como el art. 145.2 CE: necesaria autorización de acuerdos de cooperación entre CCAA. Ver L. AGUIAR DE LUQUE (2000: p. 85). Para dicho autor, el constituyente adoptó «específicas cautelas para garantizar la lealtad constitucional con ocasión de su eventual puesta en práctica. Y a tal efecto el Estado se reservó el establecimiento de las bases de su régimen jurídico al exigir la ley orgánica para regular ‘las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum’ [art. 92.3 CE] y la autorización para la concreta celebración de las consultas populares» (p. 87).

intervenir al Gobierno estatal en la decisión de someter a referéndum cuestiones materiales que no son de su competencia (25).

Ante la situación normativa descrita, se ha tratado de acotar la definición de referéndum y el ámbito de aplicación de la cláusula del art. 149.1.32 CE, mediante ciertas vías. De este modo, se potenciaría el uso del referéndum por CCAA y municipios. Entre ellas está la previsión de consultas populares no referendarias, pero con ejercicio del voto, pero no es la única (26).

Una primera vía para limitar el alcance de la autorización por el Estado del referéndum pasa por excluir del ámbito de aplicación del mismo las consultas populares municipales (27) o incluso autonómicas (28). En consecuencia, la autorización estatal solo operaría para los referendos previstos en la Constitución.

Otra vía que guarda relación con la anterior, aunque sea más matizada y menos coherente en términos lógicos, para acotar el alcance del referéndum, consiste en dejar fuera del mismo a las consultas municipales, si bien requiriendo igualmente la autorización estatal. Esta posición fue adoptada por el Consejo de Estado en el dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley catalana 4/2010, el cual sostiene la constitucionalidad de las consultas populares municipales, reguladas en dicha ley (salvo la denominación de referéndum para las mismas), en contraposición con el referéndum autonómico, que reputa inconstitucional. El Consejo de Estado opta por diferenciar el referéndum de las consultas municipales,

(25) R. URIARTE TORREALDAI (2008: pp. 247-248).

(26) Dejamos de lado las consultas organizadas por entidades privadas, aunque con el apoyo de los ayuntamientos. Es lo que ocurrió en centenares de municipios de Cataluña en relación con el derecho a decidir. El Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 14 de Barcelona suspendió el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arenys de Munt, el primer municipio en organizar este tipo de consulta, por el que apoyaba la propuesta de consulta (apoyo logístico y celebración en dependencias municipales) y luego lo anuló. El juez considera que la consulta sobrepasa las competencias municipales y recuerda el régimen legal de las consultas populares municipales que requiere la autorización estatal (Autos de 3 y 9 de septiembre de 2009 y sentencia 264/2011).

(27) Esta es la posición que yo sostuvo en 1980 J.A. SANTAMARÍA PASTOR (1980: p. 939), si bien el autor no aporta justificación alguna a su afirmación, limitándose a señalar que «no [son] estas consultas referéndum en sentido estricto». Posteriormente, en 2000, L. AGUIAR (2000: p. 89). En su opinión, el art. 149.1.32 CE se refiere sólo a las consultas de ámbito autonómico, «pero no impone con el rango de insoslayable exigencia que las consultas referendarias de ámbito local deban ser autorizadas por el Gobierno de la Nación», ya que sólo pueden girar sobre competencias municipales, de significado político menor. Posteriormente otros autores se han sumado a esta tesis: A. MONTIEL MÁRQUEZ (2006, p. 149); en este núm. de la RAAP, ver también el trabajo de E. EXPÓSITO. Una posición más matizada en J.L. MARTÍNEZ ALONSO (2010: p. 472). Para dicho autor, es importante que se flexibilice el actual marco normativo de las consultas municipales pero sin eliminar los rasgos sustantivos de la institución: consulta al cuerpo electoral sobre asuntos de relevancia con las garantías propias del procedimiento electoral, como hasta ahora. En cambio, no faltan autores que sostienen que las consultas populares municipales son auténticos referendos. Así A. IBÁÑEZ MACÍAS (2009: p. 4).

(28) I. LASAGABASTER (2008: p. 6). Para este autor, el art. 149.1.32 CE no se aplica ni a los referendos del ámbito local ni del autonómico, que no están previstos en la Constitución.

aplicando la distinción del Tribunal Constitucional entre cauces de participación política derivados del derecho fundamental del art. 23.1 CE y otras formas de participación constitucionalizadas (STC 119/1995) y, sobre todo, a partir de una aseveración contenida en la sentencia 63/1987 y sobre la que vuelve la sentencia 103/2008: que, al ser la nuestra una democracia representativa, los mecanismos de democracia directa quedan restringidos «a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras». Entre ellos no está la consulta municipal (ni la autonómica), que es autorizada por el Gobierno. Una cosa es que el recurso a las modalidades de democracia directa se califique como «excepcional» en nuestra forma de Estado (democracia representativa) y otra distinta es que sólo se admitan los referendos expresamente previstos en la Constitución. Esto último no tiene, a nuestro juicio, justificación convincente.

Según el Dictamen del Consejo de Estado sobre la inconstitucionalidad de la ley catalana de 2010 citada, la identificación del referéndum con las consultas populares municipales, además de una cuestión de nomenclatura (no se denominan referéndum en la legislación estatal sobre la materia), «implica la pretensión de instalar en el ámbito municipal una institución de índole constitucional que constituye un cauce de ejercicio directo de la participación política y que, como tal institución, en su 'entera disciplina', en las palabras de la Sentencia 31/2010, debe entenderse fuera de la competencia autonómica» (29). En lo que ahora interesa resaltar, estaríamos ante una facultad del derecho fundamental de participación directa del art. 23.1 CE, que se acotaría en los planos estatal y autonómico, por ser los únicos ámbitos de gobierno estrictamente políticos (30). De este modo, parece que sólo es referéndum la llamada a los ciudadanos que se produce en los ámbitos general y autonómico y no, en cambio, las consultas populares municipales (31), si bien no se objeta para nada el requisito de la autorización estatal de su convocatoria.

Se trata, a mi juicio, de una vía artificiosa, ya que al final, aunque no lo pretenda, acaba basándose sobre todo en razones terminológicas. Así, por una

(29) Consejo de Estado, Dictamen 1618/2010, de 16-9-2010.

(30) De hecho, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 4/2010 se focaliza en los artículos dedicados al referéndum de ámbito catalán, y no incide en el municipal (arts. 10-30, y en lo relativo a dicho referéndum pero no a las consultas municipales: arts. 1-9, 43 y 45), si bien se señala que el Alto Tribunal puede extender la declaración de inconstitucionalidad (ex art. 39.1 LOTC) a los preceptos relativos a las consultas municipales por vía de referéndum y que no han sido recurridos en atención a que en su día no lo fue la legislación precedente, que también «regulaba genuinos referendos municipales» y remitía como norma supletoria a la legislación sobre referendos, como ocurre con el Decreto 294/1996 (Fundamento de Derecho primero). Sin embargo, la normativa precedente no alude a referendos sino a consultas populares.

(31) Así lo había sostenido ya M.C. NÚÑEZ LOZANO (2001: pp. 429-430).

parte, que no se califique a las consultas populares municipales como referéndum no significa que no lo sean realmente, ya que suponen también el ejercicio del voto de acuerdo con un procedimiento y unas garantías electorales. Lo corrobora el hecho de que la ley exija también para este supuesto de consulta popular la autorización estatal.

Por otra parte, como se ha visto, a favor de la exclusión del referéndum municipal del ámbito del art. 23.1 CE se suele invocar un pronunciamiento poco claro del Tribunal Constitucional en la sentencia 63/1987, FJ 5, en el que se señala que el derecho de participación directa del art. 23.1 CE comprende la participación que «se alcanza a través de las consultas populares *previstas* en la propia Constitución» (cursiva añadida) y, a continuación, enumera los preceptos que englobaría el ámbito del derecho: 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3. En realidad, el art. 14.1.32 CE no prevé ninguna consulta en sentido estricto, pero aparece incluido en el catálogo de consultas. Además, es cierto que la Ley orgánica de referéndum de 1980 no lo regula, sino que remite por entero a la legislación local (Ley de bases de régimen local) (32). Lo lógico es entender que igual que el sufragio en las elecciones locales forma parte del contenido del derecho fundamental del art. 23 CE en su vertiente representativa, como también el concejo abierto en su vertiente directa, asimismo se incluya en ésta última la consulta popular municipal, en paralelismo con lo que ocurre con el referéndum a escala nacional o de reforma estatutaria a escala autonómica. Creo que la sentencia 119/1995 puede ser leída en esta línea: tras afirmar que el derecho de participación a través de representantes se refiere a las Cortes y «abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 de la Constitución» (FJ 2), a continuación añade que «este entendimiento de la expresión ‘participación en los asuntos públicos’ es *perfectamente trasladable* a la participación directa a la que igualmente se refiere el art. 23.1 CE» (cursiva añadida) (FJ 3). Precisamente en ese momento invoca el fragmento de la sentencia 63/1987 referido más arriba. Ahí cita también su carácter excepcional.

En todo caso, cuando el art. 149.1.32 CE prevé la autorización del Estado no la circunscribe a los referendos previstos en la Constitución, sino a todos, inclusive el municipal (33). Entendemos que la conceptualización como referéndum,

(32) Precisamente por esto, se ha defendido, con razón, la inclusión en la Ley orgánica de referéndum de un marco mínimo para las consultas de ámbitos inferiores al nacional, y que han de desarrollar las CCAA. Así, F. PÉREZ OLIVARES (1996: p. 692); y N. PÉREZ SOLA (2009: p. 450).

(33) U otros previstos en los Estatutos, como en el vasco o en el castellano-leonés, vinculados a la suerte de enclaves territoriales, y que no fueron objeto de cuestionamiento por el Tribunal Constitucional cuando abordó la cuestión en la STC 99/1986 o incluso en la misma STC 103/2008, FJ 3, en relación con los del Estatuto del País Vasco, de forma contradictoria con lo sostenido con carácter general en el FJ 2, invocado en el texto. Resalta este hecho, y desliga acertadamente el carácter de referéndum de su previsión constitucional, A. LÓPEZ BASAGUREN (2009: pp. 234-235). Además, se pueden citar los referendos de ratificación de reformas estatutarias de CCAA distintas

y la consecuente aplicación del régimen jurídico previsto por la Constitución para los mismos, no se puede hacer a partir de un elemento externo a la institución referendaria: su previsión o no por la Constitución, como tampoco hemos visto que se podía basar en el carácter consultivo y no decisorio del mismo (como hacía la ley vasca de 2008 y el Tribunal rechazó).

De hecho, al aceptar que las consultas municipales no son verdaderos referendos, se contribuye a diluir la distinción entre referendos y las demás consultas populares y, por tanto, se abre la puerta a otras consultas populares no referendarias, como la impulsada por el Gobierno catalán.

Una tercera vía para limitar el alcance de la autorización por el Estado del referéndum se centra en la acotación del margen de discrecionalidad de que dispone el Gobierno del Estado a la hora de decidir la autorización del referéndum autonómico o local. El Auto del Tribunal Constitucional 278/1993 se refirió al carácter de «acto híbrido» de dicha autorización: en su dimensión formal o reglada, es revisable por los tribunales; en su dimensión material, el Gobierno dispone de discrecionalidad sobre el fondo de la cuestión. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (Sala Tercera, caso Almuñécar) parece que también abunda en esta línea. Ahora bien, queda claro, y así lo afirma el Auto del Tribunal Constitucional 87/2011, que corresponde al Estado «decidir, *con entera libertad*, acerca de la conveniencia de otorgar o no la mencionada autorización, condición necesaria e imprescindible para que la consulta pueda ser convocada» (cursiva añadida). Por tanto, la decisión sobre el fondo, autorizar o no una consulta popular, es un acto no controlable por los tribunales, más allá de la necesaria observancia de los requisitos fijados por la ley, entre ellos, que forme parte de la competencia del ente que promueve la consulta (34).

Una última vía pasa por la cesión de la competencia estatal del art. 149.1.32 CE a las CCAA, a través de una ley orgánica de transferencias del art. 150.2 CE. Es lo que defendió en 2003 para Cataluña el *Informe* citado, promovido por el Institut d'Estudis Autonòmics de la Generalitat, en el contexto del debate sobre la reforma estatutaria (35). Posteriormente fue incorporada a la propuesta de Estatuto que aprobó el Parlamento catalán el 30 de septiembre

de las de régimen especial (en éstas está exigido por el art. 152.2 CE) que, con base en el art. 147.3 CE, han incorporado las últimas reformas (casos de la Comunidad Valenciana, art. 81.5; Aragón, art. 115.7; y Extremadura, art. 91.2), y cuya constitucionalidad ha avalado la STC 31/2010, FJ 147.

(34) Una opinión distinta (amparada en la doctrina del Consejo de Estado) partidaria de reducir el control del gobierno del Estado al de mera legalidad, en P. BOSSACOMA I BUSQUETS (2012: pp. 270-272). En un acercamiento divulgativo, a su vez, hay quien argumenta sólo en base a las exigencias del principio democrático: el Gobierno del Estado debería atender al requerimiento de una mayoría amplia de parlamentarios o de ciudadanos. Así, G. MARTÍN ALONSO (2012: pp. 34-35).

(35) A. BAYONA (coord.) (2003: pp. 196-197).

de 2005 (36). Aunque cupiese imaginar una cesión parcial de la competencia, limitada a supuestos ordinarios, difícilmente el Estado se va a despojar, al menos por entero, de una competencia que queda como una de las últimas garantías políticas de la unidad del Estado y que, en caso de un referéndum sobre la autodeterminación de un territorio, encajaría con el concepto jurídico indeterminado que el propio art. 150.2 CE establece como límite a la cesión de competencias del Estado: «que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación».

Así pues, la cláusula del art. 149.1.32 CE está en el origen del uso tan restrictivo del referéndum a escala autonómica y local, aunque no sea la única causa de ello. Por tanto, su supresión en una reforma constitucional —ordinaria, art. 167 CE— sería la vía más clara para acabar con esa disfunción en términos de derecho comparado y de utilización de la democracia directa en los ámbitos más cercanos a la vida de los ciudadanos, que son los que, de entrada, parecería que tendrían que ser más propicios a la misma. Quizás otra solución jurídica a la situación creada por la rigidez derivada del art. 149.1.32 CE, mientras no se reforme la Constitución en este punto, pasa por instaurar una práctica por parte del Gobierno del Estado, que devenga costumbre, según la cual éste, en circunstancias y casos ordinarios, autorice sin más los referendos que propongan las instituciones de las CCAA y Ayuntamientos, si se ha cumplido con los requisitos legales establecidos y si afectan al ámbito propio de las competencias del ente proponente. ¿Qué sentido tiene que el gobierno del Estado no autorice una consulta solicitada por un Ayuntamiento sobre cuestiones de índole local? En cambio, mientras esté en la Constitución, sería del todo legítimo retener el uso de la valoración política —discrecional— de la autorización para los supuestos de salvaguarda de la *ultima ratio* de la norma constitucional: la garantía de la unidad de la comunidad política. De este modo, el Gobierno del Estado acotaría su intervención sobre una competencia que, salvo en la autorización, corresponde en lo demás a las instituciones autonómicas o locales.

De hecho, sin necesidad de recurrir al art. 149.1.32 CE, el Estado ya dispone de un amplio margen de control respecto al referéndum autonómico y local, lo que relativiza la relevancia del art. 149.1.32 CE para el cumplimiento del fin pretendido de ser institución de garantía política de la unidad. Por una parte, en el plano normativo, corresponde a las Cortes Generales la necesaria regulación por ley orgánica de los elementos básicos del régimen jurídico del referéndum, no tanto por prescripción del art. 92.3 CE (el cual se refiere a los referendos constitucionalmente previstos, entre los que ciertamente no está el referéndum autonómico ni el local), como en virtud de la reserva del art. 81 CE

(36) La Disposición Adicional novena aludía a la modificación de leyes estatales para la efectividad plena del Estatuto: «d) L'autorització per a la convocatòria de consultes populars per via de referèndum, llevat de les modalitats de referèndum establertes per la Constitució i les convocatòries reservades expressament per la Constitució al cap de l'Estat.» Ver BOPC, VII Legislatura, núm. 224, 3-10-2005. También lo ha admitido N. PÉREZ SOLA (2009: p. 453).

aplicable al caso en la medida en que el referéndum es un contenido del derecho fundamental de participación *directa* en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), como ha reiterado la jurisprudencia del Alto Tribunal (además de la competencia sobre el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales del art. 149.1.1 CE) (37). En el caso de las consultas populares (referendarias) de ámbito municipal, regiría la competencia básica del Estado sobre régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), de ahí la regulación por parte de la Ley reguladora de las bases de régimen local.

Por otra parte, en caso de que las instituciones de una comunidad autónoma (o locales) promovieran concretos referendos que afectasen al interés general, el Estado dispone ya de dos instrumentos jurídicos que también son garantía política de la unidad para hacerles frente: la impugnación por el Gobierno estatal de la resolución de convocatoria del referéndum en cuestión ante el Tribunal Constitucional, acompañada de suspensión automática durante cinco meses (art. 161.2 CE) y, como último recurso, la medida de ejecución forzosa del art. 155 CE.

A la vista del cuadro general visto hasta ahora sobre la definición de referéndum y su diferencia con otras consultas populares, hay que centrarse a continuación en el caso de las llamadas consultas populares no referendarias, y preguntarse —utilizando palabras de la sentencia 103/2008, FJ 2, respecto a la ley vasca de 2008— si «constituyen en realidad un auténtico referéndum aunque se eluda tal denominación», ya que, de ser así, se produciría la misma consecuencia jurídica, esto es, la inconstitucionalidad de la ley.

III. EL PROYECTO DE LEY DE CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS DE 2011

1. Objetivos del proyecto

El proyecto de ley de consultas populares no referendarias, que presentó el gobierno de la Generalitat al Parlamento a finales de diciembre de 2011 (38), regula el régimen jurídico y convocatoria de consultas populares «diferents del referèndum» (39), entendidas, según la Exposición de motivos, «com a instru-

(37) Estamos de acuerdo con RODRÍGUEZ VERGARA (2007: p. 884); y BUENO ARMUO (2008: pp. 222-223).

(38) En *BOPC*, núm. 222, 11 de enero de 2012. Para un análisis sobre los debates parlamentarios, posiciones de los grupos, enmiendas presentadas, y comparencias, ver BOTELLA Y SERRA (2012: p. 41 ss.). Las autoras aportan un conocimiento de primera mano por trabajar en el Departament de Governació i Relacions Institucionals de la Generalitat y ser miembros del equipo técnico encargado de los trabajos previos a la aprobación del proyecto de ley.

(39) El art. 3 de la Ley catalana 4/2010 aclara que la consulta por vía de referéndum es «un instrumento de participación directa para determinar la voluntad del cuerpo electoral sobre

ments de participació ciutadana dirigits a conèixer la posició o les opinions de la ciutadania amb relació a qualsevol aspecte de la vida pública en l'àmbit de Catalunya i en l'àmbit municipal». Por tanto, hasta aquí pudiera parecer que va a legislar sobre institutos de democracia participativa, pues alude a las «opiniones» de la ciudadanía (el mismo término que utiliza la sentencia 103/2008 con respecto a las consultas distintas del referéndum, como se ha visto). Sin embargo, acto seguido aclara el objeto de la ley: ésta deja fuera «altres instruments de participació ciutadana com les enquestes, les audiències públiques o els fòrums de participació», esto es, las figuras expresamente mencionadas en el art. 122 EAC al referirse a las consultas populares de competencia de la Generalitat, para centrarse en las «consultes enteses com qualsevol tipus de crida fet per un poder públic a la població perquè manifesti la seva opinió sobre una determinada actuació o política pública, mitjançant un vot lliure, directe i secret, fet d'acord amb els preceptes d'aquesta llei» (cursiva añadida). Por tanto, la opinión de la población se manifiesta mediante el voto. Hay voto libre, directo y secreto sin que estemos ante un referéndum, y en consecuencia, no haría falta la autorización del Estado, de acuerdo con el art. 149.1.32 CE. Esta es la novedad en términos de derecho comparado y, sobre todo, de derecho constitucional español: aparece un *tertium genus* que la sentencia 103/2008 había rechazado en la versión vasca citada. En el caso catalán, se marcan más las distancias respecto a la concurrencia de los elementos definitorios del referéndum.

Entendemos que la oportuna flexibilidad y amplitud, con la que están contempladas las consultas populares distintas del referéndum, tiene un límite: el voto de acuerdo con los procedimientos y garantías propias del régimen electoral, ya que entonces estamos ante un verdadero referéndum (40). El proyecto abre la puerta legislativa a un tipo de consulta mediante el voto pero sin las garantías y el procedimiento del régimen electoral. No hay en la Exposición de motivos una explicación del porqué de esta opción legislativa, aunque se entrevea por una referencia al art. 122 EAC: evitar la autorización de la convocatoria por el Estado, y regular así una consulta mediante el voto, totalmente «interna» o catalana, en la que sólo intervengan en su realización instituciones de la Generalitat (o municipales).

El proyecto de ley expresa, según la Exposición de motivos, la prioridad del gabinete de «desplegar l'Estatut amb la seva màxima potencialitat jurídica, per aprofundir en l'autogovern i per incrementar la qualitat democràtica a través de la implementació de mecanismes de participació ciutadana». Estos son,

cuestiones de especial trascendencia con las garantías propias del procedimiento electoral». Se recoge así la doctrina referida de la sentencia 103/2008. Nada de esto aparece, obviamente, en la nueva propuesta normativa, precisamente para diferenciarlo del referéndum.

(40) Sobre los posibles contenidos de una verdadera consulta no referendaria, nos remitimos a ÁLVAREZ CONDE (2010: pp. 109-110).

pues, los objetivos concretos del proyecto: profundizar en el autogobierno e incrementar la calidad democrática (41). Ello pone de manifiesto una tensión, presente desde las primeras líneas de la ley, entre la finalidad de ser cauce para el ejercicio del derecho a decidir y la finalidad participativa. Es verdad que la Exposición de motivos y el texto articulado nada dicen sobre el tipo de consulta que se puede/quiere organizar, pero al mismo tiempo la manifiesta voluntad política de los responsables gubernamentales y las resoluciones parlamentarias solicitando su regulación (vistas en el primer apartado) han focalizado el objeto de esta ley en la consulta sobre el llamado derecho a decidir o derecho a la autodeterminación del pueblo catalán. En todo caso, es un hecho cierto que esto no aparece reflejado en la norma, que es de alcance general. Igual ocurre con la Ley 4/2010 respecto al referéndum. Esto las diferencia de la Ley vasca de 2008, que regulaba «una» consulta concreta, sobre el derecho a decidir del pueblo vasco; por tanto, era una ley de caso único y autoaplicativa. La Exposición de motivos se limita a señalar que las consultas de ámbito catalán son sobre «qüestions polítiques de transcendència especial per a la ciutadania». Estaríamos aparentemente ante el mismo objeto que el de la Ley catalana 4/2010, sobre consultas por la vía de referéndum (art. 2, reiterado en otros preceptos); y ante el mismo objeto que el referéndum consultivo del art. 92 CE. Sin embargo, en el texto articulado del proyecto no se vuelve a hacer mención a las «cuestiones políticas de especial transcendencia» y se substituye por una más ambigua y genérica alusión a «una determinada actuación o política pública» (art. 2) o a «cuestiones relativas a materias de competencia de la Generalitat» o de los entes locales (art. 3).

Aunque sea discutible, todo parece indicar que el objetivo principal de la norma es regular un instrumento jurídico que posibilite el ejercicio legal del derecho a decidir (y, en un primer momento, el aval ciudadano al pacto fiscal). Haciéndolo, se considera que se da cumplimiento al principio democrático. Se trata de un objetivo distinto de la regulación legal de instrumentos de participación ciudadana en los ámbitos de la Generalitat y de los entes locales, para dar cumplimiento a los fines de la participación: estrechar las relaciones entre gobernantes y gobernados, favorecer el control del poder y la transparencia del proceso que lleva a la decisión y de la decisión misma, implicar a la ciudadanía y sus organizaciones en la toma de decisiones y de este modo mejorar la «calidad democrática». En definitiva, el desarrollo del mandato estatutario

(41) Se refiere también a los objetivos del proyecto de ley el Director general de Relacions Institucionals i amb el Parlament del Departament de Governació i Relacions Institucionals, J. AULADELL I FONTSECA (2012: p. 95): «saber què pensen els ciutadans respecte d'importants decisions que els afecten i que, en alguns casos, poden marcar el rumb del país»; y «un importantíssim instrument de participació local». En definitiva, «[a]questa llei aprofundeix en la democràcia i en el dret a decidir, que no és altra cosa que governar escoltant la gent i consultant-la sempre que faci falta.»

de reconocer y proteger los derechos de participación del art. 29 EAC (42), y la regulación de las consultas populares explicitadas por el estatuyente en el art. 122 EAC, ambos invocados en la Exposición de motivos, junto con el derecho fundamental del art. 23 CE. Este hecho no parece baladí, y por eso entendemos que no se pueden analizar los contenidos de la ley, dejando de lado el propósito real al que sirve la norma, pues se estaría desenfocando el planteamiento: a cada objetivo corresponde la opción legislativa de regular unas figuras jurídicas y no otras. Dicho de otro modo, es cierto que la voluntad de la ley se autonomiza de la voluntad del legislador y que es pronto para saber el uso que se va a hacer de la norma si llega a aprobarse y a entrar en vigor, pero también lo es que para cumplir con los fines participativos en sentido estricto sirve mejor la regulación legislativa de otras figuras (como han hecho las CCAA que han legislado al respecto o como nos muestran las experiencias de derecho comparado). Veamos, a continuación, los contenidos fundamentales de esta propuesta legislativa.

2. Significado de la afectación al ámbito competencial y contenido del proyecto de ley

La delimitación objetiva del proyecto de ley de 2011 suscita una primera duda interpretativa. La Exposición de motivos alude a que las consultas son sobre «*qüestions polítiques de transcendència especial per a la ciutadania en l'àmbit de les competències de la Generalitat*» (cursiva añadida). Se trata de la misma delimitación objetiva que en la Ley 4/2010, sobre consultas por la vía de referéndum (art. 2, reiterado en otros preceptos), y del art. 122 EAC. En el texto articulado del proyecto se insiste en la referencia a «actuacions i competències que afecten la Generalitat així com els ens locals en l'àmbit de les seves competències pròpies» (art. 1), o bien «qüestions relatives a matèries de competència de la Generalitat» o de los entes locales (art. 3), ésta última en redacción similar a la del art. 29.6 EAC.

Se ha discutido el significado de esta limitación del ámbito de las consultas a materias de la competencia de la Generalitat (o entes locales). Algunos han querido leerla de forma amplia o impropia, esto es, de modo que incluya no solo las competencias atribuidas a la Generalitat por el Estatuto —esto sí, no necesariamente ubicadas en el Título IV— (o las leyes de modificación extraestatutaria del art. 150.1 y 2 CE), sino también *funciones y atribuciones* de las

(42) Algunas enmiendas presentadas al proyecto de ley por CiU y el PSC pretendían eliminar de la Exposición de motivos las referencias al derecho de participación de los arts. 23 CE y 29 EAC. La razón invocada es la vinculación que efectúa el Tribunal Constitucional entre Derecho fundamental de participación y referéndum. Ver resumen de las mismas en BOTELLA Y SERRA (2012: p. 49). Es cierto que la jurisprudencia del TC establece esta vinculación, pero el art. 29 EAC va más allá de los contenidos del art. 23.1 CE, por ej. el art. 29.6 EAC: derecho a promover consultas populares, o el art. 29.4: derecho a participar en el procedimiento legislativo (distinto de la iniciativa).

instituciones catalanas, como la iniciativa legislativa del Parlamento catalán ante las Cortes (de acuerdo con el art. 87.2 CE y el art. 61 EAC) (43). Esta última interpretación trata de justificar que una consulta no referendaria pudiera versar sobre el derecho a decidir. Ahora bien, dicho derecho no se incluye entre las competencias de la Generalitat, sino que corresponde al poder de reforma de la Constitución, por lo que no cabe un referéndum o una consulta no referendaria sobre este asunto (como se desprende de la STC 103/2008, FJ 4). El Alto Tribunal utilizó precisamente el argumento de la acotación de la consulta referendaria a las competencias de la Generalitat (en sentido estricto) para levantar la suspensión de la vigencia de la Ley 4/2010, tras los cinco meses de suspensión automática, y contra la pretensión del abogado del Estado de mantenerla, con invocación de los peligros de la hipotética convocatoria de un referéndum sobre el derecho a decidir. En efecto, para el Alto Tribunal, el hecho de que un referéndum tenga que versar sobre competencias de la Generalitat (art. 10), además de la necesidad de ser autorizado por el Estado, es determinante para levantar la suspensión, pues no hay peligro de que la Generalitat pudiera convocar tal referéndum (ATC 87/2011). Es decir, el Tribunal parte del supuesto de que no cabría un referéndum sobre cuestiones no cubiertas por la competencia autonómica (44). Lo mismo se puede decir respecto de las consultas no referendarias, dada la similitud de redacción de ambos preceptos.

Entrando ya en los contenidos del proyecto de ley, vamos a analizarlos, aun a riesgo de alguna repetición, desde dos perspectivas: 1) las diferencias y similitudes con la regulación catalana de las consultas populares por vía referendaria, lo que justificaría una regulación autónoma; y 2) la intervención que se prevé a lo largo del proceso de consulta de los diferentes poderes de la Generalitat así como el espacio que se reserva a los propios ciudadanos, lo que pondrá de manifiesto el predominio gubernamental en dicho proceso.

1. El proyecto de ley de consultas populares no referendarias no menciona en ningún momento la Ley 4/2010, de consultas populares por la vía de referéndum, ni siquiera al referirse a la normativa de aplicación subsidiaria, donde se limita a citar la Ley 1/2006, de iniciativa legislativa popular (Disposición final segunda). De entrada parecería lógico: si no se quiere regular el referéndum,

(43) Así, el *Informe jurídic al Projecte de llei de consultes populars no referendàries*, elaborado por los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña y firmado por el Letrado Antoni Bayona, 24 de abril de 2012, pp. 13-14. En el mismo sentido, BOSSACOMA I BUSQUETS (2012: p. 280 ss.). En relación sobre todo con el referéndum de la Ley 4/2010, pero aplicable al caso, ver también VINTRÓ (2012).

(44) En sentido semejante se expresa el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias 15/2010, al rechazar la constitucionalidad y adecuación al Estatuto catalán vigente de una propuesta de referéndum sobre la independencia de Cataluña promovida por asociaciones cívicas, en ejercicio de la iniciativa popular de la Ley 4/2010. Otra cosa es, añade el Consejo, que el Parlamento pueda ejercer una iniciativa legislativa ante las Cortes, supuesto en el que no estaría limitado por las competencias propias de la Generalitat.

cuanta menos sea la vinculación entre ambas figuras mejor. Sin embargo, las similitudes entre el régimen jurídico de ambas figuras no son pocas (45): se ha citado ya la —fundamental— apelación al voto (art. 2: opinión de la población mediante un voto libre, directo y secreto), y el ámbito sobre el que pueden recaer las consultas —«cuestiones relativas a materias de competencia de la Generalitat» o de los «entes locales» (art. 3) (46). A parte de tales aspectos, según el proyecto de ley de 2011 caben consultas de iniciativa institucional y de los ciudadanos (art. 4, cuestión sobre la que volveremos más abajo), en cuyo caso se regula la promoción de la convocatoria por una «Comisión promotora», y el procedimiento de recogida de firmas, el número mínimo requerido —50.000 si la consulta es para el ámbito catalán (hay reglas particulares si es para el ámbito local). De forma novedosa, se contempla igualmente en el proyecto de ley la iniciativa de organizaciones sociales y profesionales, sin aclararse qué pasa si hay identidad entre las personas físicas firmantes y las que forman las personas jurídicas—, y el plazo para obtener dichas firmas —90 días naturales para las consultas de ámbito catalán y 60 para las de ámbito municipal, aunque, en esta ocasión, no se dice nada de otros entes locales, como se hace en otros preceptos del proyecto— (art. 17 ss.). Por el contrario, la Ley 4/2010, de consultas por vía de referéndum, señala, para el ámbito catalán, un aval de al menos un 3% de la población catalana y el plazo es de 6 meses prorrogable por otros 2 (art. 24.4), además de preverse otras iniciativas institucionales que ahora no aparecen: de municipios y de parlamentarios.

Hay, asimismo, una ampliación en relación con las personas llamadas al voto que van más allá del cuerpo electoral: a los mayores de 18 años, que tengan la condición política de catalanes (47), y que no hayan sido privadas de sus derechos políticos (como para el referéndum), se añaden ahora los ciudadanos de estados miembros de la Unión Europea y de los demás estados que forman

(45) Como reconoce el *Informe jurídic al Projecte de llei de consultes populars no referendàries*, elaborado por los Servicios Jurídicos del Parlamento de Cataluña, cit. Según su autor, las similitudes con el referéndum respecto al ámbito subjetivo y al procedimiento a aplicar «podria donar arguments per considerar que el model de consulta regulat s'aproxima 'materialment' a la lògica referendària, amb el risc de ser entesa com una fórmula de referèndum 'encobert'» (p. 10). En consecuencia, el letrado A. Bayona aconseja reflexionar sobre dos aspectos del proyecto de ley: incluir en la ley otras modalidades de consulta, y diferenciar más los elementos básicos de las consultas previstas en relación con las referendarias (p. 11). A. Bayona se expresó en los mismos términos en su ponencia en el seminario del IEA referido en la nota núm. 1.

(46) De hecho, no queda claro en el ámbito local cuál es el ente en que se pueden organizar. Aunque la norma se centre en la consulta popular a escala autonómica, al final del proyecto de ley se alude a su aplicación a «entes locales» (epígrafe d) de la disposición transitoria segunda, igual que el art. 3.2), citándose en dicha disposición los municipios de Cataluña, una vez que aprueben los respectivos reglamentos, y los entes supramunicipales, con remisión a la futura ley de gobiernos locales.

(47) Según el art. 7 del EAC, los españoles con vecindad administrativa en Cataluña y los residentes en el extranjero cuya última vecindad administrativa también haya sido en Cataluña.

el Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein, Noruega), además de Suiza, y que estén empadronadas en algún municipio de Cataluña (art. 5). De este modo, están legitimados para votar prácticamente los mismos que en las elecciones municipales.

Los efectos de la consulta no referendaria no son jurídicamente vinculantes (art. 6), como no lo son tampoco en la Ley de consultas por vía de referéndum (en coherencia con el modelo español de referendos consultivos, art. 92 CE), si bien el convocante —presidente de la Generalitat o alcalde— debe pronunciarse en un plazo de dos meses desde la celebración de la consulta sobre la incidencia de los resultados en la actuación pública (art. 16). También se percibe la inspiración de la ley catalana de referéndum, si bien el plazo en este caso es de 3 meses y se precisa que debe tener lugar el pronunciamiento ante el Pleno del Parlamento (art. 12 Ley 4/2010), reforzando el debate y control político parlamentario.

La voluntad del autor de la norma de distanciarse respecto a los requisitos que fija la STC 103/2008 para identificar un referéndum son más visibles en relación con el procedimiento y las garantías ya que se crea un sistema de control alternativo. De entrada, la regulación es más abierta y flexible: caben varias preguntas en una misma convocatoria (preguntas, se advierte, que han de estar formuladas de forma clara, sucinta e inequívoca, e incluso cabe «excepcionalmente» preguntas alternativas o *multi choice*, art. 8); la campaña informativa puede durar entre 15 días y un mes; el periodo de votación puede ser distinto del de la jornada electoral propia del referéndum y elecciones (art. 9); cabe el voto electrónico; y en lugar del censo se cita el padrón para identificar a las personas que pueden ejercer el derecho de voto (art. 14).

El sistema de garantías difiere de las garantías del régimen electoral, aunque está orientado, de forma pretendidamente equivalente, a conseguir la «fiabilidad y transparencia del proceso» (art. 10.1). Así, se crean dos órganos: la «Comisión de seguimiento» (art. 11), que vela «por la claridad, transparencia y eficacia del proceso», y la «Comisión de control» (art. 12), que tiene como atribuciones resolver los recursos contra las decisiones de la Comisión de seguimiento, poniendo fin a la vía administrativa, puede emitir instrucciones vinculantes, fijar criterios interpretativos y asesorar al órgano convocante. Sobre su composición y régimen jurídico se volverá a continuación.

2. La cuestión de los órganos que intervienen a lo largo del proceso que lleva a la consulta popular parece de extrema relevancia pues permite identificar el tono más o menos plebiscitario de la consulta, en función de los poderes atribuidos al presidente de la Generalitat (o alcalde), al Parlamento, a las comisiones de seguimiento y control (así como el papel de los anteriores órganos en el nombramiento de sus miembros) y el propio electorado, que puede ejercer la iniciativa y, obviamente, votar. También ahí puede resultar de interés la comparación con la Ley catalana de referéndum e incluso con el referéndum consultivo del art. 92 CE. Este último ha sido calificado de «referén-

dum plebiscitario» (48), dado el monopolio de la iniciativa —el presidente del Gobierno— y el objeto —decisiones políticas de especial trascendencia (49). La Ley catalana 4/2010 venía a corregir en parte esta connotación, sobre todo ampliando los sujetos que ostentan la iniciativa: centrándonos en el referéndum a nivel catalán, son el gobierno —de manera colegiada—, el Parlamento a propuesta de minorías (1/5 de los diputados o bien 2 grupos parlamentarios), un 10% de los municipios que representen al menos 500.000 habitantes, y un 3% de ciudadanos (iniciativa popular) (arts. 15 y 21). En todo caso, también en la iniciativa popular, como en el resto de supuestos, corresponde al Parlamento la aprobación de la propuesta de consulta, antes de que el presidente envíe la solicitud de la autorización al Gobierno del Estado (art. 13). El efecto de esta regulación es que se equilibra más la posición de los distintos poderes y sujetos que intervienen, si bien destaca la primacía del Parlamento en la fase «interna» catalana (antes de la autorización estatal) y en el control posterior de la acción del Gobierno en cumplimiento del resultado del referéndum (50).

En cambio, el proyecto de ley de consultas populares no referendarias, tiene una orientación completamente distinta. De entrada, es el Gobierno de la Generalitat el que «escucha» la opinión de la ciudadanía respecto a las actuaciones que afectan a la Generalitat (art. 1.1). Además, el presidente de la Generalitat, previa deliberación del Gobierno, es quien puede pedir la opinión de la ciudadanía y convocar la consulta (arts. 3 y 7). Él formula la pregunta (art. 10.1). Se indica igualmente que si la consulta afecta a competencias de otras instituciones de la Generalitat, el gobierno puede pedir un «parecer» al órgano correspondiente, antes de la convocatoria (art. 3.1). No está claro a quien se refiere esta referencia final (¿al Parlamento?, ¿al Consejo de Garantías Estatutarias?, o bien, ¿también a entes locales?, esto último sería posible de acuerdo con la interpretación amplia de Generalitat del art. 2.3, y a pesar de que son entes y no órganos). El presidente, en tanto que órgano convocante, se pronuncia sobre la incidencia del resultado de la consulta sobre la actuación pública (art. 16). En el plano local, es el «presidente» de cada ente (alcalde, etc.) el que puede pedir la opinión de la ciudadanía (art. 3.2).

(48) LINDE PANIAGUA Y HERRERO LERA (1979: p. 38).

(49) Sobre la diferencia entre referéndum y plebiscito nos remitimos a AGUIAR DE LUQUE (1977: p. 316). En su opinión, el plebiscito «es aquel procedimiento de consulta popular en que predomina su carácter decisor frente a la racionalidad del Estado constitucional, bien por marginación o violación de un concreto sistema de legalidad, bien por la violación de los principios estructurales del Estado constitucional, lo que hace a dicha institución de fácil manipulación», y supone una marginación del cauce parlamentario, y un planteamiento y resolución de demandas frecuentemente al margen del sistema de partidos.

(50) Según el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias 3/2010, de 1 de marzo, la intervención del Parlamento en la aprobación de la iniciativa popular es coherente con la forma de estado democracia representativa (en el ámbito catalán). Lo mismo se podría aplicar al resto de iniciativas.

La propuesta normativa alude a los promotores de la consulta: ya sea por iniciativa institucional o ciudadana (art. 4). El proyecto de ley se centra en la segunda: personas físicas y jurídicas, como se ha visto, con un número mínimo de firmas. Promueve la iniciativa una Comisión promotora (art. 18). La solicitud se dirige al presidente de la Generalitat o al presidente del ente local (art. 19.1). De alcanzarse el número de firmas requerido en cada supuesto, el Gobierno de la Generalitat o del ente local deciden si procede o no a la convocatoria, exigiéndose motivación de la resolución en caso de denegación (art. 25). En este momento capital para poder seguir adelante con la iniciativa está ausente el Parlamento y se focaliza en la decisión del Ejecutivo sobre su admisibilidad.

Si se presta atención al sistema de garantías, el predominio del Ejecutivo permanece y las garantías de independencia de los órganos creados son muy reducidas. Veamos la composición y designación de las comisiones que supervisan el proceso de la consulta. La *Comisión de seguimiento* es designada por el órgano convocante, esto es, por el presidente (o el alcalde). La forman «representantes del órgano convocante y de las organizaciones sociales o profesionales interesadas que hayan manifestado la voluntad de formar parte del proceso, así como personas físicas independientes y de reconocido prestigio» (art. 10.2). Se establece el procedimiento para que las organizaciones interesadas manifiesten la voluntad de formar parte del proceso de la consulta, pero al final es el órgano convocante (el presidente) el que designa a las entidades y a las personas que integran la Comisión. Las organizaciones admitidas en la Comisión son las que pueden tener apoderados en las mesas de votación (art. 10).

La *Comisión de control* está integrada por seis juristas de reconocido prestigio. El Gobierno designa al presidente y otros dos miembros, y el Pleno del Parlamento a los otros tres, sin especificar la mayoría requerida, al inicio de cada legislatura y por el mandato de la misma (art. 13). Ahí aparece la única intervención parlamentaria durante el proceso de la consulta. El predominio gubernamental a lo largo del proceso es, pues, evidente.

El papel destacado del Ejecutivo a lo largo de todo el proceso de la consulta avvicina esta figura con los otros instrumentos de consulta popular que se agrupan bajo la categoría de instituciones de democracia participativa. En efecto, tradicionalmente las audiencias e informaciones públicas son mecanismos previstos en la legislación del procedimiento administrativo, y corresponde al Ejecutivo su convocatoria y seguimiento. Las nuevas leyes sobre participación ciudadana (Comunidad Valenciana, Canarias) han previsto nuevos instrumentos participativos, menos formalizados, pero sin variar el ámbito en que se insertan: el Gobierno y la Administración. Sólo la incorporación, más o menos reciente, en los Reglamentos parlamentarios (a nivel autonómico) de audiencias y comparecencias de ciudadanos durante el procedimiento legislativo viene a matizar la conclusión anterior.

En cambio, las previsiones constitucionales de instrumentos de democracia directa y semidirecta suelen atribuir un mayor protagonismo a las instituciones

parlamentarias, y en Derecho comparado suelen primar éstas sobre los gobiernos, en cuyo caso la (des)calificación como plebiscito se hace presente. En el caso del referéndum consultivo en España, sabemos que la aprobación corresponde al Congreso de los diputados, si bien el monopolio de la iniciativa sea del Presidente del Gobierno.

Respecto a las consultas populares no referendarias, pretendido *tertium genus* entre el referéndum y los instrumentos de participación ciudadana, parece que se ha querido, en este punto, acercarlas a los segundos, dotando de protagonismo al Ejecutivo, y particularmente al presidente, sea en la decisión sobre la convocatoria, sea, indirectamente, en su supervisión y control, a través del nombramiento de todos o parte de los miembros de las comisiones señaladas. En cambio, la apelación al voto en este tipo de consultas no referendarias, debería suponer un refuerzo de las garantías —independencia de los órganos de seguimiento y control—, y una mayor intervención parlamentaria a lo largo del proceso, por otro lado, en coherencia con la forma de gobierno parlamentaria. Otra cosa es que se dote al procedimiento de las consultas de una flexibilidad superior a la del régimen jurídico del referéndum (categorías de sujetos y territorios convocados; tipo de preguntas; medios electrónicos).

Por último, la participación de los ciudadanos en la promoción de la consulta (configurado como derecho estatutario del art. 29.6 EAC), queda reducida a la iniciativa de una fracción de los mismos, puesto que la decisión sobre la convocatoria corresponde también al presidente. Sobre este particular, y aplicado a los casos de referéndum, el Derecho comparado ofrece opciones contrapuestas: en Quebec por ahora no existe la iniciativa popular; mientras que en las regiones italianas cabe la iniciativa popular de referéndum, sin apenas intervención de la Asamblea regional, como ocurre con el referéndum abrogativo a escala nacional (Emilia Romagna y Toscana), o con intervención de la Asamblea (Umbria). Además, en los supuestos citados, el órgano de garantía suele ser el Consejo de Garantías Estatutarias, en el que la designación de sus miembros corresponde a varios poderes públicos, con predominio parlamentario.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis del proyecto de ley de consultas populares no referendarias, presentado por el gobierno catalán a finales de 2011, parte de la constatación de que se trata de un proyecto caducado por la disolución anticipada del Parlamento. Nos hemos limitado a resumir las grandes opciones del gobierno catalán, sin tener en cuenta las enmiendas presentadas, los debates habidos en la comisión legislativa y las comparecencias de expertos. En ellos se puso de relieve el rasgo plebiscitario de la consulta, por el protagonismo del presidente, y en general del Gobierno, a lo largo del proceso de la consulta, y la falta de independencia de los órganos de supervisión. Este predominio

gubernamental no tiene parangón ni en la regulación estatal ni en la catalana del referéndum consultivo. No podemos obviar que el efecto al que lleva una legislación sobre consultas populares no referendarias paralela a la del referéndum acarrea una disminución de las garantías constitucional y legalmente establecidas para el mismo. Da la impresión que se va hacia referendos «informales» (o de «segunda categoría»). Por tanto, el efecto aparentemente paradójico de la desformalización que supone la regulación de unas consultas populares no referendarias pero semejantes al referéndum en lo sustancial —la apelación al derecho de voto— es la ampliación de los márgenes de disposición sobre dichas consultas por parte del poder Ejecutivo y una huida de su racionalización jurídica.

A consecuencia de las críticas recibidas por el proyecto de ley se abrió una negociación parlamentaria para limar los contenidos más controvertidos: su excesivo predominio gubernamental y su excesivo parecido con el referéndum. Pero la disolución del Parlamento impidió el anunciado sometimiento del proyecto al Consejo de Garantías Estatutarias, conocer su dictamen, y el contenido de la norma definitivamente aprobada (y saber si se habría impugnado ante el Tribunal Constitucional). Cuando se revisan estas líneas se ha creado en el Parlament (5-3-2013) una ponencia conjunta en el seno de la Comisión de Asuntos institucionales sobre consultas populares no referendarias que está elaborando una proposición de ley a solicitud de CiU, ERC, PSC i CUP. Por ahora no podemos determinar el grado de continuidad con el anterior proyecto de ley. Por declaraciones a los medios de comunicación del consejero de presidencia, Francesc Homs, todo parece indicar que se acentuarán las diferencias con el referéndum, como la ampliación de sujetos que pueden participar en la consulta a los mayores de 16 años, al tiempo que se subraya el carácter jurídicamente no vinculante, aunque políticamente lo sería (51).

En este momento, parece pues que está sobre la mesa la discusión acerca de si conviene separar más las consultas populares no referendarias del referéndum, al mismo tiempo que se ampliaría la participación del Parlamento y reforzaría la independencia de los órganos de garantía (para salvar la objeción de contenido a la propuesta legislativa presentada). Todo lo que vaya en esta doble dirección (para nada contradictoria entre sí) puede resultar positivo para delinear con perfiles propios esta novedosa figura jurídica. Además se quiere introducir al lado de las consultas no referendarias la regulación de otras consultas populares, que son institutos de participación ciudadana en sentido estricto. Ahora bien, subsisten dos objeciones de fondo: 1) a la misma posibilidad constitucional de la figura; y 2) aun en caso de admitirla, a su uso para una consulta sobre el derecho de autodeterminación, que escapa de los márgenes estatutarios del art. 122 EAC: las competencias de la Generalitat.

(51) <http://www.lavanguardia.com/politica/20130124/54362292687/govern-consulta-no-vinculante-paso-siguiente.html> (consultado el 30 de enero de 2013).

Al final de estas líneas, se puede concluir reiterando el escepticismo en términos constitucionales que ya hemos expresado sobre el espacio jurídico que pueda tener la consulta popular no referendaria, entre el referéndum consultivo autonómico (pendiente de pronunciamiento por el Alto Tribunal pero, de acuerdo con la STC 31/2010, contrario a la Constitución salvo regulación por las Cortes o cambio de jurisprudencia por parte del Alto Tribunal) y las demás consultas populares, o instrumentos de participación ciudadana, citados en el art. 122 EAC, pero carentes de desarrollo legislativo hasta la fecha en Cataluña. Se trata de una figura extraña, una apelación al voto pero sin los elementos que configuran el referéndum, y con los mismos efectos consultivos que éste. No se puede pasar por alto la pretensión de la regulación: sortear la autorización del Estado necesaria para la convocatoria de cualquier propuesta de referéndum por parte de autoridades locales y autonómicas (art. 149.1.32 CE), y proceder a una regulación catalana autónoma de este tipo de consulta. Tampoco se puede ignorar la anomalía que supone en Derecho comparado esta exigencia de autorización. Ahora bien, frente al cuadro constitucional y estatutario dado, no creo que la solución jurídica pase, por un lado, por forzar los márgenes del referéndum a través del diseño de una figura que sustancialmente lo recuerda, aunque trate de disimularlo. El referéndum es una institución que tiene una configuración general ya consolidada, cuyos rasgos identificadores no dependen de estar previsto o no en la Constitución, de tener efectos vinculantes o no, o de requerir su convocatoria la autorización del Estado, pues son elementos externos a la propia figura, que sirven para caracterizar el régimen constitucional del referéndum, pero no la identificación de la misma institución jurídica. Por otro lado, tampoco cabe forzar el sentido de las competencias propias de la Generalitat, estatutariamente previstas.

Más bien, me parece que debería eliminarse la cláusula de la autorización (en una reforma constitucional) o interpretarse de modo que el Gobierno del Estado reservase su veto a supuestos que realmente pusiera en peligro el régimen constitucional y su distribución de competencias, como se ha propuesto en este trabajo.

Parece clara cuál sea la prioridad política del Gobierno catalán en materia de consultas populares: entre los dos objetivos enunciados en la Exposición de motivos del proyecto de ley de 2011 y traídos a estas páginas, la profundización del autogobierno prevalece sobre el incremento de la calidad democrática, haciendo más cercana la Administración a la ciudadanía. O si se quiere decir de otro modo, la calidad de la democracia, en momentos excepcionales, se focaliza en grandes decisiones políticas (como el derecho a decidir), pasando a un segundo plano la regulación de las figuras de democracia participativa conocidas.

Precisamente para la plena garantía de efectividad de una consulta popular tan relevante para el futuro de una comunidad política como es la decisión sobre la autodeterminación, conviene ser muy cuidadosos con el respeto al Derecho

vigente. Esto pasaría, llegado el caso, por organizar un referéndum legal e imparcial (52), con todas las garantías propias de esta institución jurídica, y no buscar sucedáneos o atajos, como lo es, sin duda, utilizar figuras novedosas de por lo menos discutible constitucionalidad y que pueden estar abocadas a su suspensión en una impugnación ante el Tribunal por parte del presidente del Gobierno, con lo que nos hallaríamos ante una vía sin salida (53). Otra cosa es que antes de la realización de dicho referéndum, quizás sería oportuno abrir un proceso de consultas a ciudadanos, grupos y organizaciones sociales, como se llevó a cabo en el Reino Unido, tal como se ha visto. En este caso estaríamos ante el ejercicio de formas de consulta popular no referendaria en el sentido estatutario (y preciso) del término.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO (2011): «El referéndum autonómico», en F.J. MATIA PORTILLA (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, CEPC, Madrid.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (1977): *Democracia directa y derecho constitucional*, EDESA, Madrid.
- (2000): «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ TREVIJANO (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid.
- ALBERTI, E. (2002): *Manual de Dret Públic de Catalunya*, 3^o ed., en AAVV, IEA, Marcial Pons, Barcelona.
- ALLEGRETTI, U. (2010): «Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia» in ALLEGRETTI, U. (a cura di), *Democrazia partecipativa*, FUP, Firenze.
- ÁLVAREZ CONDE, E. (2010): «Consultas populares», en *Revista Deliberación*, núm. 1.

(52) La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Recomendación 1704 (2005): *Referendums: towards good practices in Europe*, se refiere al carácter complementario del referéndum respecto a la democracia representativa (punto 5) y que sirve refuerzo del proceso democrático (7), la introducción del referéndum en todos los niveles de adopción de decisiones, inclusive el local y el regional (11), y la necesaria promoción por el Consejo de Europa de buenas prácticas que evite cualquier abuso, «including the risk that this instrument be used to circumvent the principle or the rule of law or to undermine the legitimacy of representative institutions» (8).

(53) No nos corresponde en este trabajo abordar la cuestión de la posibilidad constitucional o no de un referéndum de autodeterminación, sus requisitos, efectos, y quién puede convocarlo. Ver CASTELLÁ (2013: p. 171 ss.).

- AULADELL I FONTSECA, J. (2012): «El Projecte de llei de consultes populars no referendàries impulsat pel Govern», en *Activitat parlamentària*, Departament de Governació, núm. 24.
- BAYONA, A. (coord.) (2003): *Informe sobre la reforma de l'Estatut*, IEA, Barcelona.
- BOSSACOMA I BUSQUETS, P. (2012): «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 15.
- BOTELLA, C. y SERRA, R. (2012): «El projecte de llei de consultes populars no referendàries: contingut i perspectives», en *Activitat parlamentària*, núm. 25.
- BRUN, H. et TREMBLAY, G. (1979): «Consultations populaires québécoises et référendums fédéraux», en *Cahiers de droit*, vol. 20, 1979.
- BUENO ARMIJO, A. (2008): «'Consultas populares' y 'referéndum consultivo': una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración Pública*, núm. 177.
- CASTELLA ANDREU, J.M. (2001): *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*, CEDECS, Barcelona.
- (2011): «Las consultas populares en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en E. ÁLVAREZ CONDE y C. ROSADO (dirs.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IDP, Madrid.
- (2013): «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña», en E. ÁLVAREZ CONDE y C. SOUTO (eds.), *Estado autonómico: horizonte 2020*, IDP, Madrid.
- CORCUERA ATIENZA, J. (2009): «Soberanía y autonomía. Los límites del 'derecho a decidir' (comentario de la STC 103/2008)», en *REDC*, núm. 86.
- EXPÓSITO, E. (2013): «Participación ciudadana en el gobierno local», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, en este monográfico.
- FONT I LLOVET, T. (1985): «El referéndum local a Espanya», en *Autonomies*, núm. 2-3.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1984): *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2009): «¿Qué es un referéndum? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2.
- LASAGABASTER, I. (2008): *Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Lete, Bilbao.
- LINDE PANIAGUA, E. y HERRERO LERA, M. (1979): «El referéndum en la Constitución española de 1978», *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político UNED*, núm. 3.

- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2009): «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la 'consulta' ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 9.
- LUCIANI, M. (2005): «Commento all' articolo 75 della Costituzione italiana», en G. BRANCA Y A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma.
- MARTÍN ALONSO, G. (2012): «La Llei 4/2010, del 17 de març, de consultes populars per la via de referéndum, i les consultes referenàries d'àmbit de Catalunya, règim jurídic i possible aplicació», en *Activitat parlamentària*, Departament de Governació i Relacions institucionals, Generalitat de Catalunya, núm. 25.
- MARTÍN, E. (2012): «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34.
- MARTÍNEZ ALONSO, J.L. (2010): «Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum», en *Anuario del Gobierno Local 2010*, IDP, Barcelona.
- MONTIEL MÁRQUEZ, A. (2006): «La participación ciudadana en la vida local. La consulta popular», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 28.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2007): *Derecho Público de Comunidades Autónomas I*, 2ª ed, Iustel, Madrid.
- NÚÑEZ LOZANO, M.C. (2001): «Las consultas populares locales», en *Revista de Administración Pública de Andalucía*, núm. 42.
- PÉREZ OLIVARES, F. (1996): «La consulta popular como fórmula del derecho de participación política. Especial referencia al referéndum local», en *El consultor de los ayuntamientos*, núm. 5.
- PÉREZ SOLA, N. (2009): «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1980): «Comentario al artículo 92», en F. Garrido Falla (ed.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid.
- RODRÍGUEZ VERGARA, A. (2007): «Consultas populares», en F. BALAGUER CALLEJÓN (dir.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, Sevilla.
- SCHMITT, C. (1982): *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.
- TAJADURA, J. (2009): «Referéndum en el País Vasco», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23.
- URIARTE TORREALDAI, R. (2008): «Notas sobre la admisibilidad constitucional de las consultas populares de ámbito autonómico», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82 (I).
- VINTRÓ CASTELLS, J. (2012): «Legalidad y consulta soberanista en Cataluña», 23 octubre 2012, en *Blog del Institut de Dret Públic*, Barcelona.

II. MARCO NORMATIVO GENERAL

GOBIERNO ABIERTO EN EL ESTADO AUTÓNOMICO: RÉGIMEN JURÍDICO Y ESTRATEGIAS

SERGIO CASTEL GAYÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL GOBIERNO ABIERTO.– III. TRANSPARENCIA: 1. Hacia un régimen jurídico global del principio de transparencia. 2. Apertura de datos públicos y reutilización.– IV. NOVEDADES JURÍDICAS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: 1. Un nuevo enfoque de la participación ciudadana. 2. Revisión, renovación e innovación de los instrumentos de participación. 3. Un análisis específico del derecho de participación en las disposiciones administrativas de carácter general.– V. ORGANIZACIÓN Y ESTRATEGIAS PARA EL GOBIERNO ABIERTO.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Consolidada la legitimidad democrática de nuestro Estado constitucional, surgen diversas propuestas que tratan de mejorar la calidad de su funcionamiento. El modelo de gobierno abierto aboga por la apertura de los poderes públicos, promoviendo la transparencia y la participación y colaboración ciudadanas como ejes de una Administración relacional. En el marco de una sociedad democrática avanzada, en los últimos años las Comunidades Autónomas están impulsando estrategias para hacer efectivo este modelo. El presente trabajo analiza el nuevo régimen jurídico que se está conformando para garantizar los principios del gobierno abierto, así como las iniciativas autonómicas para su implementación.

Palabras clave: gobierno abierto, transparencia, participación ciudadana, Comunidades Autónomas.

ABSTRACT: Consolidated the democratic legitimacy of our constitutional State, there arise diverse offers that try to improve the quality in the functioning of our institutional system. The model of opened government pleads for the opening of the public power, promoting the transparency and the participation and collaboration citizens as axes of a relational Administration. In a democratic advanced company, in the last years the Autonomous Communities are stimulating strategies to do effective this model. The present work analyzes the new juridical regime that is conforming to make effective the beginning of the opened government, as well as the autonomous initiatives for his implementation.

Key words: open government, transparency, citizen participation, Autonomic Community

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de gobierno abierto ocupa un lugar privilegiado en el debate sobre la reforma democratizadora del sistema institucional. La desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones, la desafección política, los cambios sociales y tecnológicos o la crisis de gobernabilidad, constituyen argumentos suficientes para promover un cambio de valores en la organización y actuación de los poderes públicos. No se trata de poner en duda las bases del sistema democrático, sino de mejorar la calidad de su funcionamiento, o dicho de otro modo, democratizar la democracia como oportunidad para adaptar el sistema político a los retos de la sociedad del siglo XXI (1).

El contexto actual exige que el gobierno y la Administración conecten de manera más fluida con la sociedad civil, como contribución al fortalecimiento de la democracia representativa, promoviendo los tres grandes pilares del gobierno abierto. En primer lugar, el principio de transparencia, incrementando la información sobre la organización y actuación de los poderes públicos. Como eje fundamental del buen gobierno y la buena administración, la transparencia genera confianza en la ciudadanía porque ofrece un conocimiento directo sobre los procedimientos y decisiones, su legalidad y oportunidad con los fines públicos, reduciendo de este modo la opacidad y la desviación de poder (2). Además de limitar los abusos de poder y la corrupción, actúa como poderoso instrumento de cambio en la gestión pública en tanto tiene la capacidad de producir más democracia promoviendo un reequilibrio de las relaciones de poder, así como más eficiencia en las políticas y servicios públicos al generar una competencia entre servidores públicos en cuanto a ideas y políticas (3). La transparencia en la gestión pública constituye, por tanto, un requisito imprescindible para la democratización de nuestro sistema institucional, favoreciendo la rendición de cuentas ante la ciudadanía, la legitimidad de los poderes públicos y la participación ciudadana en los asuntos públicos.

En este último sentido, conviene precisar que el principio de transparencia se halla relacionado de manera estrecha con el principio de participación en un entramado bidireccional (4). Por un lado, la transparencia estimula la parti-

(1) Las estrategias ligadas al gobierno abierto proponen fortalecer los sistemas democráticos, incrementando los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, potenciando la participación ciudadana y mejorando la calidad, eficacia y eficiencia de los gobiernos y sus aparatos administrativos: vid. RAMÍREZ-ALUJAS y VILLORIA MENDIETA (2012: p. 32).

(2) Como señala Juan-Cruz Alli, la gestión transparente es vulnerable a la crítica y al desprestigio de los agentes públicos, por incrementar el conocimiento, pero menos dañosa que su falta, que levanta suspicacias y sospechas adicionales a la ineficiencia, favorables a la consideración de un abuso de poder interesada por motivos inconfesables o, sencillamente, porque ocultan prácticas de corrupción o favoritismo: ALLI ARANGUREN (2010: p. 218).

(3) CUNILL GRAU (2006: pp. 24-28).

(4) La relación entre participación y rendición de cuentas también se define de manera estrecha. La rendición de cuentas no tiene por qué implicar tan sólo control, hoy en día incluye

cipación de la ciudadanía, es decir, garantizar una participación real y efectiva en los asuntos públicos exige una información previa de calidad, accesible y transparente. Por otro, la calidad del derecho de participación está íntimamente ligada al principio de transparencia, que actúa como un contrapeso a la influencia de los intereses particulares en los procesos de participación ciudadana. La deliberación pública tiene la capacidad de matizar el corporativismo, de modo que los ciudadanos —además de la Administración— tienen que justificar sus reivindicaciones en público frente al resto de individuos.

La participación ciudadana constituye así el segundo eje del gobierno abierto. Una sociedad democrática avanzada en un contexto de complejidad creciente exige la apertura de los poderes públicos para integrar a la ciudadanía, de modo proactivo, en los procesos decisionales (5). Se trata de promover un cambio estructural que permita transitar de un modelo weberiano de corte burocrático a una Administración relacional, como proceso de reforma que compatibilice los principios de legalidad y eficacia con la apertura a la participación del ciudadano, generando de este modo la otra gran fuente de legitimidad. Es cierto que existen círculos críticos a la profundización del principio participativo, sustentados en argumentos de diversa índole como el encarecimiento de la gestión pública, la imprevisibilidad de las decisiones públicas, el fomento de la particularización de los problemas, el debilitamiento de las instituciones o la posible corporativización de los asuntos públicos. Los argumentos a favor de una Administración abierta a la participación ciudadana son también diversos, como la mayor perfección de las decisiones públicas, la adhesión a las políticas públicas, el fortalecimiento de la legitimidad del sistema o el fomento del principio de corresponsabilidad (6).

también la capacidad de los ciudadanos de demandar un diálogo democrático y deliberativo con los poderes públicos. Ello nos lleva a contemplar la *accountability* como una actividad dialéctica en la que los poderes públicos deben responder, explicar y justificar sus decisiones a través de diálogo abierto y debate: MULGAN (2000: p. 558).

(5) Para Santiago Muñoz Machado, la profundización del principio participativo manifiesta, entre otros efectos, la mutación de la decisión unilateral de la Administración: MUÑOZ MACHADO (2004: p. 87). La participación de los ciudadanos en las decisiones políticas circunscrita a la elección de los representantes es un esquema que se ha mantenido en los textos constitucionales y, de hecho, las prácticas de funcionamiento de la Administración basadas en la decisión unilateral ejecutoria han sido las más características de su actuación. Sin embargo, se ha agudizado la crisis de legitimación democrática de la Administración en las dos últimas décadas del siglo XX, debido en cierto modo a la convicción de que nunca se ha limitado a ejecutar la ley, sino que siempre ha sostenido iniciativas con amplia discrecionalidad. Esta mutación se sustenta así en la necesidad de configurar nuevas formas de legitimación de la Administración, tradicionalmente basadas en la noción de interés general. El debilitamiento del peso de las asambleas parlamentarias y la influencia clara de la Administración en la dirección de los asuntos públicos limita el argumento del control democrático.

(6) Sobre las oportunidades y límites de la participación ciudadana, véase LUMBIERRES SUBÍAS (2010: pp. 257-272).

Entre los argumentos favorables, especial mención merece el principio de eficacia, como faro que ilumina de manera extraordinaria el diseño e implementación de las políticas públicas. El artículo 103.1 de la Constitución Española (CE'78) ordena a la Administración servir con objetividad y eficacia los intereses generales. Aparece así una nueva visión de la participación ciudadana como generador de eficacia, en la medida en que este principio no se reduce a la significación economicista de eficiencia, sino que su significado primordial es el de la consecución de los fines de interés general (7). La evaluación de la gestión pública no puede resolverse únicamente en términos de economía y eficiencia, sino también en su respuesta a las necesidades y demandas manifestadas por la colectividad, adecuación facilitada por la proximidad que conlleva la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas. Una Administración abierta a la participación, capaz de tener en cuenta la opinión del ciudadano antes de decidir es, sin duda, una Administración más democrática y normalmente más eficaz.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA (1979: p. 14) resalta que la oportunidad de las decisiones se mide normalmente, no por una simple perfección técnica en su preparación y concepción, sino por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo social, previamente investigada, además de promovida e implicada, a través de técnicas participativas. El cambio de cultura administrativa exige promover el derecho de participación en el diseño de las políticas públicas, permitiendo que las administraciones públicas interioricen las necesidades de los ciudadanos y se beneficien de sus conocimientos y experiencias, mejorando la calidad y eficacia de la acción pública.

El principio de colaboración ciudadana cierra el modelo de gobierno abierto. Este principio habilita el desarrollo de proyectos conjuntos e iniciativas compartidas, que impliquen a la ciudadanía y demás agentes sociales en el objetivo de dar respuesta a problemas públicos aprovechando el potencial de todos los actores. Un gobierno colaborativo implica y compromete a los ciudadanos y demás agentes en el propio trabajo de la Administración. Supone la cooperación no sólo con la ciudadanía, sino también con las empresas, las asociaciones y demás agentes, y permite el trabajo conjunto dentro de la propia Administración entre sus empleados y con otras Administraciones.

Analizados los principios informadores del gobierno abierto, es momento de reflexionar sobre su reconocimiento jurídico y aplicación. Si bien nos hallamos en una fase embrionaria, es cierto que el diseño e implementación de este modelo constituye en los últimos tiempos una estrategia de primer orden en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Desde una perspectiva comparada, estas estrategias están asignando un protagonismo central al marco legal e institucional, entendiendo que su efectividad exige una posición proactiva de los poderes públicos. El presente artículo trata de analizar este marco normativo

(7) PAREJO ALFONSO (1989, p. 54).

e institucional, así como las iniciativas autonómicas que en los últimos años se vienen aplicando para su consolidación. Sin duda, se tratan aquí unas reflexiones y un análisis que en fechas cercanas serán susceptibles de reinterpretar a la luz de la legislación que las Comunidades Autónomas vayan aprobando.

II. REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL GOBIERNO ABIERTO

En el marco constitucional de una sociedad democrática avanzada, en la que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2), garantizar el principio de publicidad (artículo 9.3) y satisfacer los intereses generales con eficacia y objetividad (artículo 103), la promoción de la transparencia y la participación ciudadana constituye la esencia del Estado social y democrático de derecho.

En este marco, los Estatutos de Autonomía de última generación prestan una especial atención a los principios informadores del gobierno abierto. Dentro del derecho a la buena administración —con raíz en el derecho comunitario—, se incorporan expresamente el principio de transparencia y el fomento de la participación ciudadana (artículos 39 EAExt y 31 EAAnd) (8). Al margen del mandato genérico de transparencia como principio de organización y funcionamiento de la Administración (artículo 62.3 EAAr), especial mención merece el fomento de la participación ciudadana, como una de las novedades jurídico-políticas más importantes de la última oleada y por la amplitud de su reconocimiento (9). Si bien la extensión y objeto de este trabajo impide un análisis exhaustivo de su incorporación en la parte dogmática de los Estatutos de última generación (10), conviene resaltar aquí, por su consideración de gran novedad y «pórtico» para el desarrollo legislativo, la obligación de los poderes públicos de promover la participación social en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y colectiva en los ámbitos cívico, político, cultural y económico (artículos 15.3 EAAr, 43 EACat, 9.4 EACV, 10.3.19

(8) Sobre el derecho a la buena administración, véase RODRÍGUEZ-ARANA (2012: pp. 13-33); ÁVILA RODRÍGUEZ (2009: pp. 289-326); REDONDO GARCÍA (2011: pp. 105-120); y GUILLEM CARRAU (2012: pp. 269-300).

(9) CASTEL GAYÁN (2011: 281-282). Los Estatutos de última generación definen un marco político para impulsar el principio democrático que justificó, entre otros, el proceso de descentralización política propuesto por la Constitución. La cercanía de los asuntos públicos al ciudadano y el mejor conocimiento de sus necesidades por la Administración autonómica, son algunos de los argumentos que apoyan el desarrollo del Estado autonómico. Desde esta perspectiva, se asume la necesidad de mejorar la calidad democrática de este nivel político y administrativo a través de un proceso que fomente la democracia participativa.

(10) Para un estudio sobre los derechos de participación en los Estatutos de última generación, véase EXPÓSITO GÓMEZ y CASTELLÁ I ANDREU (2008: pp. 61-94); y PÉREZ ALBERDI (2012: pp. 35-55).

EAAnd y 15 EAIB). Se focaliza así la atención de los textos estatutarios en la promoción de la democracia participativa, a diferencia de los primeros Estatutos que reconducían su mirada a la participación política (11).

Este escenario estatutario asume un rol impulsor mediante declaraciones genéricas, cuya eficacia y exigibilidad requieren la aprobación de un régimen jurídico específico. Y en este sentido, en los últimos años se observa la construcción de un nuevo corpus normativo a nivel autonómico, centrado en la ordenación de los principios del gobierno abierto transitando, como regla general, hacia un modelo regulatorio integrador y global.

No ha existido en España, ni a nivel estatal ni autonómico, una Ley de transparencia y acceso a la información. El régimen de este derecho se ha circunscrito al derecho general de acceso del artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) —y normas autonómicas concordantes—, y a la ordenación sectorial, como la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que adapta el ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2003/4/CE de acceso a la información en materia de medio ambiente.

En el ámbito de la participación ciudadana, las estrategias normativas han observado en su evolución más reciente diversos modelos. En un primer momento, a finales de la década pasada, las Comunidades Autónomas que iniciaron un proyecto de apertura apoyado en la promoción de la participación ciudadana adoptaron dos modelos normativos contrapuestos: de juridificación y de experimentación (12).

El primer modelo, basado en la aprobación de una Ley general de participación ciudadana, regula nuevos instrumentos participativos con el objeto de promover el ejercicio de este derecho de manera más activa, ordenando procedimentalmente el funcionamiento de los mismos. Así, se aprueban la Ley 11/2008, de 3 de julio, de Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana —y su Decreto 76/2009 de 5 de junio, del Consell, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo y ejecución—, y la Ley 5/2010, de 21 de junio, Fomento a la Participación Ciudadana de Canarias (13). Asimismo, y aunque el objeto del presente estudio se centra en el nivel autonómico, conviene citar en la misma línea la Norma foral 1/2010, de 8 de julio, sobre Participación Ciudadana

(11) En este sentido se expresa el Estatuto de Autonomía de Andalucía, al proclamar como objetivo de la Comunidad Autónoma fomentar la calidad de la democracia facilitando la participación ciudadana «en aras de una democracia social avanzada y participativa» (artículo 10.3.19).

(12) CASTEL GAYÁN (2009: pp. 418-419).

(13) Al cierre de este trabajo, la Junta de Andalucía está desarrollando un proceso participativo para la elaboración de la futura Ley de Participación Ciudadana, si bien aún no es público el borrador del texto.

de Guipúzcoa, dada su situación dentro del sistema de fuentes de las normas forales y su integración en esta política de juridificación (14). En este modelo, la norma con rango de ley pretende hacer realidad la participación ciudadana como auténtico derecho subjetivo, asumiendo una naturaleza codificadora y un espíritu transversal —pese a ello, remite a aquellos otros instrumentos previstos en la legislación sectorial— (15).

Por otro lado, el «modelo de experimentación» no buscaba en un primer momento la aprobación de un texto legal, sino la aplicación progresiva de mecanismos innovadores de participación en los procesos decisionales, con metodologías de calidad, entendiendo que las *nuevas experiencias participativas* generarían un cambio de cultura. Se trata de interiorizar un modelo de democracia participativa a través de una política global de participación ciudadana, que pone el acento en la puesta en marcha de procesos participativos de carácter deliberativo (Cataluña y Aragón).

En fechas recientes esta dualidad de modelos se ha complejizado al ampliarse el objeto de regulación por parte del legislador autonómico. Mientras se generaliza la estrategia de juridificación, la Ley empieza a adoptar una visión integral del gobierno abierto, ordenando en un mismo texto legal sus pilares informadores. Siguiendo un orden cronológico, en esta línea se deben citar la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega —centrada en la regulación de la transparencia y el acceso a la información, con algún primer esbozo de derechos innovadores de participación reconocidos en normas autonómicas posteriores—; la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears (16); la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto; y la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura (17).

(14) Como señala Rosario TUR, la norma foral adopta un modelo «estricto», más bien ceñido al proceso participativo como «espacio de concertación, debate y discusión», mientras las normas valenciana y canaria se inclinan hacia un modelo «amplio» donde además se atiende a otros fenómenos como el asociacionismo, el voluntariado, las comunidades en el exterior o las consultas en determinados casos: TUR AUSINA (2012: p. 141).

(15) Para un análisis argumental de las razones que justifican la regulación por ley de la participación ciudadana, véase TUR AUSINA (2010: pp. 23-31).

(16) La Ley balear establece medidas y líneas de actuación que permitan al gobierno, a la Administración y a los entes del sector público instrumental actuar de conformidad con los principios y valores de la buena administración y del buen gobierno, en el contexto de mejora continua de la calidad democrática (artículo 1). En concreto, la Ley entiende como principios que informan la buena administración y el buen gobierno, entre otros, la participación ciudadana «en el diseño y la gestión de las políticas públicas», y la transparencia en el ejercicio de la gestión pública, «tanto en la adopción de decisiones como en el desarrollo de la actividad pública» (artículo 3).

(17) Las Leyes navarra y extremeña regulan la implantación de una nueva forma de interrelación entre el gobierno y la Administración con la ciudadanía basada en la transparencia y orientada al establecimiento del gobierno abierto, como cauce de profundización democrática (artículo 1). Entre

Parece que las Leyes navarra y extremeña, junto a la futura Ley estatal de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, pueden constituir el «pistoletazo de salida» para una inminente carrera autonómica en el objetivo de regular el gobierno abierto. Mientras el País Vasco hizo público en junio de 2012 el anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno, la mayoría de Comunidades Autónomas han adquirido el compromiso formal de remitir al Parlamento un proyecto de Ley que regule la transparencia y/o la participación ciudadana (18).

Esta corriente regulatoria exige reflexionar en torno a una serie de cuestiones previas cuya importancia es de primer orden. En primer lugar, la regulación autonómica de la transparencia y el acceso a la información pública, así como de la participación ciudadana, se apoya en la potestad de autoorganización. Las Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva para la creación, organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración y la de los entes dependientes, y el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia. Asimismo, la Comunidad Autónoma asume competencia para regular todo tipo de consultas populares, salvo en su modalidad de referéndum (SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, y 31/2010, de 28 de junio) (19).

En segundo lugar, aún con diferentes nominalismos, las recientes leyes autonómicas —y las que se encuentran en fase de elaboración— regulan los principios del gobierno abierto, de forma integral en un solo texto o a través

los quince principios que según el legislador navarro son esenciales para la efectiva implantación del gobierno abierto, y los dieciséis principios que la Ley extremeña proclama como informadores de la buena administración y el buen gobierno, se encuentran el principio de transparencia de la Administración «en todas las actividades que gestiona y en su propia organización, de forma que los ciudadanos y ciudadanas puedan conocer sus decisiones, cómo se adoptan las mismas, cómo se organizan los servicios y quiénes son las personas responsables de sus actuaciones» (artículo 4.b de la Ley navarra), potenciando «su accesibilidad en tiempo real y sin tratar» (artículo 4.c de la Ley extremeña); y el principio de participación y colaboración ciudadanas, de modo que la Administración Pública en el diseño de sus políticas y en la gestión de sus servicios ha de garantizar que los ciudadanos, tanto individual como colectivamente, puedan participar, colaborar e implicarse en los asuntos públicos (artículos 4.d de la Ley navarra y 4.e de la Ley extremeña).

(18) Pese a que algunas Comunidades Autónomas ya han aprobado una Ley reguladora del principio de transparencia, el reparto competencial y, por consiguiente, el ritmo normativo lógico, justifican que otras se encuentren en situación de espera hasta la aprobación de la Ley estatal. En este sentido, Castilla-La Mancha, por ejemplo, ha optado por la aprobación del Acuerdo de 28/02/2013, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Modelo de la Transparencia y el Buen Gobierno de la Administración Regional: «al encontrarse en tramitación una ley estatal de carácter básico, no se elaborará por ahora otra norma autonómica que pudiera verse afectada por la que finalmente se apruebe». En una línea similar se puede citar el Acuerdo 7/2012, de 8 de marzo, de la Junta de Castilla y León, por el que se pone en marcha el Modelo de Gobierno Abierto.

(19) Para un estudio sobre la competencia en materia de consultas populares, véase entre otros CASTELLÁ I ANDREU (2011); BUENO ARMIJO (2008); AGUADO RENEDO (2011); ÁLVAREZ CONDE (2010); IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2009); LÓPEZ BASAGUREN, A. (2009); MARTÍN, E. (2012); y PÉREZ SOLA, N. (2009).

de leyes independientes y diferenciadas. Pero ¿qué es el gobierno abierto? Nuestro ordenamiento ya cuenta con los primeros conceptos legales: «*forma de funcionamiento de la Administración Pública capaz de entablar una permanente conversación con los ciudadanos y ciudadanas con el fin de escuchar lo que dicen y solicitan, que toma sus decisiones centrándose en sus necesidades y preferencias, que facilita la participación y la colaboración de la ciudadanía en la definición de sus políticas y en el ejercicio de sus funciones, que proporciona información y comunica aquello que decide y hace de forma transparente, que se somete a criterios de calidad y de mejora continua, y que está preparado para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos y ciudadanas a los que ha de servir*» (artículo 3.b de la Ley navarra) (20).

En la introducción se ha hecho referencia a sus tres grandes pilares (transparencia, participación y colaboración), tomando como hito el Memorando de Obama sobre «Transparencia y Open Government» de 2009. La doctrina ha ido depurando conceptualmente este término introduciendo otros elementos, bien como especificaciones de los principios citados, bien como nuevos atributos. Así, se incorporan aspectos tan diversos como la capacidad regulatoria, la promoción de civismo, la calidad y mejora continua, etc. Se extienden en determinados ámbitos la identificación de gobierno abierto con el open data, pero su significado va mucho más allá. Y por lo general, se relaciona este concepto a las nuevas tecnologías y la web 2.0, cuando su aplicación efectiva se puede y debe producir en ocasiones al margen de estos canales. Sin duda, nos encontramos ante un concepto que aún se halla en fase de construcción, pero que reviste un carácter expansivo peligroso (21). Es necesaria una delimitación conceptual que de sentido sistemático a su ordenación jurídica y evite su disolución.

El efecto más visible del carácter expansivo, difuso y heterogéneo de este concepto se observa en el propio contenido de las leyes autonómicas. Los borrosos contornos y ese carácter expansivo, explican que la ley regule aspectos colaterales directa o indirectamente relacionados con su implantación. Así, el legislador atiende a aspectos como la racionalización y la simplificación de la actuación administrativa y de la normativa, la mejora continua de la calidad, la evaluación de las políticas públicas o el buen gobierno.

(20) Según el artículo 4.a de la Ley extremeña, el principio de gobierno abierto «*supone canalizar el intercambio de información a través de procesos de escucha activa y diálogo con la ciudadanía, encaminados a la participación y a la implicación de esta en la toma de decisiones de carácter público, y comprende el derecho de toda persona a que la Administración trate sus asuntos, imparcial y equitativamente, dentro de un plazo razonable, y a acceder a la información en los términos previstos en esta Ley*».

(21) Con acierto, Villoria Mendieta señala que uno de los problemas es que si el gobierno abierto es cualquier cosa, probablemente acabará siendo nada. Este autor resalta la importancia de centrar el concepto y delimitar las ideas inherentes al mismo, «evitando su disolución en un vaporoso marco referencial sin límites ni coherencia»: VILLORIA MENDIETA (2012: 70-71).

Otro aspecto que merece una reflexión sosegada es el ámbito de aplicación de las normas autonómicas. La Ley navarra (artículo 2) es de aplicación a la Administración de la Comunidad Foral y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma. Sin embargo, para las sociedades públicas, fundaciones públicas y las entidades de derecho público vinculadas a la Administración y sus organismos públicos, únicamente se prevé que su actividad de servicio público deberá ajustarse a los principios rectores de esta Ley. El legislador extremeño ha sido en este sentido más exigente, al resaltar la aplicación plena de la norma a las sociedades y empresas públicas, consorcios, fundaciones del sector público autonómico y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la misma (artículo 2.a). Por su parte, la Ley balear incluye en su aplicación al gobierno, a la Administración autonómica y a los entes del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma —organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios— (artículo 2).

Además, las tres normas también incluyen en su ámbito de aplicación a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos —o, según la Ley extremeña, ejerzan potestades administrativas—. Mientras la Ley balear reconoce que han de ajustarse al contenido de la ley, las normas navarra y extremeña establecen la obligación de suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones legales (22).

Sin duda, especial mención merece el carácter expansivo de la Ley extremeña cuyo ámbito de aplicación también alcanza a las entidades que integran la Administración Local y sus entes y organismos vinculados o dependientes, la Universidad, la Asamblea —en el ejercicio de sus actividades sujetas a derecho administrativo- (23) y las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstas dentro del ámbito de aplicación (artículo 2). El legislador, con acierto, ha adoptado una perspectiva global, sometiendo a las prescripciones de la ley a una amplia panoplia de entes e instituciones de primer orden dentro de la Comunidad Autónoma. La Ley navarra (Disposición

(22) La Disposición Adicional Novena de la Ley navarra recoge obligaciones de transparencia a los beneficiarios de subvenciones públicas: «En las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones públicas que superen los importes que se establezcan reglamentariamente se impondrá a los beneficiarios de las mismas la obligación de comunicar a la Administración Pública la información sobre las retribuciones por todos los conceptos de los miembros de sus órganos de gobierno, de administración y de dirección y sus cuentas anuales, para que ésta pueda hacerlas públicas».

(23) Según la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Extremadura, «de conformidad con los objetivos de esta Ley, también serán públicos, en sede electrónica de la Asamblea de Extremadura, las actividades de régimen interior y funcionamiento tanto de sus órganos de gobierno como de los grupos parlamentarios. Se entenderá por régimen interior su presupuesto anual, los medios materiales y humanos adscritos, provisión, régimen retributivo nominal, extendiéndose este deber de transparencia a los organismos o entidades adscritos o dependientes de la Asamblea de Extremadura».

Adicional Cuarta), en cambio, opta por invitar a otras instituciones a promover medidas de transparencia y participación, en su propio ámbito de competencias y en el plazo de un año, conforme a los principios y previsiones de esta Ley. En cuanto a las entidades locales, la Ley foral insta la reforma de la Ley reguladora de la Administración Local, en el plazo de un año, con el objeto de incorporar a su actividad sus previsiones (24).

Quizás la diversa naturaleza de los principios integradores del gobierno abierto exige una diferenciación clara en cuanto al ámbito de aplicación de la ley. Mientras las obligaciones de transparencia exigen llegar hasta el último rincón de todo el complejo entramado administrativo —así como a aquellas instituciones y entidades públicas y privadas que se financian de manera importante con fondos públicos—, el fomento de la participación ciudadana debe ceñirse exclusivamente a aquellas entidades que ejercen competencias decisorias de interés público, dado que es ahí donde tiene sentido el modelo de democracia participativa.

Cuestión de especial relevancia tiene que ver con la profundidad y concreción de los mandatos legales, aspecto este que también deriva de esa diversa naturaleza de los principios del gobierno abierto. Mientras la ordenación jurídica de la transparencia exige un esfuerzo de exhaustividad que evite una excesiva discrecionalidad política y administrativa, la regulación del fomento de la participación ciudadana requiere una técnica normativa caracterizada por el reconocimiento de cláusulas habilitantes. La dificultad de configurar obligaciones jurídicas en la arena de la democracia participativa exige que la regulación de la participación ciudadana se centre en canales incentivadores y normas promotoras. Lo contrario supondría una procedimentalización de la participación ciudadana, cuando lo que requiere la puesta en marcha de experiencias e instrumentos eficaces es cierta flexibilidad. Esto no quiere decir que la Ley se convierta en una carta de principios y declaraciones vacías sin eficacia alguna, sino que su regulación debe dirigirse a la ordenación de canales con una concreción relativa que permita esa flexibilización en su aplicación. Este equilibrio es, sin duda, uno de los retos a los que se enfrenta el legislador.

Íntimamente ligado con lo anterior, el binomio ley-reglamento juega un papel fundamental en la regulación del gobierno abierto. Mientras la Ley debe abordar la regulación general de sus diferentes elementos, la necesidad de concreción en muchos aspectos de este régimen jurídico, los tecnicismos propios de la materia (fundamentalmente en el ámbito tecnológico) o el dinamismo y el cambio continuo de sus aplicaciones, justifican la permanente remisión reglamentaria. La verda-

(24) El anteproyecto de Ley del País Vasco optaba por un sistema mixto. Por un lado, establecía que el régimen de transparencia, participación, planificación y evaluación de las Juntas Generales, administraciones forales y locales y su sector público será el establecido por ellas en su correspondiente normativa. Por otro, señalaba una serie de preceptos que sí les son de aplicación.

dera aplicación y efectividad del gobierno abierto va a depender, en muchas ocasiones, de la regulación contenida en el desarrollo reglamentario.

Finalmente, la articulación de la Ley debe tener lugar a través de un proceso cuya legitimación democrática no provenga sólo del propio Parlamento que apruebe la norma, sino también de la sociedad misma mediante un «proceso participado» (25). En coherencia con la esencia de este modelo de gobierno abierto, su diseño requiere que en la misma participe la ciudadanía, en su configuración individual o colectiva. La participación se debe extender asimismo a la esfera interadministrativa, en especial a los entes locales, que pueden ser invitados a participar dado que la norma, como se ha visto, puede comprometerles. Y sobre todo interdepartamental, dado que el contenido de este marco normativo debe revestir una profunda naturaleza transversal, como apuesta de todo el entramado gubernamental y administrativo.

III. TRANSPARENCIA

1. Hacia un régimen jurídico global del principio de transparencia

Es cierto que en el ordenamiento jurídico español existen normas que garantizan el principio de publicidad, en materia de contratos, subvenciones, presupuestos o, a nivel sectorial, el acceso a la información medioambiental. La LPC señala en su artículo 3.5 que en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con el principio de transparencia —y de participación—, regulando el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos. Mientras, a nivel sectorial resalta la Ley 27/2006, de 18 de julio, que ordena los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Junto a éstas, el marco normativo se ha ido completando con otras normas como la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, o la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (26). Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha carecido de una legislación específica e integradora que regule la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

(25) TUR AUSINA (2012: p. 140).

(26) La Ley 37/2007 transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. La transposición se efectuó de manera tardía, sin haber garantizado previamente a través de una norma legal el principio de transparencia y acceso a la información pública, presupuestos indispensables para promover la reutilización.

La aprobación de la Ley estatal de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno debe resolver este déficit. Este texto es objeto de un estudio específico en el presente monográfico, de modo que la atención que vamos a prestar en este trabajo se centra en la legislación autonómica, si bien con alguna referencia al proyecto estatal. Así, la Ley balear relaciona obligaciones de transparencia en los procesos de gestión, en concreto, en la adjudicación y ejecución de los contratos, añadiendo una relación de derechos a favor de los usuarios en la gestión de servicios públicos; en la firma de los convenios de colaboración, tanto los suscritos con otras administraciones públicas como con entidades privadas; y en la concesión de ayudas y subvenciones. La Ley gallega añade obligaciones de transparencia relacionadas con la programación anual y plurianual, y la elaboración de disposiciones de carácter general.

Por su parte, la Ley navarra distingue entre publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, una sistemática adaptada a los modelos de Derecho comparado (27). La publicidad activa, que exige una posición proactiva de la Administración frente a la clásica visión pasiva del derecho de acceso, se define como la *«obligación de difundir de forma permanente aquella información pública más relevante para garantizar la transparencia de la actividad de la Administración Pública»* (artículo 3.c de la Ley navarra); es decir, la obligación de proporcionar aquella información de mayor relevancia sin necesidad de que nadie lo solicite. Así, el legislador navarra relaciona la información que debe ponerse a disposición de la ciudadanía a través de un amplio listado *numerus apertus* (artículo 13), estableciendo un régimen más exhaustivo para el fomento de la transparencia en la gestión administrativa, igual que el planteamiento efectuado por la Ley balear, añadiendo la materia ordenación del territorio y urbanismo.

También la Ley de Extremadura dualiza su régimen, regulando la publicidad activa (si bien no emplea este término, se refiere en el Capítulo I del Título I a la «transparencia en la actividad administrativa») y el derecho de acceso a la información pública. En el ámbito de la publicidad activa, no sigue el sistema de listado propuesto por la Ley navarra, recogiendo un régimen jurídico específico para el principio de transparencia en la actividad organizativa, programación, elaboración de disposiciones de carácter general, contratos públicos, concesión de servicios, convenios de colaboración, subvenciones y ayudas, ordenación del territorio y urbanismo, provisión de puestos y gasto público (28).

(27) A tenor de la sistemática seguida por el legislador, se puede afirmar que la publicidad activa y el derecho de acceso representan las dos caras de la misma moneda, de modo que el ejercicio de la segunda manifestará el acierto en el régimen de la primera. A priori podría sostenerse que un alto número de solicitudes de información y su posterior acceso refleja la eficacia de la Ley, pero una interpretación más sosegada puede mostrar lo contrario. Si la transparencia activa fuera accesible y relevante, el número de solicitudes debería reducirse paulatinamente.

(28) Por su parte, el anteproyecto de Ley del País Vasco añadía la obligación de publicar la información relativa a la agenda de la actividad pública de los cargos electos y de designación

Se observa la ausencia de un régimen temporal —plazos máximos— para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, elemento que sin duda garantizaría un cumplimiento efectivo de las disposiciones legales. Desde una perspectiva material, el legislador debería valorar la conveniencia de incluir una regulación específica para garantizar el principio de transparencia en otras materias básicas, como por ejemplo, en el ámbito económico-financiero, el patrimonio de la Administración Pública, el seguimiento de grandes obras públicas o la publicidad de los proyectos de investigación financiados con fondos públicos —fomentando así el conocimiento y la innovación—. Además, la ley autonómica tiene la oportunidad de mejorar el régimen actual, dentro del marco que ofrece el proyecto estatal, como la extensión de la publicidad organizativa y de personal a todo el entramado de entidades dependientes de la Administración; la obligación de hacer públicos los procedimientos de elaboración normativa en curso desde su inicio, y no una vez se hayan solicitado los informes o dictámenes correspondientes —lo que permitiría fomentar la participación real—; o la mejora del régimen de transparencia de los procedimientos de contratación y de subvenciones.

Por su parte, el derecho de acceso abarca la posibilidad de que cualquier ciudadano acceda, mediante solicitud previa, a la información pública sin necesidad de invocar motivo. La legislación autonómica regula el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso, encontrando en el mismo un importante margen de maniobra a tenor del marco propuesto por el proyecto estatal. Es el caso, por ejemplo, de la revisión de las excepciones y límites al derecho de acceso o la reducción del plazo máximo para notificar la resolución, fijado en un mes en el proyecto estatal (artículo 17), quince días en la Ley navarra (artículo 30), treinta días hábiles en la Ley de Extremadura (artículo 23.1) y quince días en el anteproyecto de Ley del País Vasco (artículo 15.1) (29). Asimismo, se abre la posibilidad de reconocer en la Ley autonómica el silencio positivo —manifestación del principio de transparencia como principio general—, como prevé la Ley navarra (artículo 30.2) o el anteproyecto de Ley del País Vasco (artículo 15.2), salvo en supuestos tasados en los que el silencio tendría un efecto desestimatorio.

Más allá de un análisis sistemático y exhaustivo del régimen jurídico, resulta importante detenerse en aquellos rasgos que deben acompañar a la información

política, la evaluación de políticas públicas o el seguimiento y control de la ejecución de obras públicas. En el Acuerdo de 2013 de Castilla-La Mancha, y a la espera de la aprobación del texto estatal, se ordena a la Administración autonómica a promover la transparencia de la información pública mediante la implantación de un sistema integral de información, adquiriendo el compromiso de garantizar este principio en el ámbito de la información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica; e información económica, presupuestaria y estadística

(29) En el caso de que el volumen o la complejidad de la información así lo haga necesario, este plazo puede ser ampliado por otro mes en el proyecto estatal, hasta treinta días en la Ley navarra y otros treinta días en la Ley extremeña.

para que ésta sea realmente transparente. La información que se pone a disposición de la ciudadanía debe ser clara, actualizada, objetiva, veraz, de calidad y, como señala CUNILL GRAU (2006: p. 29), relevante, accesible y exigible. La relevancia de la información tiene que relacionarse con el destinatario, que es la ciudadanía, entendiéndolo que lo que le interesa a esta no es necesariamente lo que interesa —o entiende que puede interesar— a los poderes públicos. La relevancia de la información está condicionada a si sirve o no a los fines del ciudadano, atributo que exige promover una estrategia que permita *ciudadanizar* la información, a través de canales orgánicos, funcionales o mediante espacios de aportación en la web.

El segundo atributo, la accesibilidad, se vincula no con los datos que se proporcionan, sino cómo se proporcionan. La gran cantidad de datos generados por la Administración exige una información estructurada, lo que conduce a la necesaria distinción entre *transparencia* y *transparencia accesible*. Si una de las claves para garantizar el principio de transparencia es promover su accesibilidad, la Administración debe reducir la burocratización y complejización en su acceso. En esta línea, el legislador autonómico recoge diversos mandatos dirigidos al cumplimiento de este fin. En primer lugar, la Ley navarra (artículo 9) diseña un sistema integral de información, que cuenta con un depósito o repositorio centralizado de los datos y documentos que se consideren necesarios para asegurar las obligaciones legales de información pública, y completado con la designación de unidades responsables de información pública que son las encargadas de la tramitación para hacer efectivo el derecho a la información pública. En el seno de este sistema se integran los diferentes canales de información de forma que resulte garantizado el acceso de todos los ciudadanos, con independencia del lugar de residencia, formación, recursos, circunstancias personales o condición social.

La fijación de unidades encargadas de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley constituye así un segundo aspecto de interés. En la práctica, resulta vital designar referentes para la gestión de las obligaciones de transparencia e información pública, reguladas en las leyes autonómicas como «unidades responsables de información pública» (30). Sin perjuicio de la existencia de

(30) Véanse los artículos 18 del proyecto de Ley estatal y 10 de la Ley navarra. La Disposición Adicional Cuarta de la Propuesta de Ley de Extremadura también instaba a la Administración la designación de unidades responsables de información pública, como las encargadas del cumplimiento de las obligaciones legales. En el texto definitivo sin embargo desaparece este mandato, si bien se hace referencia a estas unidades a lo largo de la ley. Especial mención merece, por su concreción, el mandato previsto en el anteproyecto de Ley del País Vasco: «*En cada Departamento se designará, entre el personal funcionario, un responsable de transparencia adscrito al órgano que en el mismo ejerza funciones de coordinación departamental con la misión de promover y difundir los principios de transparencia y publicidad activa y contribuir a organizar su información de acuerdo con los preceptos de la Ley*» (artículo 18). Finalmente, el Acuerdo de 2013 de Castilla-La Mancha señala que serán responsables de suministrar toda la información necesaria para el cumplimiento de las

estas unidades especializadas, la necesaria coordinación de toda la información pública disponible, en cuanto a criterios de contenidos y acceso, gestión del portal de transparencia, etc., demanda la atribución expresa de estas funciones a un Departamento específico competente en materia de transparencia (31).

Una tercera medida se vincula al principio de colaboración y coordinación, esencial para garantizar el acceso a la información pública. La complejidad del entramado administrativo, más aún en un sistema políticamente descentralizado, exige una interconexión entre los puntos de información. Es así que la Ley navarra proclama el deber de establecer «*los mecanismos de colaboración y, en su caso, de coordinación más eficaces para hacer efectivo el ejercicio por la ciudadanía de los derechos reconocidos*» (artículo 8) (32). Más allá de esta declaración programática, en el ámbito de las relaciones interadministrativas el legislador prevé supuestos específicos en los que se trata de garantizar y facilitar el ejercicio del derecho de acceso. Así, cuando la solicitud de acceso a la información pública se dirija a una entidad, órgano o unidad administrativa en la que no obre dicha información, se remitirá la solicitud al órgano o entidad que la posea, que vendrá obligada a tramitarla y se dará cuenta de esa remisión al solicitante. Si no es posible remitir la solicitud al responsable de la información por pertenecer a una Administración, entidad u organismo no incluido en el ámbito de aplicación de la Ley, aquél al que se dirigió la solicitud deberá informar directamente al solicitante sobre la Administración a la que, según su conocimiento, ha de dirigirse para solicitar dicha información (artículos 28.b de la Ley navarra y 22 de la Ley extremeña) (33).

Otra medida que merece ser destacada es el uso y fomento de las nuevas tecnologías como herramienta de extraordinaria utilidad para el cumplimiento de las obligaciones legales. En este sentido, el legislador prevé la creación de

obligaciones previstas, la persona titular de la Secretaría General de cada una de las consejerías del Gobierno autonómico y los titulares de los organismos autónomos y entidades públicas vinculadas o dependientes, empresas y fundaciones públicas, así como de los consorcios participados mayoritariamente por la Administración autonómica.

(31) Este Departamento podría emitir un informe anual, tal y como proponía el anteproyecto de Ley del País Vasco en su artículo 18.3: «*El Departamento competente en materia de Gobierno Abierto elaborará un Informe anual de transparencia que será remitido para su conocimiento al Parlamento*».

(32) Artículo 14.2 del anteproyecto de Ley del País Vasco: «*La administración fomentará la interoperabilidad entre administraciones públicas propiciando iniciativas conjuntas en materia de administración electrónica e impulsará la implantación de un sistema general de intercambio de información entre las diferentes administraciones*».

(33) El anteproyecto de Ley del País Vasco añadía la obligación de cumplir determinados plazos con el objeto de agilizar el ejercicio de este derecho. Así, se debería facilitar al solicitante información sobre el órgano que la posea en el plazo de diez días (artículo 14.1). Por su parte, el Proyecto de Ley estatal establece que si «*la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder de la autoridad pública, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otra, se deberá remitirle la solicitud para que decida sobre el acceso*» (artículo 16).

portales de transparencia, con cauce integrador de la información pública. Es el caso del Portal de Transparencia previsto en el Proyecto de Ley estatal (artículo 8), el Portal del Gobierno Abierto en la Ley navarra (artículo 7), el Portal de la Transparencia y Participación Ciudadana en la Ley de Extremadura (disposición adicional segunda) o la Plataforma de Gobierno Abierto-Irekia en el Anteproyecto de Ley del País Vasco (artículo 6) (34).

Estos canales permiten unificar toda la información exigible por la Ley garantizando así la accesibilidad del ciudadano. La dispersión de la información en la web de los diferentes órganos y departamentos supondría sin duda una nueva burocratización, en este caso de corte tecnológico, de modo que la publicidad de los datos sin este modelo integrador dificultaría el ejercicio de este derecho. Ahora bien, tan importante como el reconocimiento de estos portales es el diseño de sus contenidos y estructura, que debe estar presidido por los principios de sencillez, claridad y accesibilidad. Otra cuestión que requerirá una solución práctica es la dificultad de su aplicación en la Administración Local, en concreto en aquellas entidades que carecen de medios para su construcción y desarrollo. Sin duda, aquí se deberán aplicar mecanismos de apoyo, como la centralización de toda la información en portales de transparencia de otras Administraciones —modelo aplicado en algunos países latinoamericanos—, sin perjuicio de otros instrumentos de colaboración previstos en el ordenamiento jurídico.

El tercer atributo que debe ser potenciado es la exigibilidad de la información, lo que conduce al reconocimiento legal de este derecho. La Ley atribuye una importante dosis de seguridad jurídica, evitando una excesiva discrecionalidad al determinar qué información es pública y cuál es confidencial (35). Ahora bien, la exigibilidad no se consagra únicamente con el reconocimiento de este derecho, es imprescindible también habilitar canales que permitan al ciudadano reclamar ante posibles vulneraciones.

En este sentido, la figura que cobra especial relevancia en el Derecho comparado es la creación de órganos independientes de revisión, control y fomento, sin perjuicio de los correspondientes mecanismos administrativos y judiciales de tutela. Su efectividad depende, sin duda, de la naturaleza de este órgano, entendiéndose que es necesario atribuir la competencia para tramitar las reclamaciones a órganos con garantías de independencia, que actúen con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de la Administración y de composición técnica

(34) Al margen de cualquier previsión legal, el Acuerdo de 2012 de Castilla y León prevé un espacio específico del Gobierno Abierto en la web corporativa para, entre otros fines, publicar de forma unificada la información sobre transparencia. Por su parte, el Acuerdo de 2013 de Castilla-La Mancha habilita la creación de la Plataforma de la Transparencia y el Buen Gobierno.

(35) En este sentido, conviene recordar la consideración de la transparencia como principio general: «*siendo el principio de transparencia un principio general, cualquier excepción al mismo o cualquier limitación han de venir impuestas por una norma con rango de ley e interpretarse en su aplicación de forma restrictiva*» (artículo 11.2 de la Ley navarra).

y colegiada (36). En este ámbito, la legislación autonómica se encuentra ante tres grandes posibilidades de regulación respecto a las reclamaciones frente a la denegación expresa o presunta de la solicitud de acceso. Primero, la creación de un órgano específico que conozca de estas reclamaciones; segundo, atribuir esta competencia a un órgano o institución ya existente —defensor del pueblo autonómico o autoridades de protección de datos, si las hubiere—; y tercero, la celebración de un convenio con la Administración General del Estado para la resolución de las reclamaciones por la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios.

La Ley de Extremadura no cierra de modo definitivo esta cuestión, limitándose a señalar que *«la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura podrá suscribir un convenio con la Administración general del Estado para la resolución de las reclamaciones que presenten los ciudadanos en relación con la resolución que se dicten en el ejercicio de acceso a la información, sin perjuicio de la potestad de la Comunidad Autónoma de Extremadura para crear o atribuir a un órgano propio el ejercicio de tal competencia»* (artículo 43). Por su parte, la Ley navarra reconoce al solicitante de la información pública la posibilidad de *«dirigir una queja al Defensor del Pueblo de Navarra siempre que se haya impedido o limitado su derecho de acceso a esta información»* (artículo 68). En cualquier caso, la intervención del Defensor del Pueblo no suspende el transcurso de los plazos para la interposición de los recursos administrativos o contenciosos-administrativos procedentes (37).

Finalmente, conviene destacar cómo el legislador autonómico introduce un concepto amplio de transparencia, no circunscrito al ámbito administrativo sino también a la acción de gobierno (38). Bajo la rúbrica de «buen gobierno» o

(36) En este ámbito, se pueden citar ejemplos que han adquirido la consideración de modelos referentes en el Derecho comparado. Es el caso del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México, órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información; y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades. Está integrado por cinco comisionados, nombrados por el Ejecutivo Federal, pudiendo la Cámara de Senadores objetar dichos nombramientos por mayoría. Duran en su encargo siete años, sin posibilidad de reelección. El Consejo para la Transparencia de Chile constituye una corporación autónoma de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, y con atribuciones para fiscalizar y sancionar el cumplimiento de la Ley de Transparencia. Está integrado por 4 consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado (2/3 miembros en ejercicio). Duran 6 años en el cargo, siendo reemplazados por parcialidades cada 3 años. Son inamovibles. Su eventual remoción antes de este período debe ser decidida por la Corte Suprema.

(37) Si bien la intervención del Defensor del Pueblo autonómico encaja por su naturaleza jurídica y funciones, la eficacia jurídica de sus pronunciamientos —advertencias, recomendaciones, sugerencias o recordatorios— limitan la operatividad de esta vía.

(38) Como señala la Exposición de Motivos de la Ley balear, *«a fin de que el vínculo entre poderes públicos y confianza de la ciudadanía se consolide y madure, los gobiernos más adelantados*

de «ética y transparencia en la acción de gobierno», se regulan aspectos como los principios éticos y de actuación, el régimen de conflicto de intereses, el gobierno en funciones o el principio de gobernanza. Por lo que aquí interesa —el análisis de esta materia requiere un estudio propio, siempre ligado a la legislación reguladora del gobierno—, la ley exige la aplicación del principio de transparencia en la acción de gobierno. Renueva el régimen jurídico de la publicidad de las retribuciones, actividades, derechos y bienes, exigiendo la inscripción de las declaraciones en el registro correspondiente, en el diario oficial y en el portal de transparencia (artículo 33 de la Ley de Extremadura). En cualquier caso, sería interesante que el legislador ampliara el ámbito de aplicación, de modo que el principio de transparencia de las retribuciones se extendiera a un concepto amplio de alto cargo.

Se regula asimismo la publicidad de las cesantías (artículo 64 de la Ley navarra), de la acción de gobierno, a través de la difusión e información del Plan de Gobierno y de un documento de seguimiento de los proyectos de ley, planes gubernamentales y actuaciones significativas (artículo 19 del anteproyecto de Ley del País Vasco), así como la obligación de informar al Parlamento sobre el nombramiento de determinados altos cargos para, en su caso, solicitar una comparecencia para defender la idoneidad de la persona nombrada y explicar su proyecto para la acción de gobierno (artículo 38 de la Ley balear). Esta regulación se cierra, en el caso de Navarra y Extremadura, con un precepto genérico de transparencia y rendición de cuentas, instando la implementación de instrumentos que permitan garantizar el cumplimiento de estos principios.

Tras este repaso a la reciente normativa autonómica, una última cuestión queda pendiente. Si bien la existencia de la ley es condición necesaria para garantizar el principio de transparencia, no es suficiente para asegurar su plena operatividad. Esta se encuentra conectada a otros elementos igualmente fundamentales, como las políticas de información, la generación de una cultura política y administrativa basada en la ética y la información al público, así como una clara voluntad política y un liderazgo en su implementación.

2. Apertura de datos públicos y reutilización

Finalmente, el legislador considera una visión economicista del principio de transparencia, como generador de iniciativa privada, fomentando la reutilización de la información pública. La Administración dispone de una gran cantidad de información que, a disposición de los particulares, puede permitir la creación de productos y servicios generando riqueza. El aumento de la transparencia y la apertura de datos no sólo incrementa la legitimidad y calidad democrática, también implica una mejor utilización de los recursos en el plano de la reutiliza-

se dotan de medios materiales y legales y de valores y mecanismos que facilitan la buena manera de hacer y el control de los responsables públicos».

ción y revalorización. Como señala RAMÍREZ-ALUJAS (2011: p. 114), la apertura de datos públicos (*open data*) promueve, por un lado, la innovación usando (o reutilizando) los datos públicos como catalizador de nuevas aplicaciones y servicios y, por tanto, transforma a los gobiernos de proveedores de servicios a gestores de plataformas, permitiendo que otras entidades o usuarios, utilizando los datos públicos liberados, puedan crear prestaciones en la web, generar actividades económicas y agregar valor público. Por otro lado, se devuelve a los ciudadanos los datos que son financiados por ellos mismos, incrementando así la transparencia, la rendición de cuentas y el escrutinio público permanente.

En este punto, conviene efectuar una depuración conceptual, distinguiendo con claridad los términos de transparencia y *open data*. La transparencia se debe concebir como un concepto más amplio que el de *open data* en la medida en que aquél incluye éste. La transparencia se refiere, en general, a la información accesible de la actividad del sector público («Administración de cristal»), permitiendo el uso de esta información para un control político y democrático o para cualquier otra finalidad legal. Mientras, *open data*, que necesita del anterior, pone a disposición de toda la sociedad los datos generados por la Administración en el desarrollo de sus funciones, en formatos abiertos y con licencia libre para su uso, de manera que cualquier ciudadano pueda analizarlos, reutilizarlos y redistribuirlos como activo económico destinado a generar nuevos productos o servicios (39).

La apertura de datos se regula en la legislación autonómica que ordena el gobierno abierto. Para mejorar la transparencia y generar valor en la sociedad, la Ley balear ordena al gobierno efectuar «una efectiva apertura de los datos públicos que obran en su poder, no sujetos a restricciones de privacidad, seguridad o propiedad» (artículo 40). De manera más expresiva, la Ley navarra proclama la obligación de la Administración de fomentar la reutilización de la información pública, entendiendo por reutilización «el uso por los ciudadanos y ciudadanas de los datos de libre disposición que obran en su poder, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública y que el mismo se realice con sometimiento a la legislación básica del Estado que sea de aplicación, y en particular, a la normativa existente sobre reutilización de la información del sector público» (artículo 14).

En concreto, la reutilización debe perseguir como objetivos fundamentales la publicación de todos los datos de libre disposición que obran en poder de la Administración, permitir a la ciudadanía un mejor conocimiento de la actividad

(39) Los efectos beneficiosos de la reutilización se reconocen expresamente en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público: «la información generada desde las instancias públicas, con la potencialidad que le otorga el desarrollo de la sociedad de la información, posee un gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación, contribuir al crecimiento económico y la creación de empleo, y para los ciudadanos como elemento de transparencia y guía para la participación democrática» (Exposición de Motivos).

del sector público, facilitar la creación de productos y servicios de información basados en esos datos, facilitar el uso de los datos para que las empresas privadas ofrezcan productos y servicios de información de valor añadido, así como favorecer la competencia en el mercado limitando su falseamiento (artículo 14.2 de la Ley navarra). Por su parte, las Leyes balear (artículo 40.2) y extremeña (artículo 27.2) someten la disposición del conjunto de datos en formatos reutilizables a criterios de prioridad, considerando prioritaria la información mercantil y empresarial, la información geográfica, la información legal, la estadística social y la información de transporte.

Los conjuntos de datos se tienen que facilitar bajo licencias de propiedad abiertas, que permitan su redistribución, reutilización y aprovechamiento. Así, el legislador proclama la promoción de la reutilización libre de los datos, sin sujetarla a petición previa, ni condicionar su ejercicio mediante el otorgamiento de licencias tipo. No obstante, se habilita a la norma de desarrollo para regular las condiciones a las que se puede someter la reutilización de determinados datos, siempre bajo justificación. En concreto, la Ley navarra prevé, como condiciones para permitir la reutilización, que se haga un uso correcto de los datos, que los mismos no sean modificados o que se indique la fuente y fecha de la última actualización. Mientras, si el reglamento opta por someter la reutilización de determinados datos al previo otorgamiento de licencias tipo, las mismas se ajustarán en cualquier caso a los criterios y al contenido mínimo recogido en la legislación sobre reutilización de la información del sector público (artículo 15) (40).

El régimen de la reutilización de la información pública merece una última reflexión. Si el objetivo es generar valor en la sociedad facilitando la creación de productos y servicios basados en los datos que obren en poder de la Administración, sería interesante que la puesta a disposición se efectuara en un punto común de acceso (41) y, sobre todo, que el legislador promoviera cauces para *ciudadanizar* la información. Un aspecto fundamental en el régimen del open data es identificar qué información es útil para la ciudadanía. Por este motivo,

(40) La Ley extremeña, en su artículo 28, señala que «los únicos condicionantes serán aquellos que marquen las licencias bajo las que esté la información que se publique, así como lo dispuesto en la legislación básica sobre reutilización de la información del sector público». Por su parte, ninguna norma autonómica prevé un régimen de infracciones y sanciones conectado con el mal uso que se confiera a la información cuya reutilización ha sido autorizada. Las previsiones contenidas en este sentido por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, constituyen un marco de referencia importante para este régimen autonómico, regulando el procedimiento, el principio de tipificación y la delimitación de competencias.

(41) El Portal navarro del «Gobierno Abierto», que se articula sobre una plataforma informática de software libre, se configura como un espacio destinado a «facilitar a la ciudadanía la información en tiempo real y sin tratar, para que, a su vez, pueda ser compartida de una forma libre y gratuita», así como «poner a disposición de la ciudadanía datos en formatos abiertos, para que puedan ser reutilizados en beneficio público y en beneficio de cualquier persona interesada en obtener productos derivados para generar valor y riqueza, en lo que se conoce como proyectos de apertura de datos u OpenData» (artículo 7.2).

sería conveniente que en los correspondientes puntos de acceso a la información se habilitaran espacios para la recepción de propuestas relativas a los datos demandados y a la información puesta a disposición (42).

IV. NOVEDADES JURÍDICAS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

1. Un nuevo enfoque de la participación ciudadana

El carácter democrático del Estado español convierte la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en eje esencial del sistema político. El artículo 23 CE'78 recoge dos formas de acceso de los ciudadanos a las decisiones públicas, directamente o por medio de representantes, que no es sino el reconocimiento de un sistema mixto, de democracia representativa y de democracia directa, con una clara preeminencia del sistema representativo (STC 119/1995, de 17 de julio). Sin embargo, conviene no perder de vista que el artículo 9.2 CE'78 ordena a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, así como facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En el marco de este principio constitucional, el entendimiento de la participación prevista en el artículo 23 no agota las manifestaciones constitucionales del fenómeno participativo. Por el contrario, el texto es rico en este tipo de declaraciones en diversos preceptos (artículos 27.5, 29, 48, 51.2, 92, 105, 125 o 140). Además de la democracia directa y representativa existe una tercera manifestación, la democracia participativa, que no significa ni presupone el ejercicio de la soberanía popular como las dos anteriores —no es por tanto derecho fundamental—, sino que otorga a los ciudadanos la posibilidad de proporcionar elementos de juicio suficientes para garantizar no sólo la legalidad, sino también el acierto y oportunidad de las decisiones administrativas y revestirlas además de legitimidad democrática (43).

(42) En esta línea se pronuncia el anteproyecto de Ley del País Vasco: *«La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi dará acceso a los recursos de información pública reutilizable mediante su puesta a disposición en un punto común de acceso alojado en un portal web euskadi.net donde se ofrecerá información concreta y actualizada sobre las características de cada conjunto de datos. Asimismo, en el punto de acceso se deberá habilitar un espacio para que la ciudadanía realice propuestas y sugerencias tanto en torno a la información demandada como a la información puesta a su disposición»* (artículo 7.3).

(43) En este sentido se pronunció la STC 119/1995, de 17 de julio: *«no estamos ante cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos —en los distintos ámbitos en que territorialmente se articula el Estado— precisamente en lo que tiene de general, sino más bien para oír, en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un tertium genus que se ha denominado democracia participativa»* [FJ 6].

Como se ha visto anteriormente, es el modelo de democracia participativa el que ha despertado la atención de los Estatutos de Autonomía de última generación, configurándose así como el objeto de regulación de la reciente legislación (44). Es la eficacia de las decisiones públicas (artículo 103 CE'78) la que parece justificar, entre otros motivos, esta profundización de la participación ciudadana, instando a los poderes públicos a abrir canales que permitan adecuar las políticas públicas a las demandas sociales: *«se trata de una interacción que resulta positiva para la ciudadanía; para que se impliquen en los asuntos públicos, aportando su criterio y experiencia; que permite a los poderes públicos un acercamiento mayor a la ciudadanía, y ésta, a su vez, asume la corresponsabilidad en el ámbito público (...) garantizando una adecuada satisfacción de sus necesidades y expectativas»* (Preámbulo de la Ley valenciana) (45). La finalidad del nuevo régimen jurídico es, por tanto, alcanzar una participación más proactiva de la ciudadanía (artículo 3 de la Ley balear), que permita trasladar a los poderes públicos las opiniones de aquellos agentes —o de toda la ciudadanía— implicados en el ámbito de decisión con el objeto de adoptar mejores decisiones (46).

En este marco hay que plantear qué entiende el legislador por participación ciudadana. Las Leyes valenciana (artículo 4.1), navarra (artículo 3.e) y extremeña (artículo 3.e) recogen un concepto expreso, definiendo participación ciudadana como la intervención e implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Desde una perspectiva jurídico-política, resulta positiva la asunción de una definición legal a efectos de aplicación de la norma. Sin embargo, este concepto puede adolecer de un carácter excesivamente simplista y abierto, dado que bajo

(44) Dentro de las normas que son objeto de atención en este trabajo, es la Norma Foral de participación ciudadana la que con mayor claridad manifiesta que su finalidad es *«desarrollar los derechos democráticos de la ciudadanía y de los grupos en que se organiza por medio de los procesos, prácticas e instrumentos de democracia participativa que complementen y perfeccionen los derechos y las técnicas de la democracia representativa»* (artículo 3.b).

(45) En la misma línea se expresa el Preámbulo de la Norma Foral 1/2010, de 8 de julio, sobre Participación Ciudadana, al destacar la figura de los procesos de deliberación participativa: *«Se trata de una técnica que permite incorporar al procedimiento de decisión toda la riqueza de los intereses y expectativas sociales de una forma que sea beneficiosa para el procedimiento de adopción de decisiones»*. Por su parte, el artículo 37.1.d de la Ley extremeña ordena a la Administración el establecimiento de *«vías de relación directa con la ciudadanía que posibiliten la adecuación de las políticas públicas a las demandas, necesidades e inquietudes de la ciudadanía»*.

(46) El presente trabajo se centra en el régimen jurídico previsto en las Leyes de Gobierno Abierto, no entrando a reflexionar sobre otros instrumentos de participación como las consultas populares no referendarias —objeto de un estudio específico en el presente monográfico— o la iniciativa legislativa popular. Simplemente, y a efectos de generar un primer debate, conviene plantear las posibilidades de reforma de este último instrumento, al hilo de las modificaciones estatal y catalana de la década pasada. Posibilidades de mejora como la rebaja del número de firmas, la ampliación del plazo para la recogida de firmas, la iniciativa local, la previsión de compensaciones económicas, la reducción de materias excluidas o la revisión de la titularidad de este derecho, son algunos ejemplos que requieren ese debate conjunto.

esta definición se podría interpretar la inclusión de cualquier intervención en los asuntos públicos, sin delimitar el objeto real de la norma —democracia participativa— respecto de otros instrumentos de intervención —por ejemplo, participación electoral o democracia directa—. (47) Atendiendo al objeto de estas Leyes, el concepto de participación ciudadana debería ceñirse a la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, pero basada en el modelo de democracia participativa que, como complemento de la participación representativa, permita la toma en consideración por los órganos representativos de las aportaciones efectuadas por los agentes implicados (48).

El ámbito objetivo sobre el que se habilita la implicación ciudadana se caracteriza por su amplitud. Las Leyes autonómicas reconocen los «derechos específicos de participación» en la tramitación de leyes (artículo 6 de la Ley balear) y reglamentos (artículo 9 de la Ley gallega), en la elaboración de planes y programas de carácter general (artículo 35 de la Ley navarra) y en la evaluación de las políticas públicas (artículo 6.1.a de la Ley balear) (49). Parece que nada escapa al ejercicio del derecho de participación. No obstante, no hay que perder de vista el carácter programático de la mayoría de los mandatos recogidos en las Leyes autonómicas, lo que atribuye una importante discrecionalidad en el diseño e impulso de los nuevos instrumentos de participación. Lógico, por otra parte, si se tiene en cuenta que lo contrario podría generar problemas de gobernabilidad o una parálisis institucional. No todas las decisiones pueden ser sometidas a un proceso de participación ciudadana, por razones técnicas o de oportunidad. Serán las decisiones públicas estratégicas las llamadas a someterse, con carácter general, a un debate público. Y la evaluación de la política de participación ciudadana la que determine la corrección en la aplicación de estas Leyes.

Especial mención merecen las Leyes balear y extremeña, que establecen el carácter preceptivo del proceso participativo en la tramitación de los proyectos de Ley —según el artículo 6 de la Ley balear, la imposibilidad de estos procesos se debe motivar justificadamente— y una acción de escucha en cada evaluación de las políticas públicas. Mientras, la Ley canaria (artículo 18) señala que la elaboración de los programas o políticas de actuación sectorial del gobierno, así como de los instrumentos normativos de carácter reglamentario que los desarrollen, cuando no se refieran a materias excluidas de las iniciativas legislativas, debe someterse con carácter general a un proceso de participación ciudadana.

(47) La Ley de Extremadura, al regular las condiciones básicas de la participación ciudadana en el Capítulo I del Título III, plantea un concepto más exhaustivo y preciso, entendiendo por participación ciudadana «*la intervención, implicación y colaboración de los ciudadanos y ciudadanas, individual o colectivamente considerados, en los asuntos públicos, canalizadas a través de procesos de escucha activa, comunicación y conversación bidireccional*» (artículo 36).

(48) CASTEL GAYÁN (2011: p. 285).

(49) Se toman los artículos citados como ejemplos generalizables, teniendo en cuenta que estos derechos específicos de participación se encuentra reconocidos en todas las Leyes autonómicas. Las diferencias de contenido son, en general, mínimas.

Además, y como novedad en el ámbito autonómico, conviene resaltar el mandato de fomentar la participación en la elaboración de los presupuestos. Según los artículos 6.1.f de la Ley balear y 37.1.f de la Ley extremeña, la Administración debe promover la confección de unos presupuestos participativos, es decir, la posibilidad de que la ciudadanía opine sobre el orden de prioridades en el capítulo de inversiones —la norma extremeña prevé que «*la ciudadanía opine y proponga alternativas en cuanto al orden de prioridades en los distintos capítulos*» del presupuesto— mediante mecanismos de democracia directa estructurados debidamente u otros procesos o instrumentos participativos.

2. Revisión, renovación e innovación de los instrumentos de participación

La renovación de la participación ciudadana propuesta por el legislador autonómico presenta un primer efecto de extraordinaria intensidad. La tradicional clasificación de los instrumentos de participación, que distingue entre canales orgánicos y funcionales, se redefine en este nuevo régimen jurídico. El reconocimiento de nuevos mecanismos de democracia participativa, basados en el principio deliberativo y en el uso de las nuevas tecnologías, abre un nuevo escenario que amplía y/o matiza esa clasificación. En este trabajo se va a seguir el esquema tradicional para analizar las novedades más importantes, aún entendiendo que esta clasificación se enriquece con los mecanismos que se exponen a continuación.

Entre las modalidades previstas en el Derecho español, la participación orgánica constituye un cauce generalizado y consolidado (50). Sin embargo, la práctica administrativa ha demostrado la existencia de defectos relacionados fundamentalmente con la composición y funcionamiento de estos órganos, lo que ha afectado a la calidad de estos instrumentos (51). Pese a que las deficiencias

(50) La LPC, en su artículo 22.2, remite a lo que establezcan las normas propias de funcionamiento de estos órganos de participación, si bien a falta de ellas ha de aplicarse la misma. Así, la regulación de estos órganos se centra en su composición, los derechos de los miembros, las normas básicas de funcionamiento y las reglas para la formación de voluntad. Especial atención merecen los derechos de los miembros, que parecen reflejar la voluntad de garantizar la calidad participativa en el funcionamiento de los mismos: recibir con antelación mínima de cuarenta y ocho horas la convocatoria de las reuniones con el orden del día y tener a su disposición por el mismo plazo la información sobre los asuntos que figuren en él; ejercer su derecho a voto y formular voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican; formular ruegos y preguntas; solicitar la transcripción íntegra en acta de sus intervenciones y propuestas y el sentido de su voto o su abstención y los motivos que la justifiquen; o el genérico derecho a participar en los debates.

(51) SÁNCHEZ MORÓN (2008b: p. 231) sistematiza los principales problemas de la participación orgánica, como la representatividad de las organizaciones llamadas a participar, que debe resolverse siempre sobre la base de criterios objetivos y en atención al principio de igualdad, así como sus verdaderas limitaciones como canal de participación del ciudadano, entendiendo que la intervención es asumida por los representantes de algunas organizaciones sociales que actúan formal-

de la participación orgánica son admitidas de manera generalizada, las recientes leyes autonómicas no han revisado su régimen jurídico. Únicamente la Ley canaria regula estos órganos estables de participación, pero sólo a efectos de habilitar su creación y reconocer sus funciones de información y asesoramiento no vinculante (artículo 24). La única innovación está ligada al uso de medios electrónicos para facilitar la interrelación y comunicación, si bien tampoco la ley ha profundizado en todas las posibilidades de mejora. Más aún si se tiene en cuenta la habilitación propuesta por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en su Disposición Adicional Primera, en cuanto a la actuación de los órganos colegiados por medios electrónicos.

El legislador, inmerso en la revisión del modelo de participación ciudadana, debe aprovechar la oportunidad para reformar una serie de elementos que mejoren la composición y funcionamiento de los órganos de participación. En este sentido, y como propuestas normativas, se debería exigir una mayor transparencia en su actividad, publicando la relación de órganos existentes en la Administración, su composición y funciones, sus acuerdos (aprobados o pendientes de aprobar), etc.; aumentar la antelación mínima de convocatoria para que las entidades pudieran recabar la opinión de sus asociados, exigiendo la acreditación del debate interno; prever la evaluación de los órganos de participación con la opinión de todos sus miembros; fomentar una estructura más flexible, activa y dinámica; o exigir un informe preceptivo de la unidad administrativa competente en materia de participación ciudadana para la creación de estos órganos.

Junto a los canales orgánicos, la participación funcional ha constituido en el Derecho administrativo español la segunda gran modalidad de implicación ciudadana, a través de trámites e instrumentos diversos como la información pública, las peticiones o las iniciativas y sugerencias. Como en la tipología anterior, también la práctica administrativa ha demostrado las insuficiencias de estas figuras como canales unidireccionales que no garantizan una participación real, efectiva y de calidad. Consciente de sus déficits, la ley renueva este

mente como portavoces colectivos de los intereses que la entidad promueve, pero que expresan en ocasiones las opiniones de la organización a la que pertenecen y a veces la suya propia. No suele haber casi nunca un contraste previo de la correspondencia de la voluntad o la opinión de la entidad que participa con la voluntad u opinión mayoritaria de los ciudadanos a los que teórica, formal o legalmente representa. En cuanto a su efectividad, en términos de influencia real en las decisiones finales de los gobiernos y administraciones, y sin perjuicio de la existencia de experiencias de todo tipo, se ha considerado que la eficacia de la participación es muy limitada y en gran parte de los casos sencillamente nula. El modelo de los consejos ha conducido por su propia dinámica a una excesiva burocratización y una cierta hipertrofia de los órganos consultivos de la Administración, pues una vez creado un consejo y designados sus miembros, es muy difícil suprimirlo, aunque se constata su absoluta inoperancia. Según este autor, se trata de una participación reducida a los que podríamos considerar como miembros de una élite asociativa privada.

círculo funcional reconociendo nuevos mecanismos que tratan de promover una participación más directa, proactiva y deliberativa de los agentes implicados en las decisiones públicas, garantizando de este modo una *«interrelación mutua»* (artículos 34.1 de la Ley navarra y 36.2 de la Ley extremeña). Mecanismos que, como manifestación de democracia participativa, no tienen carácter vinculante para la Administración (artículo 17.1 de la Ley valenciana).

Un repaso a las novedades incorporadas por el legislador autonómico permite observar que, para el ejercicio de los derechos específicos de participación, la renovación jurídica propone instrumentos desarrollados en un doble espacio: tecnológico y presencial. La ley asume las oportunidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, a cuyo fin insta a los poderes públicos a fomentar la participación ciudadana a través de medios electrónicos (artículo 4.5 de la Ley canaria). Se acude a la técnica de la cláusula abierta, entendiendo que el dinamismo y la evolución constante de los medios tecnológicos que pueden canalizar la participación de la ciudadanía obligan a renunciar a una regulación exhaustiva. Así, se limita a reconocer con carácter general la promoción de la participación a través de los canales existentes o aquellos que se generen: *«redes sociales y demás instrumentos de comunicación social en Internet, tales como foros, blogs, plataformas de video, comunidades u otros recursos web que resulten idóneos»* (artículo 36.2.a de la Ley navarra). Además, adapta sus previsiones al principio de cautela, proclamando la necesidad de configurar un modelo de e-democracia de manera progresiva —no olvidemos factores como el principio burocrático dominante o la brecha digital—, por lo que la ley aboga por una aplicación no drástica. Parece así que el legislador promueve una experimentación, ordenando a la Administración *«implementar procesos paulatinos de democracia electrónica y de participación telemática»* (artículo 6.7 de la Ley valenciana) (52).

Esta participación constituye en la mayoría de las ocasiones un modelo unidireccional, a través de canales que permiten obtener información por medio de sondeos o *«encuestas on-line mediante sistemas que puedan garantizar la fiabilidad de los resultados que pudieran obtenerse»*, o escuchar *«con atención, tanto por los canales telemáticos como telefónicos, las opiniones de los ciudadanos»* (artículo 36.2. de la Ley navarra). Aunque se habilita la *«conversación telemática bidireccional»* (artículo 36.2.a de la Ley navarra), como regla general se ausenta el carácter deliberativo en estos cauces. Parece que el denominado informe de participación y colaboración pretende dotarles de esta naturaleza bidireccional: *«el resultado de estos procesos participativos se plasmará (...) en un informe de participación y colaboración, en el que se recogerán el resultado del proceso participativo, los medios empleados y la evaluación de cómo esa participación ha condicionado o ha influido en la actuación administrativa»* (artículo 48.2 de la Ley navarra). No obstante, será la práctica administrativa la

(52) En la misma línea, véanse los artículos 6.1.e de la Ley balear y 37.1.e de la Ley extremeña.

que determine la verdadera naturaleza de este informe, a riesgo de convertirse en un trámite más dentro del procedimiento reglado.

Sin perjuicio del auge que han asumido las nuevas tecnologías para promover la participación ciudadana, las Leyes autonómicas diseñan un modelo mixto que reconoce también novedosos instrumentos presenciales. Una estrategia global de participación ciudadana no puede reducirse a la promoción de la e-democracia. Las limitaciones de las nuevas tecnologías para obtener la riqueza generada por el debate público, así como la actual estructura política, administrativa y social, exigen promover igualmente canales presenciales basados en la deliberación con el conjunto de agentes implicados en las políticas públicas. Una estrategia eficaz requiere que la Administración abra todos los canales posibles —tecnológicos y presenciales— a la participación ciudadana. O dicho de otro modo, las nuevas tecnologías constituyen un instrumento más al servicio de la política de promoción de la participación ciudadana.

Es precisamente el principio deliberativo el que caracteriza la esencia de las nuevas medidas presenciales, denominadas en la Ley navarra como instrumentos específicos de participación: *«los instrumentos específicos de participación y colaboración ciudadanas son aquellos que necesitan para su propia eficacia de una mayor implicación ciudadana en el propio proceso participativo»* (artículo 38). Entre los diferentes instrumentos reconocidos por la Ley, son comunes los foros de consulta (artículo 39 de la Ley navarra), paneles ciudadanos (artículo 22 de la Ley canaria) y jurados ciudadanos (artículo 21 de la Ley valenciana) (53). Tratándose de figuras o metodologías específicas, es el denominado genéricamente «proceso participativo» el canal que se ha consolidado en la práctica administrativa de algunas Comunidades Autónomas, si bien ninguna Ley de gobierno abierto o de participación ciudadana lo define expresamente (54). Tanto el principio de seguridad jurídica como la necesaria armonización concep-

(53) La Ley canaria reconoce el carácter complementario, no sustitutivo, de estos mecanismos respecto al tradicional trámite de información pública: *«aquellos programas o líneas de actuación sectoriales que ya tuvieran trámite de información pública no tendrán nuevo trámite de audiencia a no ser que por la naturaleza de la materia a tratar así se aconseje»* (artículo 8.2).

(54) La primera Ley que recoge un concepto expreso de proceso participativo es la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña, que lo define como aquel que *«de una forma integral, incluye las tres fases siguientes: a) fase de información, en la que se informa a los ciudadanos del proyecto en el que se pretende pedir la participación; b) fase de debate ciudadano, mediante el cual, utilizando las metodologías adecuadas, se promueve el debate entre los ciudadanos y se recogen propuestas; c) y fase de retorno, mediante el cual se traslada a los participantes el resultado del proceso de participación»* (artículo 56.2). Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen gobierno del País Vasco articulaba el proceso participativo como aquel que contempla las fases de información y difusión de los fines que se pretenden, del proceso que se llevará a cabo y de los compromisos que se adquieren; promoción del conocimiento, la reflexión y el debate; discusión deliberativa y contraste desde diferentes ópticas y grupos de interés; proposiciones y búsquedas de consensos; e información-devolución pública de las conclusiones del proceso participativo.

tual para la consolidación de los nuevos instrumentos, exigen el reconocimiento de una definición legal.

Es la Norma foral de Guipúzcoa la que con mayor exhaustividad regula el proceso participativo. Denominado proceso de deliberación participativa, se define como el «conjunto de actos que se integran en un procedimiento de decisión o determinación de una concreta política pública, cuyo contenido consiste en un debate público sobre la decisión a adoptar y sus características, así como, en su caso, sobre las alternativas existentes en este ámbito y en el que participan directamente personas residentes o entidades ciudadanas que actúan en el ámbito al que corresponde la decisión o política a adoptar» (artículo 9). Entre sus novedades interesa resaltar, por sus efectos jurídico-políticos, el reconocimiento del derecho de iniciativa para la realización de estos procesos tanto a las entidades ciudadanas inscritas en el Registro Foral, como a las personas residentes en el territorio histórico y a los entes locales afectados por la política o decisión a adoptar por las instituciones forales (artículos 12 y ss.); el Protocolo del proceso, documento en el que se pretende garantizar el principio de seguridad al determinar aspectos tan importantes como las reglas que lo regirán, el número máximo de participantes, los mecanismos de selección de las personas participantes o la duración temporal máxima del proceso de deliberación (artículo 11); y el Programa Participativo, que contiene el conjunto de propuestas en materia de participación ciudadana que enmarcan la actividad de los órganos forales para el mandato de la Diputación Foral y en el que se precisan los procesos participativos, instrumentos y métodos para la elaboración, aplicación y revisión de las políticas forales (artículo 33.4) (55).

Un último aspecto merece una reflexión sosegada en torno a estos instrumentos de participación: su ámbito subjetivo, es decir, ¿quién puede participar? En este sentido, está claro que los canales habilitados por las nuevas tecnologías permiten, en principio, la universalización del derecho de participación. Por el contrario, aquellos instrumentos presenciales de corte deliberativo previstos en las Leyes autonómicas requieren un ámbito subjetivo más acotado. En esta línea, se prevé la creación de registros de participación, como sistema objetivo que pretende articular de forma eficiente la utilización de estos instrumentos, evitando así una excesiva discrecionalidad, corporativización e instrumentalización de la participación ciudadana. En este registro se pueden inscribir voluntariamente los ciudadanos y las entidades ciudadanas interesados en recibir información sobre materias específicas de la competencia de la Administración, al objeto de tomar parte activa en los instrumentos específicos de participación previstos en la Ley o que puedan preverse en otras normas (artículo 37 de la Ley navarra) (56).

(55) En el ámbito del principio deliberativo, la Ley de Extremadura regula el Debate público (artículo 39).

(56) El Registro de Participación Ciudadana también está previsto en las Leyes valenciana (artículo 16) y canaria (artículo 15). La Ley extremeña prevé la creación del Registro de Participación

3. Un análisis específico del derecho de participación en las disposiciones administrativas de carácter general

El derecho de participación en la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general ocupa un lugar especial en las recientes leyes autonómicas. El reglamento constituye la norma característica de nuestro ordenamiento jurídico y de un uso creciente por parte de la Administración. De hecho, la motorización legislativa encuentra en la norma reglamentaria su expresión máxima. La complejidad y los tecnicismos propios de la sociedad moderna justifican su posición, de modo que es la importancia del reglamento en nuestro sistema de fuentes del derecho la que explica que su elaboración se guíe por los principios de transparencia y participación. La era de los reglamentos ha de caracterizarse, en un sistema democrático, por un procedimiento abierto de aprobación, en el que los objetivos, los motivos y las intenciones del titular de la potestad reglamentaria se conozcan desde un principio, y en el que todos los sujetos interesados tengan la oportunidad de intervenir exponiendo sus alegaciones y sugerencias (57).

El artículo 105.a CE/78 regula un modo de participación funcional que garantiza la intervención en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas, reconociendo el trámite de audiencia a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley. Esta forma de participación en el ámbito administrativo se convierte en verdadero derecho subjetivo por la vía de su posterior desarrollo legislativo. Se trata de un derecho de configuración legal, que surge ex lege, pues su reconocimiento se vincula a su regulación por ley, y no ex constitutione, sin perjuicio de su eficacia inmediata y de su carácter vinculante para todos los poderes públicos (58). Así, la Ley reconoce junto al trámite de audiencia —sujetos que pueden verse afectados en sus derechos e intereses legítimos por la disposición que se adopte—, el de información pública —dirigido a la generalidad de los ciudadanos—, como trámites que pretenden garantizar la participación en la

y Colaboración Ciudadanas, si bien su objeto se limita a la inscripción de los ciudadanos y entidades ciudadanas que voluntariamente quieran participar en el Consejo Extremeño de Ciudadanos (artículo 38.2). Por su parte, el Acuerdo de 2013 de Castilla-La Mancha ordena la puesta en marcha del Registro de Participación ciudadana —en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Acuerdo—, en el que se podrán inscribir voluntariamente los ciudadanos y entidades que deseen recibir información sobre materias específicas de competencia de la Junta.

(57) SÁNCHEZ MORÓN (2006a: p. 184).

(58) GARCÍA GARCÍA (2008: pp. 424-425). Como resalta esta autora, la previsión constitucional encaja perfectamente con la configuración de un Estado social y democrático de derecho y constituye una garantía constitucional que cumple una triple finalidad en función del trámite a través del cual se articule: por un lado, permite proteger los derechos e intereses de los particulares que puedan verse afectados por la disposición administrativa de que se trate; en segundo lugar, es garantía del acierto y eficacia de la concreta norma administrativa y, por último, reviste de legitimidad democrática la norma sobre la que se proyecta.

elaboración de los reglamentos. No obstante, el legislador no cierra la participación en estos trámites, al revés, «*la participación de la ciudadanía podrá producirse por cualquier medio admisible en Derecho, entre otros, por vía telemática*» (artículo 49 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón).

El uso creciente del reglamento, el interés de la ciudadanía por estas normas dada la concreción de sus contenidos y la consideración de derecho ex lege, justifican las novedades reconocidas en la legislación autonómica. La primera de ellas se centra en el propio derecho de participación en la elaboración, ampliando la esfera de implicación ciudadana. La Ley reconoce, junto a los trámites de audiencia e información pública, el derecho genérico a participar en la elaboración de disposiciones de carácter general mediante la remisión de sugerencias (artículos 44 de la Ley navarra, 9 de la Ley gallega y 40 de la Ley extremeña).

Con la finalidad de promover la transparencia de su tramitación y garantizar una participación efectiva, cada Departamento debe publicar una relación de los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general que estén en curso, indicando su objeto y estado de tramitación. Los ciudadanos pueden remitir sugerencias en cualquier momento anterior al trámite de audiencia o de información pública, o en su caso, al informe final de la Secretaría General Técnica (59). Las sugerencias o recomendaciones deben ser tenidas en cuenta por el órgano encargado de la redacción del texto del proyecto, que podrá asumirlas o rechazarlas a través de un informe final en el que motiva su posición con una respuesta razonada, informe que deberá ser publicado en el portal del gobierno en Internet (artículo 44.4 de la Ley navarra) (60). En cualquier caso, la participación mediante la remisión de sugerencias no atribuye, por sí sola, la condición de persona interesada en el procedimiento. Además, la Ley prevé que este cauce en ningún caso sustituirá a los trámites de audiencia o de información pública en los supuestos en que sean preceptivos de acuerdo con la normativa vigente, de modo que estos nuevos mecanismos deben ser interpretados como complemento a los trámites tradicionales previstos en el Derecho administrativo.

(59) El artículo 9 de la Ley gallega reconoce este derecho a «*las personas, individualmente o por medio de asociaciones que las agrupen o representen*» (artículo 9). Por su parte, la Ley navarra —igual que la norma extremeña— habla de ciudadanos (artículo 44), lo que exige conectar con el concepto general de ciudadano previsto en el artículo 3 a efectos de esta Ley: «*toda persona que se relaciona con la Administración, ya sea a título individual y en su propio nombre, ya sea en representación y en el nombre de las organizaciones legalmente constituidas en las que se agrupen o que las representen*».

(60) Según la Ley gallega, el órgano encargado de la redacción del texto del proyecto podrá asumir o rechazar las proposiciones, sugerencias o recomendaciones, a través de un informe final en el cual recibirán una respuesta razonada, «*salvo las de reconocida y notoria urgencia, que podrá ser común para todas aquellas sugerencias que planteen cuestiones sustancialmente iguales*» (artículo 9.1). La Ley extremeña, sin embargo, no reconoce la obligatoriedad de un informe que motive la admisión o no de las sugerencias.

El derecho de iniciativa reglamentaria, reconocido en el ámbito de la Administración local con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, constituye la segunda gran novedad. Los ciudadanos —con residencia legal en la Comunidad Foral, individualmente y en su propio nombre, según el artículo 45.1 de la Ley navarra— tienen derecho a presentar a la Administración autonómica en materias de su competencia, propuestas de iniciativas que afecten a sus derechos e intereses legítimos, proponiendo su tramitación como disposición reglamentaria, salvo que recaigan sobre disposiciones de desarrollo de las materias excluidas por la ley reguladora de la iniciativa legislativa popular (61).

En cuanto a los requisitos exigidos, las propuestas deben contener el texto propuesto, acompañado de una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejan la tramitación y aprobación de la iniciativa. Según las Leyes navarra (artículo 45.3) y extremeña (artículo 41.3), deben estar respaldadas por las firmas de dos mil personas (artículo 45.3), mientras la Ley canaria exige el respaldo de al menos tres entidades ciudadanas y por un número de firmas de ciudadanos, sean o no miembros de las mismas, no inferior a quince mil, cuando la disposición reglamentaria que se propone afecte a toda la Comunidad Autónoma (artículo 12.2 de la Ley canaria). En el plazo de tres meses, y previa valoración de los intereses afectados y de la oportunidad que para el interés público represente la regulación propuesta, se podrá ordenar el inicio de su tramitación como proyecto de disposición reglamentaria de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable. Al vencimiento de este plazo sin ordenar el inicio de su tramitación, debe tenerse por denegada la iniciativa (artículo 12.3 de la Ley canaria). En cualquier caso, se atribuye a la Administración la facultad de formular propuestas al proyecto de disposición normativa y completar la memoria justificativa presentada con estudios, informes y otros elementos de juicio.

Contra el acuerdo, expreso o presunto, de inadmisión a trámite de la propuesta de solicitud de disposición reglamentaria, no cabe recurso alguno (artículo 12.5 de la Ley canaria). Con acierto, las Leyes navarra y extremeña distinguen la doble naturaleza de este derecho, al especificar que los proponentes podrán interponer los recursos procedentes cuando consideren que se ha conculcado su derecho de propuesta o las garantías recogidas en la Ley para hacerlo efectivo. Sin embargo, no podrán impugnar, por su propia naturaleza, una vez seguido el

(61) Si bien la Ley no lo señala de forma expresa, se deben entender excluidas de la iniciativa reglamentaria —así como del derecho de participación en su elaboración— las disposiciones de carácter organizativo. Las Leyes autonómicas excluyen estas disposiciones de la aplicación del régimen de audiencia e información pública: «*el trámite de audiencia e información pública no se aplicará a las disposiciones de carácter organizativo del Gobierno y la Administración o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella*» (artículo 49.3 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón).

procedimiento previsto, la decisión de iniciar o no la tramitación de la iniciativa reglamentaria propuesta.

El derecho a la iniciativa reglamentaria constituye una novedad de primer orden. La importancia del reglamento dentro del sistema de fuentes del derecho justifica su reconocimiento, abriendo una posición proactiva de la ciudadanía. No obstante, los rasgos de la norma reglamentaria exigen un debate sobre la naturaleza y contenido de este derecho.

Los tecnicismos de la norma y la legitimidad derivada del titular de la potestad reglamentaria, pueden constituirse en poderosos argumentos para reconocer un «derecho de propuesta», entendido no como el derecho a la tramitación o regulación de la norma planteada, sino como derecho al debate sobre la oportunidad de la norma. Este derecho generaría, en su caso, la puesta en marcha de un instrumento específico de participación que permitiera un debate bidireccional con el grupo promotor y con el resto de agentes implicados en la materia. Asimismo, es necesario que el número de firmas exigidas se ponga en relación con la iniciativa legislativa popular. Conviene tener presente que si las proposiciones de ley presentadas por la ciudadanía son debatidas, en su caso, en sede parlamentaria, la admisión de la iniciativa reglamentaria, discutida en sede de poder ejecutivo sin debate público, plantea la conveniencia de exigir un importante apoyo en forma de firmas, acreditando así que no se trata de la voluntad de una minoría instrumentalizada para legitimar una decisión previa.

V. ORGANIZACIÓN Y ESTRATEGIAS PARA EL GOBIERNO ABIERTO

La creación de una organización administrativa encargada de la dirección técnica, gestión y coordinación del modelo de gobierno abierto constituye un eje común y esencial de las estrategias autonómicas. El tránsito de la política de participación ciudadana a la estrategia de gobierno abierto, unido al carácter transversal de este modelo, explican la necesidad de coordinar su progresiva implementación. Se observa así una tendencia generalizada hacia la creación de unidades administrativas competentes para su ordenación y promoción. La construcción de este modelo implica un cambio cultural en la organización y funcionamiento de la Administración, un cambio que necesita un liderazgo asumido por una unidad competente en colaboración con el resto de áreas administrativas directamente implicadas.

El diseño de este modelo organizativo se convierte en una decisión primaria, que reviste una importancia extraordinaria para la implementación, más o menos efectiva, del modelo de gobierno abierto. Las funciones y medios atribuidos, así como los criterios de articulación con otras unidades administrativas, van a determinar qué tipo de estrategia se pretende desarrollar y, en definitiva, la tipología de gobierno abierto.

Desde una perspectiva comparada, los modelos organizativos que dan soporte a las estrategias autonómicas presentan en su reciente evolución unas notas características. En primer lugar, el proyecto de apertura adquiere una visión integral. Frente a un modelo fragmentado e individualista que atribuya su impulso a cada Departamento, es común la centralización de las competencias de dirección y gestión en una división orgánica específica, en todos los casos a nivel de Dirección General.

Además, el citado principio de transversalidad se traduce en la adopción de una visión estratégica. Las Direcciones Generales se integran en un Departamento transversal con incidencia en todo el entramado gubernamental y administrativo. Si en un primer momento la división orgánica encargada de impulsar, total o parcialmente, la política de innovación democrática se integraba en ocasiones en Departamentos sectoriales, como el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales (País Vasco) o de Inmigración y Ciudadanía (Comunidad Valenciana), en la actualidad todas las Comunidades Autónomas incorporan estas Direcciones Generales en Departamentos de clara incidencia política y administrativa con un perfil transversal, como Presidencia, Administraciones Públicas o Gobernación.

Finalmente, los modelos de organización se han adecuado progresivamente a los principios del gobierno abierto considerando su naturaleza global. Mientras las primeras estructuras administrativas centraban su ámbito de actuación en el fomento y promoción de la participación ciudadana, el objeto se ha ampliado en la mayoría de las Comunidades Autónomas hasta incorporar en su ámbito competencial —expresa o tácitamente— esa visión amplia de transparencia, participación y colaboración ciudadanas.

Del mismo modo, la transversalidad del gobierno abierto y, en definitiva, el carácter innovador y transformador que pretende impulsar esta estrategia, han aconsejado la creación de instrumentos que promuevan una eficaz coordinación interdepartamental. Se deben citar, como ejemplos, la Comisión Interdepartamental para la Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana (62) o

(62) Adscrita a la Consejería competente en esta materia, constituye el órgano colegiado de la Administración autonómica al que corresponde el estudio, coordinación, programación y, en su caso, la propuesta de resolución en la materia (artículo 2 del Decreto 206/2007, de 19 de octubre, por el que crea la Comisión Interdepartamental para la Participación Ciudadana). La Comisión Interdepartamental está compuesta por el Consejero, el secretario autonómico y la Dirección General, competentes en materia de participación ciudadana, y un representante por cada consejería, con rango mínimo de director general. Son funciones de la Comisión, entre otras, analizar los mecanismos de participación ciudadana y el grado de implantación de éstos en la acción de gobierno; proponer medidas innovadoras de fomento con carácter general para todas las consejerías; estudiar la posibilidad de homogeneizar y coordinar los instrumentos de participación en la actuación de la Generalitat; o evaluar la aplicación de las políticas de fomento de la participación ciudadana en la acción de la Administración.

la Oficina de Evaluación Pública de las Islas Baleares (63). Más allá de estos órganos parciales que inciden en algunos pilares del gobierno abierto, la consideración legal de este modelo está determinando la previsión de órganos de coordinación y seguimiento que inciden en su globalidad. En esta línea resalta la Comisión de seguimiento para la implantación de la transparencia y del gobierno abierto de Navarra (Disposición Adicional Primera de la Ley navarra). Se define como la unidad encargada de impulsar, con carácter general, la puesta en funcionamiento de las medidas recogidas en la Ley Foral, valorar el grado de implantación de éstas, y en su caso, promover todas aquellas actuaciones correctoras de cara a lograr, en el plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor de la norma, la plena efectividad y cumplimiento de las disposiciones recogidas en la misma (64).

Finalmente, el principio de participación también se halla presente en el diseño organizativo, si bien la creación de estos órganos se ha centrado precisamente en el eje de la participación, no en el conjunto del modelo de gobierno abierto. Es el caso del Consejo de Ciudadanía de la Comunidad Valenciana, órgano consultivo compuesto por entidades ciudadanas, universidades, consejerías, representantes de la Administración local y expertos en la materia (65).

(63) Prevista en el artículo 50 de la Ley balear, la Oficina asume competencias en materia de transparencia, entre otras, fomentar los valores y los principios de transparencia y velar por su cumplimiento, con especial incidencia en la gestión de contrataciones, de servicios públicos, de convenios y de ayudas y subvenciones; gestionar la información sobre las retribuciones de los cargos públicos, así como su difusión; presentar una memoria anual con recomendaciones para conseguir más transparencia en la gestión de los cargos públicos. La Oficina desarrolla sus funciones con plena autonomía funcional, y está integrada por funcionarios o personal laboral fijo de cualquier Administración, designados al efecto por el Consejo de Gobierno, oídas las consejerías competentes en materia de evaluación y calidad pública general y sectorial, por un período de cinco años.

(64) La Comisión de Seguimiento, presidida por el Consejero competente en materia de Presidencia, se compone por los titulares de las Direcciones Generales con competencias en las materias de Presidencia y de Gobierno Abierto y Nuevas Tecnologías, y al menos un representante con rango mínimo de Director General por cada una de las áreas departamentales de la Administración. La Comisión de Seguimiento elabora y publica cada año un informe sobre el grado de aplicación de la Ley Foral, y realiza cada cuatro años una evaluación conjunta de su aplicación con, en su caso, propuestas para la introducción de mejoras que la puedan hacer más efectiva. Asimismo, elabora y publica información periódica de carácter estadístico sobre las solicitudes de información pública recibidas, así como información sobre la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley Foral, garantizando en todo caso la confidencialidad de los solicitantes.

(65) Son funciones del Consejo impulsar el acercamiento de las instituciones a la sociedad civil y a la ciudadanía, facilitando su comunicación; ser el cauce por el que la sociedad civil pueda participar en las decisiones políticas e institucionales; fomentar la cultura de la participación ciudadana, a través de redes sociales, especialmente el asociacionismo, la integración social, y la difusión y divulgación de los valores democráticos a toda la ciudadanía. En concreto, le corresponde conocer e informar los planes, políticas públicas y acciones que afecten o sean susceptibles de estar relacionados con la participación ciudadana, el asociacionismo, la integración y la convivencia intercultural que emprenda la Administración autonómica, así como en todos aquellos ámbitos de acción social en los que se debe continuar fomentando la integración y cuyo conocimiento o competencia no esté

Por su novedad, resalta el Consejo Extremeño de Ciudadanos, como «*foro de consulta para el ejercicio de la participación ciudadana, vinculado a la Asamblea de Extremadura*» (artículo 38). El Consejo incentiva y promueve debates sobre cuestiones de actualidad e interés general, y formula, dentro de los cauces y procedimientos legalmente establecidos, propuestas ante las instituciones y autoridades públicas de la Comunidad Autónoma. Está constituido por todos los colectivos y ciudadanos que deseen formar parte del mismo y participen en sus reuniones, que pueden celebrarse en distintas localidades de la Comunidad.

Respecto a las estrategias desarrolladas para el impulso del gobierno abierto, y a efectos de sistematizar el contenido más importante de las mismas, el núcleo duro de la actuación autonómica se sustenta en tres grandes áreas. En primer lugar, la acción de formación y sensibilización, dirigida tanto a la propia ciudadanía, para divulgar este modelo relacional y formar a las entidades ciudadanas en su gestión interna (artículos 23 de la Ley valenciana y 27 de la Ley canaria), como al personal al servicio de la Administración pública, con el objetivo de dar a conocer los instrumentos de participación ciudadana fomentado su aplicación y promoción por las instituciones públicas correspondientes (artículos 24 de la Ley valenciana y 28 de la Ley canaria). Con un carácter más general, no centrado exclusivamente en la sensibilización del principio de participación sino en el modelo global de gobierno abierto, la Ley navarra ordena al Instituto Navarro de Administración Pública poner en marcha, en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor, «*un plan de formación específico tendente a sensibilizar al personal de la Administración Pública respecto de los derechos y obligaciones previstos en la Ley Foral*» (Disposición Adicional Quinta de la Ley navarra) (66).

La acción de promoción se ha convertido en el gran referente de la estrategia autonómica, entendiendo por promoción la acción material de los poderes públicos encaminada a estimular, impulsar, consolidar, en definitiva, hacer reales los ejes del gobierno abierto. En este ámbito de actuación, las nuevas tecnologías constituyen sin duda poderosos instrumentos de un uso que se ha ido generalizando. En este contexto de uso intensivo de las TIC's y de creciente impacto de las redes sociales en una cultura digital, estas herramientas ofrecen espacios para mejorar y garantizar el principio de transparencia (artículo 4.3 de la Ley balear). Los portales de gobierno abierto —en definitiva, portales de transparencia, open data y participación— constituyen un claro ejemplo de esta estrategia, configurados como punto de interacción entre la Administración y la ciudadanía encaminado a informar y a promover la gestión participada y corresponsable en la acción pública. Así, a través de estos portales, se pone a

atribuido a ningún otro órgano colegiado consultivo o de participación de la Administración (artículo 46.2 del Decreto 76/2009, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley valenciana de Participación Ciudadana).

(66) En la misma línea se expresa la Disposición Adicional Cuarta de la Propuesta de Ley de Extremadura.

disposición de la ciudadanía información y datos en tiempo real sobre la organización, actuaciones, decisiones, planes e intenciones del gobierno.

Si bien el papel de las nuevas tecnologías resulta útil y operativo en la fase de información, el debate sobre su utilización se complejiza cuando su ámbito de acción es el fomento de la participación ciudadana. Algunas Comunidades Autónomas sustentan el grueso de su modelo en estos canales, creando portales que se abren a la sociedad para que cualquier ciudadano participe con carácter universal en las decisiones públicas (67). Otras Comunidades han basado su estrategia en el impulso de procesos participativos de carácter deliberativo en los que se implica a los agentes potenciales afectados por las decisiones políticas, generando un espacio que permite presentar alternativas y generar un debate público en torno a los diversos argumentos.

Si entendemos el gobierno abierto como modelo dirigido a mejorar la calidad democrática, conviene reflexionar en torno a la operatividad de estos modelos. Como señala con acierto José Luis MARTÍ (2008: pp. 8-9), los mecanismos participativos no deben buscar la cantidad en la participación a toda costa, sino la calidad. Y si el compromiso lo tenemos con la calidad de la participación, todo mecanismo debe estar basado en la idea de deliberación pública y democrática. Es necesario potenciar el diálogo entre la propia ciudadanía y entre la ciudadanía y la Administración. Y en este sentido, la tecnología no es nunca un fin, sino sólo un medio al servicio de estas consideraciones. Los canales tecnológicos de participación previstos por el legislador y aplicados por algunas estrategias autonómicas tienen, en muchas ocasiones, un marcado carácter unidireccional. Sin olvidar que el desigual acceso a las nuevas tecnologías pueden ocasionar importantes desequilibrios en el ejercicio del derecho de participación —ruptura del principio de igualdad y de universalidad en el acceso a la información y la participación—.

Es necesaria una estrategia expansiva de promoción mediante un modelo mixto que amplíe la «red de participación», es decir, abrir todos los canales

(67) Según el artículo 7 de la Ley navarra, el portal del «Gobierno Abierto», se configura como un espacio destinado a «promover la escucha activa de la ciudadanía y el diálogo entre los ciudadanos y ciudadanas y la Administración Pública, con el fin de poder encaminar la actuación pública hacia sus demandas», así como «canalizar la participación y la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos, con el fin de que ejerzan de colaboradores de la Administración Pública». Parece ser este el modelo propuesto por el Acuerdo de 2012 de Castilla y León, que pone en marcha el Gobierno Abierto «como canal de comunicación directa entre el Gobierno y los ciudadanos a través de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y de acuerdo con los principios de transparencia, participación y colaboración». Así, el Acuerdo establece que este modelo se concreta en el desarrollo de medidas diversas como destinar un espacio específico al Gobierno Abierto en la web corporativa; poner en marcha un Blog de Gobierno Abierto como lugar de comunicación y debate entre los ciudadanos y el Gobierno; crear un Portal de Datos Abiertos; publicar de manera unificada la información sobre transparencia; establecer en el espacio destinado al Gobierno Abierto una herramienta que permita el debate y la remisión de opiniones de los ciudadanos respecto a las políticas públicas; e impulsar la participación del Gobierno en las redes sociales.

posibles —tecnológicos y presenciales—. Lo contrario podría suponer bien la exclusión de un número importante de ciudadanos y la sobre representación de ciertos colectivos, bien la promoción de un neocorporativismo en las decisiones públicas. Será la política o decisión sobre la que se promueve la participación, o la fase de elaboración de la misma, la que demande un canal u otro o su posible complementariedad.

La actividad de fomento, como tercer pilar de las estrategias autonómicas, se centra fundamentalmente en el ámbito de la participación (68), actividad canalizada con carácter general en un apoyo económico y técnico a las entidades ciudadanas y a los entes locales. Respecto a las primeras (69), la Ley habilita *«la adopción de medidas normativas y, dentro de sus posibilidades presupuestarias, medidas económicas de fomento como ayudas, subvenciones, convenios, cursos de formación y capacitación, servicios de asesoramiento y cualquier otra forma de colaboración que resulte adecuada para esta finalidad»* (artículo 25 de la Ley canaria). Como instrumento específico de asistencia a las entidades ciudadanas, se prevé la creación de una Red de Participación Ciudadana al objeto de ofrecer un espacio de comunicación, trabajo y encuentro entre las entidades ciudadanas, y entre éstas y los ciudadanos en general (artículos 26 de la Ley valenciana y 16 de la Ley canaria). Las medidas de carácter honorífico constituyen otra modalidad de fomento. Es el caso del Premio «Compromiso Democrático» de Cataluña, cuyo objeto es reconocer las buenas prácticas del mundo asociativo —y de las entidades locales— en la búsqueda de fórmulas para capacitar y dar instrumentos a la ciudadanía para que, con información y reflexión, se pueda sumar a las deliberaciones que le afectan y promover más implicación en las políticas públicas (70).

(68) En el ámbito del fomento de la transparencia, conviene resaltar la propuesta contenida en el Acuerdo de 2013 de Castilla-La Mancha: la Comisión de Administración Electrónica y Simplificación de Trámites Administrativos debe elevar en su informe anual *«detalle de las Mejores Prácticas detectadas a través del estudio de los indicadores, para facilitar a la organización la posibilidad de su extensión a otras áreas de actuación y también para hacer posible su reconocimiento a aquellos servidores públicos que hayan tenido un comportamiento responsable, ético y austero que exceda de lo exigido en las normas vigentes y los usos administrativos comparados»*.

(69) El artículo 37.1.b de la Ley extremeña establece que la Administración se regirá por el principio de *«fortalecimiento del tejido asociativo y la sociedad civil, impulsándose la generación la cultura y de los hábitos participativos entre la ciudadanía»*.

(70) En este sentido, especial mención merece la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que habilita el fomento a la participación ciudadana en la sociedad de la información: *«Con el objeto de fomentar la presencia de la ciudadanía y de las entidades privadas sin ánimo de lucro y garantizar el pluralismo, la libertad de expresión y la participación ciudadana en la sociedad de la información, se establecerán medios de apoyo y líneas de financiación para el desarrollo de servicios de la sociedad de la información sin finalidad lucrativa que, promovidos por entidades ciudadanas, fomenten los valores democráticos y la participación ciudadana, atiendan al interés general o presten servicio a comunidades y grupos sociales desfavorecidos»* (Disposición Adicional Decimoquinta).

Sin duda, ha sido la subvención la figura por excelencia en el fomento al asociacionismo, apoyando «*el desarrollo de actividades por parte de las Entidades Ciudadanas que promuevan la participación ciudadana en el ámbito institucional, o sirvan para fomentar una conciencia cívica de participación respecto de la actuación de las instituciones públicas*» (artículo 22.1 de la Ley valenciana). Ahora bien, si hablamos de calidad democrática, es necesario que esta línea de apoyo no se conciba como mero instrumento para el sostenimiento en clave clientelar. Es necesario fomentar el asociacionismo como canal privilegiado para la participación de la ciudadanía, pero entendiendo que resulta vital promover los principios de transparencia y participación en su funcionamiento, así como el desarrollo de aquellas actuaciones que promuevan la cultura participativa entre la sociedad (71).

Finalmente, un análisis específico merecen las relaciones de apoyo y colaboración con las entidades locales (72). En el ámbito de la transparencia y el acceso a la información, la colaboración entre administraciones es condición imprescindible para garantizar este derecho. Deben colaborar entre sí para facilitar el acceso a la información de todos los ciudadanos, fomentando la interoperabilidad a través de iniciativas conjuntas en materia de administración electrónica, e impulsando la implantación de un sistema general de intercambio de información entre las diferentes administraciones. Por su parte, el fundamento del apoyo para el fomento de la participación se halla en la propia naturaleza del municipio, como entidad básica de la organización territorial del Estado y cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos (artículo 1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

Las relaciones interadministrativas para el fomento de la participación se han articulado fundamentalmente en torno a un doble ámbito. En primer lugar, promoviendo la participación de las entidades locales en los procesos parti-

(71) Este es el objetivo propuesto por la Norma foral de participación ciudadana, que habilita el establecimiento de «*subvenciones a las entidades ciudadanas inscritas en el Registro Foral de Entidades Ciudadanas para la Participación, con el fin de fomentar actividades vinculadas a la participación, al fomento de la cultura participativa o a la formación en participación*» (artículo 29). Por su parte, la Ley valenciana reconoce el «*derecho a solicitar la colaboración de la Generalitat para la realización de actividades sin ánimo de lucro que fomenten la participación ciudadana*» (artículo 13.1). Las aportaciones para el establecimiento o desarrollo de la actuación propuesta pueden consistir en el patrocinio de la misma, la cesión temporal u ocasional de bienes públicos, el apoyo técnico para su realización, el apoyo a la difusión y conocimiento de la actuación a través de los medios de comunicación institucionales o aquellas otras que se establezcan reglamentariamente.

(72) La Ley navarra proclama la importancia de los principios de colaboración y coordinación como ejes esenciales para la implementación de este modelo: «*La Administración de la Comunidad Foral de Navarra establecerá con las restantes Administraciones y con las entidades y personas a que se refiere el artículo 2 los mecanismos de colaboración y, en su caso, de coordinación más eficaces para hacer efectivo el ejercicio por la ciudadanía de los derechos reconocidos en esta Ley Foral. A tal efecto, todos ellos ajustarán sus actuaciones a los principios de coordinación, información mutua, cooperación y colaboración*» (artículo 8).

ciptativos impulsados por el gobierno autonómico. Se trata de una aplicación a nivel micro del concepto de «*gobernanza multinivel*», entendiendo que la implementación de las políticas autonómicas tiene una clara incidencia sobre el territorio y comprometen a las entidades locales, lo que exige esferas directas de debate y reflexión conjunta.

El segundo ámbito que articula las relaciones interadministrativas se centra en el apoyo económico y técnico en la aplicación de los principios de transparencia y participación. Entre las diferentes experiencias impulsadas, se puede citar el Buzón Ciudadano, web iniciativa del gobierno valenciano cuyo objeto es fomentar la colaboración del vecino en la vida política del municipio. En el Buzón, cuya adhesión es voluntaria para los Ayuntamientos, los vecinos pueden obtener información de la actividad política del municipio y realizar consultas, peticiones o propuestas. En otras Comunidades Autónomas como Aragón o Cataluña, el apoyo se ha centrado en el impulso de medidas que permitan construir una auténtica política local de innovación democrática, como la realización de diagnósticos, la elaboración de planes y reglamentos de participación ciudadana o la puesta en marcha de procesos participativos.

Las relaciones de colaboración se articulan finalmente a través de órganos de naturaleza interadministrativa. Es el caso del *Foro aragonés para la participación ciudadana en el ámbito local*, creado en 2010 como un instrumento de debate y reflexión en torno a las políticas locales de participación ciudadana impulsadas en el territorio aragonés, que permite intercambiar y compartir experiencias con el objetivo de enriquecer las iniciativas locales. Son miembros de este Foro el Gobierno de Aragón, a través de la Dirección General competente en materia de participación ciudadana, la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, y aquellas entidades locales que adoptan un compromiso formal con las políticas de participación ciudadana.

VI. CONCLUSIONES

El modelo de gobierno abierto parece haberse consolidado en la agenda política de las Comunidades Autónomas. Como doctrina que debe ser interpretada en clave de complemento y perfeccionamiento de la democracia representativa, sus principios de transparencia y participación ciudadana se han convertido en pilares que representan un nuevo modelo de gobierno, más abierto y accesible a la ciudadanía. Se trata de una apuesta que, en el contexto actual de desafección política, debe apoyar la necesaria regeneración democrática.

La institucionalización de este modelo requiere un marco normativo que ordene con exhaustividad la transparencia del sector público y promueva e incentive la participación ciudadana. Una adecuada legislación, como palanca de cambio en esta tarea transformadora, debe ir acompañada de una estrategia que provea de manera efectiva la implementación de estos principios. En

este sentido, la articulación del gobierno abierto en el Estado autonómico se encuentra en su fase embrionaria y, lo que es más importante, en una situación caracterizada por unos contornos imprecisos. Si bien en los últimos años se ha observado una inflación de estudios doctrinales sobre este modelo, la falta de una teoría consolidada provoca en muchas ocasiones confusiones en torno a su implementación. Se entremezclan diversos principios, figuras y estrategias que requieren un tratamiento específico a la luz del Derecho público.

En cualquier caso, conviene tener presente que el gobierno abierto no depende exclusivamente de un marco jurídico e institucional determinado, de la articulación de vías tecnológicas o de grandes proclamaciones, sino que el éxito final va a estar condicionado sobre todo por la voluntad política, el liderazgo y la adecuación de este modelo a la realidad política y social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, César (2011): «El referéndum autonómico», en F.J. MATIA PORTILLA (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, CEPC, Madrid.
- ALLEGRETI, Umberto (2008): «Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione», en *Democrazia e diritto*, núm. 2, pp. 175-217.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (2010): «El control y la transparencia administrativa, medios contra la corrupción», en MANUEL ARENILLA SÁEZ y OTROS (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* (libro homenaje a Mariano Baena del Alcázar), Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 205-227.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2010): «Consultas populares», en *Revista Deliberación*, núm. 1.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María (2009): «El Derecho a una buena Administración en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: significado y alcance», en *Revista andaluza de administración pública*, núm. 75, pp. 289-326.
- BUENO ARMIJO, Antonio María (2008): «Consultas populares y referéndum consultivo. Una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, pp. 195-228.
- CASTEL GAYÁN, Sergio (2009): «La ordenación jurídico-administrativa de la participación ciudadana: una mirada desde el Estado autonómico», en esta REVISTA, núm. 34, pp. 399-448.
- (2011): «Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿hacia una democracia participativa?», en *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 43, p. 279-316.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep M^o (2001): *Derechos constitucionales de participación política en la Administración pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución*. Barcelona: CEDECS, 538 pp.

- (2011): «Las consultas populares en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en obra colectiva *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, pp. 197-236.
- CUNILL GRAU, Nuria (2006): «La transparencia en la gestión pública. ¿Cómo construirle viabilidad?», en *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública. Revista chilena de Administración Pública*, núm. 8, pp. 22-44.
- EXPOSITO GÓMEZ, Enriqueta y CASTELLÀ I ANDREU, Josep M^o (2008): «Los derechos políticos y ante la Administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en APARICIO, M.A., CASTELLÀ, J.M. y EXPÓSITO, E. (coords.), *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*, Barcelona, Atelier, pp. 61-94.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1979): «La participación del administrado en las funciones administrativas», en *Revista de Seguridad Social*, núm. 4, p. 11-23.
- GARCÍA GARCÍA, M^a Jesús (2008): «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria», en *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 37, pp. 419-456.
- GUILLEM CARRAU, Javier (2012): «El derecho a la buena administración tras las reformas estatutarias», en GARRIDO MAYOL, V. (coord.), *La Solidaridad en el Estado Autonómico*, Valencia, pp. 269-300.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio (2009): «¿Qué es un referéndum? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto (2009): «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la ‘consulta’ ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9.
- LUMBIERRES SUBÍAS, Carmen (2010): «La participación política en la sociedad de la información: perspectiva general y nuevos retos», en Manuel Arenilla Sáez y otros (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos*, pp. 257-272.
- MARTÍ, José Luis (2008): «Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 6, pp. 3-12.
- MARTÍN NÚÑEZ, Esther (2012): «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34.
- MULGAN, Richard (2000): «Accountability: An Ever-Expanding Concept?», en *Public Administration*, vol. 38, núm. 3, p. 555-573.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, Thomson Civitas.

- PAREJO ALFONSO, Luciano (1989): «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», en *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, pp. 15-66.
- PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes (2012): «Derecho de participación en los Estatutos de Autonomía de última generación», en *Revista Deliberación*, núm.2, pp. 35-55, <http://aragonparticipa.aragon.es/>.
- PÉREZ SOLA, Nicolás (2009): «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro (2011): «Gobierno abierto y modernización de la gestión pública. Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales», en *Revista Enfoques*, núm. 15, pp. 99-125.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro y VILLORIA MENDIETA, Manuel (2012): «Innovaciones de raíz democrática en la Administración: ¿recuperando legitimidad ante la crisis?», en *Ekonomiaz*, núm. 80, pp. 20-45.
- REDONDO GARCÍA, Ana María (2011): «Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena administración», en MATIA PORTILLA, F.J. (coord.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 105-120.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2012): «El derecho a la buena administración», en *Revista Deliberación*, núm. 2, pp. 13-33, <http://aragonparticipa.aragon.es/>.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2006a): *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid.
- (2006b): «Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español», en *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 37, pp. 223-245.
- TUR AUSINA, Rosario (2010): «Participación ciudadana. Oportunidad, necesidad y esencia de su regulación legal», en *Revista Deliberación*, núm. 1, pp. 19-41, <http://aragonparticipa.aragon.es/>.
- (2012): «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias», en GARRIDO MAYOL, V. (coord.), *La Solidaridad en el Estado Autonomico*, Valencia, pp. 119-148.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel (2012): «El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo», en HOFMAN, RAMÍREZ-ALUJAS y BOJÓRQUEZ PEREZNIETO (coord.) *La promesa del Gobierno abierto*, pp. 69-99.

LEYES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: LAS EXPERIENCIAS CANARIA Y VALENCIANA

ROSARIO TUR AUSINA

SUMARIO: I. EL MARCO ESTATUTARIO DE REFERENCIA.– II. LA APUESTA POR LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL CARÁCTER PIONERO DE LAS LEYES CANARIA Y VALENCIANA.– III. LOS MODELOS VALENCIANO Y CANARIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: 1. Rasgos generales. 2. Canarias y Comunidad Valenciana frente a otros modelos de participación ciudadana: la tendencia a la unidireccionalidad. 3. Instrumentos para la participación. 4. La cuestión local.– IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LEYES AUTONÓMICAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: UN VIAJE SIN RETORNO.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El desarrollo normativo de los modelos autonómicos de participación ciudadana es una experiencia reciente en el Estado de las Autonomías. Coincidiendo en el tiempo con las últimas reformas estatutarias y el impulso a nuevos desarrollos democráticos, la Comunidad Valenciana y Canarias se convirtieron en los primeros territorios en aprobar leyes de participación ciudadana. El presente estudio aborda dichas normas en su contexto estatutario, por referencia a otras Comunidades Autónomas y experiencias de derecho comparado, y en virtud del modelo definitivamente adoptado, contraponiendo sus elementos y abordando sus debilidades y virtudes.

Palabras clave: democracia participativa; Ley de participación ciudadana; Estado Autónomo; Comunidad Autónoma Valenciana; Comunidad Autónoma Canaria.

ABSTRACT: The normative development of the autonomous models of civil participation is a recent experience in the State of the Autonomies. Coinciding with the time with the last statutory reforms and the impulse to new democratic developments, the Valencian Community and Canaries turned into the territories first in approving laws of civil participation. The present study approaches the above mentioned procedure in his statutory context, for reference to other Autonomous Communities and experiences of compared right, and by virtue of the definitively adopted model, opposing his elements and approaching his weaknesses and virtues.

Key words: participative democracy; Law of civil participation; Autonomous State; Autonomous Valencian Community; Autonomous Canary Community.

I. EL MARCO ESTATUTARIO DE REFERENCIA

Las referencias a las cuestiones democráticas no han sido infrecuentes en los Estatutos de Autonomía, antes y después de la última oleada de reformas estatutarias. Por un lado, debido a una tendencia presente desde los orígenes por configurar una mínima «parte dogmática», con objetivos y postulados normativos indisponibles para los poderes autonómicos, entre los que se encontraba de modo privilegiado el principio democrático, derivado, como es perceptible a simple vista, de la concesión de autonomía política y capacidad de autogobierno a estos entes territoriales (1), y con específicas menciones a derechos y principios vinculados al concepto de democracia, definiendo la condición política de ciudadano o ciudadana de la respectiva comunidad y enfatizando el elemento relativo a la participación política (2). Ligado a estos contenidos, destaca asimismo la referencia a la cláusula del 9.2 CE, de vocación transformadora y dinamizadora de la realidad social (3), aunque sin añadir contenidos que no estuvieran ya en la Constitución.

(1) Ello junto a la reiteración de derechos y principios ya previstos en la Constitución, efectuando en bastantes ocasiones una simple remisión a la Carta Magna bajo la técnica de considerar que la ciudadanía de esa determinada Comunidad Autónoma ostenta los derechos y libertades proclamados en la Constitución. En tal sentido, las Comunidades que serán objeto prioritario de estudio en esta contribución: el art. 5 Estatuto canario y el art. 2 Estatuto de la Comunidad valenciana. Asimismo, el art. 7.1 del Estatuto de la Comunidad de Madrid; art. 11 Estatuto andaluz; art. 6 Estatuto aragonés; art. 5.1 Estatuto cántabro; art. 4.1 Estatuto Castilla-La Mancha; art. 8.1 Estatuto de Castilla y León; art. 8.1 Estatuto catalán; art. 5.1 Estatuto de Ceuta; art. 5.1 Estatuto de Melilla; art. 6 Estatuto navarro; art. 6.1 Estatuto extremeño; art. 4.1 Estatuto gallego; art. 7.1 Estatuto de La Rioja; art. 9.1 Estatuto del País Vasco; art. 9.1 Estatuto asturiano; art. 9.1 Estatuto de la Comunidad de Madrid. Señalaba, de otra parte, el Estatuto andaluz que esta norma aspira a hacer realidad los principios de libertad, igualdad y justicia para todos los andaluces. Con mayor énfasis, incluso, el Estatuto de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 1.3 dispone que la Comunidad, al facilitar la más plena participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural, aspira a hacer realidad los principios de libertad, igualdad y justicia para todos los madrileños, de conformidad con el principio de solidaridad entre nacionalidades y regiones. De modo similar, la regulación efectuada por el art. 1.3 Estatuto de La Rioja. Se les suman, finalmente, ciertas singularidades culturales y referencias a los ciudadanos de la Comunidad en el exterior, menciones a los derechos lingüísticos, o específicos objetivos básicos relativos, en general, al progreso socio-económico de la Comunidad de referencia.

(2) Art. 4 del Estatuto canario y art. 4 del Estatuto valenciano en el que, asimismo, señala el art. 1.3 como específico objetivo de la Comunidad valenciana, el refuerzo de la democracia y la garantía de la participación de los ciudadanos en la realización de sus fines. En otras normas estatutarias el art. 8 Estatuto Andaluz; art. 5 Estatuto aragonés; art. 4 Estatuto cántabro; art. 3 Estatuto Castilla-La Mancha; art. 6 Estatuto de Castilla y León; art. 6 Estatuto catalán; art. 4.1 y 2 Estatuto de Ceuta; art. 4.1 y 2 Estatuto de Melilla; art. 7.2 y 3 Estatuto de Madrid; art. 5 Estatuto navarro; art. 3.1 y 2 Estatuto extremeño; art. 6 Estatuto balear; art. 6.1 y 2 Estatuto de La Rioja; art. 7 Estatuto del País Vasco; art. 7 Estatuto asturiano; art. 6 Estatuto de la Comunidad de Murcia.

(3) Art. 12.1. Estatuto andaluz; art. 6.2.a) Estatuto aragonés; art. 5.2 Estatuto cántabro; art. 4.2 Estatuto Castilla-La Mancha; art. 8.2 Estatuto de Castilla y León; art. 8.2 Estatuto catalán; art. 7.4 Estatuto de Madrid; art. 2 Estatuto de la Comunidad valenciana; art. 4.2 Estatuto gallego; art. 7.2 Estatuto de La Rioja; art. 9.2.d) Estatuto de La Rioja; art. 9.2.d) Estatuto asturiano; art. 9.2.b) Estatuto de la Comunidad de Murcia.

Así pues, los derechos no están ausentes de las intenciones que guiaron a los legisladores estatutarios en la elaboración de sus normas institucionales básicas; y no lo están sobre todo cuando se ligan al ejercicio básico del autogobierno, como ocurre con la democracia representativa en el ámbito autonómico.

Tras este primer marco puntual y poco ambicioso de derechos estatutarios, la dinámica de las últimas reformas estatutarias, lideradas por el Estatuto catalán, ha hecho emerger como es bien sabido el interés por los «derechos y principios autonómicos». Lo cual se debe, ya no sólo al incremento del bloque competencial autonómico, con la consecuente actividad normativa de desarrollo y aplicación del mismo, sino también a la voluntad de refuerzo simbólico, integrador e identitario de la misma autonomía. Refuerzo que supone una actualización de mandatos constitucionales al tiempo que un modo de articular en forma de contenido indisponible para el poder público, determinadas premisas normativas. Y en concreto, puede concluirse que los Estatutos de nueva generación impulsados desde el año 2006 han querido reforzar su parte dogmática atendiendo, entre otros aspectos, a las cuestiones ligadas a la participación ciudadana (4).

Ello no obstante, cabe advertir una circunstancia singular. Ni el Estatuto valenciano —reformado en 2006—, ni el Estatuto canario —su reforma se intentó, pero el proyecto fue finalmente retirado en el mismo año (5)—, destacan por ser de los más incisivos en materia de democracia participativa. Y sin embargo, fueron las dos Comunidades Autónomas que primero dictaron leyes de participación ciudadana: la Ley 11/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (6), que fue seguido del Plan Director de Ciudadanía 2008-2011), y la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana (7), como posteriormente analizaremos.

(4) Vid. PÉREZ ALBERDI (2008 a).

(5) En la tramitación del texto puede destacarse la retirada y posterior vuelta a la ponencia del PSOE, influyendo definitivamente la crisis del Gobierno canario de 2005, del que desaparece el PP. Respecto al contenido, el proyecto poseía una importante influencia del Estatuto catalán, con la singularidad de carecer de una tabla elaborada de derechos y principios.

(6) Fue la primera norma en ser aprobada en este ámbito, señalando la misma que su finalidad es «impulsar la participación de los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos, la garantía de su derecho a la información, el fortalecimiento del tejido asociativo, la implicación ciudadana en la formulación y evaluación de las políticas públicas, así como impulsar la generación de cultura y hábitos participativos entre la ciudadanía». Su desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante Decreto 76/2009, de 5 de junio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 11/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (DOCV de 9 de junio de 2009), y Decreto 223/2007, de 9 de noviembre, del Consell, por el que se crea el Consejo de Ciudadanía de la Comunitat Valenciana (DOCV de 13 de noviembre de 2007).

(7) Respecto a su orientación, incide en la vertiente «promocional» y de «fomento» de la democracia participativa, enfocándose básicamente desde la idea de «promover la participación, individual o colectiva, de los canarios y de aquellas personas que, con independencia de su nacionalidad, residen en la Comunidad Autónoma en los asuntos públicos», procediendo en consecuencia

Partiendo de los textos que están actualmente vigentes, y dejando al margen otros Estatutos (8), puede decirse que el texto canario no aprobado destacaba por sus contenidos democráticos, antes incluso que el valenciano.

a «el fortalecimiento del tejido asociativo, la implicación ciudadana en la formulación y evaluación de las políticas públicas y el impulso de hábitos participativos entre la ciudadanía». Por lo demás, el Gobierno canario anunció la elaboración del Reglamento de la Ley 5/2010 canaria de Fomento de la Participación Ciudadana, así como una futura Ley Canaria de Transparencia y acceso de la ciudadanía a la información pública, que vendría a completar la norma actualmente vigente, en la línea, por lo demás, de otras Comunidades Autónomas, como la Navarra.

(8) Destacamos, por los contenidos ligados a la democracia participativa, los Estatutos catalán, andaluz y aragonés. Así, por el detallismo que emplea, el Estatuto de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) dispone en su art. 29.1 que «Los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Cataluña, de forma directa o bien a través de representantes, en los supuestos y en los términos que establecen el presente Estatuto y las leyes». Mientras que el art. 43.1 y 2 articula un mandato dirigido a las autoridades públicas según el cual «1. Los poderes públicos deben promover la participación social en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociativa en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, con pleno respeto a los principios de pluralismo, libre iniciativa y autonomía. 2. Los poderes públicos deben facilitar la participación y representación ciudadanas y políticas, con especial atención a las zonas menos pobladas del territorio». Finalmente, su art. 122 señalaría que «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el art. 139.1.32 de la Constitución». Y es que el legislador estatutario, con esta «doble» previsión (participación ciudadana a través de procesos, y consultas populares), parece evidenciar esta regulación diferenciada y separada que después le ha sido característica, como veremos en el epígrafe siguiente. Por su parte, el Estatuto andaluz (LO 2/2007, de 19 de marzo) acoge la participación ciudadana como objetivo básico de la Comunidad (art. 10.1), con una literalidad que recuerda pero va más allá, del art. 9.2 CE: «La Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social. A tales efectos, se adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias». Y se dispone a continuación que para ello, Andalucía ejerce sus poderes con los siguientes objetivos básicos, entre ellos, el n° 19: «La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa» (art. 10.3.19°). Se refiere al derecho de participación política desde diversos ámbitos en el art. 30, aludiendo a la democracia representativa —letra a)—, a la directa —letra c)—, al derecho de petición —letra d)—, y a lo que es propiamente democracia participativa en las letras b) y e). En el primer caso, en el ámbito parlamentario: «El derecho a promover y presentar iniciativas legislativas ante el Parlamento de Andalucía y a participar en la elaboración de las leyes, directamente o por medio de entidades asociativas, en los términos que establezca el Reglamento del Parlamento». Pareciendo que en el segundo de los supuestos pretende referirse a la participación en el ámbito gubernativo: «El derecho a participar activamente en la vida pública andaluza para lo cual se establecerán los mecanismos necesarios de información, comunicación y recepción de propuestas». Y finalmente lo concibe como principio rector de las políticas públicas al aludir en el art. 37, al deber para los poderes autonómicos de garantizar y asegurar los derechos

El proyecto de Estatuto canario reiteraba el art. 9.2 de la Constitución en su art. 7, con cierta diferencia al aludir al fomento de la calidad de la democracia, «*facilitando la participación de todos los canarios en la vida política, económica, cultural y social*», para añadir a continuación como objetivo básico de la Comunidad «*la participación ciudadana, en aras de una democracia avanzada y participativa*». Un contenido del que se puede decir que evocaba en cierto modo el Preámbulo de la Constitución. Ello a su vez acompañado de un principio rector de las políticas públicas canarias relativo al «*fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo*» (art. 9). Pero quizá el precepto más incisivo es, sin lugar a dudas, el art. 12, cuyo tenor literal es claramente alusivo a la democracia participativa, aunque mezclándose con la directa, el ámbito parlamentario con el gubernativo, e igualmente con el derecho a una buena administración. En efecto, señala que: «*Los poderes públicos promoverán la participación ciudadana en la elaboración, la gestión y la evaluación de las políticas públicas. En particular, se promoverá la participación ciudadana en los procesos y consultas electorales, en las iniciativas parlamentarias, así como en el resto de sus ámbitos de actuación (...)*». El precepto continúa en su párrafo segundo disponiendo que «*Los poderes públicos velarán para que, en las campañas institucionales que se organicen con ocasión de procesos electorales o consultas populares, se promueva la participación ciudadana mediante una información y comunicación veraz, objetiva, neutral y respetuosa con el plura-*

—entre ellos los citados en el ámbito de la democracia—, y a alcanzar los objetivos del art. 10 mediante la aplicación de diversos principios entre los que se encuentran «*El fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo*». De otra parte, con una dinámica parecida al caso catalán, dispone en su art. 78 que «*Corresponde a la Junta de Andalucía la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum*». Finalmente, El Estatuto aragonés (LO 5/2007, de 20 de abril) no ha sido tampoco parco en la regulación, aunque no llega a concretarse la referencia a «procesos participativos». En tal sentido, el art. 15.1 ha pretendido configurar un derecho de participación ciudadana al disponer que «*Los aragoneses tienen derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos, en los términos que establecen la Constitución, este Estatuto y las leyes*). Y los arts. 20.a), 15.3 y 11.3, por su parte, articulan la participación ciudadana en forma de mandato dirigido a los poderes públicos: «*Corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias: a)... facilitar la participación de todos los aragoneses en la vida política, económica, cultural y social*» (20.a); «*Los poderes públicos aragoneses promoverán las medidas necesarias para garantizar de forma efectiva el ejercicio de estos derechos*» (art. 15.3); «*Los poderes públicos aragoneses promoverán las medidas necesarias para garantizar de forma efectiva el ejercicio de estos derechos*» (art. 11.3). Finalmente, el art. 71.27 se refiere a las consultas populares como competencia exclusiva de la Comunidad, comprendiendo «*el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad Autónoma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el art. 149.1.32 de la Constitución*». De nuevo surge, en este punto, la aproximación al modelo catalán y andaluz.

lismo de las distintas opciones que participen en el proceso». Y es, además, el único Estatuto que llevaba a cabo una reserva de ley en materia de consultas populares y democracia participativa, pues en el mismo artículo *in fine* se dice que: «Una ley del Parlamento de Canarias regulará las consultas populares y los procesos de participación ciudadana».

Frente a este proyecto, el vigente Estatuto canario (Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto), se limita a señalar en el art. 1, segundo párrafo que «La Comunidad Autónoma de Canarias, a través de sus instituciones democráticas, asume como tarea suprema la defensa de los intereses canarios, la solidaridad entre todos cuantos integran el pueblo canario, del que emanan sus poderes, el desarrollo equilibrado de las Islas y la cooperación con otros pueblos, en el marco constitucional y estatutario». Y el art. 4 se centra en los derechos políticos para señalar lo siguiente: «1. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de canarios los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Canarias. 2. Como canarios, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Canarias y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado». Más allá de dichas previsiones, desarrolladas algunas con posterioridad (electores y elegibles, iniciativa legislativa popular, competencia en materia de consultas populares en el ámbito de Canarias, de conformidad con lo que disponga la Ley a la que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su convocatoria), no existen posteriores menciones a la democracia participativa. Pero a pesar de ello, Canarias parece que quiso hacer realidad pronunciamientos no definitivamente aprobados, pues fue pionera junto a la Comunidad Valenciana, respecto a la práctica autonómica de dictar leyes de participación ciudadana.

Algo más parco es, sin lugar a dudas, el nuevo Estatuto valenciano (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril). Su art. 9.4 consagra el «derecho» de participación individual o colectiva, en la vida política, económica, cultural y social de la Comunitat Valenciana, a todos los valencianos y valencianas; y ello al tiempo que se acoge a continuación un principio rector dirigido a la Generalitat para que promueva la participación de los agentes sociales y del conjunto de la sociedad civil en los asuntos públicos. De otra parte, en el Título Primero, el art. 1.2 dispone que «La Comunitat Valenciana es la expresión de la voluntad democrática y del derecho de autogobierno del Pueblo Valenciano (...)», lo que ha de combinarse con lo previsto en su párrafo 3º cuando se señala que «La Comunitat Valenciana tiene como objetivo la consecución del autogobierno en los términos de este Estatuto, reforzar la democracia y garantizar la participación de todos los ciudadanos en la realización de sus fines». Y en lo que atañe a las consultas populares, se señala que «El Presidente de la Generalitat podrá proponer, de acuerdo con lo que determine la legislación del Estado, la celebración de consultas populares

en el ámbito de la Comunidad Valenciana, sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas o locales». Se trata, en este caso, de una perspectiva diferente a la catalana, la andaluza, la aragonesa, e incluso la canaria.

Este «movimiento participativo» que se ha experimentado en el modelo territorial español, no es una excepción en el panorama comparado. Así, por el interés que despierta en España, y la implicación de algunas regiones, también en Italia el desarrollo normativo regional ha ido ligado a un nuevo proceso de modificaciones de sus Estatutos. Así, el Estatuto Toscano (Ley regional de 11 de febrero de 2005), el del Lazio (Ley regional de 11 de noviembre de 2004), o el de la Región de Puglia (Ley regional de 12 de mayo de 2004), dando lugar asimismo a diversas leyes de participación que, si bien puede decirse que han servido de inspiración por la forma (articulación en forma de ley de la política regional de participación ciudadana), menos influencias podemos hallar en el contenido —por lo que atañe a las normas canaria y valenciana—, encontrándose, eso sí, más cercana a la norma foral guipuzcoana.

En el contexto de todas las regulaciones estatutarias pueden ser objeto de reflexión final diversas cuestiones. Así, en primer lugar, el tema relativo a la titularidad de estos derechos, pues parece un criterio común que el ejercicio de los derechos que se desprenden de la democracia participativa se haga depender del criterio de la vecindad administrativa. Aunque ello pueda tener ciertas dosis de lógica, a nuestro juicio, sin embargo, dicho criterio es inadecuado, pues la democracia participativa comprende un heterogéneo bloque de instrumentos cuya puesta en práctica podría requerir, llegado el caso, ampliar los sujetos participantes. Ello exige atender a cada instrumento de participación en particular pues, como ya sostuvo Ignacio de Otto, no parece que quepa vincular a la condición jurídica de residente en una Comunidad, «más derechos y deberes que aquellos que por su propia naturaleza hayan de atribuirse con tal criterio, de modo que en los restantes casos los no vecinos, en la medida en que resulten afectados por el ordenamiento autonómico, lo sean en pie de igualdad con los que ostentan la vecindad del mismo» (9); y ello porque en caso contrario podría colisionar con el art. 139.1 de la Constitución Española (10).

En otro orden de cuestiones, estas nuevas regulaciones estatutarias parecen moverse entre un genérico «derecho» de participación, y la proclamación de «principios» para la participación, siendo lo más común que ambas vertientes queden aunadas en preceptos distintos. Y es que es posible observar que, aun-

(9) DE OTTO (1984, p. 59), quien cita a modo de ejemplo que la exigencia de vecindad para el acceso a la función pública autonómica colisionaría frontalmente con el art. 139.1 de la CE.

(10) Piénsese, por ejemplo, como dispone la Constitución Española, si bien respecto a la elaboración de disposiciones administrativas, que la ley ha de regular la audiencia ciudadana, directamente o a través de las asociaciones, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones que les afectan: en consecuencia, al margen de la vecindad administrativa que se tenga. Y así, de hecho, dicha «afectación» podría darse también en cualquier otro instrumento participativo configurado por la Comunidad Autónoma correspondiente, más allá del criterio de la residencia.

que la puesta en marcha de los mecanismos de democracia participativa no ha sido tan rápida y efectiva como pudiera pensarse por diversas circunstancias del más variado signo, sí parece que esta vertiente democrática haya querido convertirse en «marca» o «seña de identidad» de las Comunidades Autónomas en esta reciente oleada estatutaria. Por ello no es descabellado pensar que la regeneración democrática a que frecuentemente se alude (11), haya encontrado un idóneo espacio en el ámbito autonómico español. Espacio que permite, en nuestra opinión, un grado de participación ciudadana de carácter integral de singular alcance. El movimiento hacia la democracia participativa, articulado de un modo u otro, en forma de ley de participación ciudadana, a través de normas de *soft law*, o directamente mediante el comprometido ejercicio de políticas públicas, ha tenido lugar con independencia, de hecho, del compromiso articulado en el Estatuto. La experiencia canaria y valenciana es buen síntoma de ello. En el primer caso sin que el Estatuto fuera definitivamente aprobado; en el segundo con un Estatuto que no puede calificarse de excesivamente comprometido con la democracia participativa.

La democracia participativa sólo pueden entenderse desde la dinámica misma de la representativa, que se encuentra consolidada en el marco de un Estado de Partidos, por lo que es irremediable pensar que la lógica de éstos pueda incidir en una igualdad de oportunidades real y efectiva para los diversos actores que confluyan en el proceso participativo. Ello se conecta, además, con la lógica «selectiva» y en cierto modo «discriminatoria» de la democracia participativa pues, como señala el Tribunal Constitucional, ésta «articula» voluntades particulares y colectivas que no se imputan al cuerpo electoral aunque indudablemente enriquecen la democracia misma, pareciendo imprescindible tomar en consideración la actividad de los denominados «grupos profesionales de la participación» (12). Ello es relevante en el caso de la normativa autonómica valenciana y canaria, cuando se refieren a las denominadas «Entidades Ciudadanas». Ha de reconocerse, de todos modos, que conviene ir más allá del monopolio de los lobbies, grupos de intereses, entidades, etc., con ese claro predominio del carácter profesional de lo público, siendo preciso no dejar de lado al individuo en sí mismo considerado como sujeto de la participación.

(11) Al respecto, el número monográfico «Repensando el Estado democrático», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 37, 2008; ALLEGRETTI (2010); BIFULCO (2010); BIFULCO (2008); REYES ALBERDI (2008b); ROUSSOPOULOS, BENELLO (2005); BLONDIAUX (2008); ROBBE (2007).

(12) Un ejemplo, en tal sentido, se encuentra en el sistema constitucional francés, tradicionalmente poco receptivo a la intervención en el proceso de adopción de decisiones públicas de sujetos ajenos al binomio Ejecutivo-Legislativo. Así, el Acuerdo de la Mesa de la Asamblea Nacional francesa, de 2 de julio de 2009, de reglas de transparencia y ética aplicables a la actividad de los representantes de intereses en la Asamblea Nacional ha previsto, en tal sentido, un registro de grupos de intereses públicos y privados, introduciendo reglas de transparencia y ética en las relaciones entre aquéllos y los representantes parlamentarios, a lo que se suma un Código de Conducta. Cfr. <http://www.assemblee-nationale.fr/representants-interets/index.asp>

En definitiva, podría decirse que un modelo eficaz y real de participación ciudadana que responda a las previsiones estatutarias habrá de estar presidido por la idea de instaurar mecanismos dirigidos al fomento de una ciudadanía «activa», con el propósito de incentivar la responsabilidad social, incrementar la cultura política, comprometer desde criterios de transparencia a quienes en cierto modo «dirigen» o son los principales actores en el proceso participativo (partidos, lobbies), y profundizar en un adecuado uso de los medios de comunicación y de las nuevas tecnologías. Todo ello con la finalidad, no sólo de «ofrecer» instrumentos de participación, sino de lograr que ésta se ajuste a la realidad social y política, aunando las vertientes no sólo «pasiva» (con la simple habilitación de vías y cauces para la participación), sino también «activa» (con las necesarias y paralelas actividades de fomento) de la democracia participativa.

II. LA APUESTA POR LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL CARÁCTER PIONERO DE LAS LEYES CANARIA Y VALENCIANA

En general, puede decirse que esta «regeneración democrática estatutaria» ha ido acompañada de un simultáneo o consecuente desarrollo normativo o puesta en práctica de nuevos principios, cauces e instrumentos participativos (13). Ello si bien es posible observar que dicho desarrollo se muestra desigual y heterogéneo.

La discusión sobre la elaboración de una Ley de participación ciudadana, la opción por la vía intermedia de un Plan o Programa, o la simple puesta en práctica de experiencias de participación ciudadana, parece ser uno de los primeros grandes debates que surgen de la iniciativa de impulsar a nivel autonómico la participación ciudadana. Una opción ligada al modo de ejercicio del gobierno regional que se mueve desde la regulación con cierta vocación de permanencia (a través de una norma de rango legal), fundamentalmente cuando los entes descentralizados, como ocurre en el caso español, cuentan con potestades legislativas), pasando por la articulación de una «política de legislatura» configurada a través de un instrumento jurídico de *soft law* (Planes, Programas), y hasta la opción por una simple puesta en práctica, igualmente legítima pero con efectos y consecuencias diversas. Todo ello sin perder de vista que los desarrollos llevados a cabo en el nivel local, en ocasiones han influido en normas dictadas con posterioridad por las Comunidades Autónomas.

En tal sentido, habría que poner de relieve la iniciativa pionera de las Comunidades Autónomas valenciana y canaria (Ley 11/2008, de 3 de julio de 2008,

(13) Podemos dejar al margen alguna curiosa excepción como la andaluza, cuyas detalladas previsiones democráticas en el Estatuto no han tenido, por el momento, una respuesta más allá de ciertas previsiones de participación ciudadana en el ámbito legislativo (audiencias).

de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, y Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana), a la que se sumarían de inmediato la Norma Foral 1/2010, de 8 de julio, de Guipuzcoa, sobre participación ciudadana; y su Plan de Gestión 2007-2011), y en Navarra la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la transparencia y del Gobierno abierto.

Pero junto a este modelo legislativo, asimismo, el desarrollo de la democracia participativa a través del *soft law* en otras Comunidades, destacando a tal efecto el caso de Cataluña (Pla interdepartamental de participació ciutadana 2008-2010, o el más reciente Llibre verd de la qualitat democrática y el debate surgido en 2009 y 2010 para reforzar la participación ciudadana, con temas como la posible elaboración de una ley de participación); o la simple puesta en práctica de prácticas participativas no articuladas en Planes ni Programas, como acontece en el caso aragonés, a través de una «política de experimentación», abriendo la posibilidad de una posterior institucionalización de esta práctica con la definitiva articulación de una norma con rango de ley (14).

La opción por un instrumento «blando» o de *soft law* (Libro Blanco, Plan, Programa), no supone *per se* una degradación o aminoración de su eficacia jurídica, mostrándose ciertamente efectivo en ocasiones (al respecto, el orden internacional y comunitario), pues la «debilidad» del compromiso jurídico que se le supone se contrarresta con posibles más altas dosis de innovación, y con regulaciones de carácter paraconstitucional que pueden llevar a una auténtica mutación constitucional. El *soft law* puede, así, ir abriendo camino a una futura actuación auténticamente jurídica del operador del *hard law* (15). Pero en cualquier caso, se trata de sentar bases reales que permitan construir un efectivo modelo autonómico de participación ciudadana de carácter más o menos estable.

Y es que parece obvio que los mandatos estatutarios quieren propiciar que la participación ciudadana sea configurada a través de una regulación legal, evitando la tendencia de una «política de legislatura», y permitiendo que a

(14) De hecho, el propio Gobierno aragonés, tras las intensas experiencias participativas impulsadas en los últimos años, anunció en diciembre de 2011 la futura elaboración de una Ley de participación ciudadana. En fecha 19 de marzo de 2012 se aprobó por la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario de las Cortes de Aragón una moción instando al Gobierno a presentar el proceso metodológico que especifique cómo habrá de abordarse la elaboración de esta Ley aragonesa de participación ciudadana (Moción nº 9/12, dimanante de la Interpelación nº 3/12, *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, nº 54, VIII Legislatura). En torno a estos debates sobre los modelos de configuración de una autonómica de participación ciudadana, el número monográfico de la Revista *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, nº 1, de 2010; asimismo, CASTEL GAYÁN (2011, 279 ss.).

(15) En ocasiones, por influencia del sistema de fuentes europeo, la elaboración de un Libro Blanco puede ir precedido, como ocurrió en Cataluña (2009/2010), de un Libro Verde o documento mediante el que pretende promoverse el debate ciudadano sobre una actuación pública o la consulta de ciertas propuestas sobre una determinada materia. Y a su vez, del Libro Blanco posterior pueden surgir las bases de un texto que podría presentarse al Parlamento al objeto de aprobar una ley, o al propio Gobierno con el objetivo de que prepare un Anteproyecto o bien acuerde una determinada planificación.

partir de una norma con rango de ley pueda hacerse realidad la participación ciudadana como «auténtico derecho subjetivo». Un tipo de norma que vendría a convertirse en una «Ley-código» en la materia, con un claro efecto transversal por su incidencia en multiplicidad de políticas públicas. Y es que en este punto no puede dejarse de lado la cuestión de su eficacia jurídica así como su desarrollo y aplicación real y efectiva, pues si bien puede ser complejo que sea capaz de articular auténticas «obligaciones» y «prescripciones jurídicas» respecto a los poderes públicos, ello no redundará sin más en su ineficacia.

A nuestro juicio, apuntaremos que la fisonomía propia de este tipo de normas requiere la articulación consecuente de un sistema de «incentivos institucionales», como ocurre en el caso de la norma guipuzcoana y al estilo de algunas leyes italianas como la de La Toscana (16). Y ello porque sin dichos incentivos a la participación es posible que su contenido esté plagado de normas excesivamente «principiales» o «generales»: muchos principios y pocas acciones eficaces y reales para la participación ciudadana (17), lo que lleva a buscar la concreción a través del posterior desarrollo de la norma legal, como ocurre en el caso valenciano y canario (18). Se identifica, de este modo, una significativa diferencia entre estas dos normas (canaria y valenciana) y las que han venido con posterioridad (guipuzcoana y navarra), que han sido más incisivas y han profundizado en aspectos más desarrollados en el derecho comparado (gobierno abierto, transparencia, articulación completa de procesos decisorios, protocolos al efecto, etc.).

Otra de las cuestiones que atañe al «modo» o la «forma» de articular la participación es el hecho de que ésta tenga lugar a través de un proceso cuya legitimación democrática no provenga sólo del propio Parlamento que apruebe la norma, sino también de la sociedad misma, mediante un «proceso participado». Como es fácil de observar, ello está en consonancia con los perfiles de esta política pública, que exige *per se* que el modelo participativo regional sea iniciado «con» la participación de la ciudadanía misma, en su configuración individual o colectiva (grupos y lobbies), ya que se trata de una norma que singularmente les afecta. Este proceso debe, pues, contar con los operadores públicos implicados, en tanto la elaboración de la norma se lleva a cabo en el contexto de todo un diseño político gubernamental, ya que es a las autoridades electas a quienes corresponde la «dirección y gestión» efectiva de la política autonómica, al tiempo que se invita especialmente a otros entes, como los locales, a participar en este proceso, pues la norma de participación ciudadana puede «comprometerles» en cierta medida.

(16) FLORIDIA (2007, 629 ss.).

(17) En tal sentido, el debate sobre la construcción de un modelo de participación regional que tuvo lugar en la Comunidad Autónoma aragonesa en 2009 a través de la «Mesa de expertos para la definición de la política normativa del Gobierno de Aragón en materia de participación ciudadana», y que dio lugar a la publicación del primer número de la *Revista Deliberación*, nº 1, 2010.

(18) Vid. en tal sentido, las advertencias del Dictamen 306/2009, de 25 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

Desde esta perspectiva, sólo puede tomarse como referencia la experiencia acontecida en el caso canario (19) y no así la norma valenciana.

La Comunidad Autónoma Canaria elaboró con anterioridad a la aprobación de su norma un Plan cuyo hito más destacado fue la elaboración de la Ley de Participación Ciudadana. Se configuró, así, como un proyecto que intentaba «dar ejemplo» a través de un proceso participativo y un debate abierto sobre la misma norma, al tiempo que sobre los aspectos fundamentales del Plan Canario de Participación Ciudadana. El objetivo último fue incrementar el compromiso y la implicación de la ciudadanía misma, entendiéndose que de ese modo sería mayor la propia legitimación de la acción de Gobierno.

A tal efecto, el Gobierno canario creó la Dirección General de Relaciones Institucionales y Participación Ciudadana, en marzo de 2007 (Decreto 335/2007, de 4 de septiembre, de modificación del Decreto 172/2007, de 17 de julio), en el seno de la Consejería de Presidencia y Justicia. Y con posterioridad, artículo su modelo de participación a través del Plan Canario, el «Documento Abierto» para el debate sobre la ya citada ley, y el mismo Portal del Gobierno de Canarias; iniciativas a las que se suman los diversos encuentros que llevarán a hacer germinar un nuevo sistema de participación ciudadana.

El Plan creó, al respecto, un proceso en 3 fases:

- 1) En marzo de 2008: definición del equipo de la Dirección General de Participación Ciudadana; publicación del Documento Abierto para el debate de la Ley; celebración de una Jornada de Participación para cargos públicos; e inicio de cursos de formación para personal técnico-dinamizadores del Gobierno, dada la poca experiencia y necesidad de actualización de conocimientos.
- 2) De abril a septiembre de 2008: envío del «Documento Abierto» a las asociaciones y estudio del mencionado documento con agentes y actores canarios, principalmente con cargos públicos (concejales).
- 3) De octubre de 2008 a abril de 2009: creación de Grupos de Trabajo por niveles para recibir las sugerencias y aportaciones; reuniones con entidades ciudadanas; comunicación de conclusiones; y presentación en el Parlamento de Canarias del Proyecto.

Se marcó como objetivo, en resumidas cuentas, que la participación ciudadana al nivel autonómico canario se impulsara desde la propia experiencia de «un proceso participativo» sobre el que el Gobierno conformaría las características y reglas que imperaron durante todos los debates. Por ello, se señalaría la necesidad de la mayor implicación posible de personas e instituciones así como de la mayor y mejor planificación, y la conveniencia de que dicho debate fuera plural, amplio, diverso, abierto, transparente, ordenado y claro. De otro lado, en lo que atañe a las «reglas» del debate, se estableció el mismo sin texto escrito

(19) Vid. PIZZANELLI (2008, pp. 138 ss.).

previo, admitiéndose todo tipo de aportaciones y la validez de cualquier opinión, la paridad en la misma, el propósito de recoger resultados y no de provocar el consenso, el compromiso del Gobierno canario, no tanto de recoger todas las aportaciones, como de explicar los posibles motivos del rechazo, la celebración de debates en diversos lugares, y la necesidad de aclarar que se trata de un «debate ciudadano» y no de un «debate entre partidos», pues estos últimos ya tienen su *locus* para el debate: la sede parlamentaria (20).

En definitiva, fruto de este proceso fue la recepción de un gran número de aportaciones por parte de la ciudadanía (bien transmitidas en las mismas reuniones, bien remitidas por correo o a través de los medios dispuestos a través de la web). Y es interesante reseñar que el mayor número de aportaciones venían referidos al «ámbito local», al que en consecuencia la política autonómica no puede dar la espalda, aunque también fueron relevantes las «posibilidades de participación» de colectivos desfavorecidos.

Lo que no se previó en el caso canario —ni tampoco en el valenciano—, fue la posibilidad de que, una vez aprobada la norma, ésta se sometiera a una «monitorización» para su confirmación, revisión o derogación. Previsión que, sin embargo, al estilo de las leyes italianas, sí encontramos en normas posteriores, como la guipuzcoana (21).

III. LOS MODELOS VALENCIANO Y CANARIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

1. Rasgos generales

De una simple lectura inicial de ambas normas es posible detectar la coincidencia en el objeto de las mismas: *tanto la regulación y fomento de la par-*

(20) Para la organización de debates fue imprescindible alojar en la página web sobre participación ciudadana, creada al tiempo que se abría el proceso participativo sobre el Plan y la futura Ley, toda una serie de contenidos que abrirían la posibilidad de que la ciudadanía realizara sus aportaciones a través de un «Buzón de Consultas y Aportaciones», de los «Foros» (y del nuevo foro de «Debate ciudadano») y de un correo de email directo. Por su parte, las diversas reuniones celebradas con entidades y personal de la administración se estructuraron a partir de todo un dossier con documentación (díptico explicativo, documento abierto, guión para el debate, hoja de participación ciudadana, sobre con franqueo pagado para enviar la participación sin coste, invitación a la reunión).

(21) En tal sentido, la norma foral de Guipuzcoa, que dispone la participación de las Juntas Generales para proceder a la evaluación global del sistema de participación ciudadana, con audiencia a entidades y con la asistencia técnica de personas expertas en procesos de participación, procediéndose en resúmenes de cuentas, a determinar los acuerdos correspondientes respecto al mantenimiento, derogación o reforma de la norma. Finalmente, en la gestación de la norma navarra ha de destacarse que en la fase previa de elaboración de la misma hubo un proceso de participación en diferentes foros de participación ciudadana, con 54 sugerencias, de las que se estimaron 33 (varias de ellas provenientes del Movimiento del 15-M), con la posibilidad para la ciudadanía de hacer sus aportaciones a través de un formulario.

ticipación en la vida política, económica, cultural y social de la Comunidad, como la más concreta promoción de la sociedad en asuntos públicos. Pero la ley valenciana añade un precepto dedicado a la «finalidad de la norma» (precepto que sirve de elemento de interpretación de los restantes preceptos), señalando diversos objetivos expuestos de modo conciso:

- el impulso de la participación en sí,
- la garantía del derecho a la información,
- el fortalecimiento del tejido asociativo,
- la implicación ciudadana en la formulación y evaluación de políticas públicas, que parece evocar una interesante y completa participación *ex ante* pero también *ex post*,
- y el impulso de la generación de cultura y hábitos participativos.

A diferencia de ley valenciana, el texto canario es, sin embargo, mucho más generoso al exponer los objetivos de la norma y, con ello, fijar criterios y orientaciones para la puesta en práctica de una política integral de participación ciudadana:

- el fomento de la participación en una sociedad plural, y para la defensa de valores democráticos, los derechos fundamentales, y la consecución de una democracia participativa,
- la profundización en el acercamiento de las instituciones a la ciudadanía, involucrando a ésta en la gestión pública, y creando nuevas formas de organización de la ciudadanía y de las estructuras de gobierno. Todo ello, para fomentar la coordinación social de las políticas públicas,
- la garantía de la información de los procedimientos que lleven a cabo las Administraciones, al objeto de lograr la mayor transparencia pública,
- el establecimiento de mecanismos de evaluación de las políticas públicas y de investigación del estado de la opinión pública, a través de la participación de la ciudadanía en la elaboración, prestación y evaluación de políticas, así como su intervención en muy diversos ámbitos (cívico, social, medioambiental, cultural, económico y político. Con ello, la norma introduce una expresa referencia a la participación *ex post*, al tiempo que se compromete al análisis de la opinión pública, ante el que pretende mostrarse sensible,
- el fomento de la vida asociativa, convirtiéndose la administración en la coordinadora de una convivencia solidaria y equilibrada de iniciativas ciudadanas,
- finalmente, se refiere en general al objetivo de desarrollar los correspondientes instrumentos de participación ciudadana, pasando a continuación a definirlos al disponer que se trata de mecanismos establecidos para la intervención de la ciudadanía en las políticas públicas. Una definición

que corresponde a la prevista en el art. 4.4 de la ley valenciana, y si bien ésta añade además, completando positivamente la definición, que también son instrumentos para la interrelación de la ciudadanía y las entidades ciudadanas.

De otro lado, también el ámbito de aplicación de la norma resulta coincidente: la administración autonómica; aunque la ley canaria, observándose su carácter algo más incisivo, añade la posibilidad de que los instrumentos y medidas previstas puedan incorporarse a los reglamentos de organización de cabildos y ayuntamientos canarios en el modo en que éstos determinen, abriendo la posibilidad de que los cauces participativos se extiendan así al ámbito local, pero en el respeto a su autonomía.

Y respecto al ámbito subjetivo, ambas normas se aplican a quienes tengan la condición política de la respectiva comunidad, con una remisión al artículo estatutario (el art. 3) que regula tal extremo en el caso valenciano, y detallando dicho contenido en la misma ley en el caso canario (para referirse además de a quienes tienen la condición política de canarios, explícitamente a los españoles residentes en el extranjero que tuvieran su última vecindad administrativa en Canarias y acrediten dicha condición en el correspondiente Consulado de España). Ello tiene como consecuencia que la norma valenciana amplíe su ámbito subjetivo, en tanto el Estatuto se refiere también a las comunidades de valencianos asentados en el exterior, a quienes otorga el derecho a participar, colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo valenciano, como reconocimiento de su valencianidad. Dichas comunidades (previstas en el art. 7 del Estatuto canario) no resultan reflejadas en el texto de la norma canaria.

Asimismo, ambas normas se refieren a las personas residentes en la concreta Comunidad Autónoma con independencia de su nacionalidad, si bien la norma canaria introduce la acertada salvedad en nuestra opinión, de que ello será así cuando la ley correspondiente lo permita, teniendo en cuenta que la competencia para la definición y delimitación de los derechos y libertades de las personas extranjeras en España es del Estado. Ello significa, además, que en último término los derechos que la ley de participación reconozca corresponderán a las personas extranjeras en el marco de lo establecido en la ley estatal, por lo que la mención a las personas residentes no puede considerarse de un modo definitivo.

Por otro lado, también se integran en el ámbito subjetivo de la norma las «entidades ciudadanas» a las que aludimos en su momento: personas jurídicas sin ánimo de lucro que ejercen colectivamente el derecho de participación (su régimen jurídico se detalla, en ambos casos, en preceptos posteriores).

La ley valenciana, por su parte, añade en un precepto dedicado a las «definiciones de la Ley», junto a «ciudadanía» y «entidades ciudadanas», el significado de los términos «participación ciudadana» e «instrumentos de participación ciudadana».

Una última singularidad de la ley canaria es el reconocimiento del principio «*favor consorti*», como manifestación en el ámbito de la participación, del más genérico principio «*favor libertatis*»: un principio dirigido a la aplicación de la norma desde la máxima participación, publicidad e información de las actuaciones político-administrativas.

Constituye un apartado específico en la Ley Canaria la previsión de compromisos específicos articulados en forma de deberes de los poderes públicos para la participación ciudadana, con un desarrollo posterior en el resto del articulado respecto a las diversas medidas que a continuación se enuncian:

- a) La adecuación de las estructuras administrativas, a fin de favorecer el ejercicio real y efectivo del derecho de participación.
- b) La promoción de Códigos de Buen Gobierno, con principios éticos y de conducta dirigido al personal administrativo, al tiempo que se dispone el compromiso de promover Códigos de Buenas Prácticas que coadyuven a una ciudadanía responsable y democrática.
- c) La elaboración de planes anuales o plurianuales de participación estratégica (ya sea integrales y sectoriales) para posibilitar la participación en el diseño y evaluación de proyectos que afecten a la ciudadanía. En este punto procede comparar con el caso valenciano, pues esta norma no menciona la elaboración de planes, aunque sí procede a su regulación el Reglamento, al prever el Plan Director de Ciudadanía. De nuevo se observa el carácter más sintético de la norma valenciana.
- d) La disponibilidad presupuestaria de un sistema de ayudas, subvenciones y convenios de colaboración para promover los derechos de participación.
- e) La adopción de acciones positivas necesarias y el fomento de la participación por medios electrónicos a fin de conseguir la plena participación.

La Ley valenciana, por su parte, prescinde de un apartado específico dedicado a los deberes de los poderes públicos, optando directamente por desarrollar cada uno de los apartados anteriores en el resto de su articulado.

Respecto a los derechos para la participación ciudadana —de los que, en buena parte, derivan también «deberes» dirigidos a los poderes públicos—, ambas normas acogen apartados específicos. En general, resultan coincidentes en los siguientes extremos:

- Información para la participación, donde la norma canaria es más detallista, pues especifica las implicaciones del derecho a conocer el estado de tramitación de procedimientos en que se tenga la condición de interesado.
- Medios de información para la participación: de nuevo el texto canario no se limita a señalar los medios —ambas normas se refieren a diversos

medios, con un énfasis significativo en los telemáticos—, pues menciona asimismo diversos objetivos (22).

- Protección de datos de carácter personal, sin referencias específicas más allá de la remisión a la legalidad vigente.
- Derecho de audiencia ciudadana, con un alcance diverso en ambas normas (23).
- Derecho de acceso a archivos y registros, de conformidad con la legalidad vigente.
- Derecho a recabar la colaboración en la realización de actividades ciudadanas, con una redacción que parece dejar pendiente el modo y el momento en que se articulará la misma (24).

(22) La norma se refiere a los siguientes: proporcionar información general y orientación; proporcionar información especializada; informar sobre requisitos jurídicos o técnicos; información sobre estado de tramitación de procedimientos; información y orientación sobre sistema de sugerencias y reclamaciones; información y orientación sobre procedimientos tramitados electrónicamente; suministrar cualquier información de interés.

(23) La norma valenciana se refiere al mismo, no como derecho ni con carácter obligatorio, sino en el apartado dedicado a los «Instrumentos de participación ciudadana», disponiendo que los anteproyectos de ley o programas que definan políticas sectoriales «podrán» someterse a audiencia ciudadana. Y lo concreta aludiendo a la posibilidad de sometimiento a audiencia de todo anteproyecto de ley o programa que defina políticas sectoriales para conocer la opinión; posibilidad de someter cualquier otra iniciativa de actuación; remite al reglamento para determinar el procedimiento; excluye los Anteproyectos de ley y programas sobre materias excluidas de la iniciativa legislativa popular; y se refiere a la publicación del proceso de audiencia ciudadana en un Informe de Participación Ciudadana que indicará: mecanismos de participación utilizados, resultado del proceso, evaluación del órgano proponente especificando las sugerencias e iniciativas incorporadas. Por su parte, la norma canaria sí lo menciona como específico derecho a participar («la ciudadanía participará») en las decisiones propuestas por los poderes públicos (en los términos establecidos en la ley). Y lo concreta a través de un deber de sometimiento a audiencia de todo anteproyecto de ley o programa que defina políticas sectoriales para conocer la opinión; de la posibilidad de someter cualquier otra iniciativa de actuación; con una remisión al reglamento para fijar requisitos, ámbito, plazos, y ejercicio del derecho.

(24) En el caso valenciano, se dispone el derecho a solicitar (individualmente o a través de Entidades) la colaboración a través del correspondiente departamento, para la realización de actividades que fomenten la participación, articulando los pasos principales del procedimiento: análisis por el departamento correspondiente de la propuesta; resolución motivada con la colaboración, en caso afirmativo, que se prestará; necesidad de recabar autorización por los promotores cuando fuera procedente; y concreción de las aportaciones de la Generalitat: patrocinio, cesión temporal u ocasional de bienes públicos, apoyo técnico, apoyo a la difusión y conocimiento de la actuación a través de medios de comunicación institucionales u otras. En el caso canario, se alude igualmente al derecho a solicitar (individualmente o a través de Entidades) la colaboración a través del correspondiente departamento, para la realización de actividades que fomenten la participación, si bien con menores previsiones respecto al procedimiento: análisis por el departamento correspondiente de la propuesta; resolución motivada con la colaboración, en caso afirmativo, que se prestará; necesidad de recabar autorización por los promotores cuando fuera procedente. En ambos casos, las leyes se remiten al futuro reglamento de desarrollo para la fijación de los requisitos; y en el caso valenciano se especifica, no obstante, la obligación de adjuntar una memoria.

- Participación en la elaboración de Anteproyectos normativas y programas sectoriales, con un alcance bastante desigual en ambas normas, pues la canaria parece anticipar los procesos participativos que después han tenido un desarrollo más completo y acabado en la norma guipuzcoana (25).

Si hasta aquí ambas normas resultan más o menos coincidentes en los derechos, con un alcance desigual en ambos puntos, en otros difieren.

- Así, la norma valenciana se refiere al derecho de petición, y al derecho a la iniciativa legislativa popular, aunque para llevar a cabo una remisión a la legalidad vigente en la materia.
- Y por su parte, la norma canaria se refiere al derecho a la propuesta de iniciativa reglamentaria, donde sin embargo el texto parece mostrarse excesivamente detallista (26). En cualquier caso, conviene anotar las dificultades y eficacia práctica de una previsión como ésta, pues si ya resulta complejo el impulso y elaboración ciudadana de una ley, más lo es, sin lugar a dudas, la de una disposición reglamentaria, donde

(25) La norma valenciana dispone que «se podrá» participar, en concreto, en la elaboración de Anteproyectos de Ley y programas que definan políticas sectoriales del Consell. Y se remite respecto al modo de participación a los mecanismos previstos en Título II, Capítulo III (audiencia ciudadana, foros de consulta, paneles ciudadanos, y jurados ciudadanos; cualquier otro instrumento previsto en esta ley, leyes sectoriales o normas reglamentarias), exceptuándose las materias excluidas de la iniciativa legislativa popular. Finalmente se produce una remisión reglamentaria respecto a la elaboración de un *Informe de Evaluación* para los instrumentos de participación ciudadana. Por su parte, la norma canaria llega más lejos, pues al recoger los instrumentos de *participación ciudadana* respecto a cualquier anteproyecto normativo, alude a un «proceso participativo» que afectará a cualquier anteproyecto normativo o programa que defina políticas sectoriales, y a cualquier otra iniciativa de actuación, exceptuándose las materias excluidas de iniciativa legislativa popular. Sin embargo, no perfila las potencialidades de este modelo de participación, pues se remite respecto a su articulación a los instrumentos previstos en la propia ley canaria u otro análogo. Sí se refiere, no obstante, al *resultado del proceso*, que se plasmará en un Informe de Participación Ciudadana que incluirá mecanismos de participación, resultado del proceso, y evaluación del órgano proponente (con sugerencias e iniciativas incorporadas a consecuencia del proceso participativo).

(26) La ley se refiere al derecho a *presentar propuestas* que afecten a sus derechos e intereses legítimos, de iniciativas *proponiendo su tramitación como disposición reglamentaria*. Y señala como requisitos: propuesta con texto articulado, memoria justificativa, dirigido al departamento competente; respaldo de al menos 3 Entidades Ciudadanas y un número de firmas (miembros o no de las Entidades) igual o superior a 15.000 (interés autonómico), 10.000 (interés insular), 5.000 (La Palma, Fuerteventura, Lanzarote), 1.000 (La Gomera, Hierro); y excluye las materias excluidas a su vez por la Ley de Iniciativa Legislativa Popular. Respecto al procedimiento se añaden las siguientes previsiones: plazo de 3 meses para valor y ordenar el inicio de tramitación; vencido el plazo sin ordenar el inicio, la iniciativa se considera denegada; plenitud de facultades de la Administración para formular propuestas al proyecto y completar la memoria justificativa presentada; competencia del máximo órgano colegiado de la Administración para admitir o inadmitir mediante acuerdo motivado; finalmente, contra el acuerdo de inadmisión no cabe recurso alguno.

parece que es el poder público quien está capacitado para dotarla de contenido, dado el detallismo que generalmente tiene esta norma.

La previsión de oportunos derechos ligados a la democracia participativa constituye un elemento de referencia en estas nuevas normas, dejando al margen ciertas reiteraciones respecto a normas ya aprobadas, o incluso las remisiones reglamentarias que en ocasiones se lleva a cabo. En cualquier caso, ponen de manifiesto una apuesta singular de estos textos por un modelo de participación ciudadana notablemente amplio, a diferencia, por lo demás, de otros desarrollos autonómicos.

2. Canarias y Comunidad Valenciana frente a otros modelos de participación ciudadana: la tendencia a la unidireccionalidad

Desde la perspectiva relacionada con el contenido del modelo autonómico de participación ciudadana que parece impregnar la política autonómica en general, incluida la canaria y la valenciana, parece obvio que resulta conveniente evitar el excesivo carácter principialista de este tipo de normas, con una regulación que procure descender a un cierto detalle respecto de los cauces y principios «por» y «para» la participación.

Los modelos autonómicos de participación ciudadana se han querido construir, básicamente, en torno a dos ejes: la vertiente «instrumental», con la articulación de vías para la participación, pero también la «formativa», en tanto perfilan diversas posibilidades y acciones para su incentivo. Pero a partir de estos dos genéricos pilares, lo cierto es que los contenidos de los modelos autonómicos desarrollados son después diversos y heterogéneos, pudiéndose agrupar del modo siguiente:

- por un lado un modelo «estricto» como el catalán, más bien ceñido al proceso participativo como «espacio de concertación, debate y discusión», el aragonés o incluso el modelo guipuzcoano, si bien contiene este último al tiempo una «cláusula de flexibilización», ya que la Dirección Foral para la Participación Ciudadana puede disponer que un proceso participativo se lleve a cabo mediante otras modalidades o instrumentos;
- pero también hay una inclinación, de otra parte, hacia modelos «amplios», donde estarían, precisamente, el modelo valenciano, o el canario, en los que además se atiende a otros fenómenos como el asociacionismo, el voluntariado, las comunidades en el exterior, o las consultas en determinados casos.

Si se desciende al modo de participación, parece existir una tendencia en los últimos modelos (Guipúzcoa o Navarra), a buscar la compatibilidad de la regeneración democrática con las responsabilidades de gobierno. En palabras de Florida, una configuración de la democracia participativa que tenga en cuenta la simbiosis e interacción constante autoridad-sociedad, desde el diálogo, y

que se articule a través de la idea del «*tener las manos libres*» (27). Es decir, un modelo participativo en el que, si bien la última palabra corresponde a la institución representativa (Parlamento y/o Gobierno), se trataría de tomar en consideración al tiempo a los actores implicados a través de un proceso deliberativo que envuelve, compromete y responsabiliza a la autoridad pertinente (28). Un proceso que sólo incipientemente anuncia la norma canaria, y que la valenciana omite por completo.

Y es que, en el fondo, en el momento de articular los grandes ejes de un modelo de participación se requiere llevar a cabo un análisis reflexivo previo sobre la opción o definición del propio concepto o modelo de participación ciudadana, sin que baste con sumar sin más instrumentos, siendo más bien necesario pensar en la eficacia o los objetivos que se pretenden. Quizá, en este sentido, el hecho de que las experiencias canaria y valenciana constituyeran iniciativas legislativas pioneras tuvo como consecuencia el sacrificio simultáneo de un deliberado modelo de participación ciudadana propio. Modelo deliberado y más reflexivo, a la luz de experiencias previas, de su propia práctica, y de los episodios de derecho comparado, que sí parece haber estado presente en las iniciativas posteriores (Guipúzcoa, Navarra, Aragón...).

En resumidas cuentas, nos referimos a la concepción y alcance que una Comunidad Autónoma determinada decide otorgar a la democracia participativa y al modo en que es consecuente con dicha configuración en la articulación de mecanismos concretos. En tal sentido, no podemos dejar de recordar la diferenciación llevada a cabo por Mori cuando habla de la unidireccionalidad-bidireccionalidad de la participación ciudadana (29), y que sin lugar a dudas determina un mayor o menor compromiso con una efectiva participación. Así, la primera implica la articulación de mecanismos de unos sujetos hacia otros: desde el ente público a la ciudadanía (información, portales, medidas de transparencia de la gestión pública...), o bien desde la ciudadanía al ente (consulta, iniciativa ciudadana,...). En el segundo caso, sin embargo, la participación es activa, generándose un compromiso con la idea de negociación, la deliberación, la recepción y propuesta de acciones políticas, y la toma en consideración o la desestimación de la opinión ciudadana, con su debida justificación motivada.

(27) Cfr. FLORIDIA (2008, pp. 629 ss.).

(28) Obsérvese que la norma Navarra parece entrar en esta línea cuando se refiere a un nuevo concepto —no utilizado con anterioridad en los restantes modelos autonómicos—: a saber, el de «Gobierno Abierto». El art. 3 lo define como *«aquél que es capaz de entablar una permanente conversación con los ciudadanos y ciudadanas con el fin de escuchar lo que dicen y solicitan, que toma sus decisiones centrándose en sus necesidades y preferencias, que facilita la participación y la colaboración de la ciudadanía en la definición de sus políticas y en el ejercicio de sus funciones, que proporciona información y comunica aquello que decide y hace de forma transparente, que se somete a criterios de calidad y de mejora continua, y que está preparado para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos y ciudadanas a los que ha de servir»*.

(29) MORI (2006).

Si bien la participación «unidireccional» puede servir para acercar a los sujetos implicados en la gestión pública (sociedad y poder público) y como premisa necesaria en algunos casos (piénsese en las medidas de transparencia) para una posterior participación «bidireccional», sin duda es en el caso de la participación articulada de esta última forma, cuando en mayor medida se compromete a esos operadores, implicando una «gestión común» de aspectos de interés público.

Y es que conviene no confundir estas dos direcciones de la participación, pues el objetivo último de la democracia participativa en su sentido auténtico es el de la interacción, intercambio y concertación de ideas entre los sujetos participantes, ciudadanía y poderes públicos, superando la idea de participación como mero trámite del que apenas puede vislumbrarse incidencia alguna en la decisión adoptada. De hecho, son evidentes los ciertos riesgos de «instrumentalización» o «manipulación» de la participación ciudadana, pareciendo que se intenta legitimar decisiones que, o bien ya han sido adoptadas, o se intentan adoptar (30). A nuestro juicio, se contrarrestan en parte estos perniciosos efectos cuando la democracia pone el acento en la nota de bidireccionalidad y es capaz de mostrar con transparencia si las inquietudes ciudadanas están siendo bien canalizadas o no, teniendo en cuenta que para ello son también necesarios los instrumentos unidireccionales.

Si observamos primero otras normas detectaremos que el modelo navarro apunta hacia esta bidireccionalidad en sus objetivos y principios, sentando las bases para la consecución de aquélla, aunque después no se compromete en la configuración de procesos participativos donde se plasmaría esta auténtica bidireccionalidad en el sentido apuntado con anterioridad, como sí lo hace la norma guipuzcoana o, en la práctica, Cataluña y Aragón. El texto navarro, pues, tiene un contenido amplio con propósitos bidireccionales, pero centrada en instrumentos típicamente unidireccionales, del ente hacia la ciudadanía (31). Y es que desde la perspectiva institucional parece necesario que esta normativa coadyuve a reforzar el «compromiso» paralelo de los poderes públicos, por lo que es precisa la mención a las buenas prácticas y a la buena gobernanza, con referencia a la transparencia, imparcialidad, publicidad, máxima difusión e información... lo que supone el fomento de una actitud abierta del poder público hacia la ciudadanía. Pero junto a ello, asimismo, se perfila en el caso navarro el pilar de la participación y colaboración ciudadana, de nuevo en clave «unidireccional», de la ciudadanía al ente, con la previsión de instrumentos para la participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones (foros de consultas, paneles ciudadanos, y jurados ciudadanos, también contemplados

(30) Vid. RUANO DE LA FUENTE (2010, pp. 104 ss.).

(31) Cuando se alude al fomento de la ética y la transparencia en la acción de Gobierno y el derecho de acceso a la información, la eficiencia, la publicidad activa, la calidad normativa, la responsabilidad en su gestión, la accesibilidad y neutralidad tecnológica, la modernización, racionalización y simplificación de la actuación administrativa, y la mejora de la calidad en la Administración.

en las normas valenciana y canaria), con la habilitación de cauces de conversación telemática, y la participación en las redes sociales. Pero el articulado se remite, a continuación, a su posterior desarrollo para la puesta en práctica del derecho de participación y colaboración en la definición y evaluación de políticas públicas. Con esta opción del gobierno navarro la norma se aleja de la concreción característica de la norma guipuzcoana respecto a la regulación directa de auténticos procesos participativos. Ello obstante, no deja de resultar interesante la previsión del informe de participación y colaboración, que obliga a la Administración a plasmar en el mismo el resultado del proceso participativo, los medios empleados, y la evaluación de cómo dicha participación pueda haber condicionado o influido en la actuación administrativa, profundizando en la destacada idea de la bidireccionalidad.

En los procesos participativos, por su parte, articulados en forma de protocolo, el objetivo sería «motivar» y «comprometer» a los sujetos implicados, haciendo realidad la participación con la fijación de requisitos o plazos, con la articulación de una institución o autoridad mediadora, o la disposición incluso de una «fase de retorno» (de los poderes públicos a la ciudadanía) o toma en consideración, como prevé la norma guipuzcoana.

En este contexto, y por comparación con los textos referenciados, tanto las normas valenciana como canaria optan por un diseño de tipo predominantemente unidireccional (foros, paneles, jurados), al margen de contenidos de carácter formativo dedicados a incentivar y promover una cultura de la participación ciudadana, y al margen de unos derechos —ya mencionados— donde la unidireccionalidad es la tónica dominante. Pero debemos recordar, no obstante, que la norma canaria alude a la posibilidad de celebración de procesos participativos, sin llegar al punto de la norma guipuzcoana —con la configuración de un auténtico protocolo para la realización de aquellos—. Un esfuerzo bidireccional —de carácter bastante desigual—, hacen no obstante ambas normas, al referirse a un «Informe de evaluación» o «Informe de participación ciudadana» erigidos en el resultado del proceso de participación definitivamente llevado a cabo. Sin embargo, frente al carácter excesivamente escueto de la norma valenciana (remite al reglamento para su regulación, sin otras previsiones al respecto), algo más garantista es la norma canaria, al aludir a la previsión en dicho Informe de los mecanismos de participación, el resultado del proceso, y la evaluación del órgano proponente (con sugerencias e iniciativas incorporadas a consecuencia del proceso participativo). El nivel de compromiso de estas normas o la bidireccionalidad aconsejable quedo lejos de previsiones como la guipuzcoana que dispone la obligación de motivación por parte de la Diputación Foral si ésta decide apartarse de lo acordado por la ciudadanía (32).

(32) Es importante destacar el hecho de que con ello la norma guipuzcoana configura un acto administrativo (la resolución motivada sobre la forma en que las conclusiones aportadas en el proceso de deliberación participativa afectan a la decisión política a adoptar) susceptible de recurso.

3. Instrumentos para la participación

Descendiendo al detalle respecto a los perfiles de los instrumentos para la participación, es posible llevar a cabo la siguiente distinción:

- Previsión de instrumentos «puntuales» para la participación. Esta parece haber sido la dinámica preferente de las primeras regulaciones legales autonómicas: la valenciana y la canaria; hasta llegar la norma guipuzcoana en 2010 que opta por un modelo diferente: la regulación de un proceso participativo integral. Se trata de instrumentos ensayados en experiencias comparadas y en las propias normas autonómicas, como los jurados ciudadanos, paneles ciudadanos, forums o debates públicos, sondeos deliberativos, o iniciativas ciudadanas. Algunos de ellos, desde luego, especialmente idóneos para la movilización ciudadana (como en el caso de los jurados y paneles), pues la selección aleatoria de los sujetos implicados impide la intervención de los «profesionales de la participación».
- Procesos participativos «integrales». Aunque la norma canaria lo anunciaba, sin proceder a una regulación específica, fue sin lugar a dudas la norma guipuzcoana la que lo introdujo, quizá por influencia regional italiana (33). Estos procesos participativos integrales pueden tener lugar a iniciativa de la ciudadanía, del ente regional o de otro ente público (por ejemplo el local), y su rasgo más característico proviene del hecho de que supone la articulación de un procedimiento acabado que parte de la definición de un marco de referencia (con antecedentes, agenda y orientaciones para el proceso), continúa con la previsión de lugares y mecanismos (presencial y/o telemática) para la discusión y recogida de aportaciones, y finaliza con la sistematización de propuestas, recepción por el ente implicado, y retorno a la ciudadanía con el compromiso de toma en consideración y motivación en caso de no ser recepcionadas. Y todo ello con la evidente mediación o coordinación de las autoridades que se dispongan (lógicamente del propio gobierno regional como ocurre en el caso guipuzcoano, donde la dirección se deposita en la Diputación General). Y en ocasiones, si así se considera, con el trabajo previo de un comité experto (en el caso guipuzcoano, un organismo incardinado en la Diputación Foral, aunque sin sometimiento jerárquico a la misma). La idea es, como refleja la norma guipuzcoana, perfilar jurídicamente un «protocolo» que concrete la participación ciudadana y suponga un compromiso más o menos real y factible (34).

(33) El Plan catalán, por su parte, lo contemplaba, y Aragón lo llevó a la práctica.

(34) Por su parte, el modelo catalán desarrollado a partir del *soft law* (en concreto en el Plan Interdepartamental citado), se inscribe en esta última dinámica. Resulta interesante recordar, al respecto, cómo la Ley 12/2007, de servicios sociales de Cataluña definió ya en su art. 56 un auténtico «proceso de participación» del siguiente modo:

La diversidad es característica, pues, en los modelos de participación ciudadana desarrolladas en las diversas Comunidades Autónomas, aunque las experiencias pueden dar lugar a interesantes sinergias a largo plazo, como podrá poner en evidencia la futura ley de participación ciudadana aragonesa, pues las Comunidades Autónomas tienden a mimetizar —y mejorar— sus respectivos desarrollos competenciales.

En tal sentido, obsérvese cómo Cataluña opta por un modelo de «democracia participativa» que separa los instrumentos bidireccionales (configurados a través de este Plan Interdepartamental), de los unidireccionales, que son articulados a través de una norma de rango legal. Ello no obstante, con una atención a los mecanismos unidireccionales que difiere sustancialmente del caso canario y valenciano. En este sentido, se aprobó en su momento la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de Cataluña, reguladora de las consultas populares por la vía de referéndum (35). Mecanismo que, a nuestro juicio, se inscribe en los instrumentos de carácter unidireccional, no pareciendo que exista la nota de bidireccionalidad, diálogo y rendición de cuentas reseñadas con anterioridad, dado que en dichas consultas no existiría «capacidad decisional» directa e inmediata, como acontece en el caso del referéndum vinculante, único instrumento, a nuestro juicio y como ya anticipamos, de democracia directa (36). Se trata, en resumidas cuentas, de «opinar» (o incluso «confirmar» —y no pocas veces más bien «legitimar»—), decisiones adoptadas por los poderes públicos, lo que no impide que con una regulación diversa se refuerce la nota bidireccional más cercana al propósito último de la democracia participativa. Ello sería así si la norma reguladora previera la obligación para los poderes públicos de elaborar algún

«Las administraciones competentes deben establecer procesos de participación en la planificación, gestión y evaluación de los servicios sociales. Se entiende por proceso de participación, a los efectos de la presente Ley, el que, de una forma íntegra, incluye las tres fases siguientes:

- a) Fase de información, en la que se informa a los ciudadanos del proyecto en el que se pretende pedir la participación.
- b) Fase de debate ciudadano, mediante el cual, utilizando las metodologías adecuadas, se promueve el debate entre los ciudadanos y se recogen propuestas.
- c) Fase de retorno, mediante el cual se traslada a los participantes el resultado del proceso de participación».

(35) La norma fue impugnada por el Presidente del Gobierno, en cuyo recurso se salva el referéndum municipal pero no así el autonómico por la coincidencia del sujeto de la consulta —el cuerpo electoral— con el propio del referéndum previsto a nivel estatal. A raíz de ello, precisamente, el Gobierno catalán aprobaría (26 de diciembre de 2011) la elaboración de un Proyecto de Ley de consultas populares por vía de no referéndum, que se limita a hacer uso del padrón en lugar del censo electoral, salvando así la posible inconstitucionalidad de la norma a la luz, asimismo, de la jurisprudencia constitucional. Al respecto, la STC 103/2008, donde el Tribunal fija los elementos del referéndum: cuerpo electoral, procedimiento electoral, y garantías judiciales concretas.

(36) Así, en nuestra opinión, cuando un referéndum no es vinculante entonces sólo es mera opinión unidireccional articulada en el seno de un proceso decisorio cuya última palabra recae en el poder público. No es ésta, por lo demás, la opinión del Tribunal, para quien la diferencia entre vinculante y no vinculante es irrelevante respecto a su configuración.

tipo de memoria tras la consulta, en la que se contuvieran las razones que han llevado a la estimación o desestimación, o en general a justificar la incidencia de dicha consulta en la decisión finalmente adoptada.

Parece, pues, que la regulación y puesta en práctica de la «democracia participativa» lleva a que algunas Comunidades Autónomas mantengan un concepto más amplio, aglutinando figuras de muy distinto signo y configuradas en forma abierta y unidireccional —como ocurre en el caso valenciano y canario—. Mientras otras, sin embargo, las regulan de modo diferenciado, con una mayor atención a la bidireccionalidad, y, en algunos casos, para entender la unidireccionalidad de forma interesada, entrando en conflicto, en tal sentido, con la figura del referéndum estatal (37).

4. La cuestión local

La elaboración de un modelo autonómico de participación ciudadana conlleva la atención a un importante sujeto político y administrativo: los entes locales. De hecho, la capacidad de liderazgo de la Comunidad Autónoma en su articulación de un modelo de participación lo más cercano posible a la ciudadanía se observa en su influencia sobre los entes locales, como espacio privilegiado para la realización más efectiva de la participación ciudadana. Ello, por otro lado, no supone sin más una vulneración de la autonomía local, que no tiene por qué verse afectada. No se trata, por ello mismo, de imponer la participación ciudadana sino de partir, por ejemplo, como observamos en la Ley italiana de La Toscana, de la posibilidad de incentivar la firma de un Pacto con los entes locales, que podrían asumir de este modo los principios y procesos previstos en la ley regional.

Por tal motivo, no es infrecuente que se prevean convenios de colaboración, que se asista desde el punto de vista técnico a los entes locales, que se les pueda llegar a otorgar iniciativa en el proceso participativo, como dispone la norma guipuzcoana, incentivando y contribuyendo a la realidad de la democracia participativa en el ámbito local, o que se busque la adhesión a un proceso participativo del ente local para su puesta en marcha (como es posible observar en el caso de la Ley de la Emilia-Romagna) (38).

(37) Lo paradójico de todo esto es que no es el tema de la consulta el que puede plantear problemas de inconstitucionalidad, por lo que ninguna necesidad tiene este proyecto de acotar dicho ámbito más allá de la referencia genérica a asuntos de interés para la Comunidad Autónoma o una fórmula parecida. Sobre las consultas populares a nivel autonómico vid, por todos, CASTELLÀ ANDREU (2011).

(38) Las previsiones pueden extenderse, por otro lado, a la configuración de instituciones que puedan centrarse en la participación a nivel local. En tal sentido, el «Núcleo técnico de integración con las autonomías locales», en el caso de la ley italiana de la Emilia-Romagna, concebido como órgano de coordinación y guía para la participación.

En general, estas previsiones, cuando se han recogido, lo han hecho en la propia normativa base (como ocurre en el caso del plan interdepartamental catalán). En los casos canario y valenciano, sin embargo, es reseñable la omisión que realizan a este ámbito. Pero ello no ha impedido que, con carácter previo a la aprobación de la Ley valenciana, se elaborará la Carta de Buenas Prácticas en la Administración Autonómica y Local, de 15 de enero de 2008. El documento contiene 16 principios, y fue firmado entre la administración autonómica y local al objeto de favorecer la participación ciudadana en la gestión pública. Con él se potencia el compromiso de acercar la administración a la ciudadanía, mediante la promoción de la diversidad cultural y de una labor administrativa transparente, receptiva, coherente, eficaz y sensibilizada con el medio ambiente. De otro lado, el texto supone la recepción de las recomendaciones del Consejo de Europa (Agenda de Budapest para la Buena Gobernanza Local y Regional), y la Declaración de Valencia adoptada en la XV Conferencia de Ministros Europeos responsables de administraciones locales y regionales. Como expone la Carta, con las buenas prácticas acordadas en el texto se camina hacia una forma de gobierno conocida como «Gobernanza», *«caracterizada y definida por la idea de compartir la responsabilidad entre los actores públicos y diferentes entidades o asociaciones que se incorporan a la toma de decisiones de formas muy variadas, con el fin de definir políticas y regular servicios de forma coordinada y compartida»* (Principio nº 2). De esta forma se pretende que la ciudadanía asuma la idea de que las políticas públicas están, efectivamente, dirigidas al interés público, incrementándose de este modo la confianza de aquélla en los gestores públicos.

Por su parte, el texto canario se muestra también excesivamente cauteloso frente al ámbito local, pues cuando se detectan ámbitos en los que podrían haberse implicado los entes locales, éstos son omitidos. Por ejemplo, al señalarse que corresponde a la Administración pública canaria la promoción de Códigos de Buen Gobierno.

Todo ello no impide para reconocer, sin embargo, que se trata de un ámbito escasamente explorado en estas leyes de participación ciudadana, pero con notables potencialidades.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LEYES AUTONÓMICAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: UN VIAJE SIN RETORNO

Del modelo democrático constitucional se ha destacado, en innumerables ocasiones, la parquedad con que la Carta Magna abordó los instrumentos democráticos. El marco histórico en que aquella fue gestada permite explicar que su objeto prioritario fuera la «representación política» —democracia representativa— articulada a través del art. 23 CE y de otros concretos preceptos (arts. 68-69, 151.1, 140), con un tratamiento más acabado, y predominando la democracia «gobernada», en lugar de la democracia «gobernante» (en palabras de Burdeau). Todo ello al margen de puntuales instrumentos de «participación

directa» (arts. 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3, 168.3, y Disposición Transitoria 4ª.1 CE: diversas modalidades de referéndum y autorización de consultas populares), el derecho de petición (art. 29), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3), y el régimen de concejo abierto (art. 140).

La «democracia participativa» (39), entendida en el modo en que lo hizo el Profesor Pizzoruso, a saber, como participación ciudadana, ya sea de forma individual o colectiva, en asuntos que directa o indirectamente les afectan y que, articuladas en un proceso, éste concluye con la decisión final adoptada por el poder público (40), permite observar que la capacidad «decisional» es el elemento clave de distinción.

En un intento por precisar conceptos, por algún sector se ha intentado deslindar la figura del referéndum (democracia directa por antonomasia), de otras figuras que la mayor parte de los desarrollos autonómicos, y en particular los modelos valenciano y canario, parecen querer englobar en la denominada «democracia participativa»: foros, paneles, sondeos, espacios de debate, jurados, etc. Y se ha hecho señalándose que mientras el referéndum es una llamada «solemnizada» al cuerpo electoral a través de un procedimiento en el que se garantiza el cumplimiento de una serie de requisitos legales semejantes al derecho de sufragio, y que afecta al conjunto de la ciudadanía, en la denominada «consulta popular» —donde estarían todos los mecanismos citados—, no tendría por qué darse esta última circunstancia, tratándose de conocer la «opinión» de la ciudadanía sobre cualquier aspecto de la vida pública.

Desde otro punto de vista, también podría decirse que en realidad la consulta popular es «el género», mientras el referéndum sería «la especie» (41), lo que significaría que la consulta popular y el referéndum, integran un mismo modelo democrático, el directo, lo que implica configurar todos estos instrumentos desde la mera idea de «consulta» a la ciudadanía. A nuestro juicio, sin embargo, y aun siendo conscientes de que esto no encaja en la doctrina del Tribunal Constitucional, sólo el referéndum vinculante supone otorgar esa «capacidad decisional» definitiva a la ciudadanía, articulándose de este modo como auténtica democracia directa, mientras el resto de consultas (entre las que incluso englobaríamos el referéndum no vinculante), son en realidad «democracia participativa», pues la capacidad decisional última recae en el poder público y no en la ciudadanía. Desde esta óptica parecen haberse construido en líneas generales, las normas canaria y valenciana.

Más allá de que a nuestro juicio los planteamientos teóricos sobre la democracia «participativa», completados con los posteriores argumentos

(39) Sobre la discusión y práctica en torno a la democracia participativa en España, vid. RUBIO NÚÑEZ (2007, pp. 96 ss.).

(40) PIZZORUSO (1973, pp. 1473 ss.).

(41) Cfr. ALVAREZ CONDE (2010, pp. 94-95).

«deliberativos» (42), supongan un paso más en el ideal democrático, trascendiendo la idea de mera consulta para llegar a una bidireccionalidad más comprometida y articulada, es lo cierto que estos debates no parecen haber sido explorados con profundidad por las leyes que han sido objeto central de comentario en estas páginas. La unidireccionalidad —en un sentido u otro, desde la ciudadanía al ente público o la inversa—, la articulación de concretos derechos —en algunos casos reiterativos de otras normas, y en otros de difícil plasmación práctica como en el caso de la iniciativa reglamentaria—, la previsión de puntuales instrumentos coyunturales para la participación, el carácter excesivamente principialista en algunos pasajes de estas normas, o su timidez respecto al ámbito local, parecen haber sido la tónica dominante en estos primeros modelos. Quizá, en tal sentido, el hecho de haber sido normas pioneras haya supuesto sacrificar un debate más reflexivo y atento sobre el modelo de participación ciudadana a que se aspiraba así como del excesivo voluntarismo que encerraban estas leyes. Lo cierto, en cualquier caso, es que han abierto dicho debate, sirviendo de impulso para una viaje de no retorno hacia una democracia participativa más acabada y comprometida. Buena prueba de ello son los futuros desarrollos normativos a que se aspira, por ejemplo, en el caso de Canarias (reglamento de participación y futura ley autonómica de transparencia).

Si el objetivo era superar la evidente desafección y apatía democrática que existe, trascendiendo el momento de la «decisión» misma sobre las normas y las políticas públicas con el oportuno fomento del «momento deliberativo», estas normas parecen haber contribuido a ello, si no siempre de un modo directo o incluso acertado, sí abriendo esta necesaria reflexión para colocarla en las agendas políticas autonómicas. Y el contexto actual de crisis, más allá de haber apagado en general el debate, debería servir para abrirlo más o para retomarlo. No resulta fácil, como se evidencia de la misma puesta en práctica de las leyes canaria y valenciana, pero su carácter pionero no debería caer en el olvido. Otras Comunidades Autónomas son, por lo demás, testigo y ejemplo de ello.

El reto es seguir dando pasos, pues la democracia participativa no pretende sólo el incremento del decisionismo ciudadano —para ello valdrían instrumentos unidireccionales (iniciativas ciudadanas, dar audiencias, portales informativos, por poner sólo algún ejemplo)—, sino el acercamiento de la ciudadanía a sus representantes a través de un proceso deliberativo que permita reducir esa distancia tantas veces denunciada entre aquellos.

Ya no es posible olvidar que la democracia participativa sirve de valioso cauce «complementario» para el alcance de los propios fines de la democracia representativa, pues ésta no supone —o no debería suponer— un actuar independiente de quien gobierna, sino más bien una representación «dialogica» lo más cercana y sensible posible hacia los intereses de las personas representadas, según la concepción teórica de Pitkin sobre el mismo concepto de representa-

(42) BAÑOS (2006, pp. 35-58).

ción (43). Y es que la realidad creciente —iniciada en los años 60 del pasado siglo— de la «democracia participativa», parece retomar el ideal de la «libertad de los antiguos» —participación activa y continua en el poder colectivo, en palabras de Constant—, como sustrato para un mejor ejercicio de la «libertad de los modernos» —disfrute apacible de la independencia privada, según el clásico autor citado, jugando la representación política al respecto un papel clave—. Ello implica, en definitiva, desechar la idea de «oposición» entre ambos modos de ejercer la democracia por la ciudadanía. Aun con los riesgos de que complejas leyes como estas puedan convertirse en «leyes de política de legislatura», no dejan de ser leyes, y como tales nos recuerdan que la democracia participativa es una apuesta del máximo representante de la soberanía popular.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEGRETTI, Umberto (2010): «Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia», en U. Allegretti, *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2010): «Consultas populares. Mesa de expertos. Política normativa en materia de participación ciudadana del Gobierno de Aragón», *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, n° 1.
- BAÑOS, Jessica (2006): «Teorías de la democracia: debates actuales», *Andamios*, vol. 2, n° 4.
- BIFULCO, Raffaele (2008): «Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione», *Democrazia e Diritto*, n° 2.
- (2010): «Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di Democrazia», en Allegretti, Umberto, *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze.
- BLONDIAUX, Loïc (2007): *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Seuil, Paris.
- CASTEL GAYÁN, Sergio (2011): «Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿Hacia una democracia participativa?», *Revista catalana de dret públic*, n° 43.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria (2011): «Las consultas populares en la STC 31/2010», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique, ROSADO VILLAVARDE, Cecilia (Dirección), SANJUÁN ANDRÉS, Francisco Javier (Coordinador), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IDP, Madrid.

(43) Así, en una obra ya clásica, PITKIN (1985). Vid. asimismo, GARCÍA GUTIÁN (2009, pp. 21 ss.).

- DE OTTO, Ignacio (1984): «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 10.
- FLORIDIA, Giuseppe (2007): «La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure. Il caso de la legge regionale toscana sulla partecipazione», *Le istituzioni del federalismo*, nº 6.
- (2008): «Democrazia deliberativa e processi decisionali: la legge Della Regione Toscana sulla partecipazione», *Stato e Mercato*, nº 82.
- GARCÍA GUTIÁN, Elena (2009): «Representación y ciudadanía: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas», en MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel *Participación y representación política*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORI, Luca (2006): *Immaginare pratiche democratiche*, Università di Pisa, Pisa.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes (2008a): «Los derechos de participación en los Estados de Autonomía recientemente reformados», *Revista de Derecho Político*, nº 73.
- (2008b): «Democracia y participación», *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 37.
- PITKIN, Hanna (1985): *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PIZZANELLI, Giovanna (2008): «Alcune note di commento alla legge regionale Toscana che promuove la partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locale (l.r. 27 dicembre 2007, n. 69)», *Le Istituzioni del Federalismo*, 1.
- PIZZORUSO, Alessandro (1973): «Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa», en VV.AA., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. III, CEDAM, Padua.
- ROBBE, François (2007): *La démocratie participative*, L'Harmattan, Paris.
- ROUSSOPOULOS, D. y BENELLO, C.G. (2005): *Participatory Democracy. Prospects for Democratizing Democracy*, Black Rose Books, Montréal.
- RUANO DE LA FUENTE, José Manuel (2010): «Contra la participación: discurso y realidad de las experiencias de participación ciudadana», *Política y Sociedad*, nº 3.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael (2007): «La guerra de las democracias», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 16.
- VV.AA. (2008): número monográfico «Repensando el Estado democrático», *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 37.
- VV.AA. (2010): *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, nº 1.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL PROYECTO DE LEY: 1. La elaboración del Proyecto de Ley. 2. Objeto y carácter básico del Proyecto de Ley. 3. La posición de la Ley en el ordenamiento: A) El acceso a la información por los interesados en los procedimientos administrativos. B) Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.– II. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL DERECHO: 1. Sujetos titulares y legitimación. 2. Sujetos obligados: A) Entidades del sector público. B) Otras entidades. 3. El objeto del derecho de acceso: la información pública: A) Información pública y documentos públicos. B) Información pública elaborada o adquirida.– III. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO: 1. Consideraciones generales: A) La aplicación de los límites. B) El acceso parcial. 2. Los límites sustantivos. 3. Protección de datos personales: A) Delimitación de los ámbitos de aplicación LTAIP y LOPD. B) Acceso a datos especialmente protegidos. C) Acceso a datos no especialmente protegidos. 4. Las excepciones formales.– IV. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: 1. Solicitud de acceso a la información. 2. Tramitación. 3. Terminación: A) Órgano competente. B) Plazos. C) Sentido del silencio. D) Resolución. 4. Unidades de Información y otras medidas organizativas. 5. Formalización del acceso: A) Forma y formato de acceso. B) Gratuidad y contraprestación económica.– V. RÉGIMEN DE IMPUGNACIONES: 1. La Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios. 2. Carácter sustitutorio y potestativo de la reclamación. 3. Ámbito subjetivo de la reclamación. 4. Régimen de la reclamación ante la Agencia Estatal. 5. Memorias e informes estadísticos. 6. Reclamación en el ámbito autonómico y local.– VI. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS: 1. Información al público. 2. Formación de las autoridades y agentes públicos. 3. Gestión documental y archivos. 4. Medidas sancionadoras. 5. El papel de la legislación autonómica.– VII. FINAL.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este trabajo se realiza un estudio de urgencia del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2012, tras someterlo previamente, en una decisión sin precedentes, a consulta pública. Fundamentalmente, se analiza si el Anteproyecto responde a los estándares mínimos contenidos en el Convenio sobre acceso a los documentos públicos, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008, y que presumiblemente habrá de ratificar nuestro país.

Palabras clave: transparencia; acceso a la información pública.

ABSTRACT: This work is a study of urgency of the project of law of transparency, access to public information and good government, approved by the Council of Ministers on July 27, 2012, tested previously, in an unprecedented decision, public consultation. Fundamentally, we analyse whether the draft responds to the minimum standards contained in the Convention on access to official documents, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 27 November 2008, and that presumably will ratify our country.

Key words: transparency of public authorities, right to access to official documents.

I. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL PROYECTO DE LEY

1. La elaboración del Proyecto de Ley

El precedente inmediato del actual Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno fue la Proposición de Ley, de idéntica denominación, que presentó el Grupo Popular en el Congreso el 28 de junio de 2011, pues constituye la principal fuente de inspiración del primer anteproyecto de ley, y que, a diferencia de los borradores anteriores, incluye un capítulo dedicado al Buen Gobierno (1).

En cumplimiento de uno de los compromisos anunciados por el candidato a Presidente del Gobierno en el discurso de investidura, a propuesta del Ministerio de Presidencia, el Consejo de Ministros del 23 de marzo de 2012 adoptó dos decisiones históricas: aprobar el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIP), y publicarlo en la web del Ministerio de Presidencia con la finalidad de someterlo a una consulta pública (2).

Con independencia del mayor o menor acierto del contenido del anteproyecto, la decisión de abrir a la ciudadanía el proceso de elaboración del texto legal es ciertamente plausible, pues nada más nefasto que gestar leyes de transparencia desde la opacidad. Sin embargo, el proceso no resultó del todo satisfactorio. Por su parte, la respuesta de la ciudadanía fue elevada, pues se formularon casi 3.700 aportaciones «de muy diversa índole y muy diferente calado» (3).

(1) BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie B, 15 de julio de 2011, núm. 326-1.

(2) Texto obtenido el 26 de Marzo de 2012.

Fuente: <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>

(3) El perfil de los sujetos que participaron en la consulta fue diverso: junto a ciudadanos individuales intervinieron Administraciones Públicas, asociaciones profesionales, organizaciones activas en materia de transparencia y otros colectivos.

Sin embargo, el proceso ulterior fue, paradójicamente, poco transparente. No se publicaron las alegaciones y sugerencias formuladas, ni tampoco el informe elaborado por la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes del Ministerio de la Presidencia sobre la consulta pública. Pero, además, este informe es meramente descriptivo de las alegaciones formuladas que se consideraron más destacadas. Falta un informe valorativo de las mismas, cuando es evidente que un verdadero proceso participativo comporta un diálogo entre las partes, inexistente en este caso. Además, la experiencia fue un tanto desarticulada, pues no se brindó una participación específica a las organizaciones sociales y profesionales que se han destacado en la promoción de este derecho. Por tanto, esta primera experiencia se quedó en un esbozo, un tanto frustrado, de proceso participativo.

Tras la valoración de la consulta pública, el Gobierno modificó el 18 de mayo de 2012 el Anteproyecto, mejorando sobre todo la configuración de la reclamación especial prevista en la versión inicial. Seguidamente se remitió el Anteproyecto a informe de la Agencia Española de Protección de Datos, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, curiosamente al mismo tiempo que se designaba un comité de expertos desde Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, dependiente del mismo Ministerio de Presidencia.

Una vez evacuados los informes de los órganos indicados (a los que tampoco se dio publicidad), pero aún sin concluir sus sesiones de trabajo el comité de expertos, el Consejo de Ministros, aprobó el 27 de julio de 2012 el ya Proyecto de Ley, acordando su remisión a las Cortes Generales. En general, este nuevo texto incorpora en materia de transparencia múltiples mejoras, generalmente de detalle, a sugerencia del Consejo de Estado, así como sigue casi al pie de la letra el informe de la AEPD en relación con la ordenación de la protección de los datos personales.

Finalmente, el proyecto fue calificado por la mesa del Congreso el 4 de septiembre, y en la fecha en la que se cierra este trabajo el plazo de presentación de enmienda ha sido objeto de múltiples prórrogas (4).

2. Objeto de la Ley y carácter básico del Proyecto de Ley

Según declara la propia LTAIP —art. 1—, esta Ley «tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento». De este modo, y por razones anudadas a la coyuntura político-económica, en un mismo texto de Ley se han ordenado las temáticas referentes a la transparencia y al llamado

(4) BOCG 10 A 19-1, 7 septiembre de 2012.

un tanto ostentadamente «buen gobierno» (en realidad, un conjunto de modificaciones en el régimen de altos cargos). Ahora bien, la vinculación de ambos materias obedece a criterios exclusivamente de política legislativa, como prueba el hecho de que la refundada Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, a la que se asignan importantes cometidos en materia de transparencia y acceso a la información pública, carece, en cambio, de competencia alguna en materia de «buen gobierno». En todo caso, en este estudio nos limitaremos a los preceptos referentes al acceso a la información pública.

De otro lado, la propia Ley (disposición final séptima) declara que trata de una norma básica, dictada al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución, con la excepción de un par de preceptos (los apartados 1 y 2 del artículo 7 y el apartado 2 del artículo 18) referidos expresamente a la Administración General del Estado. En nuestra opinión, la referencia al artículo 149.1.18 CE debe entenderse referida no al llamado «procedimiento administrativo común» (de competencia plena estatal, puesto que procedimiento administrativo común sólo puede haber uno), sino al título competencial relativo a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», competencia compartida con las Comunidades Autónomas, a las que corresponde una competencia de desarrollo legislativo, más allá de la mera adaptación de de la ordenación estatal a las especialidades de su organización propia (que es lo que permitiría el título relativo al procedimiento administrativo común) (5).

Asimismo, la LTAIP deroga la desafortunada ordenación del régimen general de acceso a los archivos y registros contenida en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el cual pasa a tener la siguiente redacción (Artículo 37: *Derecho de acceso a la información pública*): «Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación» (disposición final primera).

Esta derogación y remisión expresa a la LTAIP es acertada, para evitar los problemas de concordancia de textos tan divergentes que habría supuesto mantener la redacción original del artículo 37, si quiera con efectos supletorios. Ahora bien, en el ordenamiento español, estatal y autonómico, existen múltiples remisiones expresas al artículo 37 LRJPAC, que deberán entenderse referidas ahora a la LTAIP. En particular, la exigencia de que el procedimiento administrativo haya terminado, debe entenderse derogada. Con todo, pueden

(5) Así, todas las Comunidades Autónomas disponen de competencia de desarrollo legislativo en relación con el régimen jurídico no sólo de la Administración autonómica sino también de las Administraciones Locales de su territorio.

suscitarse algunos problemas de interpretación en relación con la exigencia de un interés legítimo.

3. La posición de la Ley en el ordenamiento

A) El acceso a la información por los interesados en los procedimientos administrativos

Uno de los puntos débiles de la ordenación de la LRJPAC vino determinado por la cláusula en virtud de la cual se regirán por sus disposiciones específicas el acceso a un conjunto de registros y archivos administrativos —art. 37.6—. De este modo, la regulación del derecho de acceso contenida en la LRJPAC en lugar de constituir una Ley básica de mínimos, se configuró como una simple Ley general, que puede ser desvirtuada por cualquier norma sectorial en virtud del principio según el cual la Ley especial desplaza a la Ley general. El resultado no es otro que relegar la ordenación contenida en la LRJPAC a una mera norma de referencia general, y que ha dado lugar a situaciones paradójicas.

Pues bien, a este respecto, la LTAIP (disposición adicional primera, *Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública*) establece dos reglas. En primer lugar, se declara que la «normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo». Obsérvese que este régimen especial presenta dos coordenadas: una subjetiva (los interesados), y otra temporal (procedimiento en curso). Y a este supuesto no es de aplicación la aplicación supletoria prevista en el apartado tercero, el cual únicamente hacer referencia al apartado segundo. Se trata, asimismo, de un criterio seguido en otros países que cuentan con una legislación sobre procedimiento administrativo (6).

El problema es que nuestra LRJPAC no ordena con el suficiente detalle este acceso de los interesados al expediente. La LRJPAC —art. 35.a)— declara, en efecto, el derecho de los que tengan la condición de interesados a conocer, en cualquier momento, «el estado de tramitación de los procedimientos y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos». Pero no es claro el alcance de este derecho a conocer «el estado de tramitación de los procedimientos», ni sus límites (el artículo 84.1 se remite al artículo 37.5 que deroga la LTAIP) y plazos (que no se indican en norma alguna). Más aún, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, parece consagrar no un acceso, más o menos completo o parcial, al expediente en sí, sino a una «información sobre el estado del procedimiento» —art. 37—.

(6) Esta información es calificada tradicionalmente por la legislación administrativa (en la actualidad por el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero) como «información particular», y su reconocimiento es muy anterior al derecho de acceso a la información pública como derecho ciudadano.

De este modo, puede suceder que a una persona que tenga la condición de interesada en un concreto procedimiento le sea más ventajoso ejercer el derecho de acceso de la LTAIP. Y, al menos, una cosa está clara: tras la modificación efectuada de la LRJPAC, no puede restringirse el acceso a procedimientos en curso de tramitación a los interesados en los mismos, por lo que si cualquier persona puede ejercer el derecho de acceso de la LTAIP en relación con procedimientos abiertos (otra cosa será si es de aplicación alguna excepción), ¿por qué no van a poder ejercerlo los interesados en el procedimiento?

B) Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública

De otro lado, la LTAIP (disposición adicional primera, *Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública*) declara que se «regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». Y, añade, «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental, a la destinada a la reutilización y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión». A la vista del apartado primero, el segundo parece superfluo, pues nada añade al mandato de supletoriedad del primer apartado.

Esto es así debido a que, originalmente, en el Anteproyecto de Ley no se contemplaba la supletoriedad de la Ley en el apartado primero. De este modo, existía un claro desequilibrio entre el apartado segundo y el tercero de la disposición, pues el apartado segundo reenviaba sin más a cualquier «normativa específica», mientras que el apartado tercero prevé la aplicación supletoria de la LTAIP exclusivamente en tres supuestos, de tal modo que en el resto de los casos de normativas específicas la LTAIP ni siquiera sería de aplicación supletoria, lo cual era una situación aún más desacertada que la resultante de la LRJPAC, que al menos se venía entendiendo como norma supletoria. Al menos, esta incoherencia fue corregida en el Proyecto de Ley, tras el dictamen del Consejo de Estado.

Es evidente que normas específicas en materia de acceso van a existir necesariamente, y no sólo las referidas por la LTAIP (piénsese en el acceso de los electos locales a la documentación de la Corporación Local regulado en la Ley Básica de Régimen Local, o el llamado derecho a conocer los orígenes biológicos, reconocido en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional). Sin embargo, de una ley que tiene por objeto garantizar a los ciudadanos un tratamiento común en sus relaciones con todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE) es legítimo reclamar que, sin perjuicio de normas sectoriales, dicha ley constituya una plataforma de garantías mínimas, que no deben ser menoscabadas por la normativa sectorial. En cambio, la LTAIP se limita a ordenar una aplicación supletoria, quedando la Ley en una posición

claudicante, que reproduce la defectuosa situación de la LRJPAC. Así, el propio Consejo de Estado señaló en su dictamen que una interpretación extensiva de la disposición adicional primera podría determinar que la normativa contenida en el anteproyecto se aplicara únicamente de forma residual.

Todavía más, la LTAIP ni siquiera exige que tales normativas específicas tengan una adecuada cobertura legal, por lo que permite una simple deslegalización por vía de normativa especial de las garantías establecidas en la misma. Piénsese que muchas de estas ordenaciones especiales son, en realidad, normas que se limitan a imponer límites adicionales al derecho de acceso. Además, debe recordarse que el Convenio núm. 205 —art. 3.1— exige que los límites al derecho de acceso deberán estar previstos por una ley, ser necesarios en una sociedad democrática.

Finalmente, como se ha dicho, la LTAIP declara su aplicación supletoria en tres supuestos. En primer lugar, respecto al acceso a la información ambiental. En este caso, es de aplicación preferente la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que incorpora al ordenamiento español la Directiva 2003/4/CE de acceso a la información en materia de medioambiente. No obstante, como se indica a lo largo de este trabajo, sucede que en general las disposiciones de la Ley 27/2006 son más avanzadas que las establecidas en la propia LTAIP, de modo que la aplicación de la LTAIP puede ser contraria a la Directiva 2003/4/CE. No obstante, cabe preguntarse si en caso de denegación o limitación del derecho de acceso a la información medioambiental ¿puede el interesado hacer uso de la reclamación especial previsto en la LTAIP? Entendemos que en este caso sí es de aplicación supletoria la LTAIP, pues la información medioambiental no deja de ser información pública.

En segundo lugar, la LTAIP se refiere al acceso a la información destinada a la reutilización. Sucede, sin embargo, que la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, se remite en materia de acceso al «régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora» —art. 1—. Y, como se verá más adelante, no se puede condicionar el régimen de acceso en virtud de un potencial uso u otro.

Por último, y en tercer lugar, la LTAIP se refiere al acceso a la información «obstante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión». A este respecto, debe recordarse que la LRJPAC —art. 37.1 y 6.g)— parecía sustentarse en la distinción entre archivos administrativos —a los cuales sería de aplicación el régimen de acceso de la LRJPAC— y archivos históricos —rigiéndose el acceso a sus fondos documentales por las correspondientes disposiciones específicas—. Sin embargo, esta remisión no dejaba de ser problemática, pues no concordaba con lo establecido en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

En cambio, la LTAIP parece adaptarse a la clasificación de archivos contenida en la moderna legislación, dando entrada a los llamados archivos de oficina o gestión (7). Y, sobre todo, la LTAIP se coordina en este punto con lo dispuesto en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, el cual establece el procedimiento común para el acceso a los documentos obrantes en los archivos de la Administración General del Estado, así como de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ella, «que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión» —art. 23.2—.

De entrada, cabe ya señalar que, mientras la LRJPAC —art. 37.6.g)—ordenaba su aplicación hasta el momento en que el documento ingresaba en un archivo histórico, de modo que era de aplicación en todas las etapas previas del ciclo documental (archivos de oficina, centrales e intermedios), la LTAIP opta por el criterio inverso: sólo es de aplicación en la primera etapa del ciclo vital, la de archivo de oficina, pues a partir de que el documento se transfiera al archivo central, su acceso pasaría a regirse por la legislación de archivos (de acuerdo con el Real Decreto 1708/2011).

Asimismo, debe señalarse que la noción indicada de «archivos de gestión o de oficina», que da por supuesta la LTAIP, y el ámbito de aplicación del acceso a los documentos previsto en la legislación de archivos no se encuentra en una norma básica, sino en una disposición aplicable exclusivamente a la Administración General del Estado, por lo que pueden existir divergencias en la aplicación de la LTAIP, que no se olvide es una ley básica, en función de la legislación de archivos de cada Comunidad Autónoma (que, por cierto, se aplica también a los archivos locales) (8).

En mi opinión, y dejando de lado que la teoría del ciclo de vida de los documentos y las fases de archivo está viéndose superada gracias a los avan-

(7) Según el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, los archivos de oficina o de gestión (que forman parte del Sistema de Archivos de la Administración General del Estado —art. 8-) son aquellos archivos existentes en todos los órganos y unidades administrativas para la custodia de los documentos en fase de tramitación o sometidos a continua utilización y consulta administrativa —art. 9—. De acuerdo con el llamado ciclo vital de los documentos, se añade que una vez concluida la tramitación de dichos documentos o su etapa de utilización y consulta, «serán objeto de transferencia al archivo *central* del Departamento respectivo, de acuerdo con los plazos establecidos durante el proceso de valoración».

(8) Además, no debe olvidarse que prácticamente toda la información pública objeto del derecho de acceso, de acuerdo con la LTAIP, está contenida en documentos que desde el mismo momento de su creación forman parte del patrimonio documental y, por ende, patrimonio histórico o cultural, y por ello sujeta a las determinaciones también en materia de acceso contenidas en la legislación correspondiente, determinaciones que no suelen estar condicionadas al ingreso del documento a una determinada categoría de archivo.

ces de la doctrina y la normativa técnica archivística internacional, más aún en el contexto actual de la documentación electrónica, tanto el planteamiento de la LRJPAC como el de la LTAIP son erróneos. Al margen de los documentos depositados en archivos históricos sujetos al régimen de libre consulta regulado obviamente en la LPHE —art. 57.1.a)—, en el resto de los casos se aplicará el régimen general (antes el de la LRJPAC y ahora el de la LTAIP), salvo que los documentos en cuestión tengan la antigüedad mínima fijada en la LPHE art. 57.1.c)—, y ello con independencia de cuál sea el archivo en el que circunstancialmente se encuentre el documento o, como sucede en no pocas ocasiones, aun cuando no se localice en ningún archivo propiamente dicho, tal como ha expresado alguna ley autonómica con buen criterio, pues en la práctica los procesos de transferencia de documentos pueden sufrir toda suerte de vicisitudes. Y este es el criterio que se sigue en otros ordenamientos. Y, en cualquier caso, una norma que pretende garantizar un tratamiento común de los administrados en sus relaciones con las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) debería establecer un régimen común, con independencia del archivo en el que, circunstancialmente, se encuentren los documentos públicos.

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL DERECHO

1. Sujetos titulares y legitimación

La LTAIP —art. 9— declara que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española. En relación con lo establecido en el propio art. 105.b) CE que cita la Ley, ésta presenta como novedad la sustitución del término «ciudadanos» que emplea la CE y la LRJPAC —art. 37.1—, por la expresión de «Todas las personas». En este sentido, la Ley se adapta al Convenio núm. 205 el cual declara: «Cada Parte garantizará el derecho de toda persona, sin discriminación de ningún tipo» —art. 2.1—, siguiendo, asimismo, el criterio de otras leyes reguladoras de derechos constitucionales.

Y lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido expresamente la titularidad de este derecho por parte extranjeros y de las personas jurídicas. No obstante, en el caso de que la información sea solicitada por una Administración pública, se ha suscitado si era de aplicación, no el artículo 37 LRJPAC, sino el deber de información entre Administraciones ordenado en el artículo 4.c) LRJPAC. En todo caso, la LTAIP zanja cualquier duda en este punto. En definitiva, puede afirmarse que este derecho informativo es de titularidad universal.

Asimismo, debe entenderse que no es exigible que la persona que ejerce el derecho tenga domicilio o sede en el país. Así, aun cuando la LRBRL —art. 18.1.e)— reconoce este derecho a los «vecinos», la jurisprudencia, a partir del art. 70.3 LRBRL, que habla nuevamente de «ciudadanos», ha rechazado que los Ayuntamientos exijan la condición de vecino. En tal sentido, Ley 27/2006 declara

el derecho a de «todos» a acceder a la información ambiental «cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede» —art. 3.1.a)—.

Ahora bien, sin perjuicio de la titularidad universal del derecho, ¿cualquier persona está legitimada para acceder a cualquier información pública? La LRJPAC no explicitó que para el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos no sea necesario alegar un interés legítimo, si bien era fácil llegar a esta conclusión a partir de una interpretación conjunta de los arts. 35.a) y 37.1, admitiéndose en el primero el acceso al expediente en cualquier momento a los interesados en el procedimiento, y exigiendo en el segundo para el acceso por parte de los ciudadanos (sin mayor cualificación) la terminación del correspondiente procedimiento administrativo.

Destaca en este punto la ejemplar sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999\3246), la cual señala que las limitaciones establecidas en el artículo 31 LRJPAC, «resultan sólo de aplicación a la noción de interesado referida a un procedimiento concreto ya iniciado y pendiente de resolución o resuelto por la Administración [Art. 35 a)], y no a los particulares que se hallan en el trance previo de reunir o recopilar toda la información necesaria para formar un adecuado conocimiento de su situación y derechos frente a los poderes públicos, pues en este sentido ha de tenerse en cuenta que el art. 37 de dicha Ley a los efectos legitimadores para la obtención de información *sólo exige ostentar la cualidad de ciudadano*».

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones los tribunales entran a valorar la existencia o no de interés legítimo por parte del solicitante para acceder a la información (9). La razón de la persistencia de este planteamiento parece estar en el traslado a este ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y el poder público de la legitimación para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. El criterio asentado en el ámbito jurisdiccional según el cual el interés legítimo exigido por el artículo 24 CE, si bien es más amplio que el interés directo reclamado por la antigua LJCA, requiere un interés en sentido propio, cualificado o específico, de modo que no es suficiente legitimación el interés abstracto en el cumplimiento de la legalidad, que sólo legitima en aquellos campos de la actuación administrativa en que por ley esté reconocida la acción pública (entre muchas, STC 257/1988), parece llevar a los tribunales a exigir a la hora de acceder a la documentación pública algún tipo de legitimación que permita un ulterior control jurisdiccional.

Ciertamente el derecho de acceso a la documentación pública es esencialmente un derecho instrumental, esto es se ejercita el derecho no como una finalidad en sí mismo, sino para otros fines de los más variados: desde finalidades altruistas como la protección de intereses públicos —el medio ambiente, el patrimonio cultural —, a intereses estrictamente personales —como el derecho a la intimidad—, incluidos los intereses patrimoniales como los comerciales. Pero

(9) Véase por todas la reciente STS 2 de noviembre de 2011, rec. 811/2008.

lo fundamental es que no deben invertirse los planos: es decir, la Administración no debe entrar a prejuzgar los eventuales fines del sujeto interesado para condicionar el acceso, tal como magistralmente ha expresado nuestro Tribunal Supremo en aplicación de la LRJPAC (10).

En todo caso, es común en las leyes de transparencia la regla en virtud de la cual el solicitante no debe estar obligado a justificar su interés, ni por tanto a motivar su solicitud. En este sentido, Ley 27/2006 declara el derecho a de todos a acceder a la información ambiental () *sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado* —art. 3.1.a)—. La LTAIP trata indirectamente esta cuestión al ordenar la solicitud de acceso, estableciendo que el solicitante podrá incluir los motivos por los que solicita la información y que deberán ser tenidos en cuenta cuando se dicte resolución. «No obstante, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud» —art. 14.3—. Con todo, habría sido mejor un precepto que, tal como exige el Convenio núm. 205 —art. 4.1—, declara expresamente que el solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento público (11).

2. Sujetos obligados

El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de acceso a los archivos y registros ordenado en la LRJPAC se infería del ámbito de aplicación de la propia Ley —art. 2—, constituido exclusivamente por las diferentes Administraciones públicas. Por su parte, la LTAIP declara que las disposiciones del Título I relativo a la transparencia se aplicarán a una serie de entidades mucho más amplia. Podemos diferenciar dos tipos de entidades.

A) Entidades del sector público

La LTAIP —art. 2.1— declara su aplicación a las entidades que seguidamente se detallan.

a) «La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración local». Este apartado se corresponde básicamente con el artículo 2.1 de la LRJPAC. Se trata de las llamadas Administraciones territoriales, que constituyen el núcleo del sector público. Únicamente señalar que, tanto el Convenio núm. 205 —art. 2.1.a)— como la Ley 27/2006 —art. 2.4.1.a)—, explicitan la sujeción del órgano de gobierno. En la medida en la que el Gobierno dirige la Administración General del Estado —art. 1 de la Ley 50/1997, de

(10) Antes citada STS de 30-3-1999, RJ 1999\3246.

(11) En este sentido, la Ley 11/2012 Foral de Transparencia y Gobierno Abierto declara que para el ejercicio de este derecho no será necesario motivar la solicitud ni invocar esta Ley Foral —art. 22.2—.

27 de noviembre, del Gobierno—, deben entenderse sujetos a la Ley, tanto los órganos unipersonales (Presidente, Vicepresidentes y Ministros) como colegiados del Gobierno (Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas del Gobierno).

A sugerencia del Consejo de Estado se introdujo el apartado siguiente: «Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este Título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación».

Se refiere la Ley a los Consejos Sectoriales y Comisiones Bilaterales de Cooperación, entre otros órganos de cooperación. En el caso de las Conferencias Sectoriales es cierto que estos órganos suelen crearse mediante acuerdo entre las Administraciones involucradas (aunque no es infrecuente la creación mediante Ley estatal), y sus funciones son de encuentro e intercambio de puntos de vista, examinar en común de los problemas y medidas proyectadas para afrontarlos —arts. 4.1 Ley 12/1983 y 5.1 LRJPAC—, sin embargo, formalmente, no dejan de estar integrados en la personalidad jurídica de la Administración General del Estado. Más confuso puede ser el caso de las Comisiones Bilaterales, que en algunos casos han sido incluso «estatutorizadas».

b) «Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad». Las tres primeras son las categorías de organismos públicos dependientes o adscritos a la Administración General del Estado, de acuerdo con la LOFAGE —art. 43.1—. La cuarta categoría se refiere a las llamadas Administraciones independientes —disposición adicional 10ª LOFAGE—. En puridad, tanto unos como otras encajan en el apartado siguiente.

c) «Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, incluidas las Universidades Públicas». A diferencia del apartado anterior, aquí no se hace referencia a categoría formal alguna, lo que permite abarcar cualquier tipo de entidad institucional, ya sea instrumental o independiente, típica o atípica, estatal, autonómica o local. De hecho, como se ha señalado, las entidades del anterior apartado encajan perfectamente en este. En todo caso, este apartado permite incluir a las Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, que no responden a un molde genérico, así como a los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren la LRJPAC —art. 6— y la legislación de régimen local.

d) «Las Corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo». Así, de modo similar, la Ley 27/2006 —art.

2.4.1.d)– sujeta a las Corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas «cuando ejerzan, con arreglo a la legislación vigente, funciones públicas». Lo cierto es que en ya en aplicación de la LRJPAC se admitió por la jurisprudencia el ejercicio del derecho frente a Corporaciones de Derecho Público. Asimismo, de acuerdo con la disposición adicional tercera, para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, las Corporaciones de Derecho Público podrán celebrar convenios de colaboración con la Administración Pública correspondiente o, en su caso, con el organismo que ejerza la representación en su ámbito concreto de actividad.

e) «El Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo». Se incluyen órganos constitucionales «en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo», que es lo mínimo a lo que obliga el Convenio núm. 205 —art. 1.2.a)—: «los organismos legislativos y autoridades judiciales, en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia». Y lo cierto es que ya se había admitido sin oposición la aplicación del artículo 37 LRJPAC a la Administración Parlamentaria (12).

No obstante, el legislador desiste de la posibilidad que ofrece el Convenio núm. 205 de extender la noción de autoridad pública a los organismos legislativos y autoridades judiciales «en lo que concierne al resto de sus actividades», debiendo aplicarse las normas ya existentes en relación a estos poderes públicos (13).

El Proyecto de Ley estatal extiende el tratamiento del poder legislativo al Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, de modo que estas instituciones únicamente están sujetas a la Ley «en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo». Para nosotros, esta limitación no se ajusta al Convenio núm. 205, pues a lo sumo podrán excluirse de la Ley las instituciones vinculadas al poder legislativo, como son el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, pero no el Consejo de Estado ni el Consejo Económico y Social, que en absoluto pueden calificarse de instituciones dependientes del poder legislativo. Compárese con la Ley 27/2006, la cual incluye expresamente en su ámbito de aplicación a los órganos públicos consultivos —art. 2.4.1.c)—.

Asimismo, en el ámbito judicial la LTAIP se limita al Consejo General del Poder Judicial, cuando el Convenio núm. 205 habla de «y autoridades judiciales». Ciertamente, la LOPJ —art. 104.2— establece que el gobierno del Poder Judicial

(12) STS de 6 de junio de 2005, rec. 68/2002, Cortes Generales. Y, de modo similar, el TRLCSP —art. 3.2.f)— incluye expresamente a estos órganos «en lo que respecto a su actividad de contratación»

(13) Artículos 107, 159, 233 y 266 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; artículos 63, 64, 95 a 98, 109 y 126 del Reglamento del Congreso de los Diputados, entre otros.

corresponde al Consejo General del Poder Judicial. Pero la LOPJ añade que, con «subordinación a él CGPJ), las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia ejercerán las funciones que esta Ley les atribuye». Pues bien, el acceso debería extenderse a la documentación relativa a estas funciones de gobierno.

De otro lado, se omite a la Casa del Rey o Jefatura del Estado. Ciertamente, el Convenio núm. 205 —art. 3.1— establece que los Estados pueden declarar que las comunicaciones oficiales con la Familia Real y su Casa Real o el Jefe de Estado también están incluidas entre las posibles limitaciones. Pero la LTAIP no hace esto, sino que de un modo un tanto vergonzante se limita a no contemplarlos en el ámbito de aplicación. Se trata de un doble error, pues deja fuera toda la información sobre la Casa Real, y no sólo la que permite el Convenio núm. 205, esto es la referente a las comunicaciones oficiales.

f) «Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100».

En aplicación de la LRJPAC alguna jurisprudencia había entendido que el derecho de acceso alcanza a los documentos en poder de entidades instrumentales dependientes de una Corporación Local, incluidas las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local, en relación a las cuales el abanico de potestades con que cuenta la Corporación local en orden al control contable, económico y financiero «hace difícil creer que la demandada no pueda disponer del documento solicitado». Se trataba, en todo caso, de un acceso mediato o indirecto. En cambio, se había rechazado la pretensión dirigida a un Ayuntamiento de acceder a documentación de una sociedad privada con participación minoritaria de capital público.

Por su parte, la LTAIP da el paso de incluir estas entidades jurídico-privadas integrantes del sector público como sujetos directamente obligados por la Ley, sujeción que no es exigida por el Convenio núm. 205, y ni se incluye expresamente en la Ley 27/2006 ni en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

Ahora bien, la LTAIP sigue un criterio tradicional cuantitativo o patrimonialista, que es el que ciertamente prevalece en la legislación administrativa (art. 2.1 Ley General Presupuestaria, art. 3.1 T.R. Ley de Contratos del Sector Público, art. 166 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas). Sin embargo, debe señalarse que en el Derecho Comunitario, precisamente a efectos de de transparencia de las relaciones financieras, se prima un concepto cualitativo, el cual ha sido incorporado también al ordenamiento español (14).

(14) Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

g) «Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones». Como sucedía con las entidades del apartado anterior, debe señalarse que la sujeción de estos sujetos no es exigida por el Convenio, ni se incluye expresamente en la Ley 27/2006. Sin embargo, la remisión a la legislación en materia de fundaciones para determinar cuáles son fundaciones del sector público, es una técnica dudosa, pues la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, se aplica exclusivamente a las fundaciones del sector público estatal, mientras que para las fundaciones autonómicas hay que acudir a la legislación propia de cada Comunidad Autónoma, y aunque en la práctica el criterio seguido sea similar, no parece razonable que la delimitación del ámbito de aplicación de una ley básica quede a criterio de las propias Comunidades Autónomas. Pero, además, sucede que no siempre coincide el criterio de la legislación estatal y autonómica. En nuestra opinión, habría bastado seguir el criterio del TRLCSP, el cual sí determina las fundaciones sujetas al mismo.

h) «Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo». Este sería el caso de las asociaciones creadas por entidades locales. Así, de acuerdo con la LRBR —disposición adicional 5ª—, las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en él, la legislación del Estado en materia de asociaciones.

En definitiva, a diferencia de la LRJPAC que limitaba su aplicación a las Administraciones Públicas en sentido estricto (territoriales o generales e institucionales o especializadas), la LTAIP extiende expresamente su ámbito subjetivo a los casi todos los órganos constitucionales y estatutarios (salvo la Jefatura del Estado), a las Corporaciones de Derecho Público y, sobre todo, a las entidades jurídico-privadas que integran el sector público. Lo cierto es que en relación con éstas últimas, ya alguna Ley autonómica había ordenado su sujeción de determinadas normas de transparencia, en los mismos términos que las Administraciones públicas.

B) Otras entidades

Dado el ámbito subjetivo de la LRJPAC era evidente que escapaban a al mismo las entidades jurídico-privadas, aun cuando ejercieran funciones públicas o prestaran servicios públicos. No obstante, ya en aplicación de la LRJPAC alguna sentencia había considerado accesibles, de forma mediata o indirecta, determinadas informaciones en poder de una entidad vinculada con la Administración en virtud de un convenio de colaboración.

La LTAIP —art. 3— añade que las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo

2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en este Título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público «en los términos previstos en el respectivo contrato» (15).

Este es el apartado más decepcionante en este punto, pues en lugar de declarar directamente sujetas a la Ley a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, se limita a declarar que «estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella (de la Administración) de las obligaciones previstas en esta Ley».

De este modo, la LTAIP sigue el criterio por el que se decantó en su día la derogada Ley 38/1995, de 12 de diciembre, de acceso a la información medioambiental, criterio superado por completo por la vigente Ley 27/2006, la cual considera —art. 2.4.2.º— «autoridades públicas» directamente a «las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior (es decir, las Administraciones Públicas).

Pero, sobre todo, esta delimitación incumple claramente el Convenio núm. 205, que califica directamente como «autoridades públicas» a «las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa». Sin perjuicio de que si una Parte lo desea considere «también» como «autoridades públicas» a «personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia». De este modo, el legislador puede no incluir a las personas que presten servicios públicos, pero es indudable que las que ejercen potestades administrativas (noción más estricta que la de ejercicio de funciones públicas) actúan «como una autoridad administrativa» (16).

(15) El Consejo de Estado sugirió la modificación del inciso final de este apartado, que, en el caso concreto de los adjudicatarios de contratos del sector público, remite la determinación del contenido y la extensión de esta obligación a lo que disponga el respectivo contrato. «Una previsión de estas características permitiría dejar a la voluntad de las partes la regulación concreta de esta obligación, pudiendo llegar a quedar desplazadas las previsiones contenidas en el anteproyecto y, con ello, modificarse por vía contractual los deberes de publicidad activa que la Ley impone. En consecuencia, se estima que sería más conforme con el espíritu de la norma disponer que la obligación prevista en este apartado “se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el artículo 6 de esta Ley y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público”. Sin embargo, esta sugerencia no fue atendida. En todo caso, parece obvio que el contrato no puede excluir el deber legal de publicidad, sino a lo sumo modular los aspectos accesorios de su cumplimiento.

(16) Debe señalarse que la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears —art. 2—, sí ha dado un paso más decidido en la dirección de sujetas a tales entidades privadas el principio de transparencia.

Como señaló el Consejo de Estado, el fundamento de esta obligación de facilitar a las Administraciones públicas determinada información «deriva de la especial vinculación de estos sujetos con la Administración —llegando en algunos casos a configurarse como una auténtica relación especial de sujeción—, así como de la naturaleza de las actividades que realizan y de las potestades que pueden llegar a ejercer. Estas circunstancias justifican que se les imponga la referida obligación de colaboración». Con todo, debido a la notoria vaguedad de las nociones empleadas por la Ley, no es claro el alcance del indicado deber de colaboración. Así, el Consejo de Estado declaró que debería aclararse el sentido o alcance que ha de darse al concepto de servicio público, dada la heterogénea variedad de actividades y supuestos que pueden quedar comprendidos dentro de esta expresión.

También indicó el Consejo de Estado que debería precisarse cuál es la información que deben facilitar, «ya que la expresión que a este respecto utiliza el precepto (« toda la información necesaria») no acota suficientemente el alcance de la obligación que en él se establece». En nuestra opinión, no existe aquí problema alguno, pues tal «información necesaria» será la que soliciten en cada caso los ciudadanos. También señaló el Consejo de Estado la conveniencia de aclarar si esa información debe proporcionarse *motu proprio* o previo requerimiento del sujeto que haya de recibirla (17). Asimismo, en nuestra opinión, si bien cuando existe un contrato es indudable la Administración a la que se encuentra vinculada la entidad privada, esto no sucede siempre, lo que puede ocasionar serias incertidumbres acerca de la Administración competente para reclamar la información.

Además, el Consejo de Estado puso de manifiesto que la ley no regulaba las consecuencias que el incumplimiento de esta obligación puede conllevar; «la determinación de tales consecuencias resulta importante no solo para evitar quiebras del principio de seguridad jurídica, sino también para reforzar el carácter imperativo del deber de suministro de información, que podría verse desvirtuado si no se sancionara de algún modo la falta de colaboración prevista en este apartado. Se trata, en definitiva, de cuestiones que deben ser abordadas, siquiera de manera abstracta y general, en el anteproyecto, a fin de proporcionar los criterios necesarios para un eventual desarrollo reglamentario». Sin embargo, tal laguna no fue subsanada por el Proyecto de Ley (18).

(17) No obstante, el propio órgano consultivo responde a la cuestión al señalar que la Ley atribuye a las «unidades de información» la función de «recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo I del título I de esta ley», cabe pensar que son estos órganos los que han de solicitar la remisión de la referida información.

(18) Finalmente, el Consejo de Estado señaló que la Ley no incluye ni a los partidos políticos ni a los sindicatos, «opción esta que, desde el punto de vista de la técnica, el Consejo de Estado no considera objetable, habida cuenta de que estas entidades no participan de la misma naturaleza que el resto de los sujetos mencionados en el artículo 2». Ello no obstante, el Consejo de Estado

3. El objeto del derecho de acceso: la información pública

A) Información pública y documentos públicos

De acuerdo con el propio título de la Ley, la LTAIP —art. 9— declara que todas las personas tienen «derecho a acceder a la información pública», en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española y en esta Ley. Y seguidamente añade —art. 10— que se entiende «por información pública los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Debe destacarse en primer lugar que la Ley sustituye la expresión «archivos y registros administrativos» que emplean la CE —art. 105.b)— y la LRJPAC —arts. 35 y 37— por la de «información pública», utilizando la expresión más extendida en el Derecho comparado, lo que puede generar cierta confusión con los tradicionales trámites de información pública ordenados en la legislación administrativa (con carácter general, art. 86 LRJPAC), los cuales deberían cambiar de nombre.

Al margen de la cuestión terminológica se ha suscitado cuál es el verdadero objeto del derecho de acceso. Ya en aplicación de la LRJPAC podía defenderse que, a pesar de las referencias a archivos y registros, el objeto de las solicitudes no era otro que los documentos en poder de la Administración, pues la propia economía del dispositivo previsto en la LRJPAC —arts. 37.2, 37.3, 37.5, 37.7, 37.8— giraba en torno, como no podía ser de otro modo, de la noción de documento. Y lo cierto es que las propias nociones de archivos y registros, en última instancia, se resuelven en conjuntos (mas o menos organizados) de documentos.

En este sentido, el Convenio núm. 205 —art. 2— consagra el «derecho de acceso a los *documentos públicos*» en posesión de las autoridades públicas. Por su parte, la LTAIP sigue el criterio de otras normas, como la Ley 27/2006, la cual refiere el derecho de acceso a la «información medioambiental». Ahora bien, la propia LTAIP entiende «por información pública los *contenidos o documentos que obren en poder*». Además, de la excepción contenida en la LTAIP relativa a la información «en curso de elaboración» o que exija una «acción previa de reelaboración», se desprende sin ninguna duda que el objeto del derecho, al fin y al cabo, son documentos, cualquiera que sea su soporte, en poder de los sujetos obligados. O, como declara el Convenio núm. 205 al definir documento,

consideró oportuno incluir en el anteproyecto alguna referencia expresa a ellos «y a la necesidad de hacer extensivo a su ámbito de actuación el principio de transparencia, especialmente en lo relativo a los fondos públicos que perciben y al uso que de tales fondos realizan, debiendo articular adecuadamente la previsión que a este respecto se introduzca en el anteproyecto con las contenidas en la regulación aplicable a la financiación de partidos políticos y sindicatos».

«toda la información registrada de cualquier forma», lo que permite incluir tanto a los documentos tradicionales como a los electrónicos (19).

Esto significa que quedan fuera del ámbito del derecho de acceso a la información pública las peticiones de información cuyo objeto es una actividad prestación o suministro de información a cargo de la Administración (20). Y, en este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo en un reciente pronunciamiento (21).

Finalmente, han quedado por completo desterradas otras exigencias adicionales contenidas en la LRJPAC —art. 37.1—, como la relativa a que los documentos en cuestión *formen parte de un expediente*, y que la jurisprudencia había venido a suavizar, admitiendo una noción amplia de expediente, no limitada a la existencia de un expediente contradictorio, si bien también hay ejemplos de interpretaciones restrictivas del ejercicio del derecho de acceso.

(19) En este sentido, puede observarse que aun cuando Ley 37/2007, de 16 de noviembre, se titula sobre reutilización de la *información* del sector público, su objeto es la regulación básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los *documentos* elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público —art. 1—, ofreciendo, además, una noción amplia de documento, como toda información cualquiera que sea su soporte material o electrónico así como su forma de expresión gráfica, sonora o en imagen utilizada —art. 3.2—, noción que podría haber sido adoptada también por la LTAIP.

(20) En este sentido, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 28.a)— declara la inadmisión a trámite de las solicitudes cuando se refieran a información excluida del derecho de acceso. «En concreto, quedarán excluidas, entre otras posibles, las consultas jurídicas o las peticiones de informes o dictámenes».

(21) STS 29 de mayo de 2012, recurso de casación núm. 6622/2009: «lo que la recurrente solicitó a la Administración no fue propiamente información. Así lo demuestra que *no pidió acceso a determinada documentación recogida en algún archivo o registro administrativo, ni siquiera genéricamente a la documentación existente sobre cierto problema*. Pidió, más bien, que se le diesen explicaciones acerca del desarrollo legislativo —poco importa si ya realizado o simplemente proyectado— del referido Convenio de la OCDE, así como de la actividad de la Administración en la materia. *Esto no es una solicitud de acceso a la información y, desde luego, no es «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» en el sentido del art. 105 CE*, que es la norma constitucional específicamente reguladora de la cuestión aquí examinada. Como muy atinadamente observa el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, lo solicitado se aproxima mucho a una interpelación política; algo que queda fuera del derecho de acceso a la información en manos de los poderes públicos, cualquiera que sea el fundamento constitucional del mismo. En otras palabras, *los ciudadanos tienen derecho —salvo en determinadas materias protegidas— a conocer la documentación recogida en los archivos y registros administrativos; pero no lo tienen a obtener explicaciones del Gobierno y la Administración sobre cualquier asunto de interés general*. Sólo a las Cámaras les concede la Constitución una facultad de esa índole, precisamente para que puedan ejercer el control político sobre el Gobierno. La comparación entre el ya citado art. 105 y los arts. 108 y siguientes del propio texto constitucional habla por sí sola».

B) Información pública elaborada o adquirida

De otro lado, la LTaip se refiere a información que obre en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación «*elaborada o adquirida*». En este sentido, la Ley 27/2006 se refiere a la información que obra en poder de las autoridades públicas, en el sentido de «información ambiental que dichas autoridades posean y haya sido recibida o elaborada por ellas» —art. 2.5—. De este modo, debe entenderse que el carácter «público» de la información está exclusivamente referido a la circunstancia de que se trate de una información que obre en poder de una entidad vinculada al sector público, con independencia de quién la elaboró, de modo que es también información pública la suministrada por un particular pero en poder de una entidad sujeta a la Ley.

De otro lado, la LTaip únicamente se refiere a la información en poder de las entidades directamente sujetas. En cambio, debe recordarse que en la Ley 27/2006 el derecho de acceso a la información ambiental alcanza también a la información «que obra físicamente en poder de una persona jurídica o física *en nombre de una autoridad pública*» —art. 2.6—. Esta precisión habría sido, además, muy necesaria, pues —como se ha señalado— la LTaip no somete a la Ley directamente a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, sino que se limita a disponer que estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones previstas en esta Ley. No obstante, a partir de este precepto puede defenderse que la información que obre en poder de tales sujetos puede ser reclamada a la Administración a la que se encuentren vinculadas, de tal modo que la exigencia de que la información obre en poder de una Administración debe entenderse no sólo en un sentido material, de detentación física, sino jurídico, al disponer de las facultades precisas para su obtención.

Asimismo, tras el dictamen del Consejo de Estado, de la definición de información pública contenida inicialmente en el Anteproyecto desaparecieron dos aspectos que eran seriamente cuestionables. En primer lugar, el Anteproyecto se refería a información «elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones *públicas*». De modo más aséptico el texto del Proyecto de Ley omitió el calificativo de funciones *públicas*, el cual no era compatible con el Convenio núm. 205, para el cual es indiferente si la autoridad que elaboró o recibió el documento actúa conforme al Derecho Público o al Derecho Privado y, menos aún, si la actividad en cuestión está o no vinculada a una función pública. Asimismo, esta exigencia era contradictoria con la sujeción a la Ley de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, las cuales por Ley tienen terminantemente prohibido el ejercicio de potestades públicas. Con todo, sí se mantiene una limitación similar en relación con las Corporaciones de Derecho público, respecto a las cuales el propio Anteproyecto ya se cuidaba de ceñir su sujeción a lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo —art. 2.1.e)—. Aquí sí tiene sentido, debido a la naturaleza mixta de estas organizaciones.

Y, en segundo lugar, el Anteproyecto excluía de la noción misma de información pública toda aquella que perjudique «a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios». De este modo, se llevaba a la propia noción de información pública algunos de los límites del derecho, de tal modo que la información en poder de los sujetos obligados por la Ley referida a dichas materias no sería «información pública». Afortunadamente, este modo de proceder, que no tenía equivalencia en el Derecho comparado, ni en la Ley 27/2006 ni tiene cobertura en el Convenio núm. 295, fue rectificado en la redacción definitiva del Proyecto de Ley.

III. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO

1. Consideraciones generales

A) La aplicación de los límites

La LTAIP regula los límites del derecho de acceso en varios preceptos: en el artículo 11 que lleva por rúbrica precisamente límites al derecho de acceso; en el artículo 12 relativo a la protección de datos personales; en el artículo 15 relativo a las llamadas «Causas de inadmisión»; y en el artículo 16.4 referente a la tramitación de las solicitudes.

De entrada, como cuestión terminológica, pero que no deja de tener importancia, la LTAIP habla de límites en el artículo 11, cuando habría sido mejor seguir el criterio de la Ley 27/2006 —art. 13—, que utiliza para todos los casos la expresión de «Excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental». Y debe señalarse que la jurisprudencia en aplicación del artículo 37 LRJPAC ha venido declarando esta naturaleza de excepciones al ejercicio del derecho.

Asimismo, el Convenio núm. 205 —art. 3.1— exige que los límites al derecho de acceso deberán estar previstos por una ley, ser necesarios en una sociedad democrática y tener como objetivo la protección de alguno de los bienes jurídicos previstos en el Convenio, de donde se infiere que las Partes no deben incluir límite alguno que no encaje en las excepciones previstas en el Convenio. Pues bien, dejando de lado la dudosa correspondencia de todos los límites previstos en la Ley con el Convenio, es evidente la falta de una reserva formal de ley.

En concreto, el artículo 10.2 establece que la «aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso». Este apartado es también respetuoso con el Convenio núm. 205, pues permite que aun cuando el acceso a la información pueda dañar los intereses mencionados en los límites, el interés público puede prevalecer imponiendo su revelación —art. 3.2—.

No obstante, se echan en falta dos aspectos. De un lado, una declaración expresa según la cual los motivos que justifican la limitación del acceso deben interpretarse de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés público que ampara la garantía de acceso, tal como expresamente se reconoce en la Ley 27/2006 —art. 13.4— y en la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España —art. 13.4—. Además, los tribunales españoles así lo han declarado en aplicación de la LRJPAC. De otro lado, la LTAIP no ha hecho uso de la posibilidad prevista en el Convenio núm. 205 —art. 3.3— de fijar unos plazos más allá de los cuales los límites dejan de ser aplicables.

Finalmente, debe subrayarse que los deberes estatutarios de secreto que afectan a determinados servidores públicos no constituyen, en sí mismos, una excepción al derecho de acceso, pues se desenvuelven en planos diferentes. Como tantas veces se ha tratado de demostrar, el derecho de acceso no consiste en un deber de elaborar información, frente al cual podría alegarse el secreto profesional, sino que su objeto no es otro que la información que obre en poder del Estado, de modo que la petición de acceso no puede eludirse alegando deberes subjetivos sino los bienes y derechos objetivos a los que puede afectar la comunicación de la información solicitada.

B) El acceso parcial

Uno de los aspectos más censurados de la LRJPAC fue la falta de reconocimiento, consecuencia directa del principio de proporcionalidad en la aplicación de los límites al derecho de acceso, del derecho a la comunicación parcial de documento en aquellos casos en que fuese factible disociar las informaciones protegidas por una excepción, si bien hubo algún pronunciamiento judicial en esta línea.

La LTAIP —art. 13— establece que en «los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 11 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido» (22).

La redacción de la LTAIP («se concederá») permite respetar el carácter preceptivo, y no facultativo, de este acceso parcial. Asimismo, el precepto permite

(22) Inicialmente, el Anteproyecto limitaba el limitado ámbito de aplicación de esta comunicación parcial a los límites del artículo 11, de modo que quedaba fuera el artículo 12, es decir, los casos de protección de datos de carácter personal, precisamente el supuesto para que el que más utilidad práctica presenta este acceso parcial. Esta limitación del acceso parcial no se compadecía con el Convenio núm. 205 —art. 6.2—, el cual establece que si una limitación (por tanto cualquier limitación) se aplica a parte de la información de un documento público, la autoridad pública debe, sin embargo, conceder el acceso al resto de la información que contiene [el documento].

excluir el acceso parcial «cuando de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido». Esta condición puede tener apoyo en el Convenio núm. 205 —art. 6.2—, el cual establece que si una limitación se aplica a parte de la información de un documento público, la autoridad pública debe, sin embargo, conceder el acceso al resto de la información que contiene [el documento]. No obstante, si la versión parcial (expurgada) del documento es engañosa o carece de sentido, tal acceso puede ser rechazado».

Ahora bien, aun cuando tenga apoyo en el Convenio núm. 205, se trata de un claro ejemplo de paternalismo del legislador. Si no hay lesión a un interés legítimo que justifique la denegación, debe ser el solicitante el que valore la calidad de la información suministrada. Por ello, habría sido preferible seguir, una vez más, el criterio de la Ley 27/2006 —art. 14—: «La información ambiental solicitada que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otro sujeto en su nombre se pondrá parcialmente a disposición del solicitante cuando sea posible separar del texto de la información solicitada la información a que se refiere el artículo 13, apartados 1.d), 1.e) y 2». La única condición es que sea posible separar del texto de la información solicitada la información protegida.

Finalmente, en cuanto a la práctica de la comunicación parcial, el Convenio núm. 205 establece que cualquier omisión debe ser indicada claramente, cautela de que no recoge la LTAIP.

2. Los límites sustantivos

Según la Ley —art. 11.2—, el derecho de acceso podrá ser restringido cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

a) «La seguridad nacional». b) «La defensa». Estos límites presentan cobertura directa en el art. 105.b) CE, según el cual la Ley «regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado». Asimismo, también están recogidos expresamente en el Convenio núm. 205 —art. 3.1.a)—. Debe señalarse que esta excepción no se aplica exclusivamente a los documentos previamente clasificados (23).

c) «Las relaciones exteriores». d) «La seguridad pública». Curiosamente se trata de límites no incluidos expresamente en la LRJPAC, si bien la exclusión de las relaciones internacionales se infería de la excepción referida a los expedientes «que contengan información sobre la actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, «en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo» —art. 37.5.a)—. En todo caso, ambas

(23) Así, de acuerdo con el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, serán de acceso restringido los documentos clasificados según lo dispuesto en la normativa sobre secretos oficiales «y los documentos que contengan información cuya difusión pudiera entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado» —art. 26.1—.

excepciones se encuentran explicitadas en la Ley 27/2006 —art. 13.2.c)— y en el Convenio núm. 205 —art. 3.1—. Otra cosa es, naturalmente, el uso que se haga de estas excepciones.

e) «La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios». Debe significarse que la excepción constitucional —art. 105.b)— se refiere a «la investigación de los *delitos*». Igualmente, el Convenio núm. 205 —art. 3.1.c)— se refiere a «la prevención, la investigación y el procesamiento de *actividades criminales*». Sin embargo, ya la Ley 27/2006 —art. 13.2.c)— exceptiona del derecho de acceso a la información medioambiental cuando la revelación de la información solicitada pueda afectar negativamente a «la capacidad para realizar una investigación de *índole penal o disciplinaria*», de modo que se amplía al ámbito de las sanciones administrativas. Con todo la LTAIP va mucho más allá al extender el límite a la prevención y sanción de los delitos y de las infracciones administrativas y disciplinarias.

f) «La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva». Esta excepción no coincide exactamente con la prevista en el Convenio núm. 205 («la igualdad de las partes en los procedimientos judiciales y la administración eficaz de la justicia» —art. 3.1.i)—. La referencia al derecho a la tutela judicial efectiva parece inspirada en la Ley 27/2006 —art. 13.2.c)—, la cual exceptiona del derecho de acceso a la información medioambiental cuando la revelación de la información solicitada pueda afectar negativamente a «causas o asuntos sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, al derecho de tutela judicial efectiva». No obstante, esta Ley contiene una precisión ausente en la LTAIP: «Cuando la causa o asunto estén sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, deberá, en todo caso, identificarse el órgano judicial ante el que se tramita». Ahora bien, lo cierto es que en general el principio procesal de igualdad de las partes (también principio de contradicción), está orientado más bien a justificar el acceso a la información, pues comporta el derecho de las partes procesales de obtener comunicación de las pruebas y alegaciones presentadas ante el juez y de discutir las.

g) «Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control». El Convenio de 2008 permite excepcionar las investigaciones disciplinarias —art. 3.1.d)— y la inspección, control y supervisión por autoridades públicas —art. 3.1.e)—. Por su parte, una excepción de este tipo no está contemplada en la Ley 27/2006. Lo cierto es que este límite se solapa con el referido a la información que perjudique la prevención, investigación y sanción de los ilícitos administrativos o disciplinarios. Con todo, debe señalarse que determinados funciones inspectoras están sujetas a un régimen de transparencia, como sucede con la inspección medioambiental.

h) «Los intereses económicos y comerciales». Se trata de una excepción no contemplada ni en la LRJPAC ni en la Ley 27/2006, pero sí prevista en el Convenio núm. 205 —art. 3.1.g)—. Tal vez podrá tener juego en relación con

las sociedades mercantiles del sector público que actúen en régimen de mercado o de concurrencia.

i) «La política económica y monetaria». Ya la LRJPAC —art. 37.5.e)— excluyó del derecho de acceso a los expedientes «relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria». Sin embargo, la Ley 27/2006 no contempla esta excepción. Por su parte, la LTAIP no sólo la mantiene (a pesar de que —como es notorio— la política monetaria no se encuentra ya en manos del Gobierno) sino que la amplía a una noción tan vaga como la política económica, si bien debe señalarse que esta excepción también tiene cobertura en el Convenio 2009 («las políticas estatales de cambio de moneda, monetarios y económicas» —art. 3.1.h)—.

j) «El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial». Ya la LRJPAC —art. 37.5.d)— excluyó del derecho de acceso a los expedientes «relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial». Igualmente, la Ley 27/2006 se refiere a «los derechos de propiedad intelectual e industrial» —art. 13.2.e)—. El secreto empresarial presenta una gran relevancia práctica sobre todo en materia de contratación pública. Pero, en contra de algunas prácticas administrativas, debe destacarse que la entidad antes de resolver debe poder disponer necesariamente de la información precisa para estar en condiciones de pronunciarse con pleno conocimiento de causa, incluidos la información confidencial y los secretos comerciales. En cambio, el respeto al derecho de propiedad intelectual afecta no tanto al acceso a la información en sí mismo como a la utilización de la misma por el solicitante, en el sentido de que no podrá reproducirla o destinarla a otros fines económicos sin la autorización previa del titular de los derechos de autor (24).

k) «La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión». Este límite puede ser problemático, sobre todo si se tiene en cuenta que la LTAIP ya excepciona las comunicaciones internas. Ciertamente, el Convenio núm. 205 se refiere a «las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto». Más correctamente, la Ley 27/2006 —art. 13.2.a)— se refiere a la confidencialidad de los procedimientos (léase, deliberaciones) de las autoridades públicas, *cuando tal confidencialidad esté dispuesta por la ley*. Aunque la LTAIP no contenga expresamente esta cautela, debe entenderse igualmente aplicable, pues el principio debe ser justamente la transparencia de la actuación pública, y tan solo por norma con rango de ley podrá imponerse la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma

(24) Así, por ejemplo, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, establece que la estimación de la solicitud de acceso o de consulta conllevará el derecho a obtener copia de los documentos solicitados, salvo cuando la reproducción suponga vulneración de los derechos de propiedad intelectual —art. 31.1.c)—.

de decisión. Y a este respecto, en el ordenamiento español existen determinadas disposiciones que ordenan la confidencialidad de las deliberaciones de determinados órganos de gobierno (25).

l) «La protección del medio ambiente». Esta excepción está expresamente prevista en el Convenio núm. 205 —art. 3.1.k)—, y se encuentra contenida en la Ley 27/2006 —art. 13.2.g)—, que menciona el caso particular de la información que se refiera a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción. Por ello, es difícil que se aplique desde la LTAIP, dado el carácter preferente de la Ley 27/2006 en relación con la información medioambiental —disposición adicional primera—.

Por último, afortunadamente no se han recogido varios límites. En primer lugar, la exclusión prevista en el LRJPAC —art. 37.5.a)— referida a los expedientes «que contengan información sobre la actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, «en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo», y que remitía a la vieja noción de «acto político». En segundo lugar, no se ha recogido la excepción contenida en la Ley 27/2006 —art. 13.2.g)—, relativa a «los intereses o a la protección de un tercero que haya facilitado voluntariamente la información solicitada sin estar obligado a ello por la legislación vigente», y que presenta múltiples problemas de aplicación.

Pero, sobre todo y en tercer lugar, no se ha recogido la cláusula residual contenida en la LRJPAC —art. 37.4—, según la cual el «ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada». Como es conocido, una cláusula idéntica había sido contenida en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de los Datos Personales, para excepcionar el derecho de acceso a los ficheros que contengan datos personales por parte de los interesados, fue reputado anticonstitucional por el Tribunal Constitucional (STC 292/2000), por suponer una defraudación a la reserva de Ley, al constituir una cesión en blanco del poner normativo, carente de certeza y previsibilidad.

(25) Así, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece que las deliberaciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno son secretas —arts. 5.3 y 6.5—. Y disposiciones similares se contienen en la legislación autonómica respecto de sus órganos de gobierno. Ahora bien, debe subrayarse la interpretación estricta de este tipo de disposiciones realizada por la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de septiembre de 2011, en relación con el conflicto de jurisdicción suscitado entre la Junta de Andalucía y el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Sevilla, y en aplicación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. Protección de datos personales

Como es sabido, el propio artículo 105.b) Constitución refiere expresamente la intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. En cambio, siguiendo el criterio de otras normas, como la Ley 27/2006 —art. 13.f)—, la LTAIP refiere el límite a la protección de los datos personales, lo cual puede plantear alguna discordancia, dado que intimidad y protección de datos personales son derechos diversos, según el Tribunal Constitucional. No obstante, como se verá más adelante, la referencia a la intimidad reaparece en la Ley.

A) Delimitación de los ámbitos de aplicación LTAIP y LOPD

En primer lugar, debe recordarse que la premisa para la aplicación de la LOPD —art. 2.1— es que la información en cuestión contenga datos de carácter personal en el sentido de la propia LOPD, esto es, cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables —art. 3.a)—. Por tanto, si la información solicitada no contiene datos personales evidentemente no será de aplicación la LOPD. Pero, aun cuando los documentos solicitados contengan datos personales, la LOPD tampoco será de aplicación si la entidad requerida lleva a cabo un previo procedimiento de disociación. En este sentido, la LTAIP —art. 12.5, introducido tras el informe de la AEPD— establece lo siguiente: «No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas». En realidad, este precepto es el paralelo al artículo 11.6 de la LOPD. Por tanto, sin perjuicio de que el tratamiento de los datos por la Administración o sujeto obligado por la LTAIP se encuentre sometido a las normas de protección de datos, la cesión misma del dato disociado, no está sujeta a dicha normativa.

En segundo lugar, la LTAIP —art. 12.1— establece que cuando «la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley...». Se trata de un criterio coherente, pues a diferencia de la LRJAPC, la LTAIP sí tiene presente la ordenación general de la LOPD, estableciendo un régimen específico de protección de los datos personales en caso de petición de acceso a la información pública, de modo que ahora puede decirse que la LTAIP es ley especial frente a la LOPD. Con todo, lo cierto es que la LTAIP concuerda con la economía de la LOPD, según la cual «el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso cuando la cesión está autorizada en una ley» —art. 11.2.a)—.

En tercer lugar, el anteproyecto de la Ley —art. 12.1— precisaba que se «aplicará la normativa de protección de datos personales cuando los datos que contenga la información se refieran *únicamente* al solicitante. Como es conocido, la LOPD —art. 15.1— establece que el interesado tendrá «derecho a solicitar y

obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos». El problema es que la LOPD no garantiza exactamente al interesado el acceso al documento en el que se contienen sus datos personales. Para cubrir esta posible laguna, la AEPD propuso que se añadiera al precepto que la aplicación de la LOPD sea «sin perjuicio de que, en este caso, el otorgamiento del acceso permita el conocimiento por el solicitante no sólo de los datos que contenga la información de los que sea titular, sino de ésta en su totalidad».

En estos casos no existe una cesión de datos a terceros, de modo que el derecho de acceso ordenado en la LOPD para los propios titulares de los datos personales sería una norma especial en relación con el derecho de acceso general previsto en la LTAIP, derecho que, además, contempla facultades adicionales, como son los derechos de rectificación y cancelación, en su caso, de los datos de carácter personal inexactos o incompletos —art. 16 LOPD, con las excepciones previstas en el art. 23—. Por tanto, en caso de denegación de este derecho de acceso, corresponderá a la AEPD ejercer la tutela del mismo.

Finalmente, y en cuarto lugar, la LTAIP —art. 12.6— declara que la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los datos personales obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso. Este apartado es plenamente congruente con la LOPD, la cual se declara de aplicación a todo tratamiento de datos de carácter personal —art. 2—. Ello significa que la información que contenga datos de carácter personal únicamente podrá ser utilizada para las finalidades que justificaron el acceso a la misma.

No obstante, no puede dejar de observarse que esta sujeción a la LOPD comporta una seria limitación para la divulgación de los datos obtenidos en aplicación de la LTAIP, al aplicarse el régimen de comunicación de datos previsto en dicha Ley —art. 11—. Es decir, que un eventual intento de ulterior difusión pública del dato al que se accede de esta forma exigirá el consentimiento del titular del dato. En todo caso, como ha declarado expresamente en alguna ocasión el Tribunal Supremo, no cabe oponer las consecuencias que se podrían producir en función de la utilización que el recurrente haga del conocimiento que va a obtener y de las copias que va a recibir. «De ello será, ciertamente responsable el propio actor, pero no hay razón para presumir que va a conducirse de manera antijurídica».

B) Acceso a datos especialmente protegidos

El Anteproyecto de Ley exigía el consentimiento previo por escrito en todos los casos en los que «la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos en los términos de la normativa de protección de datos personales». Ahora bien, como es conocido, la LOPD —art. 7— diferencia tres tipos de datos especialmente protegidos:

- Apartado 2: «Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento (noción que incluye la comunicación de datos) los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias».
- Apartado 3: «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente».
- Apartado 5: «Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras».

Atendiendo a esta diversidad de tratamiento, y siguiendo los sugerido por la AEPD, la LTAIP —art. 12.2— establece que si «la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso».

Además, añade la LTAIP: «Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (esto es, los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual), o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas (apartado 5) que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley». De este modo, aun cuando el apartado 5 del artículo 7 de la LOPD no exige expresamente una Ley, sino que habla de «normas reguladoras», se ha seguido el criterio de la AEPD según el cual debe ser el propio legislador quien establezca en la normativa especial aplicable los supuestos en los que puede ser posible este acceso. Así, debe recordarse que diversas leyes ordenan o autorizan la publicación de sanciones graves en ciertas materias (como sucede en materia de prevención de riesgos laborales o en materia de mercado de valores, entre otras).

Con todo, la opción de la LTAIP de hacer primar en todo caso la privacidad cuando se trate de datos especialmente protegidos puede ser excesivamente rígida. Desde la Coalición Pro-acceso se defendió aplicará a estos casos el test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información). Y lo cierto es que puede suceder que determi-

nados datos especialmente protegidos (como los relativos a la comisión de una infracción) deban ser accesibles cuando afectan a personas de la vida pública y estén relacionados con su cargo o función (piénsese en la comisión de un fraude tributario por parte de un político con responsabilidades en el ramo). Aunque tratándose de datos protegidos, en este caso prevalecería el interés público en la divulgación de la información. Ello sin tener en cuenta, además, que en otros casos pueden existir derechos fundamentales de terceros afectados.

C) Acceso a datos no especialmente protegidos

La LTAIP —art. 12.3— establece que, con «carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano». La finalidad de este apartado es garantizar la accesibilidad de determinadas informaciones de interés público («información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano»), información que —como nos consta— la propia Ley —art. 5.1— ordena que debe ser de accesibilidad general.

Con todo, la referencia a la «actividad pública del órgano» es harto ambigua, como destacó la propia AEPD en su informe. ¿Supone que todos las resoluciones que poden fin a un procedimiento administrativo, salvo los sancionadores y disciplinarios, deban ser, con carácter general, accesibles? Parece que debe responderse afirmativamente, de modo que actos como autorizaciones, licencias, concesiones, ayudas, subvenciones, entre otros, debe ser accesibles, salvo que contengan datos personales más allá del dato de identificación de una persona (por ejemplo, una ayuda a una mujer víctima de maltrato).

Tras el informe de la AEPD, el Proyecto de Ley, dispuso la siguiente redacción: «Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal» (26). Este precepto responde al texto del artículo 7,

(26) Inicialmente, el Anteproyecto de Ley dispuso que se «podrá conceder el acceso a información que contenga datos personales que no tengan la consideración de especialmente protegidos si, previa ponderación suficientemente razonada, el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido». Este apartado era confuso, pues parecería que todos los datos que no tienen el carácter de especialmente protegidos serían accesibles salvo que exista otro derecho constitucional que pueda verse afectado (¿qué otro derecho más procedente que el de la intimidad y protección de datos personales?).

letra f), de la Directiva 95/46, el cual permite el tratamiento de datos personales cuando «es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado».

Ahora bien, a instancia de la AEPD, y haciendo uso de la posibilidad admitida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 24 de noviembre de 2011 (asunto *ASNEF y FECEMD*) de que los Estados miembros, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, establezcan «los principios que deben regir dicha ponderación» para todos los supuestos que no se encuentren cubiertos por las restantes causas legitimadoras del tratamiento de los datos y siempre que no se refieran a datos especialmente protegidos (a los que no resulta de aplicación el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE), la Ley introduce establece que para la realización de la citada ponderación, el órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) «El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». Debe recordarse que, según el artículo 57 LPHE, los «documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

Lo cierto es que este precepto siempre ha suscitado un gran número dudas. Sobre todo, cuando la LPHE dice «en otro caso» caben dos interpretaciones. Una estricta, que parte de la premisa según la cual la Ley exige el consentimiento del afectado siempre que esté vivo. De tal modo que la Ley se refiere «en otro caso», a aquellos supuestos en los que conste el fallecimiento del afectado pero no la fecha del óbito, porque en tal caso se aplicaría el plazo de 25 años. Ahora bien, es un supuesto difícil, pues si se acredita la realidad del fallecimiento generalmente se conocerá la fecha. Por el contrario, una interpretación laxa consistiría en que «en otro caso» se refiere tanto a la constancia de la fecha de fallecimiento como al propio hecho del fallecimiento. De este modo, el plazo de 50 años podría aplicarse a documentos referidos a personas no fallecidas (hipótesis ésta cada vez más plausible, dada la longevidad actual de la población).

Pues bien, la AEPD se había inclinado por la segunda interpretación, en el sentido de que en caso de que no conste si una persona a fallecido o no, los datos podrán ser tratados con fines históricos, científicos o estadísticos una vez que hayan transcurrido cincuenta años desde la fecha del documento, de

tal modo que este plazo habilitaría para el acceso a informaciones de personas tanto fallecidas como no fallecidas (27).

b) «La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos». Como puede verse, se trata de dos supuestos.

— *Ejercicio de un derecho.*

En relación con el supuesto puede recordarse que la propia LRJPAC —art. 37.3— admitía el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, además de por sus titulares, por terceros que acreditaran un «interés legítimo y directo». Y la jurisprudencia, tras algunas vacilaciones iniciales, acabó por interpretar la exigencia del artículo 37.3 LRJPAC de un «interés legítimo y directo» modo amplio.

Por su parte, la propia AEPD —según se indicó más arriba— había admitido la aplicación de este acceso previsto en la LRJPAC, a partir de la previsión del art. 11.2 de la LOPD, con el límite de que los datos no afecten a la intimidad del afectado (28). Ahora bien, debe subrayarse que, a diferencia de la LRJPAC y del Real Decreto 1708/2011 (condicionado por ésta), la LTAIP no limita este acceso a los datos de carácter meramente identificativo, cuyo acceso ya se contempla en la letra siguiente c). Asimismo, es evidente que estos supuestos el solicitante deberá incluir los motivos por los que solicita la información, tal como permite la Ley —art. 14.3—.

Con todo, la exigencia de «ejercicio de un derecho» entendemos que debe interpretarse de forma amplia, no limitada a la posibilidad de plantear un eventual recurso contencioso, pues en tal caso el lógico vencimiento del plazo para

(27) Así, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, siguiendo el criterio del informe de la AEPD, establece lo siguiente: «Cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos».

(28) Y, en este sentido, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, establece que el acceso a documentos que contengan datos nominativos o meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o su intimidad, será posible cuando el titular de los mismos haya fallecido o cuando el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso. A estos efectos, se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos —art. 28.3—.

recurrir determinaría también la imposibilidad de que prosperase el ejercicio del derecho de acceso. Y en tal sentido puede traerse a colación alguna destacada sentencia del Tribunal Supremo, en la que se declara que, aunque el solicitante de la información ya no pueda interponer recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución que puso fin al procedimiento relativo a la documentación que solicita (un proceso selectivo), «eso no significa que no tenga a su disposición otras vías jurídicas para reaccionar contra lo que entienda que es injusto».

— *Acceso de investigadores con fines históricos, científicos o estadísticos.*

Por su parte, el acceso a datos personales con fines de investigación no tenía hasta ahora un tratamiento adecuado. Lo cierto es que el desarrollo actual de no pocas ciencias sociales y jurídicas precisa de un acceso amplio a los fondos documentales del sector público, tal como viene reconociéndose en otros países, con las garantías necesarias para garantizar el buen uso de la información.

Ciertamente, la LOPD —art. 11.2.d)— excluye la exigencia de consentimiento del afectado cuando la cesión tenga por objeto «el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos», pero la premisa para aplicar este supuesto es que la cesión se produzca entre Administraciones Públicas, lo cual ha llevado a la AEPD a entrar en una serie de pormenores para determinar o no si la investigación puede imputarse a una Administración pública y no a un particular (29).

En todo caso, y al igual que en el supuesto de ejercicio de un derecho, debe subrayarse que, a diferencia del Real Decreto 1708/2011 (condicionado por la LRJPAC), la LTAIP no limita este acceso a los datos de carácter meramente identificativo. Ahora bien, de la LTAIP se desprende un doble requisito:

- Que los solicitantes tengan la condición de investigadores. A este respecto, entendemos que esta exigencia debe entenderse de modo muy amplio y funcional (es investigador el que investiga) (30).
- Que motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos. Este sí es el aspecto más importante. Así, debería apreciarse, de un lado, la seriedad y solvencia del estudio o investigación —metodología del

(29) Por su parte, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, ofreció la misma solución que al supuesto anterior: el «acceso a documentos que contengan datos nominativos o meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o su intimidad, será posible cuando solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso. A estos efectos, se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística —art. 28.3—.

(30) Así, cabe recordar que mediante Real Decreto 1266/2006, de 8 de noviembre, se derogó el Real Decreto 1969/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición de la tarjeta nacional de investigador para la consulta en los archivos de titularidad estatal y en los adheridos al sistema archivístico español.

proyecto, avales académicos...—, y, de otro lado, la acreditación de que el acceso a la información pretendida es estrictamente necesario para satisfacer dicho interés.

Finalmente, en estos casos de acceso por motivos de una investigación cobra una máxima importancia la imposición de condiciones a dicho acceso.

c) «El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquéllos». Como se señaló antes, la LRJPAC —art. 37.3— admitía el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, además de por sus titulares, por terceros que acreditaran un «interés legítimo y directo». En cambio, a partir de la LTAIP no se exige ya la acreditación de un interés legítimo, si bien qué duda cabe que podrá alegarse, como nos consta. En todo caso, se trata de un criterio acertado, pues en la aplicación de la exigencia de interés legítimo de la LRJPAC se había llegado a criterios absolutamente dispares.

d) «La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad». Debe observarse que no se trata de datos especialmente protegidos, a los cuales se aplica el régimen antes indicado (esto es, la exigencia de consentimiento previo y cierto), sino de una categoría intermedia entre los datos especialmente protegidos y los documentos nominativos o meramente identificativos, a los que se aplicaría la letra anterior.

Por tanto, los criterios que contiene la LTAIP para valorar el acceso a datos personales no especialmente protegidos son los siguientes:

- Que los documentos contengan datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.
- Que los documentos únicamente contengan datos de carácter meramente identificativos de los afectados.
- Que los solicitantes justifiquen de su petición en el ejercicio de un derecho
- Que los solicitantes tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
- Que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad.
- Que los documentos que contienen los datos personales, incluidos aquellos que puedan afectar a la seguridad de las personas y a la intimidad de su vida privada y familiar, tengan una fecha de más de cincuenta años.

Finalmente, a instancia una vez más de la AEPD, la LTAIP ordena una colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos, para lo cual la Agencia

Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de las reglas contenidas en la Ley en materia de protección de datos personales —art. 12—, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en la LTAIP y en la LOPD (disposición adicional quinta).

4. Las excepciones formales

La LTAIP —art. 15— declara que se inadmitirán a trámite un conjunto de solicitudes por razones que en el ámbito del acceso a la información medioambiental se consideran como excepciones formales. Ciertamente, en estos casos, no existirá una ponderación de bienes jurídicos y, por su naturaleza, no cabe un acceso parcial, pero no dejan de ser excepciones al derecho de acceso que requieren de una resolución motivada en los plazos marcados por la Ley, tal como se cuida de precisar la Ley. La principal diferencia consiste en que no es preciso, en estos casos, conceder a audiencia a terceros afectados por la solicitud.

En concreto, se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes siguientes:

a) «Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general». La excepción referida a información en curso de elaboración es común en todas las leyes de acceso a la información, pues forma parte de la lógica de las mismas. Así, la Ley 27/2006 —art. 13.1— excepciona del acceso: «Que la solicitud se refiera a material en curso de elaboración o a documentos o datos inconclusos. Por estos últimos se entenderán aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente». Igualmente, en aplicación de la LRJPAC, la jurisprudencia ya ha venido a establecer que el derecho de acceso a los archivos y registros no comprende la obligación de elaborar datos a partir de los archivos y registros (31). Asimismo, esta exigencia permite diferenciar el derecho de acceso a la información pública del derecho a formular «consultas» a la Administración, reconocido en ciertas materias, como el urbanismo [art. 6.b) Texto Refundido Ley Suelo].

Ahora bien, la Ley 27/2006 añade una cautela que no recoge la LTAIP: «Si la denegación se basa en este motivo, la autoridad pública competente deberá mencionar en la denegación la autoridad que está preparando el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración».

En todo caso, debe subrayarse que ha desaparecido la exigencia contenida en la LRJPAC —art. 37.1— según la cual el documento al que se pretenda

(31) STS 2 de junio de 2000 (recurso 4289/1994).

acceder debe contenerse en expedientes que «correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud», exigencia ésta que se ha reproducido en múltiples normas tanto del ordenamiento estatal como autonómico, y que había llevado en algunos casos a exigir no ya la terminación del procedimiento sino también la ejecución del mismo.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial recaída en aplicación del derecho de acceso a la información ambiental, del cual también se eliminó esta exigencia, «sólo está vedado el acceso de los interesados a los documentos inconclusos, pero no a los procedimientos inconclusos y, por tanto, a los documentos de los expedientes que, siendo separables, estuviesen terminados». Asimismo, como ha declarado el Defensor del Pueblo, tampoco deben las Administraciones públicas confundir el concepto de documento «inconcluso» con el de documento «provisional». Un documento o un dato conclusos pueden ser provisionales, e incluso haber sido después modificados.

De otro lado, la LTAIP se refiere a información «Que esté en curso de elaboración o de publicación general». Ciertamente, el Convenio núm. 205 —art. 6.3— establece que la autoridad pública *puede dar a acceso* a un documento público remitiendo al solicitante a fuentes alternativas fácilmente accesibles. Igualmente, la Ley 27/2006 —art. 11.1.a)— permite denegar el acceso a una información que «ya haya sido difundida». Estas disposiciones son razonables, pues suponen un aliciente a la difusión activa de la información por el poder público. Pero de la redacción del precepto no queda claro si permite denegar el acceso cuando la información solicitada «esté en curso de () publicación general, lo cual sería cuestionable. El problema es que, además, en otro precepto de la LTAIP —art. 19.3— se prevé que «cuando la información *ya ha sido publicada*, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella». De este modo, cabe pensar que el precepto que se comenta permite excluir del acceso información aún no publicada pero *en curso de publicación*, lo cual no tendría apoyo en el Convenio núm. 205. En todo caso, debe entenderse que el sujeto obligado no puede limitarse a inadmitir la solicitud, sino que debe suministrar al solicitante los datos necesarios para localizar la información publicada.

b) «Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre órganos o entidades administrativas». En este apartado se incluyen elementos muy diversos. La excepción referida a borradores y notas entra dentro de la noción de documento inconcluso. Asimismo, la referida a «comunicaciones internas o entre órganos y Administraciones» encontraría cobertura en el Convenio núm. 205, el cual se refiere a «las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto». No obstante, debe señalarse que la Ley 27/2006 —art. 13.1— únicamente contempla la excepción consistente en que «la solicitud se refiera a comunicaciones *internas*, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación». Es decir, no

se incluyen las comunicaciones entre distintas Administraciones públicas, que evidentemente no son comunicaciones internas.

Con todo, el aspecto más cuestionable es la referencia a «informes». De la expresión «informes internos» parece desprenderse que se trata de informes que no forman parte de un procedimiento, pues en otro caso, ya sean preceptivos o ya sean facultativos, los informes deben formar parte del expediente y ser tenidos en cuenta en su resolución, y por todo ello deben ser accesibles. Esta interpretación puede apoyarse también en el hecho de que el precepto exige que los documentos exceptuados tengan en todo caso «carácter auxiliar o de apoyo», y el resto no son más que ejemplificaciones («como»). No obstante, habría sido preferible la supresión de la referencia a los informes.

c) «Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración». Esta excepción no es más que una consecuencia de la primera, y por ello no se recoge usualmente.

d) «Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente». Esta causa de inadmisión sí es aceptable. En este caso el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud —art. 15.2—. Lo cierto es que este modo de proceder ya se infiere del artículo 16.1.

e) «Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley». Aun cuando esta casusa de admisión puede tener apoyo en el Convenio núm. 205 en la excepción relativa a peticiones manifiestamente irrazonables, no deja de ser una excepción y como tal requiere resolución sobre el fondo.

f) «Que afecten a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución». Este supuesto en ningún caso debería ser una causa de inadmisión sino, a lo sumo, de prórroga del plazo para resolver. Baste recordar que la LRJPAC —art. 42.6— establece que cuando el número de las solicitudes formuladas o *las personas afectadas* pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver podrá excepcionalmente acordar «la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles».

IV. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Solicitud de acceso a la información

Según la LTAIP —art. 14.1—, el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se iniciará con la presentación de la correspondiente solicitud

que deberá dirigirse al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. La exigencia de que la solicitud se dirija al órgano administrativo o entidad competente (en este caso, la que posea la información), no constituye novedad alguna, pues es una exigencia propia de toda solicitud —art. 70.1.e) LRJPAC—.

Asimismo, la LTAIP —art. 14.2— dispone que la solicitud deberá especificar:

- La identidad del solicitante. Como es evidente, se trata de un requisito general a toda solicitud —art. 70.1 LRJPAC—.
- La información que se solicita. El problema es el nivel de identificación de la información que puede exigirse al solicitante para que la solicitud no sea calificada de impresa (32).
- Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones.
- En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada, lo que otras normas llaman la forma o formato preferido de acceso a la información solicitada. Puede entenderse que este apartado satisface la exigencia del Convenio núm. 205 —art. 4.3—, el cual insta a que las formalidades para realizar peticiones se limiten a lo esencial para poder procesar la petición.

Además, como se señaló más arriba, la Ley —art. 14.3— prevé que el solicitante podrá incluir los motivos por los que solicita la información y que deberán ser tenidos en cuenta cuando se dicte resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud. Habría sido preferible explicitar, tal como hace el Convenio núm. 205 —art. 4.1—, siguiendo de nuevo lo previsto en la Recomendación 2002, que el solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento público. Ciertamente, la Ley declara que la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud, pero cabe preguntarse si esto significa que esta falta de motivación puede fundamentar parcialmente la denegación del acceso. Asimismo, como nos consta de lo tratado más arriba, en el caso de acceso a datos personales no especialmente protegidos en ejercicio de un derecho o por razones de investigación, es evidente que el solicitante deberá motivar estas circunstancias en la solicitud para que sean adecuadamente ponderadas.

(32) A este respecto, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, dispuso que en la solicitud deberá «indicarse con claridad el documento o conjunto de documentos a los que se refiere» —art. 24.2—. En cambio, con mejor criterio la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 26.3— que no es requisito indispensable identificar un documento o expediente concreto.

En todo caso, debe entenderse derogado el precepto de la LRBR —art. 18.1.e)— según el cual la petición de información debe ser «razonada», al menos en lo que se refiere a solicitudes de acceso a la información pública.

La LTAIP —art. 14.2— dispone que la solicitud podrá presentarse por cualquier medio. Sin embargo, es dudoso que esto suponga el derecho a utilizar, frente a las Administraciones autonómicas y locales, además de los medios previstos en la LRJPAC —art. 38.4—, los contemplados Ley 11/2007. Si ésta era la intención, debería de haberse establecido de forma más clara e inequívoca, en el sentido de obligar al menos a todas las Administraciones públicas a incluir entre sus procedimientos telemáticos los relativos a la resolución de solicitudes de información pública.

Finalmente, no hace uso la Ley de la posibilidad prevista en el Convenio núm. 205 —art. 4.2—, según la cual las Partes puedan otorgar a los solicitantes el derecho a mantener su anonimato, excepto cuando la identificación sea esencial para procesar la petición.

2. Tramitación

— *Solicitudes de información que no obran en poder del sujeto requerido.*

La LTAIP —art. 16.1— declara que si la solicitud se refiere a información que no obre en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. Este criterio se corresponde en lo esencial con lo previsto en el Convenio núm. 205 —art. 5.2—: «Si la autoridad pública no tiene el documento oficial solicitado (o si no está autorizada para tramitar esa petición), tendrá, cuando sea posible, que remitir la petición del solicitante a la autoridad pública competente». En todo caso, debe recordarse que el procedimiento no se inicia hasta la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver —art. 17.1—. Por lo demás, se trata de una regla general tradicional en nuestro ordenamiento.

En el caso de que el órgano requerido desconozca cual sea el órgano competente, como se vio más arriba, procede acordar la inadmisión de la solicitud —art. 15.1.d)—, si bien deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud —art. 15.2—.

— *Solicitudes imprecisas.*

Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, la Ley —art. 16.2— dispone que «se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de 10 días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido». Este precepto supone un importante avance en relación con lo dispuesto en la LRJPAC —art. 37.7—, según el cual el «derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular *petición*

individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular *solicitud genérica* sobre una materia o conjunto de materias. De este modo, se exigía al solicitante a formular una petición individualizada de los documentos, noción ésta que ha sido muy controvertida en la jurisprudencia, al tiempo que se concedía a la Administración discrecionalidad para atender las peticiones no individualizadas (podrán considerarse «con carácter potestativo»).

Las modificaciones son por tanto dos. De un lado, ya no se exige una «petición individualizada» de documentos, sino que basta que la solicitud «identifique de forma suficiente la información». De otro lado, aun en el caso de que la solicitud no cumpla esta exigencia, la Administración carece de discrecionalidad para actuar, sino en aplicación de las reglas generales de subsanación de solicitudes defectuosas de la LRJPAC —art. 71.1—, el sujeto requerido debe pedir al solicitante que concrete la información solicitada.

No obstante, la LTAIP omite la obligación prevista en el Convenio núm. 205 —art. 5.1— según la cual la autoridad pública debe ayudar al peticionario, tanto como razonablemente sea posible, a identificar el documento oficial solicitado. En este sentido, la Ley 27/2006 —art. 10.1.a) establece lo siguiente: «Cuando una solicitud de información ambiental esté formulada de manera imprecisa, la autoridad pública pedirá al solicitante que la concrete y *le asistirá para concretar su petición de información lo antes posible*». Igualmente, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público establece que el órgano competente asistirá al solicitante para delimitar el contenido de la información solicitada —art. 10.2- (33).

En aplicación de las reglas generales de la LRJPAC —art. 42.5.a)—, el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido. Igualmente, debe entenderse, conforme a la LRJPAC —art. 71.1—, que la autoridad no puede dar por desistido automáticamente al solicitante, sino que debe, al menos, dictar la resolución formal (34).

(33) Al menos, debe recordarse que el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, establece que con el fin de facilitar la identificación de los documentos solicitados, el responsable del archivo pondrá a disposición del público los instrumentos de referencia y descripción de los fondos documentales que lo integran, con excepción de los que en aplicación de las limitaciones legalmente previstas no deban constar —art. 24.4—.

(34) En este sentido, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 27.2— dispone que la declaración de tener al solicitante por desistido, y el archivo de la solicitud, «se hará mediante resolución, que se le notificará a efectos de que pueda, en su caso, presentar una nueva solicitud concretando su petición o la información demandada».

Por último, la Ley no determina la actuación en caso de que una vez atendido el requerimiento la solicitud siga considerándose excesivamente imprecisa (35).

— *Solicitudes de información que afecten a terceros.*

Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, la Ley —art. 16.3— ordena que se les conceda un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. En realidad, la llamada al tercero interesado está ya impuesta por la LRJPAC —arts. 34 y 84.1—, y en determinados supuestos constituye una exigencia del Derecho Comunitario. Asimismo, la LTAIP añade que el solicitante deberá ser informado de esta circunstancia así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. Esta causa de suspensión del plazo para resolver tendría también apoyo en la LRJPAC —art. 42.5.a)— («Cuando deba requerirse a cualquier *interesado* para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y *otros elementos de juicio necesarios*»). Sucede, sin embargo, que esta circunstancia será, previsiblemente, muy frecuente, lo que supone, de hecho, que el plazo en lugar de un mes, sea de un mes y medio.

Finalmente, la LTAIP no dispone nada en el caso de que el tercero interesado no responda en el plazo requerido (36). En el caso de afeción de datos personales, ya sabemos que la LTAIP (siguiendo lo dispuesto en la LOPD) exige el consentimiento expreso y por escrito del afectado. Pero la atribución de un significado (presunto) a la no intervención del tercero interesado es útil para aquellos otros límites que pueden ser disponibles por el titular de la información, como las referidas intereses económicos y comerciales y la propiedad intelectual e industrial.

— *Solicitudes de información elaborada por otro sujeto.*

En aplicación de la LRJPAC se había planteado en alguna ocasión si una Administración que posee materialmente un documento puede negarse a facilitarlo a un tercero por entender que ha sido producido por otra Administración. A este respecto, la LTAIP —art. 16.4— dispone que cuando la información objeto de la solicitud, «aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, «se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso» (37). Ahora bien,

(35) En tal caso, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 28.d)— permite inadmitir las solicitudes que estén formuladas de manera excesivamente general.

(36) En este caso, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 29.2— establece que «se presumirá que no está conforme con que se otorgue el acceso a la información solicitada».

(37) Esta regla, que tiene origen en la Proposición de Ley del Grupo Popular de 28 de junio de 2011 —art. 20.2—, puede estimarse que cuenta apoyo en el Convenio núm. 205 —art.

técnicamente, nos encontramos ante una limitación adicional al ejercicio del derecho. Además, puede dar lugar a conflictos negativos de competencia que dilaten el acceso a informaciones públicas. Cuestión distinta, que no aborda la LTAIP, es la de solicitudes de información calificadas por otro órgano como reservadas o confidenciales (38).

— *Solicitudes de información que requieren el consentimiento del afectado.*

No aborda la LTAIP cómo debe actuar el sujeto obligado en el caso de que sea necesario aportar el consentimiento para comunicar la información por parte de la persona afectada, lo cual es importante en caso de datos de carácter personal (sobre todo si son especialmente protegidos) y en caso de secreto comercial e industrial. A nuestro modo de ver, tal supuesto debe tratarse como de aportación de un documento necesario para tramitar la solicitud, de tal modo que si no se aporta con la solicitud el consentimiento el sujeto obligado deberá al solicitante para que subsane el defecto en plazo —art. 71.1 LRJPAC—, suspendiéndose el plazo para resolver por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido —art. 42.5.a) LRJPAC—. Otra cosa será que se alegue que en ese caso no es necesario el consentimiento, debiendo la autoridad pública resolver sobre el fondo, tras conceder al afectado el plazo antes señalado para que formule sus alegaciones (39).

3. Terminación

A) Órgano competente

Como norma básica que es, no determina la LTAIP cuál deba ser el órgano competente para resolver las solicitudes de acceso a la información pública,

5.2— según el cual: «Una petición para acceder a un documento oficial será atendida por cualquier autoridad pública poseedora del documento. Si la autoridad pública no tiene el documento oficial solicitado o si no está autorizada para tramitar esa petición, tendrá, cuando sea posible, que remitir la petición del solicitante a la autoridad pública competente».

(38) Así, el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, establece que cuando la solicitud de consulta se refiera a documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad, el órgano competente para resolver remitirá la solicitud a su superior jerárquico o, según lo que establezcan las normas de organización de los respectivos Departamentos Ministeriales y entidades de Derecho Público, al órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad, para que decidan sobre la concesión de autorización de la consulta —art. 27.2—.

(39) Finalmente, debe señalarse que el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, dispone que se tramitarán con carácter preferente las solicitudes que tengan por objeto el acceso a documentos necesarios para el ejercicio de derechos —art. 29.4—, disposición que no ha recogido la LTAIP.

especificación que queda, por tanto, reenviada al ordenamiento de cada órgano e entidad sujeta a la Ley (40).

Ahora bien, en el caso de entidades jurídico-privadas también renuncia la LTAIP a establecer criterio alguno. Debe recordarse que la Ley 27/2006 dispuso que la Administración General del Estado podrá reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información ambiental que reciban las autoridades públicas a las que se refiere el artículo 2.4.2 cuando tales personas asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo su autoridad (disposición adicional cuarta). (41).

B) Plazos

La LRJPAC no fijó plazo alguno para resolver (y notificar) las resoluciones de acceso, de modo que era preciso acudir al plazo supletorio trimestral —art. 42.3—, a todas luces excesivo. De hecho, normas posteriores tanto estatales como autonómicas redujeron este plazo generalmente a un mes.

Por su parte, la LTAIP —art. 17.1— dispone que la resolución en la que se conceda o deniegue el acceso (debiendo incluirse aquí las resoluciones de inadmisión) deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. A este respecto, debe recordarse que el Convenio núm. 205 —art. 5.4— se limita a disponer que la petición de acceso a un documento público «será atendida con prontitud. La decisión deberá ser resuelta, comunicada y ejecutada tan pronto como sea posible o dentro de un límite de tiempo razonable que debe ser especificado de antemano». De este modo, el Convenio renuncia a fijar un plazo máximo. Respecto al plazo mensual fijado por la LTAIP, puede considerarse que responde al estándar, y coincide con matices con el fijado en la Ley 27/2006. No obstante, si el solicitante pretende también reutilizar la información, pueden presentarse discordancias, pues la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, fija un plazo de 20 días —art. 10.3—.

(40) A este respecto, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 26.1— establece que en el ámbito de la Administración Pública se atribuye la competencia para resolver las solicitudes de información a los superiores jerárquicos de las unidades en cuyo poder se encuentre la misma, siempre que tengan atribuidas competencias resolutorias de conformidad con las distintas normas reguladores de las estructuras orgánicas.

(41) Así, de modo similar, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 26.2— dispone que la Administración Pública podrá reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información pública que reciban las sociedades y fundaciones públicas, entidades de derecho público a ella vinculadas y las personas que ejerzan funciones públicas o potestades administrativas o presten servicios públicos bajo su autoridad. En tal caso, especificará los órganos de cada Departamento competentes para resolver estas solicitudes.

En cuanto al cómputo del plazo, la regla para el cómputo del *dies ad quem* (desde la recepción por el órgano competente para tramitar la solicitud) coincide con la establecida con carácter general en la LRJPAC —art. 42.3—. Y, de acuerdo con lo establecido en la LRJPAC —arts. 42.2 y 58.4—, el plazo de un mes corre hasta la notificación o intento de notificación de la resolución que se adopte.

La LTAIP añade que este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario. Los motivos para ampliar el plazo son similares a los de la Ley 27/2006 —art. 10.2.c)— («si el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible cumplir el plazo antes indicado»). Además, la LTAIP explicita que la ampliación debe tener lugar «previa notificación al solicitante». Lo cierto es deben entenderse aplicables las reglas generales de la LRJPAC, de la que se desprende que la ampliación del plazo para resolver debe adoptarse mediante acuerdo expreso —art. 42.6—, el cual debe producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate —art. 49.3—.

No aborda, la LTAIP con carácter general los motivos de suspensión del plazo del procedimiento. Únicamente contempla el supuesto de en el cual se concede una plazo de 15 días a terceros afectados para que aleguen en defensa de sus derechos e intereses —art. 16.3—. En aplicación de las reglas generales de la LRJPAC —art. 42.5.a)—, ya hemos señalado la suspensión del plazo en que el caso de que sea necesario requerir al solicitante que precise la información que solicita —art. 16.2 Ley—.

De otro lado, la LTAIP pretende reforzar el cumplimiento del deber legal de resolver en plazo al establecer que el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora —art. 17.4—. Con todo, debe recordarse que conminaciones similares ya se establecen en la LRJPAC —art. 42.7—, sin que parezcan muy efectivas.

Finalmente, cabe plantear la cuestión de si las Comunidades Autónomas pueden fijar un plazo más breve (42). En nuestra opinión, dado el carácter básico y la finalidad derivados del título competencia en el que se sustenta la LTAIP —art. 149.1.18° CE— no existe inconveniente alguno para admitir que una Ley autonómica determine, para las entidades de su ámbito de aplicación, un plazo más breve al fijado con carácter general en la LTAIP.

(42) De hecho, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 30.1— fija, con carácter general, un plazo máximo de quince días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para resolverla.

C) Sentido del silencio

Al tratarse de un procedimiento iniciado a solicitud de particular, en estos casos, sin perjuicio de las eventuales (e hipotéticas) responsabilidades disciplinarias antes indicadas, es de aplicación la tradicional figura del silencio administrativo —art. 43 LRJPAC—. En aplicación de la LRJPAC la cuestión de si procede el silencio estimatorio o desestimatorio ha sido harto confusa, si bien, en la práctica, se ha actuado como si fuese aplicable el silencio desestimatorio, pues con frecuencia se recurre ante una desestimación «presunta» de la solicitud. Por su parte, las normas estatales y autonómicas suelen declarar el carácter desestimatorio del silencio.

A este respecto, la LTAIP —art. 17.4— establece que transcurrido «el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada». De este modo, la LTAIP opta por establecer expresamente el silencio administrativo con efectos desestimatorios, lo cual ha sido muy criticado por distintas organizaciones sociales y profesionales. El silencio estimatorio en este tipo de procedimientos es, aparentemente, muy plausible, pero no está exento de inconvenientes que no podemos aquí exponer. A este respecto, el Consejo de Estado consideró que la solución adoptada resulta lógica y adecuada a Derecho (43). En todo caso, este criterio no contradice al Convenio núm. 205, pues prevé que el acceso puede denegarse de forma expresa «o implícitamente» —art. 8.1—.

Ahora bien, la LTAIP presenta dos incorrecciones en este punto. De un lado, debe recordarse que la LRJPAC —art. 43.2— (tras la modificación efectuada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre) exige que se expresen las «razones imperiosas de interés general» que determinan la opción del legislador la Ley

(43) «Debe tenerse en cuenta, ante todo, el especial objeto sobre el que se proyecta el derecho de acceso que regula el anteproyecto, que no es otro que la información pública tal y como se define en el artículo 9. Esta información puede versar sobre una multiplicidad de actividades públicas y puede incluir en muchos casos datos relativos a materias o a terceros dignos de una especial protección. Desde esta perspectiva, es evidente que el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y regulado más extensamente en la Ley proyectada puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos de carácter personal, así como el secreto profesional, la propiedad intelectual o la protección del medio ambiente, entre otros) que, en determinados supuestos, hayan de prevalecer sobre aquel. Siendo ello así, no cabe admitir la posibilidad de que, como consecuencia de la falta de resolución expresa en plazo de una solicitud de acceso, esos derechos puedan resultar vulnerados. La sola necesidad de protegerlos frente a la posibilidad de que puedan verse afectados o vulnerados como consecuencia de la estimación presunta de las solicitudes de acceso a la información pública justifica *per se* la regla del silencio negativo contenida en el precepto examinado, por cuanto «la protección de los derechos» se configura en el artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como una razón imperiosa de interés general, categoría en la que también se incluyen el orden público, la seguridad pública, la lucha contra el fraude o la protección del medio ambiente, entre otros ejemplos que igualmente permitirían sustentar en este caso la regla del silencio negativo».

que opte por el silencio desestimatorio, extremo que no cumple la LTAIP. De otro lado, la LTAIP establece que «Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se *entenderá* que la solicitud ha sido desestimada». Esta imposición del silencio desestimatorio no se compadece con el régimen general de esta institución establecido en la LRJPAC —art. 43.3—. Habría sido más respetuoso establecer que el interesado «podrá» entender desestimada.

Por último, cabe plantear si las Comunidades Autónomas pueden optar por establecer un silencio estimatorio. En principio, en clave competencial, no habría inconveniente en admitir esta posibilidad (siempre dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas autonómicas), pues se supone que el silencio estimatorio es más ventajoso que el desestimatorio. Sin embargo, como se ha tratado de exponer, es dudoso que, en la práctica, sea correcta esta opción (44).

D) Resolución

— Resolución estimatoria.

La LTAIP no trata la resolución estimatoria de la solicitud, salvo para establecer que serán motivadas las resoluciones que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero —art. 17.2—. Y ello a pesar de que el anterior Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, dispuso que en el supuesto de ser estimatorias, especificarán la forma y, en su caso, el plazo en el que se facilitarán al interesado los documentos solicitados o será posible la consulta directa —art. 29.1—. Más aún, la Ley 37/2007 de reutilización de la información del sector público dispone que en todo caso la resolución estimatoria supondrá la puesta a disposición del documento en el mismo plazo previsto para resolver —art. 10.4— (45).

(44) Un buen ejemplo, del voluntarismo del legislador es, en este punto, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 30.2—, la cual establece que si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese recibido resolución expresa, «se entenderá estimada la solicitud salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley». Ahora bien, si como nos consta las informaciones excluidas del derecho de acceso deben estar establecidas, precisamente, en normas con rango de ley, como de hecho así sucede, cabe preguntarse, ¿en qué caso se aplicará este silencio estimatorio?

(45) Por su parte, de forma más completa, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 31.1— añade varias precisiones oportunas. De un lado, cuando sea estimatoria, total o parcialmente, de la solicitud, indicará la forma o formato de la información, y, cuando proceda, el plazo y las circunstancias del acceso, que deberán garantizar la efectividad del derecho y la integridad de la información en el menor plazo posible. De otro lado, en una medida de economía administrativa encomiable, la Ley añade que siempre que las características de la información solicitada lo permitan se acompañará conjuntamente a la notificación de la resolución —art. 31.5—.

Asimismo, la LTAIP —art. 19. 2— declara que si ha existido oposición de tercero el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información. De este modo, se hace uso de la posibilidad prevista en la LRJPAC —art. 111.1—, según la cual la interposición de cualquier recurso, «excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario», no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Y esta suspensión automática es lógica, pues en caso de comunicación indebida de la información solicitada, la ejecución del acta causa un daño de rigurosa imposible reparación —art. 111.2 LRJPAC—.

— Resolución total o parcialmente desestimatoria.

De modo más completo que la LRJPAC [la cual se limitaba a contemplar expresamente la motivación en un supuesto concreto —art. 37.4—, debiendo acudir a las reglas generales del artículo 541.a)], la LTAIP —art. 17.2— declara que serán «motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada ()». En este sentido, el Convenio núm. 205 —art. 5.6— establece que si la autoridad pública «rechaza el acceso total o parcial a un documento oficial deberá dar las razones de la denegación». Pero la Ley añade lo siguiente: «Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso, se indicará esta circunstancia al desestimar la solicitud». Otra cosa es, naturalmente, el nivel de exigencia del deber de motivación.

4. Unidades de Información y otras medidas organizativas

Con carácter básico, la LTAIP añade dos disposiciones organizativas. De un lado, establece que las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del Título I «establecerán sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna» —art. 18.1— (46).

De otro lado, establece que el resto de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del Título I (además de la Administración General del Estado) identificarán claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso —art. 18.3—. Ahora bien, este precepto realmente no es alternativo

(46) Lo cierto es que la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, ya dispuso que las Administraciones y organismos del sector público facilitarán mecanismos accesibles electrónicamente que posibiliten la búsqueda de los documentos disponibles para su reutilización, «creando sistemas de gestión documental que permitan a los ciudadanos la adecuada recuperación de la información, tales como listados, bases de datos o índices y portales que enlacen con listados descentralizados» —art. 4.5—.

al anterior referido a la Administración General del Estado, sino complementario del mismo, razón por la que debería ser también de aplicación a la Administración General del Estado. De nuevo debe recordarse que Ley 27/2006 —art. 5.1.c)— dispuso que las Administraciones públicas deberán realizar, entre otras actuaciones: «Elaborar listas de autoridades públicas en atención a la información ambiental que obre en su poder, las cuales se harán públicamente accesibles. A tal efecto, existirá al menos una lista unificada de autoridades públicas por cada Comunidad Autónoma».

Por otra parte, con carácter de norma no básica, la Ley —art. 18.2— dispone que en el ámbito de la Administración General del Estado, existirán *unidades especializadas* que tendrán las siguientes funciones: a) Recabar y difundir la información a la que se refiere el Capítulo I del Título I de esta Ley. b) Recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información. c) Realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada. d) Realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información. e) Llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información. f) Asegurar la disponibilidad de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.2). g) Mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obre en poder del órgano. h) Todas aquellas que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley.

En general, se trata de funciones muy plausibles, si bien se aprecia una cierta confusión en algunas de las proposiciones. En efecto, si corresponde a las unidades de información la tramitación misma de las solicitudes, no se entiende que también se les asigne la función de realizar el control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información, cuando son las mismas unidades las que tramitan. Asimismo, se echa en falta la función de asistencia al público en el correcto ejercicio del derecho de acceso, ordenada expresamente en la Ley 27/2006 —art. 5.b) y d)—.

Como se ha señalado antes, este apartado se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado, tal vez por considerar el legislador que la creación de las unidades de información es una medida organizativa, y por ello no se impone a otras Administraciones. Sin embargo, puede recordarse que otra Ley básica estatal, como la Ley 27/2006, no tuvo reparos, tal vez por tratarse de incorporar una Directiva comunitaria, en establecer lo siguiente: «Las autoridades públicas adoptarán cuantas medidas sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental y, entre ellas, *al menos alguna* de las que se señala a continuación —art. 5.3—: a) Designación de unidades responsables de información ambiental. b) Creación y mantenimiento de medios de consulta de la información solicitada. c) Creación de registros o listas de la información ambiental que obre en poder de las auto-

ridades públicas o puntos de información, con indicaciones claras sobre dónde puede encontrarse dicha información».

En el caso de la Administración General del Estado, de acuerdo con la LOFAGE —art. 20.1— corresponde a los servicios comunes de los Ministerios, bajo la dirección de los Subsecretarios —arts. 15.1 y 21—, entre otros, los sistemas de información, función que suele recaer en la Secretaría General Técnica, a la que corresponde de ordinario la dirección, organización y gestión de las bibliotecas, los archivos y servicios de documentación del Departamento. En la organización territorial, corresponde a los Delegados del Gobierno la coordinación de la información sobre los programas y actividades de la Administración General del Estado —art. 24.1—. Y, en el ámbito local, debe recordarse que el Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales —art. 230.1— establece que existirá en la organización administrativa de cada Entidad Local una Oficina de Información que canalizará toda la actividad relacionada con la publicidad e información que facilite la Entidad. La obtención de copias y certificaciones acreditativas de acuerdos municipales o antecedentes de los mismos, así como la consulta de archivos y registros, se solicitarán a la citada Oficina que, de oficio, realizará las gestiones que sean precisas para que el solicitante obtenga la información requerida en el plazo más breve posible y sin que ello suponga entorpecimiento de las tareas de los servicios municipales (47).

En todo caso, este es uno de los aspectos más débiles de la Ley, que tiene su reflejo en la memoria de impacto económico del Proyecto de Ley, cuando manifestaba que, desde el punto de vista presupuestario, no se aprecia que la aplicación de la Ley haya de suponer un incremento de gastos o una disminución de ingresos de las Administraciones Públicas, ya que «el aumento de las solicitudes de información que se genere (...) se realizará progresivamente y será distribuido de forma generalizada por toda la Administración, de modo que podrá ser absorbido por la estructura orgánica actual y atendido con los presupuestos ordinarios». Para nosotros, la implementación de una auténtica política de transparencia debe comportar necesariamente un coste, si bien es indudable que tal coste se verá sobradamente compensado con las ventajas, incluidas económicas, que aportará para la ciudadanía.

(47) Por su parte, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 10— establece que la Administración Pública, con objeto de hacer efectivo el derecho a la información pública de los ciudadanos y ciudadanas, designará unidades responsables de la información pública, que serán las encargadas, *en coordinación con el sistema archivístico existente* y, en particular, con el archivo digital, de la tramitación, en tiempo y forma, de las obligaciones establecidas por esta Ley Foral.

5. Formalización del acceso

A) Forma y formato de acceso

La LRJPAC —art. 37.8— dispuso que el derecho de acceso «conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración», si bien a pesar de la claridad de la Ley, ha habido pronunciamientos que ha denegado el derecho a obtener fotocopias.

Por su parte, la LTAIP —art. 19.1— dispone que el acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio para formalizar el acceso. Es plausible dar preferencia al acceso por medios telemáticos. Además, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, ya dispuso que las Administraciones y organismos del sector público facilitarán sus documentos en cualquier formato en que existan previamente, procurando proporcionarlos por medios electrónicos (48).

Ahora bien, se echa en falta un claro reconocimiento del derecho del solicitante a elegir la forma y formato de acceso. Por su parte, el Convenio núm. 205 —art. 6.1— es más explícito al declarar el derecho de elección solicitante: «el solicitante tiene el derecho a elegir si examina el original o una copia, o si recibe una copia en cualquier forma disponible o en el formato que elija, a menos que la preferencia expresada sea irrazonable». Asimismo, la Ley 27/2006 —art. 11.1.b)— establece que cuando «se solicite que la información ambiental sea suministrada en una forma o formato determinados, la autoridad pública competente para resolver *deberá satisfacer la solicitud*» a menos que «considere razonable poner a disposición del solicitante la información en otra forma o formato y lo justifique adecuadamente». Por tanto, se exige expresamente que la autoridad justifique las razones en las que se fundamenta su decisión de no atender la solicitud en el formato elegido.

Por último, si la información ya ha sido publicada, según la Ley —art. 19.3—, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella. Como ya se indicó antes, se trata de un criterio admitido en el Convenio núm. 205 —art. 6.3—: «La autoridad pública puede dar a acceso a un documento oficial remitiendo al solicitante a fuentes alternativas fácilmente accesibles». Lo cierto es que esta cuestión ya se ha suscitado en la práctica, resolviendo los tribunales en un sentido opuesto, esto es que la remisión a páginas web no satisface el derecho a obtener copia de los documentos administrativos.

(48) Más aún, la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto —art. 32.2— establece que la Administración Pública procurará conservar la información pública que obre en su poder, o en el de otros sujetos en su nombre, en formas o formatos de fácil reproducción y acceso mediante telecomunicaciones informáticas o por otros medios electrónicos.

B) Gratuidad y contraprestación económica

La LTAIP —art. 19.4— establece que el «acceso a la información será gratuito. No obstante, la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente al original podrá dar lugar a la exigencia de exacciones en los términos previstos en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos y, en su caso, conforme a la normativa autonómica o local que resulte aplicable». En este punto la LTAIP es similar a lo ya establecido en la LRJPAC —art. 37.8—.

De este modo, debe entenderse que es gratuito tanto el acceso *in situ*, como el acceso electrónico. De este modo, se cumple con el Convenio núm. 205 —art. 7.1—, el cual establece que la consulta de documentos públicos en las oficinas de la autoridad pública debe ser gratuita.

En el caso de Administraciones Públicas las exacciones deben ser tasas, pues se trata de una actividad (expedición de documentos) que, por su propia naturaleza, no puede ser realizada por la iniciativa privada. Ahora bien, siguiendo nuevamente lo previsto en la Recomendación de 2002, el Convenio núm. 205 establece que se podrá cobrar unos honorarios al solicitante por una copia del documento público, «siempre que sean razonables y no excedan los costes reales de la reproducción y de la entrega del documento. Las tarifas deberán estar publicadas». Y, al margen de la exigencia de publicidad que se cumple necesariamente al tratarse de tasas, estas cautelas están ausentes en la LTAIP, de modo que debe acudir a la legislación tributaria correspondiente. Habría sido interesante explicitar, además, la prohibición expresa de aprobar tasas disuasorias, así como el deber de publicitar adecuadamente las contraprestaciones económicas. De otro lado, se echa en falta una ordenación en la propia LTAIP, en sus disposiciones adicionales, de la tasa aplicable en la Administración General del Estado, algo que ya llevó a cabo la Ley 27/2006 —disposición adicional primera—.

Finalmente, debe recordarse que el tratamiento posterior de la información obtenida a través del ejercicio del derecho de acceso estará, en su caso, sujeto a la LOPD —art. 12.6—, y la reutilización de tales documentos estará sometida a la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

V. RÉGIMEN DE IMPUGNACIONES

1. La Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios

La LTAIP —art. 21.1— establece que frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la

Calidad de los Servicios. Esta reclamación responde a una de las exigencias del Convenio núm. 205 —art. 8.1—, el cual establece, siguiendo una vez más lo previsto en la Recomendación de 2002, que el solicitante que pida un documento público cuyo acceso le haya sido denegado expresa o implícitamente, parcialmente o por completo, tendrá acceso a un procedimiento de reclamación antes de la apelación ante un tribunal «u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley».

Frente a ello es claro que los recursos administrativos ordinarios no cumplen estos estándares de independencia e imparcialidad, pues o bien se resuelven por el mismo órgano que denegó la solicitud (recurso de reposición) o por su superior jerárquico (recurso de alzada). Para crear esta reclamación especial, la Ley (disposición final tercera) modifica la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, ampliando las competencias de la hasta entonces Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), y que entidad pasa a denominarse Agencia Estatal de *Transparencia*, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (obsérvese que la misión de transparencia pasa a ocupar el primer lugar) (49).

De entrada, parece mejor solución que el criterio de anteriores anteproyectos que asignaban esta misión a la Agencia Española de Protección de Datos, pues sería atribuir a una misma organización finalidades contrapuestas (privacidad – transparencia). El problema que puede suscitarse es debido a la circunstancia de que la Agencia va a tener encomendadas dos tipos de funciones: las de evaluación de políticas públicas y las de transparencia, y la posición de la Agencia frente al Gobierno es diferente en un caso y otro.

En efecto, la AEVAL no disponía de un estatuto que garantizara un mínimo de autonomía. Así, el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia, se limitó a declarar que el Presidente de la Agencia será nombrado y separado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas —art. 10—. Por ello, la LTAIP modifica algunos aspectos referidos a la designación y cese del Presidente de la Agencia Estatal.

Según la LTAIP (disposición final tercera), el «Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios será nombrado por un período de cuatro años mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados». Hasta aquí se trata de un sistema similar al establecido en

(49) Desde su creación la AEVAL viene realizando informes de evaluación de determinados planes y programas públicos, como el plan español de energías renovables o el programa de vacaciones para personas mayores.

la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para la designación del Presidentes y Consejeros de los Organismos Reguladores —art. 13.1—, si bien debe recordarse que la duración del mandato suele ser de seis años, no de cuatro. Pero la LTAIP añade lo siguiente: «El Congreso, a través de la Comisión competente, y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderá aceptado el correspondiente nombramiento».

En cuanto al cese, la LTAIP establece que el Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios cesará de su cargo por la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente expediente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso. Por tanto, el Gobierno no puede cesar libremente al Presidente de la entidad, como si se tratase de un cargo más de libre designación. No obstante, no se contiene una prohibición de reelección, medida ésta que reforzaría la independencia, y que sí se establece para otros organismos.

Estas medidas van en la dirección correcta de transformar esta agencia de entidad instrumental en entidad de las calificadas «independientes», tal como exige el Convenio núm. 205. No obstante, son claramente insuficientes. De entrada, se echa en falta la declaración expresa de que la Agencia actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, y plena independencia del Gobierno y de las Administraciones Públicas, tal como se declara en relación con los organismos reguladores y otras agencias. Además, ya se han indicado la limitación de la duración del mandato a cuatro años y la no previsión de una prohibición de reelección.

Pero, sobre todo, las garantías de independencia se centran en exclusiva en la figura del Presidente de la Agencia, al que parece confiarse la competencia en exclusiva, obviando el estatuto de los consejeros, de modo que se configura una agencia presidencialista, al estilo de la AEPD. Frente a este criterio debe observarse que la ya dilatada experiencia de otros países en materia de conflictos de acceso a la información, recomienda la atribución de esta competencia a órganos colegiados de composición técnica y plural (50). En definitiva, la Ley no garantiza de modo suficiente la independencia de la Agencia.

En todo caso es previsible que las escasas previsiones sobre la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad

(50) Cabe también recordar que incluso una agencia de carácter tan presidencialista como la Agencia Española de Protección de Datos cuenta con un consejo consultivo de composición plural —art. 38—, del cual se extrae la figura del Director de la Agencia —art. 36.1—.

de los Servicios contenidas en la LTAIP sean objeto de desarrollo en el futuro Real Decreto por que el apruebe el nuevo Estatuto de la Agencia. En tal caso, sería conveniente atribuir a la Agencia otras competencias, como la vigilar el cumplimiento por parte de las entidades obligadas de los deberes de publicidad activa, o las de difundir la información a la ciudadanía sobre los derechos que la Ley reconoce, e, incluso, informar preceptivamente los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la Ley.

2. Carácter sustitutivo y potestativo de la reclamación

Haciendo uso de la posibilidad prevista en la LRJPAC —art. 109.d)—, la LTAIP —art. 17.5—, establece que las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este criterio presenta dos ventajas indudables, pues de un lado permite unificar el régimen de impugnación y, de otro lado, deja expedito el acceso a la tutela contencioso-administrativa.

Pero, además, la LTAIP —art. 20.1— establece que la reclamación prevista en la Ley (y que se trata en el epígrafe siguiente) tendrá «la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LRJPAC». En realidad, dado que estos actos agotan siempre la vía administrativa, sólo procedería el recurso de reposición, de modo que bastaría con referirse a éste. En todo caso, contra las resoluciones en esta materia no cabe interponer el recurso de reposición establecido en la LRJPAC.

Asimismo, dado que la reclamación viene a sustituir al recurso de reposición, ya podía inferirse que su interposición es potestativa. En este sentido, y para despejar cualquier duda, la LTAIP —art. 21.1— declara que «Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso dictada de conformidad con el procedimiento regulado en este capítulo podrá interponerse una reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, con carácter potestativo y previo a la impugnación en vía contencioso— administrativa». Y, a sugerencia del Consejo de Estado, se añadió al artículo 17.5, que «Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 21*».

Asimismo, la creación de esta reclamación especial presenta la virtualidad de que, a diferencia de los recursos administrativos de la LRJPAC, no está limitada a las Administraciones públicas, sino que es aplicable a las entidades sujetas a la LTAIP y que no tienen la condición de Administración pública.

3. Ámbito subjetivo de la reclamación

La Ley —art. 20.2— precisa que contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f), esto los órganos constitucionales y estatutarios, sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo. Este criterio, aun cuando ha sido criticado por alguna organización social (como la Coalición Pro-acceso) es consecuente que la autonomía constitucional o estatutaria de dichos órganos, que se compadece mal con el control a cargo de una Administración Pública. No obstante, no puede dejar de señalarse que en otro supuesto similar no se ha tenido en cuenta esta posición de autonomía.

Ahora bien, a sensu contrario, de este precepto legal —art. 20.2— se desprende que la reclamación que nos ocupa será aplicable al resto de entidades sujetas a la Ley de acuerdo con artículo 2.1, y debemos recordar que aquí se incluyen entidades jurídico-privadas del sector público. De este modo, se establece una reclamación administrativa (la Ley —art. 21.3— declara expresamente que la tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la LRJPAC) frente a un acto de una entidad jurídico-privada, lo que nos lleva a afirmar que se trata de actos administrativos dictados por un sujeto que no es Administración pública en sentido formal, fenómeno por otra parte no exclusivo de este ámbito.

4. Régimen de la reclamación ante la Agencia Estatal

La LTAIP —art. 21.2— establece que la reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado «o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo». La aplicación del plazo de un mes al supuesto de resolución presunta no se ajusta a los parámetros del recurso de reposición, del cual —no se olvide— es sustitutorio la reclamación. Debe recordarse que la LRJPAC —art. 117.1— fija un plazo de tres meses en caso de recurrir en reposición una resolución desestimatoria presunta, mientras que la LTAIP mantiene el mismo plazo de un mes para los dos supuestos de acto expreso y presunto.

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga. Precepto que no es más que la aplicación de la regla general contenida en el artículo 112.2 LRJPAC.

Ahora bien, nada dice la Ley sobre la competencia de la Agencia (u órgano independiente) para acceder los documentos en cuestión, y resolver con pleno conocimiento. A la vista de lo dispuesto en el artículo 21.3, según el cual la tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la LRJPAC, cabe plantear la aplicación analógica del artículo 114.2 LRJPAC

(referido al recurso de alzada), según el cual el órgano que dictó el acto impugnado deberá remitir al competente para resolver el recurso en el plazo de diez días, una copia completa y ordenada del expediente, con su informe.

La LTAIP —art. 21.4— establece que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses. De este modo, se sigue el plazo fijado para el recurso de alzada —art. 115.2 LRJPAC—. Lo cierto es que el plazo de un mes del recurso de reposición (que era el que contemplaba el Anteproyecto de Ley) es excesivamente breve, pues la Agencia precisará reclamar informe al órgano correspondiente y, con frecuencia, conceder la audiencia a terceros antes indicada. Además, queda la incógnita de si la resolución de la reclamación corresponderá al Presidente de la Agencia (como parece apuntar el art. 21.5) o a un órgano colegiado, en cuyo caso será necesario convocarlo debidamente (51).

De otro lado, la LTAIP —art. 21.4— establece que transcurrido el plazo indicado de tres meses la reclamación se entenderá desestimada. De este modo, se sigue el criterio del sentido del silencio administrativo establecido para el recurso de reposición, el cual es siempre desestimatorio —art. 117.2 LRJPAC—. Este criterio ha sido censurado, pues permite el solapamiento de dos silencios desestimatorios (primero en vía de solicitud, y después en vía de recurso), algo que se descarta por la LRJPAC —art. 43.1— en relación con el recurso de alzada, si bien lo cierto es que la reclamación viene a sustituir al recurso ordinario de reposición.

5. Memorias e informes estadísticos

Como una manifestación del propio principio de transparencia, la LTAIP —art. 21.5— establece que las resoluciones de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados. Esta publicación es muy importante, pues la aplicación de la Ley generará una enorme casuística, y de este modo tanto a las Administraciones como los ciudadanos podrán conocer los criterios de la Agencia en la aplicación de la Ley.

Asimismo, el Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo «y elaborará anualmente una memoria en la que se analice el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este Título» —art. 21.5—.

(51) Así, debe recordarse que para un procedimiento similar de reclamación para la tutela del derecho de acceso ante la Agencia Española de Protección de Datos, se ha fijado un plazo de seis meses.

Pero, además, a sugerencia del Consejo de Estado, se incluyó en la disposición adicional primera, un precepto según la cual la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios elaborará anualmente un informe estadístico sobre «el grado de cumplimiento de las obligaciones de transparencia y acceso a la información pública contenidas en la Ley».

Obsérvese que el precepto no limita el informe a la aplicación del derecho de acceso, como sucede con la memoria del artículo 21.5, sino que se refiere de modo genérico a las «obligaciones de transparencia y acceso a la información pública», por lo que debe entenderse que el informe se deberá extender al grado de cumplimiento de los deberes de transparencia activa, al menos, por parte de la Administración del Estado y demás entidades vinculadas a la misma. No se especifica que este informe sea presentado al Congreso, pero parece que así debe entenderse por analogía con el informe que la misma Agencia debe realizar en materia de calidad de los servicios —apartado 3 de la misma disposición adicional primera—. Más discutible es que este informe pueda extenderse más allá de la Administración del Estado (52).

6. Reclamación en el ámbito autonómico y local

La LTAIP (disposición adicional tercera) establece que la resolución de la reclamación prevista en el artículo 21 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas (y Ciudades con Estatuto de Autonomía), sus Asambleas Legislativas y las instituciones autonómicas análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, así como en los de resoluciones dictadas por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al *órgano independiente* que aquéllas determinen. Se sigue, pues, un criterio similar al previsto en la LOPD —art. 41— en relación con la Agencia Española de Protección de Datos, o en relación con el recurso especial en materia de contratación pública —art. 41 TRLCSP—.

El problema es que no existen parámetros universales para determinar cuándo un órgano es «independiente». Habría sido más conveniente establecer que el órgano en cuestión deberá cumplir unas exigencias similares a las establecidas para la Agencia estatal (que son bien escasas, como nos consta). Se da, además, la circunstancia de que algunas Comunidades Autónomas han

(52) En cuanto al contenido del informe estadístico, la Ley no lo especifica, pero por analogía con otros informes similares, deberá incluir información comprensiva del número de reclamaciones planteadas por los ciudadanos a la Agencia, objeto de las mismas, resoluciones estimatorias y desestimatorias adoptadas. Ni que decir tiene que tal informe deberá ser público.

previsto en su legislación de archivos órganos que intervienen en conflictos sobre el acceso a la documentación pública (53).

Asimismo, la LTAIP permite que las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía puedan atribuir la competencia para la resolución de la reclamación prevista en el artículo 21 a la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. En una situación de imperiosa necesidad de economizar gastos, como la actual, puede ser una buena opción. Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede si las Comunidades Autónomas no crean un órgano independiente propio ni acuerdan con la Administración General del Estado, lo que al fin y al cabo también supone asunción de gastos? No se ha previsto esta posibilidad.

En cuanto al ámbito subjetivo de esta reclamación pueden señalarse tres cuestiones. En primer lugar, en relación con los órganos estatutarios, este precepto puede entrar en contradicción con el artículo 20.2, según el cual contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) (entre los que se incluyen los órganos estatutarios) sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, en relación con las resoluciones de las entidades locales, no se prevé que las entidades locales puedan celebrar un convenio con la Administración General del Estado, ni tampoco se prevé que puedan crear un órgano «independiente» propio, por lo que parece que quedan englobadas necesariamente en el órgano independiente que establezca la Comunidad Autónoma (54).

En tercer lugar, no se mencionan a las Universidades públicas, si bien parece, que por exclusión, debe entenderse comprendidas junto a las Entidades locales de su ámbito territorial. En cuarto lugar, se echa en falta previsiones expresas sobre la competencia en el caso de entidades jurídico-privadas, de modo similar a lo establecido en materia de contratación pública.

(53) Es el caso de la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos, creada por la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, a la que corresponde evacuar «informe preceptivo en los recursos o reclamaciones presentados contra las denegaciones del derecho de acceso a los documentos custodiados en los archivos del Sistema» —art. 31.3—. Tal vez el presidente de esta comisión no sea designado con la parafernalia prevista para la agencia estatal, pero su carácter colegiado y composición marcadamente técnica determinan que se trate de un órgano mucho más adecuado para intervenir en esta materia.

(54) Tal vez, habría más sido respetuoso con las competencias autonómica el criterio del TRLCSP —art. 41.4—, según la cual en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

VI. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

1. Información al público

El Convenio núm. 205 —art. 9—, siguiendo otra vez a la Recomendación de 2002, obliga a las Partes a informar al público sobre su derecho de acceso a los documentos públicos y cómo puede ser ejercido ese derecho. Además, el Convenio obliga a las Partes a adoptar una serie de medidas, también tomadas de la Recomendación de 2002 a «proporcionar información sobre las materias o las actividades de las cuales son responsables». Ciertamente, la Ley contiene un conjunto importante de medidas de publicidad activa. No obstante, debería completarse con medidas de información sobre la información en poder de las autoridades públicas (55).

2. Formación de las autoridades y agentes públicos

El Convenio núm. 205 —art. 9—, siguiendo otra vez a la Recomendación de 2002, obliga a las Partes a «formar a las autoridades públicas en sus deberes y obligaciones con respecto a la puesta en práctica de este derecho». Sin embargo, se echan en falta en la Ley una previsión de este tipo, a pesar de que ya estaba contemplada en la Proposición de Ley del Grupo Popular de 28 de junio de 2011.

3. Gestión documental y archivos

El Convenio núm. 205 —art. 9—, siguiendo otra vez a la Recomendación de 2002, obliga a las Partes a b) «proporcionar información sobre las materias o las actividades de las cuales son responsables»; c) «gestionar sus documentos eficientemente de modo que sean fácilmente accesibles»; y d) «seguir los procedimientos claros y preestablecidos para la preservación y destrucción de sus documentos».

Lo cierto es que de nada sirve aprobar la mejor de las Leyes de acceso a la información pública si la documentación objeto del derecho, aun existente en un momento dado, ha sido destruida indebidamente o, sencillamente, se ha perdido, sustraído o alterado. En estos casos estaríamos ante supuestos de imposibilidad material para el ejercicio del derecho de acceso. Asimismo, ¿cómo cumplir los

(55) De conformidad con el apartado III.8 de la Recomendación R(2000)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre una política europea de acceso a los archivos, la futura ley debería obligar a los sujetos que componen su ámbito de aplicación a describir y difundir la totalidad de los documentos que componen sus respectivos fondos documentales —al menos en los niveles superiores de agrupación—, conforme a los criterios y estándares internacionales archivísticos.

cada vez más perentorios plazos para la resolución de las solicitudes si no es infrecuente que la propia Administración titular del documento tenga verdaderas dificultades para localizar el documento en cuestión?

Como es bien sabido, de todas estas cuestiones se ocupan los sistemas de gestión documental y de archivos ordenados en la legislación de archivos, documentos y patrimonio documental. Por todo ello habría sido conveniente una mayor coordinación con la legislación de archivos, no sólo a efectos del derecho de acceso a la documentación contemplado en esa legislación (que es lo que atiende peor que mejor la disposición adicional primera), sino también debido a la interdependencia existente entre el sistema de transparencia y el sistema de archivos y gestión documental, y que es bien conocida por los profesionales de los archivos, pues, como se ha puesto de manifiesto en otros países, pretender implantar un sistema de transparencia pública sin garantizar sistema de archivos y gestión documental es como poner el carro antes que los bueyes.

Ciertamente, las competencias del Estado en materia de archivos están limitadas a los archivos de titularidad estatal, pero tanto desde la competencia estatal sobre patrimonio cultural (en la medida en que la documentación pública constituye en su integridad patrimonio documental), como desde la competencia sobre el régimen jurídico básico de las Administraciones públicas (dada la conexión de la gestión documental con la actividad de las Administraciones), cabe postular la introducción en la Ley de una norma que explicita la obligación por parte de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación de adoptar políticas, procedimientos, prácticas y sistemas de gestión de documentos y archivos para garantizar, entre otras cosas, la efectividad del derecho de acceso (56). Asimismo, habría que coordinar las funciones de las Comisiones Calificadoras y Evaluadoras de Documentos existentes en los sistemas de archivos, incluido el estatal.

4. Medidas sancionadoras

Por último, están ausentes en la Ley medidas sancionadoras, tanto en caso de incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, como de indebida conculcación del derecho de acceso a la información pública. Así, el propio Consejo de Estado sugirió en su dictamen la conveniencia de introducir un régimen sancionador que permitiera reprimir las conductas contrarias a las nor-

(56) De hecho, cabe recordar que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, dispuso que los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para la protección, la integridad y catalogación de los fondos documentales depositados en los archivos públicos, en particular en los casos de mayor deterioro o riesgo de degradación —art. 22.3—.

mas de transparencia que el anteproyecto recoge, recomendación que no fue acogida (57).

La única medida sancionadora en materia de transparencia contemplada en la LTAIP es la referida al cumplimiento del deber legal de resolver en plazo, y que, en realidad, ya está prevista (con escaso éxito, por cierto) en la LRJPAC. En cambio, la propia LTAIP en el Título dedicado al Buen Gobierno tipifica varias infracciones relativas precisamente a la comunicación de informaciones confidenciales (58).

Con todo, debe señalarse que, debido a imprecisos, difusos límites entre transparencia y confidencialidad, es realmente difícil acreditar una actuación dolosa en esta materia, puesto que siempre se podrá alegar la creencia —errónea— de que se obraba correctamente, de acuerdo con la Ley, e, incluso, en defensa de derechos de terceros, de tal modo que la comunicación del documento sí que podía ser constitutiva de un delito, esta vez perfectamente tipificado, como es el delito de revelación de secretos en sus distintas variantes —arts. 415, 417, 601 CP—.

5. El papel de la legislación autonómica

A partir de la entrada en vigor de la LTAIP se abre a las Comunidades Autónomas la oportunidad de ordenar esta materia, desarrollando y complementando aspectos de la Ley, e incluso en algunos casos subsanando algunas de las deficiencias de la Ley estatal. De entrada, debe destacarse que algunos preceptos de la LTAIP, de carácter marcadamente organizativo, se aplican exclusivamente a la Administración del Estado —arts. 8 y 18—, de tal modo que las Comunidades Autónomas disponen de libertad de configuración normativa estos aspectos. Y el resto de la LTAIP es una ley básica, y de acuerdo con lo señalado más arriba, debe interpretarse en el sentido de norma de garantías mínimas, de tal modo que pueden ser desarrolladas, complementadas y suplementadas por la legislación autonómica (no menoscabadas). Así, un excelente ejemplo de desarrollo legislativo es la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, que se anticipó a la ley estatal.

(57) «Esta recomendación responde a la necesidad de reforzar el carácter imperativo que las normas de la proyectada Ley poseen, atendiendo al modo en que se encuentran formuladas, pues para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento».

(58) Son infracciones disciplinarias muy graves —art. 26—: d) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. e) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido. Y se califica como infracción grave: d) No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio.

Entre los aspectos que pueden ser objeto de ordenación legal por parte de las Comunidades Autónomas pueden destacarse los siguientes:

- Ámbito subjetivo: incluir a entidades jurídico-privadas que ejerzan funciones públicas por mandato legal o delegación de la Administración pública.
- Publicidad activa: la ordenación de Ley estatal constituye un mandato de mínimos, que puede ser complementado por la Ley autonómica, eso sí con el límite de no afectar a los datos personales especialmente protegidos por la LOPD. Y de hecho —como nos consta— esta es una materia que ya ha sido objeto de desarrollos normativos por parte de diversas Comunidades Autónomas. Creación de Portal de Transparencia.
- Límites: los límites materiales presentan un marcado carácter cerrado e imperativo. Pero las llamadas excepciones formales y causas de inadmisión sí son susceptibles de modulación.
- Aspectos organizativos referentes a las unidades de información, conexión con el sistema autonómico de archivos.
- Aspectos de implementación de una política de transparencia: divulgación de la Ley, promoción del derecho de acceso, formación de autoridades y empleados públicos, apoyo técnico y asistencia económica a entidades locales y otros organismos públicos.
- Procedimiento de acceso; cabe plantear la posibilidad de reducir los plazos de resolución y notificación previstos en la Ley, pues se trata de plazos fijados en atención a la eficacia de la Administración, de modo que nada impide que una Ley autonómica considere que las Administraciones de su territorio está en condiciones de actuar con mayor eficacia, mejorando la garantía de la Ley básica.
- Formas y formatos de acceso: mediante el impulso de los formatos telemáticos sin restricciones tecnológicas, de acuerdo con el principio de neutralidad tecnológica.
- Tasas y contraprestaciones: ordenación del régimen de tasas por expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente al original.
- Régimen de impugnaciones: articulando el órgano que habrá de atender la reclamación previa y potestativa ordenada en la Ley.
- Régimen de sanciones y disciplinario.
- Vinculación de la transparencia con la participación ciudadana.

Algunas de estas medidas podrían aprobarse mediante una disposición reglamentaria, si bien en algún caso es dudosa esta posibilidad (como la creación de un órgano independiente, salvo que se interprete que la LTAIP sirve para cumplir la reserva de ley del art. 107.2 LRJPAC), y en otros supuestos es incuestionable la necesidad de respetar la reserva de ley (caso de la apro-

bación de tasas). Pero, en cualquier caso, desde una perspectiva de política legislativa, es manifiestamente preferible la aprobación de una Ley, pues no se trata de simples medidas organizativas, sino de implementación de un derecho ciudadano.

VII. FINAL

En definitiva, el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado por el Gobierno, sobre todo tras las mejoras introducidas al anteproyecto original en mayo y julio, presenta una ordenación incontestablemente más avanzada que la contenida en la actualidad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien esto es decir bien poco, dado el carácter manifiestamente defectuoso de esta ordenación.

En cambio, si se compara el Proyecto de Ley con otros textos más recientes, el saldo resultante es francamente negativo. Desde luego es inferior a la ordenación del derecho de acceso a la información medioambiental contenida en la Ley 27/2006, de 18 de julio (salvo en lo relativo a las garantías administrativas), lo cual no tiene una explicación lógica.

Pero, sobre todo, llama la atención que el Proyecto de Ley no cumpla con todos los parámetros, por lo demás de mínimos, establecidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos núm. 205, convención que está llamada a ser ratificada por el Estado español. E, incluso, en no pocos aspectos (salvo, de nuevo, en materia de garantías administrativas), el texto del Anteproyecto rebaja ampliamente la previsiones de la Proposición de Ley presentada por el propio Grupo Popular el año anterior.

Por tanto, el texto que comentamos se queda por debajo de las expectativas que había despertado una ley tan esperada, por lo que esperemos que sea convenientemente mejorado en la tramitación parlamentaria.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John Mill y SANDOVAL, Irma Eréndira (2008): «Leyes de acceso a la información en el mundo», en *Cuadernos de transparencia* n° 07, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México.
- CANO BUESO, Juan (1996): *El derecho de acceso a la documentación de los diputados en el ordenamiento parlamentario español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- CANTÚ CONCHA, Hugo y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio; TACHER EPELSTEIN, Lucy (2004): *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

- CASADO CASADO, Lucía (2008): «El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud», en *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, pp. 225 y ss.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep M^o (2001): *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*, Cedecs, Barcelona.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2012): «La contribución de las TICs a la mejora de la transparencia administrativa», en *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. 188 – 756 julio-agosto, pp. 707-724.
- (2000): *L'aplicació del dret d'accés a la documentació administrativa de la Generalitat de Catalunya*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona.
 - (1998): *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DADER, José Luis (2012): «La privacidad como excusa para restringir la información de interés público», en *Revista General de Derecho Constitucional* 15.
- DE OCAÑA LACAL, Daniel (1999): «Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España», en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 3-4, pp. 173 y ss.
- DYRBERG, Meter (1997): «El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias», en *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 2.
- EMBID IRUJO, Antonio (1994): *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (1997): *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- (2003): «El sistema estatal de archivos públicos. Pasado, presente y futuro», en esta REVISTA, núm. 22, pp. 53 y ss.
 - (2003): *Los concejales y el acceso a la información local*, Ed. Comares, Granada, 2^o ed.
 - (2004): «La transparencia administrativa en Portugal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp. 431-463.
 - (2005): *La información y participación ciudadana en la Administración local*, Bosch, Barcelona.
 - (2009): «El derecho de acceso a la información medioambiental», en *Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 15, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
 - (2012): «Comentario de urgencia al Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12, Quincena del 16 al 30 Jun.

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y DE OCAÑA LACAL, Daniel (2001): *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, pp. 141 y ss.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2011): «La Administración electrónica de la Junta de Andalucía», en S. FERNÁNDEZ y JOSÉ M^o PÉREZ (coords.): *Estudios sobre el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía*, IAAP, Sevilla, p. 374 y ss.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio (1995): «Secreto Industrial», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas Madrid.
- GUICHOT REINA, Emilio (2003): «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», en *RAP*, núm. 160.
- (2007): «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», en *RAP*, núm. 173, pp. 407-445.
 - (2008): *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid.
 - (2010): *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho Europeo*, Sevilla. Editorial Derecho Global – Global Law Press.
 - (2011): «Las relaciones entre transparencia y privacidad en el Derecho comunitario ante la reforma de la normativa sobre acceso a los documentos públicos», en *REDE* N^o 37, pp. 37-69.
- JIMÉNEZ PLAZO, M^o Isabel (2006): *El derecho de acceso a la información municipal*, Iustel, Madrid, 2006.
- LAZCANO BROTONS, Iñigo (2005): «El derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente en la Directiva 2003/4/CE», en *Estudios de Derecho Ambiental europeo*, García Ureta (Coordinador), LETE, Pamplona, pp. 105 y ss.
- (2005): «El derecho a recibir información administrativa local», *Mediatika*, 11, pp. 111-134.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2007): Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en *Estudios de Derecho Judicial*, n^o 137.
- MENDEL, Toby (2007): Relatoría especial para la libertad de expresión, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA.
- (2008): *Libertad de información: comparación jurídica*, 2^a ed., UNESCO, París.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (1998): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, 2^a ed.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2004): «El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia de la administración», en *Revista del Poder Judicial*, N° 73, pp. 11-61.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María (1999): *El derecho de acceso a los archivos y documentos de la Administración militar*, Madrid, Civitas.
- PIGRAU SOLÉ, Antoni (2008): *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.
- POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto (1997): «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 142.
- RAMS RAMOS, Leonor (2005): «Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 128, pp. 709 y ss.
- RAMS RAMOS, Leonor (2009): *Derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2007): *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario Sistemático a la Ley 27/2006*, Aranzadi, Navarra.
- SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel (2008): *El derecho de acceso a la información pública*, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2004): «El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local», en *REALA*, núm. 294-295, pp. 385 y ss.
- SINDIC DE CATALUÑA (2012): *El derecho de acceso a la información pública*, Informe extraordinario, marzo.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio (2008): *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales celebrado el 28 de octubre de 2008 en la Real Casa de Correos de Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, Madrid.
- VVAA: *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Murcia, Consejería de Turismo y Cultura de la Región de Murcia, 2001.
- VVAA: *XIV Jornadas de Archivos Municipales. El acceso a los documentos municipales*, Consejería de las Artes de la Comunidad de Madrid- Ayuntamiento de Parla, Madrid, 2002.
- VVAA: *El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos*. VI Congreso de Archivos de Castilla y León. Tabula. N° 15 (2012).

LA LEY FORAL DE LA TRANSPARENCIA Y DEL GOBIERNO ABIERTO

JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA APROBACIÓN DE LA LEY FORAL Y EL CONTEXTO JURÍDICO.– II. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY FORAL: 1. Finalidad y carácter integral. 2. Justificación competencial y ámbito de aplicación: sujetos obligados. 3. Definiciones. 4. Principios y derechos: naturaleza, contenido y régimen: A) Dualidad entre principios y derechos: naturaleza. B) Los principios de actuación del «Gobierno Abierto». C) Derechos.– III. LA TRANSPARENCIA: PUBLICIDAD ACTIVA: 1. Previsiones generales sobre la transparencia. 2. Publicidad activa. 3. La transparencia en la gestión administrativa.– IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: 1. Aspectos generales: regímenes y elementos. 2. Limitaciones. 3. Procedimiento. 4. Contraprestación económica. V. LA PARTICIPACIÓN Y LA COLABORACIÓN CIUDADANAS. 1. Nuevo enfoque de la participación social: finalidad y ámbito. 2. Condiciones básicas: A) Fomento de la participación. B) Garantías. 3. Instrumentos de participación y colaboración ciudadanas. 4. Derechos específicos de participación y colaboración.– VI. MODERNIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVAS: 1. Racionalización y simplificación de procedimientos y estructuras. 2. Mejora de la calidad normativa. 3. Mejora continua de la calidad en la Administración.– VII. LA ÉTICA Y LA TRANSPARENCIA EN LA ACCIÓN DE GOBIERNO.– VIII. GARANTÍAS ADMINISTRATIVAS, JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES.– IX. CONCLUSIÓN: UN PASO IMPORTANTE Y EL RETO DE LA EFECTIVIDAD.– X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este artículo ofrece un análisis de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, que regula el acceso a la información y la participación del público en el ámbito de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, con el propósito de avanzar hacia un modelo de organización abierta, transparente, participada y responsable, apoyada en los medios electrónicos.

Palabras clave: transparencia; participación pública; acceso a la información; Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

ABSTRACT: This paper provides an analysis of the Law 11/2012 about Transparency and Open Government adopted by Foral Community of Navarra. This Act rules the access to information and public participation in Administration of Community of Navarra, considering that the aim is to achieve an open, transparent, participative and responsible Public Administration, using electronic means.

Key words: transparency; access to information; public participation; Foral Administration of Navarra.

I. INTRODUCCIÓN: LA APROBACIÓN DE LA LEY FORAL Y EL CONTEXTO JURÍDICO

La sociedad demanda en la actualidad un buen gobierno de calidad basado en una gestión pública imparcial, ética, abierta, eficaz y eficiente y responsable, que materialice la gobernanza, destierre la corrupción y evolucione hacia un nuevo estadio de democracia participativa. La transparencia y la participación social son pilares básicos de una sociedad democrática avanzada, que exige una Administración moderna caracterizada por la simplificación administrativa, la utilización de nuevas tecnologías y la supervisión. Por ello, las Administraciones públicas se hallan en una situación de auténtica encrucijada pues han de adaptarse a esos dos paradigmas (participación y modernización) en una situación de grave crisis económica, con la exigencia de más calidad por menos y con protagonismo de la ciudadanía (1).

Por ello, esas ideas-fuerza, en particular la transparencia y la participación pública, constituyen hoy principios y objetivos presentes en todos los ámbitos y niveles normativos. De forma sintética, tales principios lucen en el Derecho comunitario europeo (2) y destaca el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos abierto a la firma el 18 de junio de 2009 (en adelante, Convenio 205) (3). En el ámbito interno, ya la Constitución Española de 1978 recogió numerosos registros de apertura y participación pública (en particular, arts. 9.2 y 105); y en su desarrollo la transparencia y la participación ciudadana constituyen principios generales de la actuación administrativa en sus relaciones con los ciudadanos (art. 3.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en la redacción dada por la Ley 4/1999), previéndose el derecho de acceso a archivos y registros (art. 37 Ley 30/1992) y la participación de los interesados mediante los trámites de audiencia y de información pública (arts. 84 a 86 Ley 30/1992). Destacan el impulso de estos principios en la legislación de régimen local (arts. 69 a 72 LBRL) y en la reglamentación local (4); y su implantación en el ámbito ambiental por la Ley

(1) Puede consultarse Citizen Service Transformation: *A manifesto for change in the delivery of public services*.

(2) En el ámbito europeo el Derecho originario recoge los principios de apertura y participación (arts. 1, párrafo segundo, y 11 Tratado de la Unión Europea) y los derechos a una buena administración y de acceso a los documentos (arts. 41 y 42 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE); y, en su desarrollo, el Reglamento (CE) N° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 regula la accesibilidad del público a los documentos de las instituciones.

(3) Véase la guía «Explanatory Report» to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents. Asimismo, por todos, GUICHOT REINA (2011: pp. 25-72).

(4) PEMÁN GAVÍN (2005: pp. 21-59) y CASTEL GAYÁN (2010: pp. 183-208) destacan el impulso de la participación ciudadana en el ámbito local con una nueva generación de reglamentos y nuevos instrumentos participativos.

27/2006. Sin embargo, en España, a diferencia de otros países (5), no existe todavía una ley general del derecho a la información o de transparencia (6). Es, por otra parte, destacable el impulso a la transparencia y participación pública en el ámbito autonómico, con normas y estructuras específicas (7), hasta el punto de configurarlas como objetivos e incluso derechos estatutarios (8).

En Navarra la legislación foral ya recogía los principios de transparencia y de participación y regulaba la administración electrónica. Con carácter general y al margen de normas sectoriales, la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, incluyó entre los principios y derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad Foral, la transparencia, la publicidad, la información y la participación pública [arts. 3.h), 10, 11, 14 y 15]. También se previó la implantación de las nuevas tecnologías mediante la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, de implantación de la Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (9); y se postula la simplificación administrativa como muestra la Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales. Y finalmente, la Ley 2/2011, de 17 de marzo, establece un código de buen gobierno. Pero se trata de previsiones programáticas y dispersas, faltando una

(5) Un análisis comparado en GUICHOT REINA (2012a: pp. 135-188).

(6) No obstante, en la pasada legislatura hubo varias iniciativas. El Grupo Parlamentario Mixto ha presentado en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica de principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública (BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. 314-1, 15 de abril de 2011. El Gobierno de la Nación aprobó el 29 de julio de 2011 un anteproyecto de Ley de transparencia y acceso a la información pública, carente de continuidad ante la próxima convocatoria electoral. Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ha presentado una Proposición de Ley relativa a la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOCG, Congreso de los Diputados Núm. 326-1, 15 de julio de 2011).

(7) Pueden mencionarse la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega; la Ley de la Comunidad Valenciana 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana de la Comunitat Valenciana (cuyo Reglamento se ha aprobado por Decreto 76/2009, de 5 de junio); y la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana. Véase CASTEL GAYÁN (2009: pp. 399-446) que resalta su reforzamiento en la nueva regulación autonómica.

(8) El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 incorpora numerosas referencias a la información y a la participación social (arts. 10, 28.3, 31, 34, 37.16, 84.2, 78, 11.3, 113 y 134). En particular, se fija como un objetivo básico «La participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, así como la participación individual y asociada en los ámbitos cívico, social, cultural, económico y político, en aras de una democracia social avanzada y participativa» (art. 10.3.19^º), se configura como derecho estatutario el acceso a la información ambiental (art. 28.3) y se reconoce la participación ciudadana (art. 134).

(9) Esta Ley Foral contempla la publicidad de la actividad administrativa y la participación ciudadana. Véase RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2008: pp. 415-474).

norma general e integral para implantar realmente tales principios, en particular la transparencia y la participación pública (10).

La reforma de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra en 2010 incorporó un precepto sobre la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, disponiendo que su actividad se ajuste, entre otros, a los principios de eficacia, eficiencia, racionalización, transparencia, buena administración y servicio efectivo a los ciudadanos (art. 28.bis, apartado 2).

En ese contexto general el Parlamento de Navarra ha aprobado la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto (en adelante, LFTGA) (11). Una ley foral que, como señala su exposición de motivos, tiene en cuenta la normativa precedente a nivel europeo, estatal y foral, en particular el Convenio 205 del Consejo de Europa (12) y sobre todo el modelo de la Ley 27/2006.

Por ello, aquí se va a estudiar la regulación contenida en la Ley Foral 11/2012, poniéndola en relación con el marco jurídico general referido y especialmente con el Convenio 205.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY FORAL

La LFTGA aúna dos vertientes: de un lado, la transparencia y la participación social; y, de otro, la transformación administrativa. Pretende dar un nuevo impulso a tales objetivos con su consideración integral para hacer realidad un gobierno abierto, si bien con un ámbito limitado y desde una concreta justificación competencial. Tras su exposición de motivos, se inicia con las disposiciones generales (título I), que reflejan los rasgos sobresalientes de la norma.

1. Finalidad y carácter integral

La LFTGA se presenta desde su exposición de motivos con una vocación general e integral. Trata de condensar en una sola norma los diferentes aspectos y principios esenciales para que la Administración Pública y el Gobierno sean

(10) RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2011: pp. 123-154).

(11) El proyecto de Ley Foral remitido por el Gobierno de Navarra (BO Parlamento de Navarra núm. 30, de 23 de marzo de 2012) incluía además la modificación de la Ley Foral de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y altos cargos; pero tales preceptos fueron desgajados por tratarse de una materia reserva a una ley foral de mayoría absoluta, y se han aprobado mediante la Ley Foral 12/2012, de 21 de junio.

(12) A decir de la exposición de motivos de la Ley Foral 11/2012, «Se hace realidad en la norma la filosofía inspiradora del Convenio Europeo sobre acceso a los documentos públicos, del Consejo de Europa, que a la vez es plenamente coincidente con los principios y valores de nuestra Constitución Española.»

definitivamente transparentes y para establecer una nueva forma de interrelación con la ciudadanía (13). A tal fin, el art. 1 de la Ley Foral fija su objeto en los términos siguientes:

«1. Esta Ley Foral regula la implantación de una nueva forma de interrelación entre la Administración Pública y la ciudadanía basada en la transparencia y orientada al establecimiento del llamado «Gobierno Abierto», con cauce de profundización democrática garantizando de forma efectiva:

a) La transparencia en la actividad de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de los organismos y entidades a que se refiere el artículo siguiente.

b) El derecho de los ciudadanos y ciudadanas a acceder a la información que obre en poder de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de los organismos y entidades a que se refiere el artículo siguiente, información que siempre habrá de ser veraz e imparcial.

c) El derecho de los ciudadanos y ciudadanas a participar en la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente en el interés público, manteniéndose, a tal efecto, un diálogo abierto, transparente y regular.

2. La Ley Foral también regula, como complemento necesario para el establecimiento del «Gobierno Abierto», mecanismos para que la Administración Pública se dote de estructuras y de procedimientos simplificados e innovadores que la hagan más cercana y accesible a la ciudadanía con la que ha de colaborar.»

De este precepto, interpretado de acuerdo con la exposición de motivos, pueden extraerse los rasgos sobresalientes de la LFTGA, que son los siguientes:

a) Reconocimiento conjunto de los derechos de información y participación pública: regula tanto el acceso a la información pública o derecho a saber, como también la participación social, destacando la interrelación entre ellos con una visión integradora y su plasmación en un mismo texto normativo. La información se contempla en sus dos dimensiones: una, la transparencia o publicidad activa y otra, el derecho de acceso a la información (14).

(13) A decir de la exposición de motivos: «La Ley Foral refleja el convencimiento de que la transparencia en la actuación de los poderes públicos debe ser abordada desde una perspectiva integral e integradora. El buen gobierno y la buena administración constituyen, en una democracia avanzada, los pilares básicos para una Administración de calidad, eficiente, accesible a la ciudadanía y, en suma, ejemplar en su funcionamiento. Con esta idea, la norma contempla medidas para la transparencia en la actividad pública y en la gestión administrativa, para fomentar la participación y la colaboración ciudadanas, para la modernización, la racionalización y la simplificación de la actuación administrativa, para la mejora de la calidad de la Administración Pública y medidas éticas y de transparencia en la acción de Gobierno. Todo ello persigue, asimismo, la efectiva implantación del Gobierno Abierto.»

(14) En palabras de la exposición de motivos: «Una visión más completa e integradora de lo que significa un buen gobierno y una buena administración exige contemplar conjuntamente los derechos a una actuación transparente, el derecho de participación de los ciudadanos y ciudadanas y el derecho de éstos a colaborar y contribuir en la mejora de los servicios públicos. En una sociedad democrática avanzada los ciudadanos y ciudadanas, además de ver reconocidos sus

b) Modernización administrativa: esta segunda vertiente se dirige a la simplificación, racionalización y mejora de la Administración y su actuación y se conecta con el pilar anterior, para plasmar la noción de gobierno abierto. Como señala la exposición de motivos, la finalidad que la LFTGA «es la construcción de un sistema público servicial, de excelencia en su comportamiento y en su funcionamiento, que genere confianza en la ciudadanía y le anime a participar y que disponga de un sistema de control y vigilancia permanente sobre toda su actividad. De esta manera, la Administración da cuenta a la ciudadanía de su actividad. Se pretende también con ello reforzar la legitimidad de la propia Administración y de los propios servidores públicos».

Por ello, se pretende combinar una vertiente subjetiva mediante el reconocimiento de derechos de información y participación a los ciudadanos, con la dimensión institucional u objetiva, ya que tales derechos, en unión al otro gran objetivo, son instrumentos esenciales para la transformación o modernización de la Administración Foral, son un instrumento vital para la protección del medio ambiente en cuanto bien colectivo o interés general de toda la comunidad (15).

c) Carácter integral y general: contempla de forma general y conjunta tales derechos y objetivos, superando la anterior dispersión y desconexión normativas. Se pretende fijar un régimen general que tiene, en su ámbito de aplicación, vocación transversal y horizontal, siendo aplicable a todos los ámbitos o sectores de actuación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Sin embargo, ese carácter general no es pleno ni se configura como norma de mínimos, ya que, de un lado, mantiene los regímenes específicos en algunas materias o sectores y, de otro, no se superpone al resto de derechos si bien, cuando proceda, éstos son preservados.

derechos más elementales dentro de un procedimiento administrativo como parte interesada, han demostrado su deseo de saber, de tomar parte y de colaborar activamente. Sin duda, esto refuerza nuestra sociedad democrática, sirve de impulso a una acción de gobierno transparente y a una administración más eficaz, cercana y servicial. En suma, se desea una Administración y un Gobierno capaces y preparados para asumir sus responsabilidades frente a los ciudadanos y ciudadanas a los que han de servir».

(15) Así lo expresa la exposición de motivos al afirmar: «La materia que se regula en la presente Ley Foral configura un diseño nuevo de la organización de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus entes públicos, adoptando un modelo que apuesta por la transparencia en la información de la que dispone, por fomentar su reutilización, por la participación y colaboración de los ciudadanos y ciudadanas a las que debe servir, configurando una nueva forma de administrar, más abierta y participativa. Navarra respeta los límites de la legislación básica del Estado en materia de procedimiento administrativo común, dado que los derechos de acceso y el procedimiento y régimen de su ejercicio, amén de circunscribirse a su ámbito organizativo no suponen quiebra alguna de tales límites, sino antes bien, van más allá del mínimo impuesto por dicha legislación. En materia de transparencia, configurar un derecho de acceso a la información de la que dispone la Administración con carácter menos restrictivo y, por tanto, más amplio, supone una mejora para todas las personas que se relacionan con ella.»

d) Efectividad: en línea con el art. 9.2 CE, trata de superar el reconocimiento formal de derechos y conseguir su materialización práctica. La idea de efectividad luce desde el inicio y está presente a lo largo de toda la Ley Foral, como se insiste reiteradamente en numerosos preceptos: así, su objetivo no es la mera ordenación de una materia, sino la regulación de su implantación (art. 1.1); contempla mecanismos para hacer realidad el establecimiento del Gobierno abierto (art. 1.2), como es el portal del Gobierno Abierto (art. 7) (16); el reconocimiento de los derechos lo es en aras de la efectividad (art. 5), pues se trata de configurar unos derechos prácticos y efectivos que contribuyan realmente a la implicación del público, a la lucha contra la corrupción y a la mejora de la Administración; y se estructura en función de los objetivos perseguidos, como medidas para su implantación (art. 6).

2. Justificación competencial y ámbito de aplicación: sujetos obligados

Según indica la exposición de motivos, la LFTGA se dicta al amparo de las competencias de carácter histórico y exclusivo de Navarra en las materias de normas de procedimiento administrativo que se deriven de las especialidades del Derecho sustantivo o de la organización propios de Navarra y de régimen jurídico de la Diputación Foral, de su Administración y de los entes públicos dependientes de la misma, garantizando el tratamiento igual de los administrados ante las Administraciones Públicas [letras c) y e) del art. 49.1 de la LORAFNA]. Por tanto, estamos en el ámbito de la competencia en materia de régimen jurídico de la Administración Foral y de procedimiento administrativo, en las que al Estado corresponde la competencia sobre las bases y la regulación del procedimiento administrativo común en aras de asegurar un tratamiento igual de los ciudadanos ante la Administración (art. 149.1.18^o CE) (17).

Tal encuadre competencial no contempla, por tanto, derechos constitucionales ni estatutarios y, sobre todo, deja fuera otros ámbitos, como son los relativos

(16) Este portal específico, en el marco del Portal del Gobierno de Navarra en Internet y articulado sobre una plataforma, se configurará como un espacio destinado a promover la escucha activa de la ciudadanía y el diálogo entre los ciudadanos y ciudadanas y la Administración Pública, con el fin de poder encaminar la actuación pública hacia sus demandas, facilitar a la ciudadanía la información en tiempo real y sin tratar, para que, a su vez, pueda ser compartida de una forma libre y gratuita, poner a disposición de la ciudadanía datos en formatos abiertos, para que puedan ser reutilizados en beneficio público y en beneficio de cualquier persona interesada en obtener productos derivados para generar valor y riqueza, en lo que se conoce como proyectos de apertura de datos u OpenData y canalizar la participación y la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos, con el fin de que ejerzan de colaboradores de la Administración Pública, en lo que se conoce como proyectos de apertura de procesos u OpenProcess (art. 7).

(17) TRONCOSO REIGADA (2008: p. 165) indica la competencia del Estado para establecer el objeto del acceso y los límites y excepciones, fijando mínimos de transparencia y máximos de información sujeta a reserva.

a otras instituciones forales [letra a) del art. 49.1 LORAFNA] y también a la Administración Local de Navarra (art. 46 LORAFNA); materias, por otra parte, cuya regulación está reservada a una ley foral de mayoría absoluta (art. 22 LORAFNA).

Ello se irradia al ámbito subjetivo de aplicación, que contempla dos bloques con un distinto nivel de intensidad. La LFTGA, siguiendo los precedentes autonómicos, se ciñe a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y a los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma, a las que se refiere el término Administración pública utilizado en la Ley Foral (art. 2.1), así como a otros sujetos privados a ellas vinculados (art. 2.2).

Por ello, el campo de aplicación de la LFTGA tiene carácter dual y limitado, que se concreta en el esquema siguiente:

a) *Primer bloque de aplicación*: incluye a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de los organismos de ella dependientes, esto es, la propia Administración Foral (art. 2 Ley Foral 15/2004) y los organismos autónomos y entidades públicas empresariales de ella dependientes (art. 98 y 100.1 Ley Foral 15/2004). A este primer bloque, referido a la Administración pública en sentido estricto o —como indica la exposición de motivos— a la actividad administrativa, se le aplica de forma plena la LFTGA, esto es, todas las previsiones de transparencia, participación pública y reforma administrativa.

No se mencionan expresamente el Gobierno de Navarra y el Presidente de la Comunidad Foral de Navarra, que son instituciones forales (art. 22 LORAFNA) con regulación propia y separada de la Administración Foral que actúa bajo la dirección del Gobierno de Navarra (18). Pero la propia LFTGA fija previsiones relativas a la ética y la transparencia en la acción de gobierno (título VIII), que se aplican a los miembros del Gobierno de Navarra y los altos cargos de la Administración pública (art. 61, 62, 63 y 66), e incluso contempla el Gobierno en funciones (art. 65).

b) *Segundo bloque de aplicación*: los otros sujetos obligados son las sociedades públicas, fundaciones públicas y las entidades de derecho público vinculadas a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos públicos, y las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos bajo su autoridad. A diferencia del bloque anterior, aquí se incluyen sujetos privados y con un alcance distinto: de un lado, todas las sociedades y fundaciones públicas; y, de otro, las personas privadas que prestan servicios públicos bajo la autoridad de la Administración Foral o sus organismos públicos. La nota común a ambos es la dependencia organizativa o funcional de la Administración Foral, definida conforme al bloque primero.

(18) Así en la LORAFNA aquellas instituciones tienen regulación propia y dentro de la primera se incluye la Administración Foral (art. 28 bis LORAFNA); y, sobre todo, la regulación del Gobierno y de su Presidente se contiene en la Ley Foral 14/2004, desgajándola y separándola de la regulación de la Administración en la Ley Foral 15/2004, que no contempla a aquellas instituciones forales.

Con ello, se trata de cubrir aquellos supuestos de personificaciones instrumentales de la Administración como son las sociedades o fundaciones públicas (arts. 121 y 125 Ley Foral 15/2004) y la externalización de la prestación de servicios públicos a otros sujetos privados, que ejercen actividades tradicional o materialmente públicas. La propia LFTGA contempla la transparencia en la concesión de servicios (art. 18), obligando a los concesionarios a garantizar a los ciudadanos la información que les permita demandar la prestación de unos servicios de calidad y, en su caso, ejercer sus derechos (art. 18.2).

Ahora bien, es dispar el rigor o nivel de intensidad en la aplicación de la LFTGA en los dos bloques. Para la Administración pública en sentido estricto la sujeción es plena; en cambio, para los sujetos de este segundo bloque la aplicación es de menor intensidad o parcial, ya que sólo se les aplican los principios de la LFTGA y están obligados a facilitar información a la Administración de la que dependan para el cumplimiento por ésta de las obligaciones previstas en dicha ley foral (19); lo que supone para ellos limitar la aplicación al derecho a la información, con exclusión del derecho a participar y otras medidas, que vienen referidas a la Administración pública.

Finalmente, se prevé la posibilidad de extender las obligaciones de transparencia a los beneficiarios de subvenciones públicas, autorizando que en las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones públicas que superen los importes que se establezcan reglamentariamente se imponga a los beneficiarios la obligación de comunicar a la Administración Pública la información sobre las retribuciones por todos los conceptos de los miembros de sus órganos de gobierno, de administración y de dirección y sus cuentas anuales, para que ésta pueda hacerlas públicas (disposición adicional novena). Se trata de un supuesto de publicidad indirecta de información, a través de la Administración.

c) *Instituciones y entes no incluidos*: los dos anteriores bloques no comprenden a otras instituciones forales y a las Administraciones que no sean la Administración Foral u organismos dependientes o vinculados a ella, por lo que las instituciones o entes no comprendidos en tales bloques no están sujetos a la Ley Foral.

En cuanto a las instituciones de Navarra (art. 10 de la LORAFNA), quedan fuera el Parlamento de Navarra y las instituciones de él dependientes, como son la Cámara de Comptos (art. 18 bis LORAFNA) y el Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra (art. 18 ter LORAFNA). Esta exclusión, aunque no motivada, puede obedecer a varias razones formales: de un lado, su regulación exige una ley foral de mayoría absoluta y la Ley Foral es una ley foral ordinaria o de mayoría simple; de otro, el enfoque integrador de acceso y reforma

(19) Las personas integrantes de este segundo bloque deben promover los cambios tanto organizativos y estructurales como, en su caso, de su normativa de régimen interno, necesarios para ajustar su actividad de servicio a los principios rectores de la Ley Foral (disposición adicional octava LFTGA).

administrativa lleva a referir la regulación al ámbito administrativo que se trata de transformar; y finalmente, en el respeto a la autonomía del Parlamento. No obstante, la LFTGA pretende irradiar sus objetivos otras instituciones, previendo que las distintas instituciones de la Comunidad Foral de Navarra adopten en su propio ámbito de competencias, en el plazo de un año, medidas de transparencia y participación y colaboración ciudadanas conforme a los principios y previsiones en ella contenidos (disposición adicional cuarta).

Destaca, sobre todo, la no inclusión de las entidades locales de Navarra, que puede venir motivada por el criterio usual de abordar las regulaciones o especialidades locales mediante la reforma de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, que es una ley foral de mayoría absoluta. Así se infiere del mandato al Gobierno de Navarra para presentar, en el plazo de un año, al Parlamento de Navarra un proyecto de Ley Foral de reforma de la citada Ley Foral 6/1990, a fin de incorporar a la actividad de las Entidades Locales de Navarra los principios y previsiones de la LFTGA acerca de la transparencia, la participación y colaboración ciudadana y el derecho de los ciudadanos y ciudadanas de acceso a la información pública, con las especialidades que procedan (disposición adicional tercera LFTGA).

d) *Cooperación y coordinación interadministrativas*: no obstante ese ámbito limitado, se ordena a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra establecer con las restantes Administraciones y con las entidades y personas a que se refiere el artículo 2 los mecanismos de colaboración y, en su caso, de coordinación más eficaces para hacer efectivo el ejercicio por la ciudadanía de los derechos reconocidos en esta Ley Foral, con ajuste en tales relaciones a los principios de coordinación, información mutua, cooperación y colaboración (art. 8 LFTGA).

El referido campo de aplicación de la LFTGA es parco y limitado si se contrasta con el contexto jurídico reseñado. Así se observan sensibles diferencias con la noción de «autoridades públicas» del Convenio 205 (art. 1.2), ya que no se explicita al Gobierno y no se incluyen la Administración Local ni los órganos legislativos cuando desempeñen funciones administrativas, así como la referencia a las personas físicas y jurídicas alude al ejercicio de servicios públicos y no al concepto más amplio del ejercicio de función administrativa o responsabilidades públicas. Similares diferencias se aprecian respecto de la definición de autoridades públicas más precisa y amplia en el ámbito ambiental (art. 2.4 Ley 27/2006) (20).

(20) RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2006: pp. 141-145).

3. Definiciones

La LFTGA fija distintas definiciones o conceptos a los efectos de su adecuada aplicación. Tales definiciones son las siguientes:

a) Ciudadano o ciudadana: es «toda persona que se relaciona con la Administración, ya sea a título individual y en su propio nombre, ya sea en representación y en el nombre de las organizaciones legalmente constituidas en las que se agrupen o que las representen» [art. 3.a) LFTGA]. Esta noción se refiere a cualquier persona sin exigencia de ninguna otra cualificación, bien sea de interés o nacionalidad; por lo que no puede confundirse con la condición de persona interesada o interesados (art. 31 de la Ley 30/1992). Por tanto, es una noción amplia que identifica al ciudadano con la persona, tanto individual como jurídica, sin perjuicio de que ésta última, como indica el precepto se relacione con la Administración a través de personas individuales o físicas. De ahí que hubiera sido más conveniente la utilización de otro término más preciso y amplio (público o persona) que cobijase a toda persona, tanto física como jurídica. Ahora bien, la utilización de dicho término parece dejar fuera a las personas jurídico-públicas, respecto de las que ha de estarse a los principios propios de las relaciones interadministrativas: coordinación, información mutua, cooperación y colaboración (a los que se refiere el art. 8 LFTGA).

Por ello, se trata de un concepto universal e indiscriminado: el ciudadano o ciudadana, sujeto activo y titular de los derechos que confiere la LFTGA, es toda persona, física o jurídica, sin exigencia o discriminación alguna; lo que recoge la previsión del Convenio nº 205 y, con una redacción mejorable, la noción del art. 2.1 de la Ley 27/2006.

b) Gobierno Abierto: consiste en la «forma de funcionamiento de la Administración Pública capaz de entablar una permanente conversación con los ciudadanos y ciudadanas con el fin de escuchar lo que dicen y solicitan, que toma sus decisiones centrándose en sus necesidades y preferencias, que facilita la participación y la colaboración de la ciudadanía en la definición de sus políticas y en el ejercicio de sus funciones, que proporciona información y comunica aquello que decide y hace de forma transparente, que se somete a criterios de calidad y de mejora continua, y que está preparado para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos y ciudadanas a los que ha de servir» [art. 3.b) LFTGA]. Una definición funcional que engloba los distintos mimbres sobre los que pretende erigirse el nuevo modelo que pretende implantar esta Ley Foral (transparencia, participación, calidad y mejora del servicio a la ciudadanía), por lo que se constituye en objetivo a realizar.

c) Publicidad activa: se entiende como la «obligación de difundir de forma permanente aquella información pública más relevante para garantizar la transparencia de la actividad de la Administración Pública» [art. 3.c) LFTGA]. Con ello se contempla la dimensión activa del acceso a la información integrada por la recogida y divulgación de la información pública relevante a los ciudadanos.

d) Información pública: es «aquella información, cualquiera que sea su soporte y forma de expresión, elaborada por la Administración Pública a que se refiere esta Ley Foral o que posean éstas, no teniendo esta consideración la documentación enunciada en el apartado e) del artículo 28 de esta Ley Foral» [art. 3.d) LFTGA]. Esta definición refleja tres características: es una información elaborada o poseída por la Administración, esto es, la aportada a ella por otros sujetos, así como la poseída por otros en su nombre (como explicita el art. 32.2 LFTGA); la forma es universal, pues es indiferente el soporte y forma de expresión; y tiene un amplio objeto, ya que con tal propósito no se utiliza el término documento y no se fija limitación alguna, salvo la exclusión de la información preparatoria o en curso de elaboración.

Esta definición se ajusta en buena medida a la definición de documentos oficiales del Convenio 205, si bien opta —en línea con la Ley 27/2006 en el campo ambiental— por el término información, con los matices siguientes: de un lado, la LFTGA no recoge los términos «toda» y «recibida» de la definición del Convenio, aunque no parece que ello coarte la amplitud de su objeto; y, de otro, no se entiende bien la exclusión en la definición de la información preparatoria, ya que también ella es propiamente información, sin perjuicio de que, dado su estado en elaboración, no exista obligación de suministrarla.

e) Participación y colaboración ciudadanas: consiste en «la intervención e implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos» [art. 3.e) FTGA]. Esta definición utiliza de forma conjunta ambos términos, a fin de propiciar una actitud proactiva de la Administración para que el público se involucre en los asuntos públicos e intervenga en la toma de decisiones públicas (21). Tan amplia definición permite cobijar a la educación para la participación como acción previa tendente a la efectividad de estos derechos.

f) Entidades ciudadanas: son «aquellas personas jurídicas sin ánimo de lucro constituidas de conformidad con el ordenamiento jurídico que persigan fines relacionados con el fomento de la participación y de la colaboración ciudadana, y que figuren inscritas en Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas previsto en esta Ley Foral» [art. 3.f) LFTGA]. Este concepto de «entidades ciudadanas» se caracteriza por cuatro notas: se trata de asociaciones u organizaciones sin ánimo lucro; su objeto social ha estar relacionado con fines de participación o colaboración ciudadana; se ciñe al campo de la participación y colaboración; y exige la inscripción en un registro específico. Esta noción, que complementa —y no sustituye— a la de ciudadano, pretende potenciar el asociacionismo y el papel que desempeñan las organizaciones y asociaciones ciudadanas, confiriéndoles una posición reforzada si bien no se traduce en el reconocimiento de derechos específicos (22).

(21) Siguiendo a PEMÁN GAVÍN (2005: p. 45), se plantea una participación pública-colaboración frente a una participación pública-reivindicación.

(22) Cfr. art. 15 de la Ley valenciana 11/2008.

4. Principios y derechos: naturaleza, contenido y régimen

A) Dualidad entre principios y derechos: naturaleza

Como se ha indicado, la LFTGA fija un dispar nivel de intensidad aplicativa para cada uno de los dos bloques de sujetos obligados, ya que mientras que para la Administración Foral y organismos públicos de ella dependientes la aplicación es plena, en cambio a las sociedades y fundaciones públicas y a los sujetos privados que desempeñen servicios públicos se les aplican sólo los principios con la adición de la obligación de suministrar información a las Administraciones obligadas para que puedan cumplir las obligaciones legales. En línea con ello, la LFTGA establece, por un lado, los principios que tienen aplicación general y, de otro, los derechos que han de entenderse referidos a los sujetos obligados, que son directamente la Administración Foral y los organismos autónomos de ella dependientes.

Es dispar la naturaleza de ambos. Los principios se presentan como reglas generales o axiomas que pretenden orientar el desarrollo y aplicación de la LFTGA por todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, con un contenido más programático y lábil, sin generar —a diferencia de los derechos— correlativas obligaciones. En cambio, los derechos entrañan situaciones jurídicas activas que se confieren a sus titulares con la correlativa generación de deberes en las Administraciones forales obligadas, y pueden hacerlas valer ante estas Administraciones y los órganos judiciales a través de las garantías o remedios procesales previstos en la propia LFTGA. Ahora bien, se trata de derechos procedimentales y de configuración legal, que no se engarzan con un derecho fundamental ni estatutario.

B) Los principios de actuación del «Gobierno Abierto»

El art. 4 de la LFTGA establece los principios de actuación del Gobierno Abierto, con tres notas: en primer lugar, pese a su alcance general según el art. 2.2, se refieren a la Administración pública; en segundo lugar, tienen carácter específico, por lo que se superponen o añaden («además») a los demás principios aplicables de acuerdo con el ordenamiento jurídico, que en todo caso son de aplicación; y, finalmente, tales principios se califican como esenciales para la efectiva implantación del Gobierno Abierto.

La LFTGA establece un extenso catálogo de principios específicos de actuación del Gobierno Abierto, destacando su propósito integrador y además definitorio de cada uno de ellos. Son los siguientes (art. 4):

a) Principio de orientación a la ciudadanía: implica «la actuación de la Administración ha de estar dirigida a la satisfacción de las necesidades reales de los ciudadanos y ciudadanas, ha de perseguir siempre el interés general y se debe caracterizar por su voluntad de servicio a la sociedad». Ello es reiteración del principio constitucional de actuación de la Administración sirviendo con

objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE); y de los principios generales de satisfacción del interés general y servicio a los ciudadanos (art. 3.1 y 2 Ley 30/1992) o consecución del interés general y servicio efectivo y proximidad a los ciudadanos [art. 3.1 y 3.2.g) Ley Foral 15/2004].

b) Principio de transparencia: a cuyo tenor «la Administración ha de introducir la transparencia en todas las actividades que gestiona y en su propia organización, de forma que los ciudadanos y ciudadanas puedan conocer sus decisiones, cómo se adoptan las mismas, cómo se organizan los servicios y quiénes son las personas responsables de sus actuaciones»; lo que es concreción del principio de transparencia del art. 3.5 de la Ley 30/1992 y reiteración del principio de publicidad y transparencia ya fijado en el art. 3.2.h) de la Ley Foral 15/2004.

c) Principio de publicidad activa: recoge la dimensión activa del acceso a la información, comportando el deber de la Administración de proporcionar y difundir constantemente, de una forma veraz y objetiva, la información que obra en su poder y la relativa a su actuación. Nuevamente es escasa la innovación normativa de esta previsión, cuya concreción se realiza más adelante al regularse la transparencia y la publicidad activa.

d) Principio de participación y colaboración ciudadanas: este principio obliga a la Administración Pública en el diseño de sus políticas y en la gestión de sus servicios a garantizar que los ciudadanos y ciudadanas, tanto individual como colectivamente, puedan participar, colaborar e implicarse en los asuntos públicos. Ello es mero corolario del principio general de participación (arts. 3.5 Ley 30/1992).

e) Principio de eficiencia: a cuyo tenor la Administración Pública ha de gestionar con una utilización óptima de los medios de que dispone, de forma que se posibilite la consecución directa de los fines públicos perseguidos. Lo que es reiteración del mismo principio general ya previstos en otras normas (art. 3.2 Ley 30/1992), que ha de referirse tanto a la utilización como a la asignación de los recursos públicos (art. 3.2.b) Ley Foral 15/2004).

f) Principio de economía y celeridad: trata de recoger el criterio de actuación racional y puntual, al prever que la Administración Pública ha de actuar y velar por que la consecución de los fines públicos se alcance con el coste económico más racional y en el menor tiempo posible, reduciendo progresivamente los tiempos de respuesta.

g) Principio de anticipación: se trata de que la Administración Pública diseñe sus políticas y gestionar sus servicios anticipándose a los problemas y demandas de los ciudadanos y ciudadanas; lo que, pese a su aparente novedad, es una concreción de otros principios y más bien un mero criterio programático.

h) Principio de calidad y mejora continua: se prevé que la Administración Pública establezca procesos que permitan evaluar los servicios que presta, detectar sus deficiencias y corregirlas a los efectos de poder prestar unos servicios

públicos de calidad a los ciudadanos y ciudadanas; lo que viene a sintetizar el objeto de la Ley Foral 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos.

i) Principio de simplicidad y comprensión: se recoge el principio de simplificación administrativa y de proximidad del lenguaje administrativo al ciudadano, reflejando la finalidad de que la Administración Pública actúe para lograr una disminución progresiva de trámites mediante la instalación de procesos y técnicas que fomenten la utilización de un lenguaje accesible y la eliminación de las cargas administrativas.

j) Principio de calidad normativa: En el ejercicio de la iniciativa normativa, la Administración Pública actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Con ello se reflejan los criterios correspondientes a la mejora regulatoria, ya recogidos en la transposición de la Directiva de servicios.

k) Principio de modernización: se trata de impulsar la administración electrónica mediante el empleo de técnicas informáticas y telemáticas para el desarrollo de su actuación y para la instauración y mejora de la gestión del conocimiento en su propia organización; lo que, en el ámbito foral, recoge la previsión de informatización y simplificación de art. 44.1 de la Ley Foral 15/2004 y sintetiza las previsiones generales de la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, para la Implantación de la Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

l) Principio de responsabilidad en su gestión: este principio entraña la asunción por la Administración Pública de forma expresa de sus obligaciones ante la ciudadanía y de las responsabilidades derivadas de sus decisiones y actuaciones; lo que viene en verdad a recoger el principio constitucional y general de responsabilidad administrativa (arts. 9.3 y 106 CE; 139 Ley 30/1992; y 76 de la Ley Foral 15/2004).

m) Principio de respeto del código de conducta: a cuyo tenor «la Administración Pública y sus dirigentes respetarán en todo momento el compromiso ético de conducta asumido frente a la ciudadanía a la que han de servir»; lo que se concreta en la ética y transparencia en la acción de gobierno.

n) Principio de accesibilidad: La Administración Pública velará para que, en sus dependencias, en el diseño de sus políticas y en el conjunto de sus actuaciones, el principio de accesibilidad universal sea una realidad; lo que es síntesis de los criterios de accesibilidad ya previstos en otras leyes forales (art. 42.4 de la Ley Foral 11/2007 para la Implantación de la Administración Electrónica; y sobre todo, Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, de accesibilidad universal y diseño para todas las personas).

ñ) Principio de neutralidad tecnológica: conforme al cual la Administración Pública apostará en su funcionamiento, por la utilización y promoción de software de código abierto, así como por el uso de estándares abiertos y neutrales

en materia tecnológica e informática, y favorecerá dichas soluciones abiertas, compatibles y reutilizables, en la contratación administrativa de aplicaciones o desarrollos informáticos. Se trata de una reiteración del principio general de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad [art. 4.i) Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos].

Así pues, tales principios son en buena medida una reiteración o concreción de principios generales ya establecidos en otras normas. La LFTGA, más que incorporar nuevos principios, trata de recogerlos de forma conjunta e integral, así como de definir su significado o alcance en aras de la implantación del Gobierno Abierto. Pero su formulación se realiza en términos sintéticos o programáticos, por lo que la novedad es escasa y ha de estarse a su concreción o desarrollo en ella.

C) Derechos

La LFTGA, siguiendo otros precedentes, regula los derechos en materia de información y participación pública en aras de su efectividad, fijando sus elementos integrantes, como son los sujetos activo (cualquier ciudadano o ciudadana, toda persona) y pasivo (Administración pública) y su contenido o haz de facultades. La titularidad corresponde a todos y, en cambio, el deber se limita a la Administración, pues tales derechos lo son en sus relaciones con la Administración (art. 5, inciso inicial).

El contenido o haz de facultades se concreta respecto de cada uno de tales derechos, extrayendo los aspectos esenciales de su regulación legal, que son los siguientes:

a) En relación con la información pública: acceder a la información pública que la Administración Pública, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley Foral, ponga a disposición de la ciudadanía; a obtener, previa solicitud, la información pública que obre en poder de la Administración Pública, sin que para ello esté obligado a declarar un interés determinado, y sin más limitaciones que las contempladas en esta Ley Foral; a ser informado de los derechos que les otorga esta Ley Foral y a ser asesorado para su correcto ejercicio; a ser asistido en su búsqueda de información; a recibir la información que solicite, dentro de los plazos máximos establecidos en esta Ley Foral; a recibir la información pública solicitada en la forma o formato elegidos, en los términos previstos en esta Ley Foral; a conocer los motivos por los cuales no se le facilita la información, total o parcialmente, y también aquéllos por los cuales no se le facilita dicha información en la forma o formato solicitados; y a conocer el listado de las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la obtención de la información solicitada, así como las causas de exención (art. 4.1).

A diferencia de las previsiones en el campo ambiental (art. 1.2 Ley 27/2006), la LFTGA configura la publicidad activa como un derecho [art. 4.1.a)], si bien en cuanto acceso a la divulgación de la información por los ciudadanos.

b) En relación con la participación pública: se extractan las garantías mínimas y algunos ámbitos de aplicación del derecho, que son los siguientes: a ser informado y asesorado sobre los distintos instrumentos de participación y colaboración ciudadanas; a participar de manera real y efectiva en la elaboración, modificación y revisión de aquellos planes y programas a que se refiere esta Ley Foral; a acceder con antelación suficiente a la información relevante relativa a los referidos planes y programas; a formular alegaciones y observaciones en los trámites de exposición pública que se abran para ello y antes de que se adopte la decisión sobre los mencionados planes, programas o disposiciones de carácter general, y a que sean tenidas debidamente en cuenta por el órgano administrativo competente; a que se haga público el resultado definitivo del procedimiento en el que ha participado y se le informe de los motivos y consideraciones en los que se basa la decisión adoptada, incluyendo la información relativa al proceso de participación pública; y a participar de manera efectiva y real, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable, en los procedimientos administrativos en que así se determine (art. 5.2).

Así pues, la LFGA parece configurar un régimen general fijado por ella y referido a los planes y programas y en menor medida a las disposiciones generales, con remisión en otros supuestos a los regímenes específicos establecidos en la legislación aplicable.

c) En relación con la defensa de sus derechos: a recurrir los actos y omisiones que contravengan los derechos que esta Ley Foral les reconoce en materia de información y participación pública; a interponer la queja a que se refiere el artículo 69 en tutela de sus derechos, en los términos prevenidos en dicho precepto, y a ser informado de las decisiones que adopte la Administración Pública como consecuencia de los procedimientos que los ciudadanos y ciudadanas promuevan en tutela de su derecho de acceso a la información pública.

Es claro el parangón de este esquema con el art. 3 (Derechos ambientales) de la Ley 27/2006. Los derechos reconocidos son un extracto de los aspectos esenciales de la propia LFTGA, con el aditamento de derechos reconocidos en la legislación general (art. 35 Ley 30/1992).

En todo caso, el régimen de estos derechos es el establecido en la LFTGA, pues se reconocen «de acuerdo con lo establecido en esta Ley Foral» (inciso final del primer párrafo del art. 5); sin perjuicio del respeto de las regulaciones especiales del derecho de acceso a información establecidas en determinadas leyes sectoriales (disposición adicional séptima LFTGA) y de la concreción de los elementos comunes de la participación pública la legislación sectorial [art. 5.2.f)]. Finalmente, aunque no se especifica tales derechos han de ejercerse de acuerdo con el art. 7 del Código civil, esto es, conforme a la buena fe y sin abuso de derecho.

III. LA TRANSPARENCIA: PUBLICIDAD ACTIVA

1. Previsiones generales sobre la transparencia

La transparencia, que es esencial para la democracia (23), supone una apertura informativa de las autoridades públicas de forma que la información fluya de forma ágil, constante y accesible a la ciudadanía. Un amplio acceso a la información pública por los ciudadanos es indispensable para el ejercicio con conocimiento de causa de los derechos participativos, constituye un instrumento para un eficaz control de la legalidad del ejercicio del poder público por la ciudadanía y, en fin, representa un factor vital para la concienciación o sensibilización social en los asuntos públicos. El derecho a saber o acceso a la información se articula tanto mediante la divulgación de la información por la Administración como a solicitud de los ciudadanos.

De ahí que la LFTGA comience por el acceso a la información, fijando unas previsiones generales en relación con la transparencia, en orden a su implantación y límites. Se trata de invertir la posición de la Administración de pasiva a activa, colando en primer término la publicidad activa y mediante la asistencia al ciudadano en el acceso a la información. La difusión de información pública desde la Administración permite materializar el derecho a conocer de los ciudadanos y puede hacer innecesaria la solicitud de información.

La adecuada implantación del derecho a saber requiere de instrumentos procedimentales y organizativos que favorezcan la gestión de la información y faciliten su divulgación o accesibilidad a los ciudadanos, que tienen derecho a acceder a la información pública y a ser asistidos en su búsqueda de información. A tal fin, la LFTGA fija dos instrumentos: en primer lugar, prevé la implantación de un sistema integral de información o gestión del conocimiento, que integrará los diferentes canales para proporcionar la información pública de forma que resulte garantizado el acceso de todos los ciudadanos a la misma, con independencia de su lugar de residencia, de su formación, de sus recursos, de sus circunstancias personales o de su condición o situación social, y garantizará tanto el acceso a la información pública en aras de promover la participación y colaboración ciudadana, como el acceso a la gestión del conocimiento en el ámbito interno a fin de promover la eficiencia en la acción pública. Este sistema contará con un depósito o repositorio centralizado de los datos y documentos necesarios para asegurar las obligaciones de información pública, que se integrará y se articulará en el sistema archivístico existente de conformidad con la Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos (art. 9 LFTGA).

(23) La STJCE (Gran Sala) de 1 de julio de 2008 (C-39/05 P y C-52/05 P, Reino de Suecia y Turco/Consejo), declara: «La transparencia a este respecto contribuye a reforzar la democracia al permitir que los ciudadanos controlen toda la información que ha constituido el fundamento de un acto legislativo. En efecto, la posibilidad de que los ciudadanos conozcan los fundamentos de la actividad legislativa es una condición del ejercicio efectivo, por aquéllos, de sus derechos democráticos» (apartado 46).

En segundo lugar, en aras de la efectividad, se ordena a la Administración designar las unidades responsables de la información pública, que serán las encargadas, en coordinación con el sistema archivístico existente y, en particular, con el archivo digital, de la tramitación, en tiempo y forma, de las obligaciones establecidas en la Ley Foral (art. 10 LFTGA).

Por otra parte, la LFTGA configura la transparencia como un principio general, fijando una reserva de ley para cualquier excepción o limitación, así como su aplicación estricta o restrictiva (art. 11.2). Por tanto, el acceso a la información no es absoluto, sino que está sujeto a determinados límites. La LFTGA remite al régimen en ella establecido y a las condiciones y límites fijados por la legislación foral, estatal o comunitaria que sean de aplicación (art. 11.1); lo que puede conllevar una reducción de la amplitud postulada por la propia LFTGA. En tal sentido, son de aplicación a la publicidad activa las limitaciones del derecho de acceso a la información pública (art. 23.5).

2. Publicidad activa

La transparencia exige que la Administración se convierta en prestadora de información pública para facilitar al ciudadano un conocimiento, implicación, control y colaboración responsable en los asuntos públicos. Por ello, la LFTGA regula primeramente la publicidad activa, fijando unas obligaciones específicas y el contenido de la información que ha de hacerse pública; y al tiempo aborda la reutilización de la información pública y sus condiciones. Para la efectividad y utilidad de la difusión de información pública son imprescindibles el uso de las nuevas tecnologías y la calidad de la información.

La LFTGA, en claro paralelismo con el sistema de la Ley 27/2006 (cfr. arts. 6 y 7), trata de plasmar la importancia y las condiciones mínimas de la publicidad activa, en aras de la efectividad de la transparencia, mediante la fijación de unas obligaciones específicas y del contenido de la información a divulgar.

Tales obligaciones pueden agruparse del modo siguiente (art. 12 LFTGA):

- 1) La calidad de la información, con la exigencia de que sea veraz, objetiva y actualizada y se refiere a temas considerados de mayor importancia en aras de la transparencia y la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos;
- 2) La adecuada difusión que ha de realizarse de forma constante, paulatina y sistemática con una organización y actualización de la información utilizando para ello las nuevas tecnologías y su disposición a través de datos bases de datos electrónicas de fácil acceso a los ciudadanos y ciudadanas a través de redes públicas de telecomunicaciones;
- 3) La facilitación de la comprensión de la propia LFTGA mediante la creación y mantenimiento de un catálogo de normas y resoluciones administrativas y judiciales sobre aspectos claves para la interpretación y aplicación de esta Ley Foral, que sea público y accesible para todos de la manera más amplia y sistemática posible;
- 5) Crear y mantener medios de consulta de la información solicitada; y
- 5) La creación de un inventario de

información pública que obre en poder de la Administración Pública, con indicaciones claras de dónde puede encontrarse dicha información.

La LFTGA fija el contenido mínimo de la información de difusión obligada (art. 13), reiterando que la obligación de que la divulgación se realice de forma accesible, clara, objetiva y actualizada. La información que ha de hacerse pública es la siguiente: 1) La organización administrativa, con indicación de su estructura, funciones, sede de sus órganos y distintos medios de contacto, identificación de sus responsables y plantilla orgánica con la relación de puestos de trabajo, lo que es extensible a las sociedades públicas y fundaciones públicas; 2) Las retribuciones, actividades y bienes de los miembros del Gobierno de Navarra y altos cargos de la Administración Pública, así como las cesantías percibidas cuando dejen de desempeñar sus cargos; 3) La identificación de los miembros de los órganos de representación del personal y el número de liberados sindicales existentes en los distintos Departamentos y organismos públicos, identificando la organización sindical a la que pertenecen, así como los costes que estas liberaciones generan para los Departamentos y Organismos Públicos correspondientes. Asimismo se dará información sobre el número de horas sindicales utilizadas; 3) El inventario actualizado de los procedimientos administrativos, con indicación de los que están disponibles en formato electrónico, así como la sede de los registros en los que pueden presentarse escritos y comunicaciones; 4) El catálogo general de los servicios que presta y las cartas de servicios elaboradas, así como el procedimiento para presentar quejas sobre el funcionamiento de los mismos; 5) Los Presupuestos y las Cuentas Generales, con descripciones sobre su contenido y datos sobre su ejecución; 6) La normativa vigente de la Comunidad Foral de Navarra y la información sobre su evaluación posterior; 7) La información sobre las directrices, instrucciones, circulares y respuestas que tengan mayor incidencia en la interpretación o aplicación de la normativa foral que se considere de mayor relevancia para la ciudadanía; 8) La relación de los procedimientos de elaboración normativa que estén en curso, indicando su objeto y estado de tramitación, así como la motivación de su necesidad durante el trámite de audiencia o información pública, siempre que se considere que afectan a los derechos e intereses de los ciudadanos y ciudadanas o a materias de especial repercusión y trascendencia; 9) La información sobre los planes, en particular, los adoptados en cumplimiento de lo previsto en una disposición normativa; 10) La información sobre convenios de colaboración, contratos, concesiones y subvenciones en los términos recogidos en esta Ley Foral y en la normativa específica que los regula; 11) La información sobre los programas anuales y plurianuales que se vayan a acometer; 12) El planeamiento urbanístico, la ordenación del territorio y la ejecución de la obra pública en los términos recogidos en esta Ley Foral y en la demás normativa que los regula; 13) La información geográfica, económica y estadística de elaboración propia cuya difusión sea más relevante, facilitando las fuentes, notas metodológicas y modelos utilizados; 14) La información sobre el resultado de las evaluaciones de la calidad de los servicios públicos, así como de la incidencia

social de las políticas públicas; 15) Las autorizaciones administrativas, licencias, declaraciones responsables, y cualesquiera actos administrativos que permitan el ejercicio de funciones o actividades que incidan directamente en la gestión del dominio público o en la prestación de servicios públicos o que por otros motivos tengan especial relevancia; 16) Los acuerdos del Gobierno de Navarra referidos a la creación o funcionamiento de sociedades públicas, fundaciones públicas y entidades de derecho público vinculadas a la Administración Pública; 17) Las listas de contratación temporal de personal y las listas que se creen en los procesos de formación y/o promoción, con el fin de que permitan a cada aspirante conocer el puesto que ocupa en cada momento; 18) Las resoluciones administrativas y judiciales, indicando en su caso si agotan la vía administrativa y si son firmes, que puedan tener relevancia pública o que sienten criterios de actuación para la Administración Pública, que serán objeto de información pública, una vez que de ellas hayan sido suprimidos los datos personales; 19) Los extractos de los acuerdos de los órganos colegiados y las resoluciones de los órganos unipersonales que por la actividad que tienen atribuida se considere que pueden recoger información relevante para el conjunto de la ciudadanía, que se extiende a la actividad desarrollada por los distintos órganos en orden a la preparación y a la propia celebración de las sesiones del Gobierno de Navarra; 20) La información que sea solicitada con mayor frecuencia; 21) La información medioambiental que ha de hacerse pública de conformidad con la normativa vigente y, en general, toda aquella información cuya publicidad venga impuesta por otras normas; 22) El gasto público realizado en campañas de publicidad institucional; 23) La información general sobre las retribuciones totales percibidas por los empleados públicos articulada por tramos de retribuciones, niveles retributivos y puestos de trabajo; y 24) Cualquier otra información pública que se considere de interés para la ciudadanía.

Este largo catálogo de informaciones que han de ser objeto de difusión no es novedoso en muchos casos, pues viene a reiterar exigencias de publicidad ya fijadas en otras normas (planificación y programación, planeamiento, inventario de procedimientos, retribuciones, elaboración de disposiciones, presupuestos, cuentas, información ambiental, autorizaciones). No obstante, se trata de una relación amplia y abierta, en la que es destacable la inclusión de información económica con carácter más detallado (ejecución presupuestaria, coste de publicidad institucional).

Finalmente, la LFTGA contempla la reutilización de la información pública (arts. 14 y 15) en línea con su regulación en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, con el propósito —a decir de la exposición de motivos— de favorecer la iniciativa privada y su aprovechamiento.

3. La transparencia en la gestión administrativa

La transparencia en la gestión administrativa es una necesidad, que debe comprender también los aspectos económicos y financieros (24), especialmente en la actual situación de grave crisis económica. En razón de su propósito integral, la LFTGA contempla la transparencia en la gestión administrativa, imponiendo a la Administración pública la obligación de mantener a disposición permanente de los ciudadanos y ciudadanas la información más relevante de sus ámbitos básicos de actuación, como son, entre otros, los relativos a contratos públicos, concesiones de servicios públicos, convenios de colaboración, subvenciones, y ordenación del territorio y urbanismo (art. 16).

Esta obligación general se concreta para cada uno de estos ámbitos, pero con escasa novedad, ya que viene a remitirse a la regulación contenida en la correspondiente ley reguladora. En cuanto a la contratación pública remite al Portal de Contratación de Navarra (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos) que se pretende sea también un instrumento de información, con la novedad de prever la creación de una base de datos de libre acceso en la que se recogerá información de forma actualizada de los contratos con las empresas, lo que va más allá de la obligación de publicidad recogida en la citada Ley Foral (art. 17). Respecto de la concesión de servicios también remite al Portal de Contratación de Navarra, recogiendo —en línea con el art. 2.2— la obligación de los prestadores de servicios públicos de asegurar a los ciudadanos la información que les permita demandar la prestación de unos servicios de calidad y, en su caso, ejercitar sus derechos, que se indicarán en los pliegos de acuerdo con el mínimo que la propia LFTGA indica sin incorporar realmente novedad sobre las condiciones de tales concesionarios derivadas de la legislación de contratos públicos. En materia de convenios no se introduce novedad pues la información se articulará a través del existente Registro de Convenios y Acuerdos, con la fijación de un contenido informacional que responde al contenido natural de los convenios (art. 19). Asimismo se prevé la transparencia en la actividad subvencional, recogiendo en la práctica las exigencias de publicidad ya fijadas en la Ley Foral de Subvenciones (art. 20). Y finalmente, se recoge también, en línea con la legislación foral sectorial, la transparencia en materia de ordenación del territorio (art. 21) (25).

Así pues, la previsión de la transparencia en la gestión es escasamente innovadora, pues recoge, con algún mínimo añadido, obligaciones de publicidad o información ya establecidas en la legislación foral sectorial. Ello responde a la vocación integradora de la LFTGA que quiere incluir en su seno una visión global de las obligaciones de transparencia, en aras de la amplitud y generalidad de la publicidad activa.

(24) Como han destacado BAREA (2004: pp. 13-24) y ZAPICO GOÑI (2010: pp. 239-272).

(25) En cambio, no parece haberse tenido en cuenta la legislación estatal, que fija un mayor alcance informativo con el propósito de combatir la corrupción (arts. 11, 15.5 y disp. adic. 9ª TRLS de 2008; ésta última modifica la LBRL añadiendo el art. 70 ter).

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Aspectos generales: regímenes y elementos

El Título III de la LFTGA regula el derecho de acceso a la información pública previa solicitud, esto es, la dimensión pasiva del acceso que requiere la previa petición por el ciudadano.

La LFTGA fija el régimen general de este derecho, que resulta excepcionado por las regulaciones especiales en materias tributaria y sanitaria y las fijadas por una norma legal (disposición adicional séptima, apartado 1). El carácter general del régimen propio de la LFTGA motiva su aplicación supletoria, en lo no previsto en las respectivas normativas específicas, a la información ambiental, a la relativa a la ordenación del territorio y urbanismo, y a la obrante en archivos históricos de titularidad pública, así como a cualquier otro supuesto en que por normativa foral se reconozca a los ciudadanos y ciudadanas, sin necesidad de motivación, un derecho de acceso a cualquier información de carácter público que obre en poder de las Administraciones Públicas (disposición adicional séptima, apartado 2). Así pues, el régimen general del acceso a la información de la LFTGA —que seguidamente se estudiará— se aplica a la actividad administrativa en general, salvo en aquellos ámbitos o sectores en los que exista una regulación legal específica, lo que deja fuera relevantes campos sectoriales.

El derecho de acceso a la información es al tiempo un derecho de los ciudadanos y un deber para las autoridades públicas que deben suministrar la información solicitada. Esta modalidad se configura, según se ha indicado, como un derecho en sentido estricto. Y así se reitera al inicio de su concreta regulación, al disponer que cualquier ciudadano o ciudadana, bien a título individual o bien en nombre de organizaciones legalmente constituidas, tiene derecho a acceder, mediante solicitud previa, a la información pública, sin más limitaciones que las contempladas en esta Ley Foral (art. 22.1).

Por tanto, el titular del derecho es cualquier persona física o jurídica y los obligados son las autoridades públicas señaladas en el art. 2 de la LFTGA, esto es, la Administración Foral y los organismos públicos de ella dependientes, así como las sociedades y fundaciones públicas y los sujetos privados que prestan servicios públicos bajo la dependencia de los primeros. Comprende, por tanto, tanto al primer como al segundo bloque de autoridades públicas, si bien para el segundo puede articularse un suministro indirecto pues la obligación principal se sitúa en la autoridad del primer bloque a la que están vinculados (cfr. arts. 2.2 y 26.2).

El contenido del derecho, según la definición ya examinada, se refiere a la información pública en poder de los sujetos obligados a suministrarla, que tiene carácter amplio y forma universal, y no se confunde con el documento.

2. Limitaciones

El derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto, sino que admite limitaciones o excepciones en los que puede denegarse la información solicitada. Dado que la regla general es el acceso, tales limitaciones están sometidas a las siguientes notas comunes:

a) Carácter legal: el catálogo de limitaciones fijado en el art. 23.1 no tiene carácter tasado o cerrado, pues se prevé la aplicación de otras excepciones con exigencia de previsión en una norma con rango legal [art. 23.1.m) y l)]. Solo serán de aplicación durante el período de tiempo determinado por las leyes o en tanto se mantenga la razón que las justifique (art. 23.4).

b) Interpretación y aplicación proporcionada y restrictiva: las limitaciones deben ser proporcionadas atendiendo a su objeto y su finalidad de protección y, en todo caso, deberán interpretarse de manera restrictiva y justificada (art. 23.2).

c) Exigencia de perjuicio y ponderación caso por caso: el derecho de acceso a la información pública solo puede ser limitado o denegado cuando de la divulgación de la información pueda resultar un perjuicio (inciso inicial art. 23.1) y las excepciones sólo se aplicarán a menos que un interés público superior justifique la divulgación de la información, por deberá llevarse a cabo caso por caso una ponderación de ambos bienes jurídicos. En particular, tales limitaciones deberán ponderarse con el derecho a la libertad de información veraz de los medios de comunicación, protegiendo la identidad de los afectados y, en especial, de los menores de edad (art. 23.2). Habrá, por tanto, de atenderse al principio de proporcionalidad (26).

d) Ineficacia frente al afectado personalmente: las limitaciones no podrán ser alegadas por la Administración Pública para impedir el acceso del ciudadano o ciudadana a los documentos e informaciones que le puedan afectar de un modo personal, particular y directo, y, en concreto, si dicha afección se refiere a sus derechos e intereses legítimos (art. 23.3). Es, por ello, dispar la posición del público y de las personas interesadas (cfr. art. 31 Ley 30/1992), teniendo éstas una posición más fuerte en razón de los derechos que les confiere la legislación de procedimiento administrativo.

e) Exigencia de motivación en caso de denegación total o parcial.

La LFTGA establece una única lista de limitaciones, pues las de carácter procedimental se configuran, siguiendo el Convenio 205, como supuestos de inadmisión. Las excepciones se justifican en la preservación de otros bienes o intereses protegidos que pueden sufrir perjuicio a consecuencia de la divulgación, por lo que entran en juego cuando pueda causarse daño en los siguientes casos

(26) GUICHOT REINA (2009: p. 218) y TRONCOSO REIGADA (2008: p. 61) aluden a este principio de proporcionalidad respecto de los datos personales.

(art. 23.1): a) La seguridad pública; b) La confidencialidad o el secreto de los procedimientos tramitados por la Administración Pública, si tal confidencialidad o secreto está prevista en una norma con rango de ley; c) La prevención, investigación o sanción de las infracciones penales, administrativas o disciplinarias; d) La integridad de las causas o asuntos sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y tutela judicial efectiva, debiendo en tales casos identificarse el órgano judicial ante el que se tramita; e) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; f) los derechos constitucionales a la intimidad personal o familiar, a la seguridad personal, a la propia imagen, al honor, al secreto de las comunicaciones, a la libertad ideológica o religiosa, a la afiliación, a la presunción de inocencia, al secreto profesional y, en general, a los derechos fundamentales que reconoce y ampara la Constitución Española; g) la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de ley o en la normativa comunitaria, a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal; h) los derechos de propiedad intelectual e industrial, con excepción de los supuestos en los que el titular haya consentido en su divulgación; i) La protección de los datos de carácter personal, siempre que la persona interesada a quien conciernan no haya consentido en su tratamiento o revelación. En todo caso, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de los Datos de Carácter Personal; j) Los derechos de los menores de edad; k) Los intereses particulares legítimos; l) La protección del medio ambiente o del patrimonio histórico o cultural, de conformidad con lo previsto en sus leyes reguladoras; m) Toda aquella información protegida por normas con rango de ley.

La relevancia de la protección de los datos personales lleva a su consideración específica (art. 24 LFTGA), fijando unas reglas para armonizarla con el derecho de acceso (27). La resolución de las solicitudes de acceso a la información pública que contenga datos personales del propio solicitante se sujeta a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (art. 24.1). En cuanto a las solicitudes acceso a datos personales se distingue según se trate o no de datos íntimos o que afecten a la vida privada de terceros, considerándose, en todo caso, como íntimos los datos referidos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y sexualidad: si se trata de datos íntimos se denegarán salvo que se cuenta con el consentimiento acreditado del afectado

(27) Se trata de una de las limitaciones más complejas y polémicas. Aunque referida al ámbito comunitario, es digna de mención la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de junio de 2010 (C-28/08 P), que revoca la Sentencia del Tribunal Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007 (T-194/04, Bavarian Lager/Comisión). Sobre este límite, véanse, entre otros, GARCÍA MACHO (2008: pp. 989-1002); GUICHOT REINA (2009: pp. 214-220), quien señala unas directrices para la aplicación integrada de la normativa sobre el derecho de acceso y sobre protección de datos; y TRONCOSO REIGADA (2008: pp. 23-188).

o lo autorice una norma legal y, en cambio, si no son datos íntimos ni afectan a la vida privada se suministrará la información cuando esté directamente vinculada con la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano o entidad al que se solicite, salvo cuando concurren circunstancias especiales en el caso concreto que hagan prevalecer la protección de los datos personales sobre el interés público en la divulgación de la información (art. 24.2 y 3). Finalmente, la protección de los datos personales prevalecerá sobre el derecho de acceso a la información pública cuando el órgano competente para resolver considere que hay un conflicto de derechos en el que debe preservarse el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 24.4).

La regla general del acceso y el carácter estricto de las limitaciones exige la disociación de la información cuando sea posible, a fin de suministrarla de forma parcial, omitiendo la información afectada por la limitación, salvo que de ello resulte una información distorsionada, equívoca o carente de sentido (art. 25.1), advirtiendo del carácter parcial de tal suministro y asegurando la reserva de la información afectada por las excepciones (art. 25.3). Cuando la información contenga datos personales de terceros, se concederá el acceso si se garantiza de forma efectiva el carácter anónimo de la información, sin menoscabo del principio de transparencia (art. 25.2).

La lista de limitaciones de la LFTGA sigue al Convenio 205 pero con algunas diferencias: carece de carácter tasado o cerrado y no reproduce las excepciones de éste, pues incorpora matices y nuevos supuestos. Así la confidencialidad o secreto de los procedimientos prevenida legalmente [art. 23.1.b) LFTGA] frente a las deliberaciones [art. 3.1.k) Convenio 205]; los derechos de los menores de edad [art. 23.1.i) LFTGA]; la protección del patrimonio histórico o cultural [art. 23.1.l) LFTGA] que se adiciona al medio ambiente [art. 3.1.j) Convenio 205]; y se recoge de forma separada de la privacidad la excepción referida a «los intereses particulares legítimos» [art. 23.1.k) LFTGA], noción notablemente abierta e indeterminada.

3. Procedimiento

El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública ha de ser sencillo, rápido y gratuito, con las mínimas e imprescindibles exigencias formales en aras de la efectividad del derecho, materializando los principios señalados en el art. 4 de la LFTGA y sobre todo los derechos reconocidos respecto del acceso (art. 5.1 LFTGA), entre ellos, la asistencia en la búsqueda de información [art. 5.1.d)].

La LFTGA fija un procedimiento para la tramitación de las solicitudes de información pública, que recoge los criterios de antiformalismo y agilidad y se articula en las fases siguientes:

a) *Inicio mediante solicitud de información* (art. 26): el procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud de información, que puede formular

cualquier persona y debe dirigirse a la unidad orgánica o entidad en cuyo poder se encuentre la información.

La solicitud puede realizarse a través de cualquier medio, incluidos los electrónicos, que permita la constancia de los datos que ha de incluir, que son los siguientes: la identidad del solicitante; la indicación precisa de la información que se solicita, sin que sea requisito indispensable identificar un documento o expediente concreto; en su caso, la forma o formato preferido de acceso a la información solicitada; y una dirección de contacto válida a la cual puedan dirigirse las comunicaciones a propósito de la solicitud (art. 26.3). No puede exigirse motivar la petición, si bien pueden incluirse las razones que la justifican de forma voluntaria (arts. 22.2 y 26.4). Rige, por tanto, un criterio antiformalista, sin que sean de aplicación las exigencias fijadas para las solicitudes en la Ley 30/1992, si bien no podrán ser anónimas.

En el caso de que la solicitud de información fuese imprecisa se requerirá al solicitante su concreción en el plazo de diez días hábiles, con suspensión del plazo para resolver y teniéndole por desistido si no subsana tal deficiencia; para ello se le prestará la asistencia lo antes posible (art. 27.1). La resolución teniéndole por desistido y de archivo de la solicitud se notificará al solicitante, quien podrá formular nueva solicitud concretando su petición o la información solicitada (art. 27.2).

b) *Inadmisión*: las solicitudes de información pueden ser inadmitidas por las causas siguientes:

- Cuando se refieran a información excluida del derecho de acceso. En concreto, quedarán excluidas, entre otras posibles, las consultas jurídicas o las peticiones de informes o dictámenes.
- Cuando se refieran a información que no obre en poder de la entidad a la que se dirijan; si bien con la obligación, cuando se conoce la entidad que posea la información, de remitir la solicitud a ésta, que vendrá obligada a tramitarla, dándose cuenta de esa remisión al solicitante. Y si no es posible tal remisión, por pertenecer a la Administración local o a la estatal o a otra distinta de la Administración de la Comunidad Foral, se informará directamente al solicitante sobre la Administración a la que, según su conocimiento, ha de dirigirse para solicitar dicha información, indicando la dirección a la que puede hacerse llegar la solicitud, a efectos informativos.
- Las solicitudes consideradas abusivas por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo.
- Las solicitudes formuladas de manera excesivamente general, si bien requiriendo previamente su subsanación con la asistencia para su concreción.
- Las referidas a documentación preparatoria, material en curso de elaboración o documentos o datos inconclusos y que no formen parte del

expediente administrativo, entendiéndose por datos inconclusos aquéllos sobre los que la Administración Pública esté todavía trabajando internamente y no se haya emitido ningún dictamen, informe o aprobación. Si la denegación se basa en este motivo, el órgano competente para resolver deberá mencionar en la denegación la unidad que está preparando el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración.

- Las solicitudes relativas a comunicaciones internas que carezcan de relevancia pública o interés público.

La posibilidad de inadmisión, que sigue al Convenio nº 205, entraña una denegación, por lo que deben serle aplicadas las exigencias de ésta.

c) *Intervención de terceros* (art. 29): cuando las solicitudes se refieran a información que afecte a derechos o intereses de terceros contemplados en las limitaciones fijadas, se dará audiencia a éstos por plazo de quince días para formular alegaciones, siempre que pudieran ser determinantes del sentido de la resolución. La apertura de este trámite suspende el plazo para resolver. La falta de respuesta del tercero se considera como disconformidad con la revelación de la información. En todo caso, corresponde al órgano competente, teniendo en cuenta las alegaciones y la regulación legal, resolver lo procedente.

d) *Plazos para resolver y sentido del silencio* (art. 30): en razón del principio de celeridad, es vital la rapidez del suministro de la información en un plazo breve. La LFTGA, siguiendo el modelo de la Ley 27/2006, dispone que la información se suministrará o se comunicarán las razones para denegarla en el plazo más breve posible, fijando supletoriamente unos plazos máximos, pues son de aplicación los fijados en las regulaciones legales específicas, que son los siguientes: con carácter general, un plazo máximo de quince días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para resolverla y, cuando en razón del volumen o complejidad de la información no sea posible el suministro en el plazo anterior, un plazo de treinta días, debiendo informar al solicitante, dentro del plazo máximo de diez días, de las razones que justifican la emisión de la resolución en dicho plazo (art. 30.1).

Se trata, por tanto, de plazos muy breves (28), a computar desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para resolver —y no en otro registro administrativo—, y referidos a la resolución y no al suministro, si bien éste normalmente irá unido a aquélla (art. 31.5). Al tiempo, se prevé la suspensión automática del plazo en caso de solicitudes imprecisas (art. 27.1) y de intervención de terceros (art. 29.2).

En caso de silencio administrativo la regla general es el silencio positivo: la falta de resolución expresa en plazo implica la estimación por silencio; pero

(28) Se reducen a la mitad los fijados para el acceso a la información medioambiental [art. 10.2.c) Ley 27/2006].

esa regla se excepciona respecto de la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley (art. 30.2). Además, se impone en caso de silencio positivo la obligación de dictar posterior resolución expresa reconociendo el derecho, lo que tiene el efecto positivo de hacer practicable el suministro y al tiempo la consecuencia negativa de posibilitar una reconsideración pues alude al reconocimiento total o parcial del derecho (art. 30.3).

e) *Resolución*: la competencia para resolver las solicitudes de información corresponde en el ámbito de la Administración Pública a los superiores jerárquicos de las unidades en cuyo poder se encuentre la misma, siempre que tengan atribuidas competencias resolutorias de conformidad con las distintas normas reguladoras de las estructuras orgánicas (art. 26.1). En el caso de los sujetos del segundo bloque se permite a la Administración reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información pública, lo que dará lugar a un suministro indirecto de la información; en cuyo caso especificará los órganos departamentales competentes para resolver (art. 26.2).

La resolución se formalizará por escrito y se notificará al solicitante y, en su caso, al tercero afectado. Cuando sea estimatoria, total o parcialmente, de la solicitud, indicará la forma o formato de la información, y, cuando proceda, el plazo y las circunstancias del acceso, que deberán garantizar la efectividad del derecho y la integridad de la información en el menor plazo posible (art. 31.1).

Se impone la obligación de motivar para las resoluciones que denieguen en todo o en parte el acceso, las estimatorias si ha habido intervención de un tercero afectado y las que prevean una forma o formato de acceso distinto al solicitado; si bien cuando la mera indicación de la existencia o no de la información pueda incurrir en alguna de las limitaciones al derecho de acceso, se hará constar dicha circunstancia (art. 31.2). En caso de que la negativa a facilitar la información esté fundada en la existencia de derechos de propiedad intelectual o industrial de terceros, se incluirá la referencia a la persona física o jurídica titular de los derechos cuando ésta sea conocida o, alternativamente, al cedente del que se haya obtenido la información solicitada (art. 31.3).

La resolución indicará siempre los recursos administrativos que procedan contra ella, y en su caso, el recurso contencioso-administrativo procedente (art. 31.4).

f) *Ejecución o suministro de la información*: la regla general es la ejecución inmediata, pues siempre que las características de la información solicitada lo permitan se acompañará conjuntamente a la notificación de la resolución (art. 31.5). No obstante, la ejecución se demora con la consiguiente suspensión del suministro de la información en los casos de intervención disconforme de un tercero afectado, en los que el acceso se hará efectivo una vez aquella sea firme, por haber transcurrido los plazos de recursos sin que éstos hayan sido interpuestos por el tercero afectado; condición suspensiva que se hará constar

expresamente en la resolución (art. 31.1 párrafo segundo). Por tanto, en caso de recurso por un tercero afectado habrá de esperarse a su finalización del procedimiento o proceso por resolución firme.

g) *Forma o formato de la información* (art. 32): la información se suministrará en la forma o formato solicitado, con varias excepciones: la primera, cuando la información ya haya sido difundida previamente en otra forma o formato y el solicitante pueda acceder a ella fácilmente, comunicándose al solicitante dónde y cómo puede acceder a dicha información o, en su caso, en el formato disponible; la segunda cuando el órgano competente considere de forma razonable y razonada suministrar la información en otra forma o formato, como son los casos en el que el acceso «in situ» pueda ocasionar la pérdida o deterioro del soporte original, no sea posible la copia en un formato determinado debido a la inexistencia de equipos técnicos disponibles, o cuando la modalidad de acceso solicitada pueda afectar al derecho de propiedad intelectual; y la tercera, cuando otra forma sea más sencilla o económica para el erario público. Este cambio en la forma deberá comunicarse al solicitante en la resolución en que se reconozca el derecho de acceso.

En aras de la mejor practicabilidad del derecho, se propicia que la Administración Pública conserve la información pública en formas o formatos de fácil reproducción y acceso mediante telecomunicaciones informáticas o por otros medios electrónicos.

4. Contraprestación económica

La exigencia de una contraprestación económica ha de ser razonable y no disuasoria del ejercicio del derecho, limitándose al coste de la producción del soporte suministrado, y por tanto solo puede exigirse en el caso de que se estime la solicitud y se facilite la información.

La LFTGA permite el cobro de una cantidad por la expedición de copias y la transposición a formatos diferentes al original en que se contenga la información, sin que exceda de sus costes. En el caso de la Administración pública el establecimiento de tasas se ajustará a la legislación foral de tasas y precios públicos; y en el caso de los archivos, bibliotecas y museos, se estará a lo que disponga su legislación específica (art. 33.2 y 3). Al tiempo, establece tres supuestos de gratuidad: el acceso a información objeto de publicidad activa o a aquella en que no se haya dispuesto lo contrario, el examen «in situ» y la entrega de información por correo electrónico o sistema electrónico equivalente (art. 33.1) (29).

(29) No incluye la gratuidad de la entrega de copias de menos de 20 páginas de formato DIN A4 prevista en el ámbito ambiental (disposición adicional primera, 6, Ley 27/2006).

Las autoridades públicas están obligadas a publicar y poner a disposición de los solicitantes el listado de las tasas y precios que sean de aplicación a tales solicitudes, así como los supuestos de gratuidad (art. 33.4).

V. LA PARTICIPACIÓN Y LA COLABORACIÓN CIUDADANAS

1. Nuevo enfoque de la participación social: finalidad y ámbito

La participación ciudadana es un principio constitucional y general de actuación administrativa (arts. 9.2 y 105 CE y 3.5 Ley 30/1992) y una herramienta vital del sistema democrático, pues aporta claras ventajas como un mejor conocimiento de la realidad con más datos e intereses, soluciones mejores y una mayor legitimidad de las decisiones adoptadas (30). Sin embargo, el punto débil reside en su inefectividad y escasa participación social, así como las carencias de la vía más utilizada de la participación orgánica (31). Por ello, el objetivo consiste en crear las circunstancias para que la participación social sea real y efectiva, con un protagonismo del ciudadano, para lo que la participación debe reunir determinadas condiciones, apoyarse en una concepción incentivadora y articularse mediante nuevos mecanismos más allá de los tradicionales trámites procedimentales. Se trata de crear las circunstancias para que la participación funcione en la realidad, complementando la democracia representativa y con respeto de las exigencias constitucionales de interés general y legalidad (32).

Por participación y colaboración se entiende, en línea con la doctrina, «la intervención e implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos» [art. 3.e) LFTGA]; esto es, la concurrencia o colaboración de los ciudadanos —interesados y público— con las autoridades públicas en los procesos de toma de decisiones en asuntos públicos (33). La titularidad del derecho corresponde a cualquier persona (art. 5.2), con una especial posición de las entidades ciudadanas, pero únicamente está obligada la Administración pública (cfr. art. 2.1 y concordantes).

La LFTGA regula, en su título IV, la colaboración y participación ciudadanas con el confesado propósito de impulsarlas y fomentarlas, tratando de incorporar un nuevo enfoque para superar la habitual insuficiencia e ineficacia con la previsión de garantías básicas, derechos específicos y nuevos instrumentos para lograr su realidad y efectividad. Esta regulación es menos densa que la referida

(30) Como apuntó la STC 119/1995, de 17 de julio, el trámite de información pública tiene el significado de dotar de cierta legitimación popular a la actividad administrativa planificadora, mediante el llamamiento que se efectúa a las personas o colectivos interesados, al objeto de que puedan intervenir en el procedimiento y expresen sus opiniones que sirvan de fuente de información a la Administración, favoreciendo el acierto y la oportunidad de la decisión que se vaya a adoptar.

(31) Según indica SÁNCHEZ MORÓN (2008: pp. 229-232).

(32) Como señala PEMÁN GAVÍN (2005; pp. 50-52).

(33) CASTELLÁ ANDREU (2001: pp. 39 y 71); y SÁNCHEZ MORÓN (2008: pp. 229-232), que la refiere al ciudadano sin otra condición, generando mayor transparencia.

a la información pública y se ciñe a los planes y programas, con referencias también a las políticas y disposiciones generales, dejando a salvo las regulaciones específicas donde se limita a un reconocimiento genérico del derecho a participar [arts. 5.2.f) y 35.3.d)].

2. Condiciones básicas

En aras de la efectividad de la participación y colaboración ciudadanas, la LFTGA comienza fijando unas denominadas condiciones básicas (rótulo del capítulo I del título IV).

A) Fomento de la participación

La primera de estas condiciones básicas es la obligación de la Administración de impulsar y fomentar la participación y colaboración ciudadanas, tanto individual como agrupada o colectiva, mediante instrumentos o mecanismos adecuados que garanticen la interrelación mutua. Este fomento ha de desarrollarse mediante la educación para la participación, tanto mediante campañas explicativas de los instrumentos participativos como de planes de formación para su utilización (art. 34.1 y 3).

Junto a esta participación funcional, se insiste también en fomentar la participación orgánica, ya que se ordena a la Administración promover igualmente la participación y colaboración de las Universidades, Colegios Profesionales, Consejos Asesores y de cuantas entidades y organismos considere adecuados atendiendo a las distintas actuaciones promovidas en el ejercicio de sus competencias (art. 34.2).

B) Garantías

Una auténtica participación social requiere unas garantías o contenido mínimo, a fin de que la ciudadanía se sienta parte del proceso en cuanto puede colaborar e influir en la toma de decisión. La LFTGA aborda esta cuestión tanto con carácter general (art. 5.2) como respecto de los planes y programas (art. 35), tratando de configurar un común denominador o presupuestos indispensables de la participación pública.

Estas garantías de la participación pública son las siguientes:

a) *Derecho a saber (transparencia)*: los ciudadanos deben conocer con antelación suficiente los aspectos relevantes del asunto en el que están llamados a participar [art. 5.2.c)]. Esto es, deben ser informados, mediante avisos públicos u otros medios apropiados, como los canales de comunicación institucional y los medios electrónicos, sobre cualesquiera propuestas de planes y programas de carácter general, o en su caso, de su modificación o de su revisión [art.

35.a)]. Dicha información ha de ser comprensible y versar sobre la propuesta y también respecto del procesos participativo conociendo cómo participar y la Administración competente para resolver [art. 35.b)].

b) *Derecho a intervenir (inclusión)*: los ciudadanos pueden formular alegaciones y observaciones con anterioridad a la toma de la decisión [art. 5.2.d)]. Para los planes y programas se fija un período mínimo de información pública de un mes, anunciado a través de los distintos canales de comunicación y anterior a la toma de la decisión [art. 35.c)].

c) *Derecho a ser escuchado (calidad)*: tales alegaciones y observaciones deben ser tenidas en cuenta por la Administración [art. 5.2.d)], que deberá examinarlas y considerar los resultados de la participación y colaboración ciudadanas [art. 35.d)]; pero no implica su obligada aceptación.

d) *Derecho a la comunicación (motivación)*: debe hacerse público el resultado del procedimiento e informarse de los motivos de la decisión, con especial referencia al proceso participativo [arts. 5.2.e) y 35.e)]; lo que exige la notificación personal de una respuesta motivada a quien haya intervenido en el proceso formulando alegaciones o sugerencias [art. 35.f)]. Ello permite articular los recursos y un adecuado control judicial.

Tales condiciones se aplican a la elaboración, modificación y revisión de determinados planes y programas de carácter general, con exclusión expresa de los planes o programas tramitados o aprobados por razones de urgencia, los que tengan exclusivamente un carácter organizativo, procedimental o análogo, aquellos cuyo único objetivo sea la seguridad pública, la protección civil en casos de emergencia o el salvamento de la vida humana y los que se rijan por una normativa específica de elaboración y aprobación en la que ya existan actos o trámites de audiencia o información pública (art. 35.1 y 3).

3. Instrumentos de participación y colaboración ciudadanas

Para superar las tradicionales dificultades e insuficiencias de la participación pública es preciso ir más allá de los trámites formales de participación y organizar adecuadamente el proceso de participación con nuevos instrumentos que favorezcan la implicación ciudadana y su influencia en los procesos de toma de decisiones pública atendiendo a experiencias comparadas.

La LFTGA se ocupa de los instrumentos de participación y colaboración ciudadanas considerándolos como los mecanismos utilizados por la Administración Pública para hacer efectiva la participación y la colaboración de todos los ciudadanos, sin discriminación, en los asuntos públicos, ordenando el fomento activo de la implicación de aquellos sectores sociales en los que se haya constatado una mayor dificultad en orden a su participación y colaboración en los asuntos públicos (art. 36.1). Tales mecanismos son abiertos, pues lo relevante es que favorezcan la participación, y se destaca el uso de las nuevas tecnologías

señalando distintas líneas para promover a través de ellas una participación real y efectiva (art. 36.2). A tal fin, el Portal del «Gobierno Abierto» ha de canalizar los distintos instrumentos participativos, sin perjuicio de promover otros cauces que, en determinados ámbitos, favorezcan la interrelación mutua entre la Administración y la ciudadanía (art. 36.3) (34).

Los instrumentos específicos de participación y colaboración ciudadanas son aquellos que necesitan para su propia eficacia de una mayor implicación ciudadana en el propio proceso participativo, implicación que se garantiza recurriendo a los ciudadanos y entidades ciudadanas que voluntariamente se han comprometido a participar y colaborar con la Administración Pública mediante su inscripción en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas. Tales instrumentos son los siguientes (35):

a) Los foros de consulta son espacios de debate y análisis de las políticas públicas en los que participan, previa convocatoria por la Administración Pública, grupos de ciudadanos y ciudadanas o de entidades ciudadanas, elegidos democráticamente, entre los inscritos en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas, al objeto de debatir y reflexionar sobre los efectos de una política pública, así como para elaborar análisis valorativos de los efectos reales de dichas políticas en la calidad de vida de la ciudadanía (art. 39).

b) Los paneles ciudadanos son espacios de información constante e inmediata que se crean por la Administración con carácter temporal y que tienen por finalidad responder a las consultas planteadas por esta sobre cualquier asunto de interés público, y, en especial, sobre las expectativas de futuro de los ciudadanos y ciudadanas. Estarán formados por un número mínimo de ciudadanos y de entidades ciudadanas, que serán elegidos por la Administración Pública entre los sujetos inscritos en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas en el área correspondiente a la materia objeto del panel (art. 40).

c) Los jurados ciudadanos son grupos creados por la Administración Pública que tienen como finalidad analizar los efectos de una determinada acción, proyecto o programa llevado a cabo por la misma. Los jurados ciudadanos estarán formados por un máximo de diez personas, mitad ciudadanos y ciudadanas, mitad entidades ciudadanas, que serán elegidos por la Administración entre los sujetos inscritos en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas en el área correspondiente a la materia que motive su creación (art. 41).

En estos instrumentos, que deben ser objeto de regulación reglamentaria, podrán participar las personas inscritas en el indicado registro, así como expertos

(34) La Ley Foral 11/2007 para la implantación de la administración electrónica prevé el fomento de los medios electrónicos para la participación ciudadana (art. 46).

(35) La Ley Foral 11/2007 de implantación de la administración electrónica se refiere a las informaciones públicas, encuestas, sondeos de opinión y otros métodos utilizados para la participación (art. 46). No se incorporan, en cambio, la audiencia ciudadana (art. 18 Ley valenciana 11/2008) ni las consultas a la ciudadanía (art. 20 Ley canaria 5/2010).

en la materia de que se trate y otras como las universidades, colegios profesionales, consejos asesores y otras entidades y organismos (art. 38.2).

Para favorecer el uso de los instrumentos específicos de participación y colaboración se crea el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas en el que se podrán inscribir voluntariamente los ciudadanos y las entidades ciudadanas interesados en recibir información sobre materias específicas de la competencia de la Administración Pública al objeto de tomar parte activa en los instrumentos específicos de participación y colaboración ciudadanas previstos en esta Ley Foral o que puedan preverse en otras normas (art. 37). La puesta en marcha de dicho registro precisa del desarrollo reglamentario, a realizar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LFTGA.

4. Derechos específicos de participación y colaboración

La LFTGA reconoce también derechos específicos de participación y colaboración en determinados tipos de funciones o acciones públicas (36), en los que habrá de abrirse el correspondiente proceso participativo (art. 45.1) como son los siguientes: el derecho a participar en la definición de las políticas públicas, esto es, programas de carácter anual y plurianual (art. 42); el derecho a participar en la evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios de la Administración Pública que se concreta en la consulta periódica y regular sobre el grado de satisfacción (art. 43); el derecho a participar en la elaboración de disposiciones de carácter general mediante la remisión de sugerencias, sin que ello sustituya los trámites de audiencia o de información pública si son preceptivos y con la obligación de tomarlas en consideración y hacerlo constar en un informe (art. 44) (37); el derecho a proponer iniciativas reglamentarias (art. 45); el derecho a formular propuestas de actuación o sugerencias en relación con el funcionamiento de los servicios recogidos en el catálogo general de los servicios que presta la Administración Pública (art. 46); y el derecho a recabar la colaboración de la Administración Pública en actividades ciudadanas para la realización de actividades sin ánimo de lucro que fomenten la participación ciudadana en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra (art. 47).

De ellos, destaca el reconocimiento de la iniciativa reglamentaria popular a los ciudadanos con residencia legal en la Comunidad Foral, mediante la presentación de propuestas sobre materias que afecten a sus derechos e intereses legítimos con excepción de las excluidas de la iniciativa legislativa popular.

(36) No se contempla la iniciativa legislativa popular regulada en la Ley Foral 3/1985, de 25 de marzo, recientemente modificada por la Ley Foral 14/2012, de 5 de julio.

(37) Téngase en cuenta la posibilidad de desarrollar la información pública en la elaboración de las disposiciones generales mediante medios electrónicos y a través del Portal web de Internet del Gobierno de Navarra (art. 36 Ley Foral 11/2007), que ya ha sido aplicado.

La admisión de esta iniciativa exige que contenga el texto propuesto, acompañado de una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejan la tramitación y aprobación de la iniciativa, y cuente con el respaldo de las firmas de dos mil personas. Si cumple tales condiciones la propuesta será valorada y analizada mediante la emisión por el órgano competente en la materia en el plazo de tres meses de un informe que, previa valoración de los intereses afectados y de la oportunidad que para el interés público representa la regulación propuesta, propondrá al órgano competente el inicio o no de su tramitación como proyecto de disposición reglamentaria. De aceptarse la iniciativa, la propuesta reglamentaria se tramitará de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente (art. 45). La resolución sobre la iniciativa se notificará a los proponentes y es impugnabile en cuanto a los aspectos formales cuando se consideren que se ha conculcado su derecho de propuesta o las garantías recogidas en esta Ley Foral para hacerlo efectivo, pero respecto de la decisión de fondo de aceptar la iniciativa acordando iniciar o no la tramitación de la iniciativa reglamentaria propuesta (art. 45.5).

Esta regulación de la iniciativa reglamentaria popular, con antecedente en la legislación de régimen local (art. 70 bis.2 LBRL) (38), viene a trasladar al ámbito de las disposiciones generales la iniciativa legislativa popular, con una reducción en el respaldo mínimo exigido para la admisión de las propuestas.

Asimismo, es reseñable la exigencia con carácter general de la elaboración de un informe de participación y colaboración, en el que se informe sobre el desarrollo e influencia del proceso participativo (art. 48).

VI. MODERNIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVAS

Como se ha indicado, la segunda vertiente del buen gobierno contemplada por la LFTGA se refiere a la modernización administrativa para configurar una administración servicial de calidad. A tal fin los títulos V y VI de la LFTGA abordan los objetivos de racionalización y simplificación de los procedimientos y estructuras administrativas con el objetivo «de promover una Administración más comprensible, cercana y accesible a la ciudadanía, y capaz de gestionar con mayor agilidad y eficiencia al servicio de ésta, sin menoscabo en momento alguno de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, de las garantías y de la seguridad jurídica» (art. 49). La simplificación, compleja en su materialización práctica, no es un fin en sí misma (39), sino que ha de armonizarse con otros valores, como la transparencia y la participación.

(38) GARCÍA GARCÍA (2008: pp. 442-453) estudia esta nueva forma de participación en la elaboración de disposiciones generales.

(39) Según señala TORNOS MÁS (2000: p. 76).

Estos objetivos se concretan en tres líneas de acción referidas a los procedimientos y estructuras, a las normas y al diseño de un marco general para la mejora continua de la calidad en la Administración.

1. Racionalización y simplificación de los procedimientos y de las estructuras

La racionalización y simplificación de los procedimientos y de las estructuras se articula a través del Plan General de Simplificación Administrativa (art. 51), cuya elaboración y ejecución se atribuyen a una Comisión Departamental creada al efecto (art. 51). La aprobación del Plan, que habrá de ir precedida de un amplio proceso participativo para verificar que su ajuste a las demandas de la ciudadanía y de los propios empleados públicos, corresponde al Gobierno de Navarra (art. 53); y se publicará en el Boleín Oficial de Navarra y en el Portal del Gobierno de Navarra en Internet y será ampliamente difundido entre la ciudadanía y los empleados públicos (art. 54). A fin de paliar los problemas recurrentes en la gestión procedimental (40), la LFTGA fija un extenso catálogo de objetivos del Plan, como son: la reducción de trámites, de plazos y de presión documental; la eliminación o reducción de cargas administrativas; el fomento de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables; la simplificación y la normalización de formularios e impresos; la elaboración de manuales de tramitación y de guías o protocolos de los procedimientos; la potenciación de la tramitación vía telemática y, en especial, la generalización de la utilización del repositorio de proyectos técnicos; o la adaptación de la regulación normativa y de los puestos de trabajo (art. 52). Finalmente, el Plan deberá prever su propio plazo de ejecución, que puede dividirse en etapas (art. 55).

2. Mejora de la calidad normativa

La LFTGA, consciente de la importancia de los aspectos procedimentales para la mejora de la calidad de los productos normativos, pretende reforzar la cabal satisfacción de las exigencias procedimentales (41). El objetivo fundamental de la racionalización, simplificación y mejora de la calidad normativa consiste en «el mantenimiento de un marco normativo estable y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y ciudadanas y agentes económicos, que posibilite el conocimiento rápido y comprensible de la normativa vigente que resulte de aplicación, y sin más cargas administrativas para los ciudadanos

(40) Como apunta CIERCO SEIRA (2009: p. 3), estos problemas son: exceso de trámites, fuerte presión documental sobre el interesado, duración temporal exagerada y alto coste económico provocado por la tramitación del expediente.

(41) Sobre la necesaria mejora de las normas, véanse, entre otros, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2006: pp. 238-244); y PONCE SOLÉ (2009: pp. 201-243).

y ciudadanas y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general» (art. 56.1).

A tal fin, se fijan los principios e instrumentos para la calidad regulatoria, que son los siguientes (art. 56.2):

a) En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa deberá estar justificada por una razón de interés general.

b) En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

c) A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y ciudadanas y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

d) En aplicación del principio de transparencia, los objetivos de la regulación y su justificación deberán ser definidos claramente.

e) Para garantizar el principio de accesibilidad, se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente.

f) En virtud del principio de simplicidad, toda iniciativa normativa deberá atender a la consecución de un marco normativo claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

g) En aplicación del principio de eficacia, la iniciativa normativa deberá partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales.

Para propiciar el cumplimiento de ese objetivo de calidad normativa se prevén las acciones siguientes (art. 57):

a) Impulsar los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos que estas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas obligaciones o costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.

b) Prestar la máxima atención a los procesos de participación y de colaboración ciudadanas en la elaboración de las disposiciones normativas, y, a estos efectos, aportará la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas.

c) Promover el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, mediante análisis periódicos de la vigencia, actualidad, necesidad y oportunidad de las normas que integran su ordenamiento, como forma de asegurar la evolución y la adaptación de su ordenamiento a la realidad política, económica y social en la que ha de ser aplicado.

d) Promover la adaptación de la regulación vigente a los principios recogidos en esta Ley Foral.

e) Elaborar y aprobar directrices de técnica normativa, que careciendo del valor de las normas jurídicas, proporcionen criterios técnicos o pautas de actuación a los redactores de las normas al objeto de contribuir al proceso de perfeccionamiento continuo de la calidad normativa.

f) Impulsar la utilización de los instrumentos de refundición normativa y de derogación expresa de la normativa que haya perdido vigencia.

Estos principios e instrumentos habrán de integrarse en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales regulado en la Ley Foral 14/2004 y, sin ser novedosos, incorporan pautas a seguir en la elaboración reglamentaria, que habrán de implementarse de forma efectiva.

3. Mejora continua de la calidad en la Administración.

El título VI de la LFTGA se refiere al diseño de un marco general para la mejora continua de la calidad en la Administración. Se trata de complementar las medidas ya previstas en la Ley Foral 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos, con el impulso de «la mejora constante del servicio a los ciudadanos y ciudadanas promoviendo actuaciones encaminadas a desarrollar una cultura y unos valores de servicio público y calidad en la gestión, así como a fomentar y canalizar la participación y la colaboración de la ciudadanía, integrando sus necesidades y expectativas en las distintas fases de desarrollo de las políticas y servicios públicos» (art. 58.1). A tal fin, se ordena al Departamento competente en materia de calidad diseñar, en el plazo máximo de un año desde la vigencia de la Ley Foral, un marco general para la mejora continua de la calidad en la Administración, cuyo principal objetivo será concretar el principio de servicio a la ciudadanía en torno a dos referencias básicas: la orientación de la gestión pública a resultados, y la satisfacción de los ciudadanos en su condición tanto de usuarios de los servicios, como de copartícipes en el diseño, implementación y evaluación de las políticas y servicios públicos (art. 58.1 y 2).

Para el diseño de este marco general se tendrán en cuenta las estrategias de calidad: modelos de excelencia, objetivos y estándares de calidad, simplificación administrativa y acceso electrónico, evaluación permanente, sistema de sugerencias y reclamaciones y capacitación de los empleados públicos (art. 59). Y además se fijan compromisos de calidad, cuya forma y condiciones se

determinarán en el marco general, que implican formulas organizativas y técnicas de carácter muy general, entre las que destaca la rendición de cuentas a la sociedad y la elaboración y difusión de cartas de servicios (art. 60).

En suma, se trata de una relación de buenos propósitos que habrá de articularse en un marco general y, sobre todo, implantarse en la práctica.

VII. LA ÉTICA Y LA TRANSPARENCIA EN LA ACCIÓN DE GOBIERNO

El título VII de la LFTGA se refiere a la ética y a la transparencia en la acción de gobierno con escasas novedades, pues recoge principios generales y remite a la legislación correspondiente.

Los principios de actuación del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración Pública son el interés general y la transparencia en su gestión, con observancia de los principios éticos y de conducta contemplados en el Código de Buen Gobierno aprobado por la Ley Foral 2/2011, de 17 de marzo (art. 61.1). Se establece el deber de abstención de toda actividad privada o interés que pueda suponer un conflicto de intereses con sus responsabilidades públicas, entendiéndose por tal «cuando deban decidir en asuntos en los que confluyan intereses públicos e intereses privados propios, de familiares directos o compartidos con terceras personas» (art. 61.2).

Es novedosa en el ámbito foral la obligación de publicidad de las retribuciones, actividades y bienes de los miembros del Gobierno de Navarra y altos cargos de la Administración Pública, así como de las cesantías (art. 62 y 63), que constituye información que debe hacerse pública [art. 13.b)]. Pero esta publicidad se remite a lo establecido en la Ley Foral 19/1996, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de Navarra y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, lo que lleva a su art. 9 recientemente reformado por la Ley Foral 12/2012.

Se fijan también normas para facilitar el traspaso de poderes desde el gobierno en funciones al entrante (art. 65), ordenando garantizar el estado de la documentación necesaria para el gobierno entrante y elaborar inventarios de los documentos básicos, en el formato más seguro y práctico. Y finalmente, se fija la obligación de los miembros del Gobierno de ejercer su actividad de forma transparente y de rendir cuentas sobre su gestión a los ciudadanos y ciudadanas, fijando instrumentos al efecto para comunicar determinados aspectos entre los que destaca «dar cuenta de la forma en que se administran los recursos públicos y de su coherencia con la planificación aprobada».

VIII. GARANTÍAS ADMINISTRATIVAS, JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES

Los remedios o garantías son un aspecto capital en cuanto aseguran el cumplimiento efectivo de los derechos. A tal fin, el título VIII de la LFTGA incluye tres previsiones, distinguiendo entre los sujetos obligados de carácter público y los de carácter privado y regulando de forma conjunta, en el primer caso, tanto el derecho de acceso como el de participación.

El remedio impugnatorio para preservar los derechos reconocidos en materia de información y participación son los recursos administrativos y, en su caso, el contencioso-administrativo (art. 67.1). La legitimación es amplia, pues se reconoce a toda persona que considera que, por acción u omisión, se han vulnerado tales derechos y se dirige a su protección. Se trata del sistema general de recursos, sin previsión de un recurso especial, por lo que se traslada aquí la problemática de demora e ineficacia de los recursos administrativos. Desde el punto de vista procedimental, se incorpora un informe preceptivo por una unidad a crear dentro de la Dirección General competente en materia de Asuntos Jurídicos y Presidencia (hoy, Dirección General de Presidencia y Justicia) y la competencia para su resolución se concentra en el Consejero titular del Departamento competente en materia de Presidencia (42).

No obstante, la LFTGA es consciente de la debilidad de esa garantía y, por ello, trata de arbitrar, dentro de las competencias de Navarra, un remedio especial respecto de derecho de acceso a la información. A tal fin, sin perjuicio de los recursos administrativos, el solicitante de la información pública podrá dirigir una queja al Defensor del Pueblo de Navarra siempre que se haya impedido o limitado su derecho de acceso a esta información. Esta queja no suspende el transcurso de los plazos para la interposición de los recursos administrativos o contenciosos-administrativos procedentes (art. 68).

En el caso de los sujetos privados se prevé un sistema de reclamaciones ante la Administración pública a la que aquéllos están vinculados. Con ello se crea un recurso de alzada impropio a resolver en el plazo de tres meses por un órgano administrativo, cuya resolución agota la vía administrativa y será directamente ejecutiva, de suerte que en caso de incumplimiento se requerirá a tales entidades, de oficio o a instancia del solicitante, el cumplimiento en sus propios términos (art. 69).

Así pues, la LFTGA sigue el modelo de la Ley 27/2006, sin introducir ningún remedio específico, con la salvedad de la queja al Defensor del Pueblo, por lo que el sistema de recursos es lento e insuficiente para remediar las infracciones de tales derechos, salvo que se atienda la recomendación del comisionado parlamentario.

(42) En tal sentido, la disposición final primera de la LFTGA añade una letra f) al art. 57.2 de la Ley Foral 14/2004.

IX. CONCLUSIÓN: UN PASO IMPORTANTE Y EL RETO DE LA EFECTIVIDAD

La LFTGA fija el reto ambicioso de implantar la transparencia y la participación pública y al tiempo modernizar la organización administrativa foral, mediante la fijación de una regulación general e integral que sea adecuada para su efectividad. Se adopta una estrategia global que intenta integrar tales derechos con una necesaria reforma administrativa para lograr un gobierno abierto.

Con ello, se da un importante paso al establecer un marco jurídico más adecuado para materializar tales derechos y transformar la Administración. No obstante, son apreciables también algunas sombras y dificultades. La LFTGA tiene un ámbito limitado al círculo de la Administración Foral y su contenido se formula en ocasiones en términos genéricos y con numerosas remisiones a la legislación correspondiente a determinados sectores o materias.

En cuanto a la información pública ha atendido en buena medida al Convenio 205, con las salvedades ya reseñadas (43). Por otra parte, habrá de coordinarse con la futura ley estatal de transparencia, que tiene un ámbito subjetivo más amplio y cuyas previsiones serán mínimos comunes obligados y mejorables por la legislación foral (44). Son también importantes los avances en cuanto a la participación pública, donde se fijan derechos específicos y nuevos instrumentos con un marco avanzado que habrá que implementar (45).

Así pues, como la propia LFTGA pone de relieve, la clave está en la efectividad. Se trata de poner en marcha sus medidas e instrumentos desde una nueva cultura administrativa que favorezca la apertura y la participación reales y efectivas e implante un modelo de administración servicial, eficiente y responsable, lo que requiere la disposición de los medios (personales, materiales y financieros) necesarios para su consecución.

En fin, la dificultad, como siempre, reside en la efectividad de las previsiones y medidas para hacer realidad tan ambiciosos objetivos de empoderamiento

(43) No configuración del derecho como fundamental o estatutario, ámbito de aplicación limitado al entorno de la Administración Foral, mayores limitaciones y falta de la garantía por una autoridad independiente. Asimismo, se atienden los diez principios propuestos por la Coalición Pro Acceso (www.proacceso.org), excepto el primero (configuración del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental) y el décimo (garantía por un órgano independiente), si bien en tal línea se ha incluido la queja ante el Defensor del Pueblo.

(44) El Consejo de Ministros ha aprobado y remitido a las Cortes Generales el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 19-1, de 7 de septiembre de 2012. Sobre dicho anteproyecto, véanse el informe de la OSCE y el comentario de GUICHOT REINA (2012b: pp. 28-41).

(45) Siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN (2008: pp. 239-241), puede decirse que la regulación ha avanzado sustancialmente en posibilitar la intervención de cualquier persona o ciudadano y generar mayor transparencia en la actividad administrativa, pero la cuestión es si estas reformas son posibles o no en la práctica.

de los ciudadanos y reforma administrativa. El reto es traducir esos objetivos a la realidad, incorporarlos a la actuación administrativa práctica, al menos de forma gradual pero efectiva.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BAREA, José (2004), «La necesidad de transparencia en la gestión pública», en *Auditoría Pública*, núm. 33 (I Congreso Nacional de Auditoría en la gestión pública), pp. 13-24.
- CASTEL GAYÁN, Sergio (2009): «La ordenación jurídico-administrativa de la participación ciudadana: una mirada desde el Estado autonómico», en esta REVISTA, núm. 34, pp. 399-446.
- (2010): «La participación ciudadana en el ámbito local. Experiencias», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 312, pp. 183-208.
- CASTELLÀ I ANDREU, Josep Maria (2001): *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública: (un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Barcelona, Cedecs, 538 pp.
- CIERCO SEIRA, César (2009): «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos a la luz de los avances de la administración electrónica», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, pp. 1-22.
- GARCÍA GARCÍA, María Jesús (2008): «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria», en *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 37, pp. 417-460.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (2008): «Derecho de acceso a la información y protección de datos en la sociedad de la información», en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, vol. I, pp. 989-1002.
- GUICHOT REINA, Emilio (2009): *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 284 pp.
- (2011): *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*, Sevilla, Ed. Derecho Global, 345 pp.
- (2012a), «Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América», en *Revista de Derecho Comparado*, núm. 19, pp. 135-188.
- (2012b): «El Anteproyecto de Ley de Transparencia», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, pp. 28-41.
- PEMÁN GAVÍN, Juan M^o (2005): «El nuevo impulso a las fórmulas de participación ciudadana en la Administración Local», en esta REVISTA, núm. 27, pp. 21-59.

- PONCE SOLÉ, Juli (2009): «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 201-243.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2007): «Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos», en ALENZA GARCÍA, José Francisco y RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (coord.), *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Pamplona, Gobierno de Navarra y Thomson Aranzadi, Pamplona, pp. 217-244.
- (2008): «Publicidad de la actividad administrativa y participación ciudadana», en ALLI ARANGUREN, Juan Cruz y ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (dirs.), *La administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra: comentarios a la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril*, Pamplona, Gobierno de Navarra, pp. 405-474.
 - (2011): «La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 51, pp. 123-154.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2007): *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 474 pp.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2008): «Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español», en *Revista Catalana de dret públic*, núm. 37, pp. 223-245.
- TORNOS MAS, Joaquín (2000): «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, pp. 39-76.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio (2008): «Transparencia administrativa y protección de datos personales», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales celebrado el 28 de octubre de 2008 en la Real Casa de Correos de Madrid*, Madrid, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, pp. 23-188.
- ZAPICO GOÑI, Eduardo (2010): «Importancia y posibilidades de la transparencia del gasto a nivel de políticas públicas», en *Documentación Administrativa*, núms. 286-287, pp. 239-272.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCESO DE DECISIÓN INSTITUCIONAL EN UN ÁMBITO (CUASI) REGIONAL. ANÁLISIS DE LA NORMA FORAL 1/2010, DE 8 DE JULIO, DEL TERRITORIO HISTÓRICO DE GUIPÚZCOA

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL RETO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO (CUASI) REGIONAL.– II. LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EN ESPECIAL, EL PROCEDIMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN DELIBERATIVA DE LOS CIUDADANOS EN EL PROCESO DE DECISIÓN INSTITUCIONAL.– III. LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE PARTICIPACIÓN DELIBERATIVA Y SUS EFECTOS: CAPACIDAD INSTITUCIONAL DE DECISIÓN Y EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN.– IV. EL ‘GOBIERNO’ Y LA ‘ADMINISTRACIÓN’ DEL PROCESO PARTICIPATIVO.– V. LAS ENTIDADES CIUDADANAS EN EL PROCESO PARTICIPATIVO.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La participación ciudadana en el proceso de decisión institucional plantea importantes problemas cuando se trata de insertar en instituciones de ámbito territorial más amplio que el estrictamente local. El desarrollo de vías de participación en el ámbito regional está siendo lento y difícil. En este sentido, los Territorios Históricos (TH) en el seno de la organización institucional de la Comunidad Autónoma del País Vasco presentan un perfil apto para la configuración de formas de participación ciudadana, en la medida en que tiene las características de los ordenamientos regionales pero en una escala relativamente pequeña. En este sentido, el análisis de la Norma Foral (NF) guipuzcoana sobre participación ciudadana tiene un enorme interés. Destaca la configuración de los procesos de deliberación participativa en el ámbito del ejercicio de las competencias de la Diputación Foral, órgano ejecutivo de Gobierno del TH, que constituyen el eje fundamental sobre el que gira el sistema de participación ciudadana diseñado en la NF. En su caracterización tiene un gran interés tanto la iniciativa para su realización, como el sistema de gobierno y administración de la participación ciudadana en el TH, así como la regulación del desarrollo del proceso participativo, en el que juega un papel determinante la Dirección Foral para la participación ciudadana —órgano dotado de autonomía— y a la elaboración por ésta del ‘Protocolo’ de cada proceso de deliberación participativa.

Palabras clave: participación ciudadana, deliberación participativa; territorio histórico de Guipúzcoa.

ABSTRACT: Public participation in the process of institutional decision-making poses significant problems when it is a question of its application within institutions whose territorial scope transcends the strictly local. The development of avenues of participation at a regional level is proving to be slow and difficult. In this sense, the Historic Territories (HT) within the context of the institutional organisation of the Autonomous Community of the Basque Country offers a suitable profile for the configuration of means of public participation, insofar as they have the features of regional legal systems but on a relatively small scale. In this respect, analysis of Guipuzcoan Provincial Law (PL) with regard to public participation is of considerable interest. Particularly noteworthy is the configuration of the processes of participatory deliberation in the field of the exercise of competences of the Diputación Foral, executive organ of the Government of the HT, which constitute the fundamental axis upon which is based the system of public participation designed in the NF. This participation is especially interesting due to the initiative from which it arises and the system of government and administration of public participation in the HT, as well as the regulation of the development of the participatory process, in which a decisive role is played by the Provincial Directorate) for public participation —an independent body— and the elaboration by the latter of the 'Protocol' of each process of participatory deliberation.

Key words: public participation; participatory deliberation; historic territory of Guipuzcoa

I. INTRODUCCIÓN. EL RETO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN UN ÁMBITO (CUASI) REGIONAL

La Comunidad Autónoma del País Vasco se ha dotado de una estructura institucional interna compleja, particular, con el objetivo de articular dos elementos que confluyen en el actual sistema jurídico vasco: la tradición foral y su constitución como Comunidad Autónoma. La tradición foral ha sido siempre de carácter provincial, con unas Diputaciones muy poderosas, careciendo, hasta la aprobación del Estatuto de Autonomía de 1979 (EA), de integración institucional entre los distintos territorios provinciales. Esa tradición se incorpora al sistema autonómico regulado por el EA mediante el reconocimiento de la existencia de los (ahora llamados) Territorios Históricos (TH), dotándolos de una estructura institucional —en la que, a pesar de su regulación formal, la preponderancia institucional de la Diputación Foral (ejecutivo provincial) destaca significativamente— y atribuyéndoles un importante ámbito de competencias, directamente por el EA o, sobre todo, a través de ley del Parlamento Vasco. Estas competencias están determinadas en el artículo 37 del EA, en el que se reservan directamente a los TH algunas competencias —fundamentalmente, de auto-organización institucional—, en el artículo 41 del EA, en el que se precisan las competencias en materia tributaria, y en la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos For-

les de sus Territorios Históricos, comúnmente conocida como Ley de Territorios Históricos (LTH).

Esta estructura institucional tiene reflejo en el sistema de fuentes del Derecho interno de la CA, en la medida en que los TH tienen capacidad de dictar disposiciones normativas de distinto tipo, entre las que hay que destacar las denominadas 'Normas Forales', que son aquellas disposiciones normativas aprobadas por las asambleas representativas de cada TH: las Juntas Generales. Además, las Diputaciones Forales podrán dictar, entre otras disposiciones normativas, Decretos Forales, disposiciones subordinadas jerárquicamente a las disposiciones normativas aprobadas por las Juntas Generales (1).

En la CA del País Vasco encontramos, por tanto, un nivel institucional provincial muy poderoso, al que le corresponde el ejercicio de importantes competencias en un número importante de ámbitos materiales. Podemos decir que se trata, desde el punto de vista institucional y competencial de una estructura cuasi-regional. Esto significa que, a pesar de la reducida dimensión de cada uno de los TH, como consecuencia de su complejidad institucional y de su consistencia competencial, su naturaleza no es equiparable a la de las instituciones locales, sino que se acerca considerablemente a la de las instituciones regionales dotadas de una autonomía consistente.

Las formas de participación ciudadana que se han venido experimentando en estos tiempos han encontrado su terreno más fructífero de desarrollo en el ámbito local, en el que se han realizado las experiencias más llamativas, innovadoras y efectivas, es decir, exitosas. La experiencia en ámbitos institucionales superiores al local es, por el contrario, muy limitada. La mayor parte de las veces, la normativa de participación en ámbitos superiores al local se ha desarrollado por la vía de la creación de consejos de participación de representantes de organizaciones de distinto tipo representativas de intereses ciudadanos en un determinado ámbito. Esta vía ha tenido un gran desarrollo en España tanto en el ámbito local como en el autonómico o regional, en los que han proliferado distintos tipos de Consejos de participación en los que se ha dado entrada, muchas veces de forma conjunta, a intereses de otros niveles institucionales o de organizaciones de intereses 'sociales'. Cuando se ha tratado de regular la participación ciudadana en ámbitos institucionales superiores al estrictamente local al margen de la vía de los Consejos participativos, la experiencia es muy frustrante.

(1) Sobre la organización institucional del TH de Guipúzcoa, las funciones de los distintos órganos que la integran, así como sobre los tipos normativos que pueden dictar cada uno de ellos, cfr. Norma Foral 6/2005, de 12 de julio, sobre Organización Institucional, Gobierno y Administración del Territorio Histórico de Gipuzkoa (*Boletín Oficial del País Vasco*, nº. 125, de 13 de octubre de 2005). Asimismo, sobre el procedimiento de elaboración de las normas forales en el seno de las Juntas Generales de Guipúzcoa, es destacable el silencio del Reglamento de las Juntas Generales sobre la posibilidad de participación ciudadana en el mismo: cfr. *Reglamento de las Juntas Generales de Gipuzkoa*, cuyo texto puede encontrarse en http://w390w.gipuzkoa.net/WAS/CORP/DJGPortalWEB/normativa_institucional.jsp?idioma=es.

Las normativas aprobadas se limitan, casi sin excepción, a afirmaciones genéricas sobre la importancia de la participación ciudadana, sin ninguna operatividad práctica, que, para tenerla, requerirían de nuevas normas que desarrollasen las formas de participación. Un ejemplo de este tipo de leyes —cuya existencia es, en todo caso, una excepción en nuestro entorno— es el de la Ley 11/2008, de 3 de julio, de Participación ciudadana de la Comunidad Valenciana. En ella, por una parte, se reiteran institutos ya regulados en otras normas (derecho de información, de acceso a los documentos y archivos públicos, derecho de petición, iniciativa legislativa popular, etc.) y, por otra, se limita, fundamentalmente, a definir básicamente los diferentes instrumentos de participación ciudadana (especialmente relevantes, los foros de consulta, los paneles ciudadanos y los jurados ciudadanos, pues la audiencia ciudadana es una institución que no representa novedad alguna). Lo más relevante es la regulación sobre las Entidades ciudadanas y del Registro de las mismas. Esta formalización podría tener importantes consecuencias, garantizando la información sistemática de aquellas sobre los proyectos del Gobierno y de la Administración autonómica, pero la Ley lo malogra al situarlas en las mismas condiciones que cualquier ciudadano individual, sin aprovechar la existencia del Registro para establecer la obligación de los poderes públicos autonómicos de informar sobre todo proyecto de intervención pública que sea relevante a las Entidades ciudadanas que actúen o tengan interés en el área de actuación de que se trate.

La única excepción, hasta donde yo conozco, a estas líneas de desarrollo era la Ley regional toscana sobre participación ciudadana (2). Se trata de una ley que establecía un procedimiento de participación deliberativa en relación con la elaboración de las políticas regionales, a través de lo que la ley denomina 'dibattito pubblico sui grandi interventi'. Se trata de una regulación de gran interés, aunque de incierto resultado, lo que llevó al legislador regional a aprobar la Ley como una especie de 'ley experimental', estableciendo una vigencia temporal limitada de la misma, hasta el 31 de diciembre de 2012 (art. 26.1). Estaba previsto que durante el año 2012 se evaluase el funcionamiento de la participación regulada en la Ley y se evaluase la conveniencia de confirmarla o modificarla (art. 26.2) (3). La aplicación práctica de la ley regional Toscana pone de relieve, una vez más, las dificultades que presenta la articulación operativa de la participación ciudadana en ámbitos regionales, es decir, en niveles institucionales superiores al estrictamente local, fuera del sistema de consejos de participación.

(2) Cfr. Legge regionale (Toscana) de 27 de diciembre de 2007, n. 69, *Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*.

(3) Sobre la normativa reguladora de la participación en la *Regione Toscana* puede consultarse el sitio web <http://www.regione.toscana.it/partecipazione>, así como el sitio web de la *Autorità regionale per la partecipazione della Toscana* (<http://www.consiglio.regione.toscana.it/partecipazione/default.aspx>).

Afrontar la regulación de una normativa que materializase la participación ciudadana en el Territorio Histórico de Guipúzcoa obligaba, por tanto, a plantearse, por una parte, la opción de la participación a través de un sistema de Consejos, limitándose a ellos o complementándolos con otras formas de participación y, por otra, a encontrar una forma de participación que pareciera idónea para el nivel (cuasi) regional que representa el TH en el País Vasco; y, además, que no se limitase a contener 'literatura' participativa, sino que abriese procedimientos participativos que tuviesen visos de ser utilizados de forma real y efectiva.

En este sentido, la Diputación Foral decidió que la regulación de la participación ciudadana tuviese el mayor rango formal en el seno del TH, por lo que se impulsó que su regulación fuese a través de Norma Foral aprobada por las Juntas Generales del TH. Y se decidió dejar de lado la vía de los Consejos participativos (4), centrándose en el establecimiento de un sistema de participación que girase, fundamentalmente, sobre la participación deliberativa en el seno del procedimiento de decisión por parte de la Diputación Foral sobre las cuestiones de mayor trascendencia para la sociedad.

Presentado el Proyecto de Norma Foral por la Diputación ante las Juntas Generales del TH, éstas aprobaron, con un respaldo muy mayoritario (5), la Norma Foral 1/2010, de 8 de julio, sobre participación ciudadana (6).

La NF guipuzcoana, de acuerdo con lo que se expresa en la exposición de motivos, trata de abrir vías en la dirección de facilitar nuevas formas de participación ciudadana desde la convicción de que es necesario impulsar formas directas de participación que complementen las instituciones de la democracia representativa, profundizando la naturaleza democrática del sistema institucional y de la sociedad. Parte de la constatación de la necesidad de enfrentarse a los límites de los sistemas institucionales representativos, abriendo la experiencia democrática a otras formas de participación, para tratar que, de forma complementaria a éstas, enriquezcan el sistema democrático, reafirmando sus fundamentos. Y de la consideración de que el desarrollo de sociedades crecientemente comple-

(4) Finalmente, sin embargo, en el proceso de negociación del Anteproyecto de Norma Foral por parte de los representantes de la Diputación Foral con las fuerzas políticas de la oposición, se decidió incorporar al Proyecto la existencia de un Consejo Social para la Participación (art. 34 de la Norma Foral (TH de Guipúzcoa) 1/2010), dando satisfacción a la demanda de uno de los partidos de la oposición.

(5) Las Juntas Generales aprobaron la Norma Foral con 41 votos a favor y 4 votos en contra. Únicamente se opusieron a su aprobación los miembros pertenecientes a los partidos Aralar, Ezker Batua e Iniciativa (escisión de Ezker Batua). En aquellos momentos la antigua Herri Batasuna, ilegalizada, no pudo presentarse a las elecciones, por lo que no había ningún miembro de esta organización en las Juntas Generales.

(6) La Norma Foral fue publicada en el *Boletín Oficial de Gipuzkoa*, n.º. 132, de 14 de julio de 2010 (<https://ssl4.gipuzkoa.net/boletin/asp/ViewRoot.asp?Action=Html&Item=0&X=12101008>)

jas, con la emergencia de nuevas necesidades sociales que traen aparejadas, incrementa el riesgo de distanciamiento entre sociedad e instituciones, creando nuevas demandas de participación por parte de la ciudadanía. La NF trata de abrir vías de participación ciudadana que contribuyan a desarrollar soluciones a estos problemas de legitimación democráticas de los sistemas institucionales representativos.

II. LOS INSTRUMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EN ESPECIAL, EL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN DELIBERATIVA DE LOS CIUDADANOS EN EL PROCESO DE DECISIÓN INSTITUCIONAL

La Norma Foral guipuzcoana sitúa las formas de participación ciudadana allí previstas en el ámbito del proceso de decisión de la Diputación Foral; es decir, en el ámbito de decisión del 'ejecutivo' provincial. Lo que significa que quedan al margen de su regulación en esa Norma Foral las formas de participación ciudadana relativas al proceso 'legislativo' o de la actividad de producción normativa de la asamblea representativa del TH. Esta opción no quiere decir que esas formas de participación se desconozcan en el TH de Guipúzcoa; solo significa que las formas de participación ciudadana en el proceso de creación normativa en el seno de la asamblea representativa del TH tienen su propio cauce, ya tradicional, regulado en el Reglamento de la Cámara o en otras disposiciones, así como a través de la iniciativa popular en la materia, regulada en su normativa específica (7).

Pero, por encima de todo, se trataba de innovar en materia de participación, estableciendo instrumentos de participación ciudadana que fuesen más penetrantes y efectivos que las figuras tradicionales de participación en el proceso de elaboración normativa que, al menos en nuestro sistema, han nacido prácticamente estrangulados, ofreciendo resultados realmente decepcionantes. Y, además, hay que tener en cuenta que, al situarse los instrumentos participativos en el ámbito de la actuación del órgano ejecutivo de gobierno del TH (la Diputación Foral), permite insertar procesos participativos en el seno del procedimiento de elaboración de un Anteproyecto de Norma Foral, expresamente previsto, en cualquier caso, en la propia Norma Foral de participación ciudadana (8). Es

(7) El TH de Guipúzcoa dispone de una Norma Foral que regula la iniciativa popular en materia normativa: cfr. Norma Foral 7/2007, de 10 de abril, reguladora de la iniciativa normativa popular ante las Juntas Generales de Gipuzkoa (*Boletín Oficial del País Vasco*, n.º. 149, de 3 de agosto de 2007).

(8) El art. 22 de la NF 1/2010 establece, expresamente, la posibilidad de establecer formas de participación ciudadana en el proceso de elaboración de los Anteproyectos de NF. Aunque esta disposición deja sin precisar la cuestión de qué instrumentos de participación ciudadana es posible articular en el proceso de elaboración de un Anteproyecto de NF, no cabe duda, por razones sistémicas, que puede usarse cualquiera de los instrumentos de participación previstos en la misma.

más, en muchas ocasiones, la participación ciudadana tendrá interés, precisamente, en el proceso de determinación por parte de la Diputación Foral de su Proyecto de NF a presentar ante las Juntas Generales. El sistema de gobierno de los TH, caracterizados por una primacía extrema de la Diputación Foral sobre las Juntas Generales, supone que, salvo excepciones en las que la Diputación Foral tenga un respaldo muy frágil o minoritario en aquellas, la iniciativa normativa del órgano ejecutivo de gobierno sea determinante en el proceso de aprobación de la NF.

En este sentido, la NF de participación ciudadana contempla distintos instrumentos de participación que pueden ser utilizados en el seno de los procesos de toma de decisión por parte de la Diputación Foral. La NF regula, en este sentido, dos instrumentos: el instrumento que denomina 'proceso de participación deliberativa' (arts. 9 a 16) y las 'consultas populares' (art. 19 a 21). Junto a ello, como ya se ha dicho, contempla la posibilidad de participación ciudadana en el proceso de elaboración de anteproyectos de Norma Foral (art. 22). Y, finalmente, incorpora una cláusula de flexibilidad (arts. 23 y 24), permitiendo que el proceso participativo se realice mediante otras modalidades o se utilicen otros instrumentos de participación ciudadana no previstos en la NF, siempre previa consulta con las Entidades ciudadanas. De esta regulación se desprende que la NF contempla dos instrumentos esenciales de participación ciudadana: el proceso de participación deliberativa y las consultas populares.

Tanto en el supuesto de las consultas populares como en el de los procesos de deliberación participativa hay varios supuestos de iniciativa para su realización. El primer supuesto es el de la iniciativa de la propia Diputación Foral o, más exactamente, del Diputado General (Presidente de la Diputación). En este sentido, el elemento central es lo que se denomina el 'Programa participativo', regulado en el art. 33. El 'programa' es el documento en el que se determinan los procesos participativos que se van a desarrollar en un año determinado. Se presenta ante las Juntas Generales por parte del Diputado General, previa aprobación por el Consejo de Diputados (órgano colegiado de gobierno de la Diputación Foral), con ocasión de la formulación anual de la declaración de política general; y deberá contener el conjunto de propuestas en materia de participación ciudadana que se pretenden realizar, precisando los procesos participativos y los instrumentos que se vayan a utilizar para la elaboración, aplicación y revisión de las políticas forales.

A los efectos de determinar los procesos participativos que deben incorporarse al Programa participativo, la iniciativa de estos procesos corresponde, en primer lugar, a la propia Diputación Foral y a las Juntas Generales (art. 12). Pero también tienen iniciativa para la realización de procesos participativos las Entidades ciudadanas y los ciudadanos mismos, directamente. En el supuesto de las Entidades ciudadanas, se limita a aquellas que se hayan inscrito en el Registro Foral de Entidades ciudadanas para la participación; y en el caso de las perso-

nas residentes que se consideren directamente afectadas por una determinada política pública. En este caso, deben representar 'al menos el 2 por ciento de las personas residentes mayores de edad del conjunto del Territorio Histórico o del municipio o comarca que resulte afectado de forma especialmente relevante por aquélla' (art. 13.2) (9). En estos dos supuestos de iniciativa 'popular', la realización del proceso participativo queda supeditada a la aceptación por parte de la Diputación Foral que resolverá a propuesta de la Comisión Foral para la participación ciudadana; resolución que, en caso de desestimación de la propuesta, 'deberá ser motivada, especificando las razones por las que no se considere oportuna la realización del proceso de deliberación participativa objeto de la iniciativa' (art. 13.5).

Finalmente, también los Entes Locales afectados por una política o decisión a adoptar por las instituciones del TH tienen iniciativa sobre la realización de un proceso de deliberación participativa, tanto de forma individual como conjuntamente con otra u otras Entidades Locales (art. 14). El acuerdo formal del órgano de gobierno de la(s) Entidad(es) Local(es) deberá indicar los motivos de la especial afectación de la política o decisión, precisando las características que debiera adoptar el proceso de deliberación participativa y las personas que propone(n) para participar en el mismo, en caso de que la iniciativa prospere (10).

La NF, en cualquier caso, tiene como columna vertebral de la participación ciudadana el instrumento de la participación deliberativa; lo que la NF denomina 'Proceso de deliberación participativa'. Los demás instrumentos participativos —las consultas populares, muy destacadamente—, en general, están llamados a ser complementarios a este instrumento sobre el que gira la participación ciudadana regulada en la NF. Ciertamente, nada impide en la NF que la Consulta popular pueda ser utilizada de forma autónoma; pero parece un instrumento, en general, llamado a ser complementario del proceso de deliberación participativa. En efecto, al concluir un proceso de deliberación participativa, si de éste no se ha deducido una posición clara o se tienen dudas sobre la opinión de la ciudadanía sobre el objeto del proceso de deliberación participativa una vez que este ha concluido, la Diputación Foral podría recurrir a la Consulta popular para tratar de extraer conclusiones más claras sobre la opinión ciudadana en la cuestión.

El proceso de deliberación participativa se define, de acuerdo al art. 9, como el 'conjunto de actos que se integran en un procedimiento de decisión o

(9) En relación con la iniciativa popular directa, la NF establece que 'deberá notificarse por las personas promotoras a la Dirección Foral para la Participación Ciudadana en el plazo de quince días desde la iniciación del procedimiento, a los efectos suspensivos previstos en el artículo 15.3 de esta Norma Foral. A partir del momento de la notificación, las personas promotoras dispondrán de un plazo de dos meses para la formalización de la iniciativa' (art. 13.3).

(10) El art. 18 regula de forma similar la iniciativa de Consulta popular.

determinación de una concreta política pública, cuyo contenido consiste en un debate público sobre la decisión a adoptar y sus características, así como, en su caso, sobre las alternativas existentes en este ámbito y en el que participan directamente personas residentes o entidades ciudadanas que actúan en el ámbito al que corresponde la decisión o política a adoptar'; y esos procesos podrán realizarse en el seno de procedimientos relativos a la 'determinación de las políticas públicas que tengan una especial relevancia o impacto en el Territorio Histórico de Gipuzkoa' (art. 10.1). Es decir, se trata de insertar en el seno de un proceso decisorio sobre una determinada política pública por parte de la Diputación Foral de un momento procedimental de un debate público en el que participan ciudadanos, de forma individual o en representación de Entidades ciudadanas.

La inserción de un debate participativo de este tipo en el seno de un procedimiento decisorio exige determinados requisitos que permitan su viabilidad práctica y que permitan que su realización pueda ser fructífera, de forma que la decisión se adopte en las mejores condiciones, especialmente en lo que se refiere al conocimiento de la opinión de la ciudadanía y los argumentos y razones que están en la base de las distintas posturas. A estos efectos, los procesos de deliberación participativa deben limitarse a las políticas o decisiones de mayor relevancia y de mayor impacto en la ciudadanía o en el territorio. La legitimación del proceso de participación ciudadana exige, por una parte, que se realice en los ámbitos de mayor trascendencia; y su viabilidad práctica exige su limitación a unas pocas cuestiones. Es decir, esta forma de participación ciudadana solo puede practicarse de forma relativamente excepcional, pero debe serlo en asuntos de gran trascendencia (art. 10.1).

La efectividad del proceso de participación ciudadana en el proceso de decisión o en la determinación de una determinada política debe hacerse compatible con la economía del proceso de elaboración de aquella, por lo que es necesario que, salvo excepción sólidamente justificada, se inserte en el momento inicial del procedimiento, pero entendiendo por momento inicial aquél que sigue a la existencia de un proyecto ya suficientemente precisado, aún como simple anteproyecto (arts. 10.2 y 10.3).

La deliberación participativa sobre la que, fundamentalmente, gira el sistema de participación ciudadana regulado en la NF guipuzcoana trata, así, de que, en el proceso de determinación de una determinada política pública o decisión por parte de la Diputación Foral, así como, en su caso, de elaboración de un Proyecto de NF, cuando tenga especial relevancia o impacto en el TH, los ciudadanos interesados, especialmente organizados en Entidades ciudadanas, pero también individualmente, puedan incorporar expresamente al procedimiento decisorio sus puntos de vista e intereses, con la peculiaridad de que deben materializarse de forma argumentativa, precisando las razones sobre las que se asienta su postura en la cuestión objeto de tratamiento, en confrontación con otros argumentos. Es decir, el procedimiento de deliberación participativa se

asienta sobre la convicción, por una parte, de la necesidad de la expresa toma en consideración en el procedimiento decisorio de las posturas que sobre las decisiones de mayor trascendencia concurren en la sociedad a la luz de las razones en las que se fundamentan; y que estas posturas deben ser manifestadas y defendidas directamente por los ciudadanos o las Entidades en que se organizan. Por otra parte, concurre un segundo tipo de convicción, de carácter complementario; la convicción de que en el proceso deliberativo, a través de la confrontación de las razones y argumentos sobre los que se asientan las diferentes posturas se producirá, necesariamente, un proceso de clarificación sobre la solidez o endeblez de las distintas posturas presentes sobre una determinada cuestión, a la luz de la confrontación entre las razones y argumentos puestos en juego en sostenimiento de cada una de ellas. En el proceso de deliberación participativa, por tanto, el objetivo no radica tanto en hacer explícitas las distintas posturas existentes en la sociedad, a los efectos de que los órganos que, en las instituciones, deben decidir sean conscientes de su existencia y los ponderen como mejor estimen convenientes, sino en poner de relieve la solidez de las razones en las que se fundamenta cada una de ellas sobre la base del contraste entre ellas. Por esa razón tiene tanta importancia la posibilidad que abre la NF de que participen personas técnicamente expertas en la cuestión objeto de deliberación participativa, no solo cuando sean propuestas por las Entidades ciudadanas participantes, sino, también, a iniciativa de la Dirección Foral para la participación ciudadana, que es el órgano que determina las características y límites del proceso de deliberación participativa. En consecuencia, reside en la confianza en el carácter beneficioso de la participación ciudadana argumentativa en el seno de un proceso deliberativo y en la clarificación que necesariamente deriva del contraste de argumentos.

El segundo instrumento de participación ciudadana recogido en la NF guipuzcoana son las Consultas populares. Aparecen reguladas de forma estricta; es decir, excluyendo el referéndum. En este sentido, el art. 17.3 de la NF precisa que las consultas populares 'no podrán consistir en la convocatoria formal al cuerpo electoral para que se pronuncie sobre una determinada cuestión con las formalidades y garantías propias de los procesos electorales'. Por el contrario, las consultas populares podrán consistir en 'los procedimientos demoscópicos que en cada situación sean más adecuados a la naturaleza o características del asunto, con el fin de materializar de la forma más transparente (...) la opinión de los ciudadanos sobre el tema de que se trate'. Consultas populares que, por lo demás solo se podrá realizar la Diputación Foral 'en el marco de la legislación vigente' y en el ámbito de las competencias forales.

Esta caracterización de las consultas populares y la explícita exclusión del referéndum fue un tema controvertido durante el proceso de elaboración del Anteproyecto de NF. En un contexto de excitación política con el significado y función del referéndum como la más alta expresión de democracia, determinadas fuerzas políticas de la oposición en las Juntas Generales situaron en esta

exclusión su rechazo a apoyar la aprobación de la NF (11). Sin embargo, se fundamentaba en las serias dudas —por ser flexibles— sobre la competencia de los TH para convocar referendos, por lo que pareció oportuno eludir ese terreno. Por lo demás, en el clima político del País Vasco, la inclusión del referéndum entre los instrumentos de participación ciudadana hubiese desequilibrado en exceso todo el sistema participativo sobre esa figura, cuando lo que se pretendía, por encima de todo era, por el contrario, abrir la experiencia de un sistema de participación ciudadana de carácter deliberativo; objetivo que, tiene en sí mismo importantes dificultades prácticas y que, si se hubiese focalizado sobre el referéndum, hubiese quedado desplazado. Con la NF no se trataba de establecer un sistema de democracia directa de carácter referendario para la adopción de decisiones sobre las políticas públicas más significativas o de mayor impacto, sino de introducir en ellas la deliberación participativa como elemento central del sistema, aunque, en ocasiones, la deliberación participativa necesite ser complementada con el conocimiento de la opinión de la ciudadanía; y ese objetivo se puede lograr, de forma suficientemente satisfactoria a través de los instrumentos que se reconducen a la figura de las consultas populares.

III. DESARROLLO, CONCLUSIÓN Y EFECTOS DEL PROCESO DE PARTICIPACIÓN DELIBERATIVA. CAPACIDAD INSTITUCIONAL DE DECISIÓN Y EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN

El desarrollo del proceso de deliberación participativa está directamente vinculado a las conclusiones que pueden extraerse y a las consecuencias que se derivarán de aquél. La credibilidad del proceso —en sí mismo y como instrumento de participación ciudadana, en general— se juega, en primer lugar, en su propio desarrollo; pero también se juega en la conexión entre desarrollo del proceso de deliberación y sus conclusiones, por una parte, y los efectos que de todo ello se deriven en el proceso de toma de decisiones en la determinación de las políticas públicas de mayor trascendencia o de mayor impacto en el ámbito institucional de que se trate. Aquí se situaban, por tanto, dos puntos cruciales de la NF.

El proceso de deliberación participativa se inicia cuando lo determina la Comisión Foral para la participación ciudadana, lo que exige que, previamente, figure en el Programa participativo de la Diputación Foral a través de cualquiera de las vías de iniciativa ya indicadas. La apertura del proceso participativo suspende cualquier actuación relativa a la cuestión objeto del proceso que condicione la decisión final a adoptar en relación con la misma, salvo los actos de

(11) La exclusión del referéndum fue una de las mayores discrepancias que mostraron los representantes de los grupos políticos que, finalmente, se opusieron en las Juntas Generales a la aprobación de la NF, aún valorando positivamente, en su conjunto, la iniciativa de la Diputación Foral y el texto del Proyecto.

trámite. Una vez determinado el inicio del proceso, la Dirección Foral para la participación ciudadana deberá aprobar el Protocolo del proceso participativo en el plazo de un mes, al que se dará la máxima difusión —que, en cualquier caso, se publicará en el Boletín Oficial del TH y en la sede electrónica de la Diputación Foral—, ‘a los efectos de promover la participación ciudadana con la máxima extensión posible’ (art. 15.4).

El elemento clave en el desarrollo del proceso de deliberación participativa, a los efectos de su viabilidad práctica, en primer lugar, y también, en última instancia, de su capacidad de incidencia efectiva en el procedimiento decisorio, es lo que la NF denomina el ‘Protocolo’ del proceso de deliberación participativa (art. 11). La determinación de las características de desarrollo de cada proceso participativo específico corresponde a la Dirección Foral para la Participación Ciudadana, que, previa consulta a las Entidades ciudadanas, determinará ‘las formas y características que... parezcan más adecuadas a la naturaleza o peculiaridades del asunto’ (apartado 1). A estos efectos, esa Dirección deberá aprobar, para cada concreto proceso participativo, un ‘protocolo’ en el que se determinará la naturaleza y características del proceso participativo, su estructura y objetivos, las reglas que lo regirán, el procedimiento de elaboración de conclusiones, las cuestiones que serán objeto de deliberación y las excluidas de la misma, el número máximo de participantes, la duración temporal máxima del proceso de deliberación y la persona responsable de la dirección del proceso y aquellas otras que la Dirección considere necesarias para el buen desarrollo del proceso (apartado 2).

Una de las cuestiones de mayor trascendencia práctica en el desarrollo del proceso de deliberación participativa es la determinación de las personas que vayan a intervenir en él. A estos efectos, la NF guipuzcoana determina un primer ámbito del que extraer los participantes en el proceso de deliberación participativa: las Entidades ciudadanas. Pueden ser tanto las ya inscritas, con carácter previo, en el Registro Foral de Entidades Ciudadanas para la participación, al que se hará referencia más adelante, o de las que se inscriban específicamente para el proceso de deliberación participativa específico de que se trate. Para ello, la Dirección para la participación ciudadana habilitará un periodo específico de inscripción para las Entidades interesadas, indicando las personas que, en su caso, desearían intervenir en su representación. En segundo lugar, también podrán intervenir personas individuales ‘que acrediten ostentar especial interés en el procedimiento’ (apartado 5). Para ello, la Dirección para la Participación habilitará, antes de iniciarse el proceso participativo, un periodo de inscripción y establecerá el número de personas que actuarán en representación de todas ellas. La determinación de los participantes en el proceso de deliberación participativa en una u otra condición se determinará por la Dirección Foral en el Protocolo del proceso. Finalmente, la Dirección para la participación ciudadana podrá decidir, previa consulta a las Entidades ciudadanas inscritas en el Registro, la incorporación al proceso de deliberación de personas expertas en la materia

objeto de deliberación, a los efectos de que quienes participen puedan contar con soporte técnico de especialistas (apartado 6).

En consecuencia, la designación del responsable del proceso de deliberación y la determinación de los participantes en el mismo, tanto en representación de las Entidades ciudadanas, de los ciudadanos, directamente, o los técnicos o especialistas que decida incorporar determinarán el desarrollo del proceso y que sea, o no, fructífero.

Concluido el proceso deliberativo, el responsable del mismo remitirá a la Dirección Foral para la participación ciudadana las actas del proceso 'con especificación, en su caso, de las conclusiones alcanzadas' (art. 16.1). Con base en esa documentación, la Dirección Foral realizará un informe sobre el proceso participativo que deberá contener las propuestas que se hayan realizado en el proceso sobre los temas objeto de deliberación. Este informe se trasladará a la Comisión Foral para la participación ciudadana y al Departamento de la Diputación Foral competente en la materia y será publicado, dándole la mayor difusión, en los términos que se precisan en el apartado 2 del art. 16. Una vez elevado el Informe de la Comisión Foral, en el plazo de tres meses, y sobre la base del Informe del Departamento competente por razón de la materia, la Diputación Foral resolverá sobre la forma en que las conclusiones aportadas en el proceso de deliberación participativa afectan a la decisión o política a adoptar. El apartado 3 del art. 16 establece que, específicamente, la Diputación Foral deberá determinar si las conclusiones aportadas suponen la renuncia al proyecto, la presentación de un proyecto alternativo, su modificación o si pretende continuar con el proyecto en los mismos términos en que fue propuesto inicialmente. En este sentido, precisa aún más, requiriendo que en el caso en que la Diputación Foral acuerde modificar el proyecto deberá señalar de forma precisa las modificaciones que se incorporarán al mismo. En cualquier caso, la decisión de la Diputación Foral deberá ser motivada, indicando, en caso de que se acuerde no seguir las conclusiones del proceso de deliberación participativa, las razones en que se sustenta su decisión. La decisión de la Diputación Foral permitirá continuar con la tramitación del procedimiento (art. 16.4).

La regulación de las consecuencias de la finalización del proceso de deliberación participativa en el que se extraen conclusiones sobre el proyecto que constituye su objeto ha tratado de combinar el mantenimiento de la capacidad —y responsabilidad— de adoptar la decisión en manos de la Diputación Foral, sin que ello signifique una desnaturalización del proceso de participación, al exigir a la Diputación Foral que, en el supuesto en que no siga, total o parcialmente, las conclusiones obtenidas en el proceso de deliberación deba adoptar expresamente una decisión motivada, en la que precise las razones por las que no atiende, en todo o en parte, aquellas conclusiones.

IV. EL 'GOBIERNO' Y LA 'ADMINISTRACIÓN' DEL PROCESO PARTICIPATIVO

La NF guipuzcoana establece un complejo sistema de 'gobierno' y 'administración' del sistema de participación ciudadana. La idea que estaba en la base era la de combinar la independencia de la configuración y dirección de los procesos de deliberación participativa, en torno a la creación de una figura —que finalmente se concretó en la Dirección Foral para la participación ciudadana— que reuniese las características de independencia y credibilidad o prestigio, sin detrimento de la conexión con el nivel político de gobierno de la Diputación Foral, pretendido a través de la Comisión Foral para la Participación ciudadana. En el proceso de elaboración del Anteproyecto hasta su conclusión en la NF aprobada por las Juntas Generales se produjeron algunas modificaciones que, aunque complicaron más la organización, al crear un nuevo órgano, y atenuaron algunas de las características de otros órganos, no debieran dificultar la consecución de esas pretensiones.

La NF establece la existencia de un 'Consejo Social para la participación ciudadana' de Guipúzcoa, definido como 'órgano consultivo' para la participación ciudadana, en general, y, específicamente, para el desarrollo y aplicación de los instrumentos previstos en aquella. En esa condición, deberá, en concreto, informar sobre las actuaciones a realizar por la Diputación Foral en el ámbito de la participación ciudadana y, específicamente, sobre la propuesta de 'Programa participativo'. Su composición no se determina directamente en la NF sino que se deja su determinación a las normas de desarrollo reglamentario de aquella (art. 34).

El órgano central de 'gobierno' de la participación ciudadana regulado en la NF es la Comisión Foral para la participación ciudadana. Es un órgano de naturaleza 'política', insertado en el órgano de gobierno de la Diputación Foral. Está integrado por representantes 'políticos' de los diferentes Departamentos de la Diputación Foral y podrán participar en sus sesiones, además, expertos, si así lo considera conveniente, para asesorarla, así como, en su caso, representantes de las Entidades Locales, cuando resulten afectadas. La Comisión Foral tiene como finalidad coordinar las actuaciones de la Diputación en el ámbito de la participación ciudadana y, más específicamente, en la realización de los procesos participativos regulados en la NF para velar por la coherencia y la complementariedad de la actuación de los distintos órganos forales en el ámbito de la participación (art. 35). Se trata, por tanto, de un órgano de dirección política y de coordinación interdepartamental de las actuaciones de la Diputación Foral en materia de participación ciudadana, especialmente relevante en el ámbito de la realización de procesos de deliberación participativa.

Esta finalidad se concreta en las funciones que se le atribuyen. Entre ellas, destaca la elaboración de la propuesta de 'Programa participativo' que deberá aprobar el órgano de gobierno de la Diputación Foral —el Consejo de Dipu-

tados—. Además, le corresponde el impulso de las iniciativas y asegurar la coherencia y complementariedad y coordinación de las actividades conjuntas de los departamentos forales en materia de participación, así como resolver las discrepancias sobre la determinación del ámbito territorial de afectación de la política o decisión a adoptar por la Diputación Foral en los procesos de deliberación participativa iniciados por los ciudadanos directamente. Además, le corresponderá la función de fomento de las iniciativas de promoción de la participación ciudadana y la realización de campañas de difusión de los resultados de las experiencias participativas. También le corresponde colaborar con las Entidades locales y la promoción de la formación administrativa en materia de participación ciudadana.

Al margen del ámbito de la dirección 'política' de las actuaciones de la Diputación Foral en el ámbito de la participación ciudadana, la 'gestión' de los procesos participativos corresponde a la 'Dirección Foral para la participación ciudadana'. Es un órgano de impulso de la participación ciudadana en el TH y en el ámbito de las competencias de la Diputación Foral. Ejerce sus funciones con plena autonomía respecto a la administración foral y no se integra en su estructura orgánica y tiene una importante dimensión subjetiva. Es un órgano unipersonal, que debe ser designado entre personas de reconocida competencia y experiencia en el ámbito público, con interés en el impulso y desarrollo de procesos de participación ciudadana y con conocimientos en el desarrollo de procesos participativos (art. 40.1). Además, la persona que desempeñe la Dirección deberá actuar 'guiada por criterios de autonomía, transparencia y neutralidad. Será nombrado por un periodo de cuatro años por el órgano de gobierno de la Diputación Foral —el Consejo de Diputados—, siendo renovable su mandato. El Director Foral dará cuenta de sus actuaciones a la Comisión Foral para la participación ciudadana y podrá ser cesado si la Diputación foral 'considera que su ejercicio no es satisfactorio para el desarrollo de la participación ciudadana en el Territorio Histórico' (art. 40).

Las funciones de la Dirección Foral para la participación ciudadana se centran en la ejecución del Programa participativo aprobado por la Diputación Foral y presentado ante las Juntas Generales. Esta competencia general se especifica en la función de ejecución de los procesos participativos. Ya se ha visto, en este sentido, la función primordial que corresponde a la Dirección en la elaboración del Protocolo de cada proceso de deliberación participativa y la designación de su responsable. Además, le corresponde la ejecución de las iniciativas promovidas por los departamentos forales; la valoración, ordenación y actuación de las propuestas sociales; la realización de las previsiones de difusión de los beneficios y logros de la participación ciudadana establecidos por la Comisión Foral; el establecimiento de los criterios de realización de los procesos participativos; la valoración de la aplicación y resultados de la participación social y la elaboración del informe anual de la actividad participativa y las sugerencias para la mejora de los procesos participativos (art. 41).

Se trató de que la Dirección fuese desempeñada por una persona de reconocido prestigio a la que se garantizase la autonomía en el desempeño de sus funciones y que se le reservasen todas aquellas relativas a la configuración y desarrollo de los procesos de participación, destacadamente los procesos de deliberación participativa. Pero dado que los procesos participativos se pretenden situar en el ámbito de las competencias que corresponden a la Diputación Foral en el seno, por tanto, de procesos que se desarrollan, fundamentalmente, en el ámbito de la función ejecutiva, era necesario que la designación correspondiese a la propia Diputación Foral, a pesar de ser un órgano monocolor desde el punto de vista político o, en supuestos de gobiernos de coalición, vinculados por un programa de gobierno.

V. LAS ENTIDADES CIUDADANAS EN EL PROCESO PARTICIPATIVO

En el sistema de participación ciudadana regulado en la NF guipuzcoana tiene gran relevancia el papel de las Entidades ciudadanas. En un sistema de este tipo, que gira, fundamentalmente, en torno a los procesos de deliberación participativa, las Entidades ciudadanas son un elemento en gran medida necesario para que el desarrollo de los procesos sea factible. Pero la importancia de la colaboración de las Entidades ciudadanas no se limita al desarrollo estricto del proceso de deliberación participativa, sino que tiene importancia en momentos anteriores a la propia ejecución del proceso de deliberación. Para que el sistema de participación, en su conjunto, sea solvente y tenga credibilidad social es necesario que fluya la información desde la Diputación Foral sobre sus proyectos. Y esa información debe tener receptores previamente identificados para ser efectiva. Esta es la razón de que en la NF se incluyera la previsión de creación de un Registro Foral de Entidades ciudadanas a efectos de la Participación ciudadana, en el que se inscribiesen todas aquellas entidades interesadas, en su caso, y en el respectivo ámbito de actividad, en participar en procesos deliberativos que pudiesen realizarse en ese ámbito. Esta es una cuestión que fue objeto de importantes críticas por parte de los partidos políticos que se opusieron a la aprobación de la NF en el debate en las Juntas Generales. Pero no se trataba de crear un nuevo Registro que exigiese un procedimiento engorroso de inscripción o en el que las Entidades. Al contrario, se trataba de establecer una vía, lo más sencilla posible, que garantizase la existencia de una serie de Entidades ciudadanas, con actuación en distintos ámbitos de la vida social —excluidas las entidades de carácter político—, interesadas en la participación ciudadana, que se constituyesen, en el ámbito de la NF, en interlocutores estables de la Diputación Foral, de forma que ésta quedase obligada a garantizarles continua información sobre sus proyectos, a los efectos de facilitar la activación de la iniciativa ciudadana en relación con los procedimientos de participación y, muy destacadamente, con el procedimiento de deliberación participativa. Por eso, lo único que se les exige es que especifiquen su ámbito de interés —general o

sectorial, especificándolo— (arts. 26.2 y 28.4). Así, la inscripción en el Registro consta de la comunicación de la voluntad de inscribirse por parte de cualquier entidad legalmente existente, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Documentada la existencia legal de la entidad, los responsables del Registro no entran a analizar ninguna otra condición ni requisito. La validez de este Registro es a los solos efectos de la participación ciudadana y su gestión queda adscrita a la Dirección Foral para la participación ciudadana.

Como ya se ha señalado, la participación ciudadana tiene el reto de la viabilidad práctica y la efectividad, de cuyo éxito dependerá la propia credibilidad y legitimidad de la participación ciudadana como complemento de la democracia representativa. Y para ello necesita de la existencia de agentes activos, que, con carácter estable, no pueden ser otros que las Entidades ciudadanas. Y para ello es indispensable que estas tengan garantizada la recepción de la información adecuada sobre los proyectos que pretenda impulsar la Diputación Foral. Y que la reciba en tiempo oportuno, a los efectos de poder ejercer su derecho a la iniciativa o, incluso, la difusión de la información a la sociedad, en general, o a los sectores sociales interesados. Garantizar la recepción de la información en forma y en tiempo adecuados por parte, cuando menos, de las Entidades ciudadanas que hubieran manifestado interés en la participación en su correspondiente ámbito de actuación o interés.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEGRETI, Umberto (2006): «Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti», en *Democrazia e diritto*, núm. 3, pp. 151-166.
- (2008): «Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione», en *Democrazia e diritto*, núm. 2, pp. 175-217.
- (2010): «Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia», en ALLEGRETI, Umberto (ed.): *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, pp. 5-46.
- BIFFULCO, Raffaele (2010): «Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: Tre diverse forme di democrazia?», en ALLEGRETI, Umberto (ed.): *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, pp. 65-78.
- CIANCAGLINI, Marco (2010): «Dall'incentivazione al consolidamento: un possibile percorso normativo della democrazia partecipativa», en ALLEGRETI, Umberto (ed.): *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, pp. 183-200.
- COLINO, César y DEL PINO, Eloísa (2008): «Democracia participativa en el nivel local: debates y experiencias en Europa», en *Revista catalana de Dret públic*, núm. 37, pp. 247-283.

- FLORIDIA, Antonio (2010): «Idee e modelli di partecipazione. Il caso della legge toscana», en ALLEGRETTI, Umberto (ed.): *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, pp. 89-111.
- (2007): «La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedura. Il caso della legge toscana sulla partecipazione», en *Le Istituzioni del federalismo*, núm. 5, pp. 603-681.
- LEWANSKI, Rodolfo (2010): «Promuovere la partecipazione deliberativa: la legge Toscana alla prova dell'applicazione», en ALLEGRETTI, Umberto (ed.): *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, pp. 241-262.
- PIZZANELLI, Giovanna (2008): «Alcune note di commento alla legge regionale toscana che promuove la partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e local (l. r. 27 dicembre 2007, n. 69)», en *Le Istituzioni del federalismo*, núm. 1, pp. 129-150.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2008): «Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español», en *Revista catalana de Dret public*, núm. 37, pp. 223-245.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL GOBIERNO LOCAL. UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA NORMATIVA

ENRIQUETA EXPÓSITO (*)

SUMARIO: I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: 1. La participación política directa o a través de representantes. La dialéctica constitucional entre democracia representativa y directa. 2. Otras formas de participación: el engarce constitucional de la democracia participativa.– II. EL MUNICIPIO COMO ESPACIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: MARCO NORMATIVO: 1. Las previsiones del legislador estatal: las bases del régimen local: A) Presupuesto de la participación: la información. B) Los límites. 2. La actuación del legislador autonómico: A) La participación ciudadana en la normativa de régimen local de las Comunidades Autónomas. B) El contenido ‘participativo’ de los nuevos Estatutos de Autonomía y las leyes de participación ciudadana en el ámbito de las Comunidades Autónomas. 3. El último eslabón: los reglamentos de participación municipales.– III. INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN EN EL GOBIERNO LOCAL: CARENCIAS Y POTENCIALIDADES: 1. Los instrumentos de participación: A) Iniciativas ciudadanas. B) Audiencias. C) Consultas populares. D) Otros mecanismos de participación y de interacción con el gobierno local. 2. Las carencias de la participación local y algunas propuestas para potenciarla, en especial, en relación con las consultas populares.– IV. REFLEXIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El ámbito local es, por excelencia, el espacio participativo. La proximidad del gobierno local a los ciudadanos facilita la existencia de canales de interacción y diálogo, así como la puesta en marcha de instrumentos que permitan la intervención directa de estos mismos ciudadanos en las decisiones colectivas que deban ser adoptadas por los gobiernos locales, en el marco de sus respectivas competencias. En esta línea ha ido trabajando el legislador, diseñando el marco instrumental en el que debe actuarse la participación. No obstante, ha sido una labor desempeñada con muchos recelos que la ha ubicado en los estrictos márgenes de la democracia representativa. En este contexto se destaca, de forma significativa, la actuación normativa de los municipios que, a través de los reglamentos de participación, han completado la regulación mínima legal, adaptándola a las particularidades de su comunidad. No es, sin embargo, un proceso concluso. Son necesarias reformas normativas dirigidas a flexibilizar la actuación

(*) El presente trabajo se inserta en el marco del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Investigación DER2009-12921 sobre «Estado Autonómico y democracia: los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía». Email: eexposito@ub.edu.

de instrumentos, especialmente de las consultas a fin de desvincularlas del referéndum. Pero sobre todo es ineludible dotar de efectividad al resultado de la participación porque, solo de esta manera, el ciudadano se verá realmente implicado en el ejercicio del poder de decisión dotando a la participación de un significado pleno y superando una visión ya consolidada de la democracia participativa como un elemento auxiliar de la democracia representativa.

Palabras clave: participación ciudadana; democracia local; democracia participativa; gobernanza local.

ABSTRACT: The local sphere is the participatory space par excellence. The government closeness to citizens makes not only the existence of channels of interaction and dialogue easier, but also the starting of tools that allow the direct intervention of these citizens in the collective decisions that must be taken by the local governments in the frame of their respective competences. The legislator has been working in this line by designing the instrumental framework in which participation must be carried out. Nevertheless, the fact that this task has been performed with some misgivings has placed it within the mere area of the representative democracy. In this context the normative action of the local councils stands out significantly. They have completed the minimum legal regulation by means of the participation rules and they have adapted it for the peculiarities of their community. However, this process is not finished. Some normative reforms to make the action of instruments more flexible are necessary, especially those related to plebiscites in order to dissociate them from referendums. But it is particularly unavoidable to provide the result of the participation with effectiveness because only in this way citizens will be really involved in the exercise of their power of decision. This gives the participation a full meaning and overcomes the consolidated view of the participative democracy as an auxiliary element of the representative one.

Key words: citizen participation; local democracy; participative democracy; local governance.

Asistimos, en los últimos tiempos, a una creciente exaltación del fenómeno participativo. Circunstancia que pone de manifiesto, no tanto la carencia de instrumentos y técnicas que la canalizan, sino más bien las insuficiencias y el limitado alcance con los que el ordenamiento constitucional interno los ha concebido. A ello se añade la reivindicación de la participación como fundamento de la puesta en marcha de una nueva concepción del ejercicio del poder que trata de dar respuesta a exigencias reclamadas por la globalización (1) y a las

(1) Esta es una noción que identifica un modo distinto de gobernar con la pretensión de dar respuesta a las exigencias de un nuevo escenario más global en el que se adoptan decisiones al margen de las tradicionales y consolidadas estructuras representativas estatales. Y precisamente una de estas condiciones ineludibles requeridas por la globalización es la flexibilidad entendida no tanto como ausencia sino como eliminación de rigidez y de los principales factores que generalmente tienden a crearla: las interferencias gubernativas y la regulación (DAHRENDORF, 2003: 23-24). En

necesidades y aspiraciones de una sociedad más compleja. La denominada gobernanza —impulsada desde instancias supraestatales— se basa, entre otros, en la exigencia de participación ciudadana en la construcción de las políticas y las decisiones que, hasta el momento, eran privativas de los órganos políticos representativos a través de los cuales se ejercita el gobierno en una comunidad (estatal, subestatal y supraestatal).

Desde una perspectiva institucional interna, este fervor se está paulatinamente ‘interiorizando’ como demuestra la adopción de un conjunto de normas dirigidas a fomentar, posibilitar y potenciar la participación del ciudadano en los diversos procesos de decisión públicos. No sólo se alude a las leyes reguladoras de esta participación ciudadana como uno de los elementos basilares del buen gobierno y la transparencia en la acción pública, sino también y muy especialmente a las leyes de participación adoptadas en el seno de algunas Comunidades Autónomas (como Valencia y Canarias), sin olvidar la significativa labor de ‘consagración’ normativa de los diversos instrumentos y técnicas participativas que los nuevos Estatutos de Autonomía elevan a la categoría de derechos de la ciudadanía.

En el contexto descrito adquiere una especial significación la experiencia local, en concreto, la municipal: la cercanía de su gobierno a la ciudadanía lo convierte, tras la entrada en vigor de la Constitución, en un espacio idóneo y adecuado para la participación a través de diversos cauces e instrumentos.

En efecto, la Constitución de 1978 convierte a los municipios en entes territoriales que organizan el Estado a los que se confiere autonomía para la «gestión» de sus intereses (art. 137 de la CE), a la vez que dota de naturaleza democrática a sus gobiernos: la exigencia de que sus integrantes fueran «elegidos por los vecinos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto», viene acompañada por la posibilidad de que, en determinados supuestos previstos por el legislador, sean los propios ciudadanos los que ejercieran el gobierno municipal en régimen de concejo abierto (art. 140 de la CE). La plena conjugación de los principios de autonomía y democracia referido al ámbito local se materializa en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL, en adelante) en la que además de concebir a los municipios como «entidades básicas de la organización territorial del Estado», los define como «cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos» (art. 1.1 de la LBRL). Se refuerza, de esta manera, la concepción democrática de estos entes locales, que el artículo 140 de la CE apoyaba única y exclusivamente en la exigencia de la elección de sus dirigentes —asegurando, a la vez, el modelo representativo de democracia en todos sus niveles (GARRORENA, 2000: 43). Concepción que se acompaña de la expresa previsión legal de un conjunto de instrumentos que,

este contexto la participación es el instrumento a través del cual se pretende trasladar el centro de decisión de los órganos representativos a los actores implicados en la misma.

con distinto alcance y naturaleza, son los que han posibilitado la intervención ciudadana directa en el ámbito de gobierno y gestión municipal.

El objeto del presente trabajo es analizar esta ordenación normativa de instrumentos de participación ciudadana directa en el ámbito municipal (dejando fuera de este examen aquélla que se canaliza a través de órganos representativos de la ciudadanía que con carácter permanente se sitúan en el organigrama institucional local) con el propósito de responder al siguiente interrogante: ¿se adapta este marco normativo regulador de la participación ciudadana en el ámbito de gobierno local a las nuevas exigencias derivadas de la denominada 'gobernanza'? Esto es, ¿constituye una ordenación que prioriza la voluntad ciudadana en el ejercicio del poder de decisión? O, por el contrario, ¿consolida y refuerza la concepción de la democracia participativa como uno de los instrumentos más al servicio de la democracia representativa? El análisis de la normativa vigente (estatal, autonómica y, en especial, la local) pondrá un especial énfasis en verificar a qué fin responden estas disposiciones teniendo muy en cuenta en qué supuestos está prevista dicha participación, a quién corresponde decidirla y, sobre todo, la operatividad que despliega. Para ello he considerado necesario partir del marco constitucional en el que se inserta la participación del ciudadano y comprobar la cabida en el mismo de la democracia participativa. Una vez delimitado el alcance y significación constitucional de esta nueva categoría de democracia, me he centrado a describir cómo ha sido traducida por el legislador. Descripción que se acompaña de un análisis crítico con el alcance y la formulación de algunas propuestas tendentes a dotar de un pleno significado a esta participación ciudadana en el primer peldaño del ejercicio del poder: el municipal. El trabajo se cierra con unas reflexiones finales a modo de conclusión.

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La participación en el ámbito de lo público permite la intervención del ciudadano en la acción pública y, más concretamente, en el proceso de adopción de decisiones colectivas. Desde esta perspectiva, se presenta como un elemento consustancial al ejercicio democrático del poder. Su plasmación en la Constitución trasciende de la visión estrictamente política que la define en sus orígenes y la acoge desde una multiplicidad de ópticas refiriéndola a distintos sujetos (ciudadanos, nacionales, consumidores, trabajadores, usuarios, etc.), proyectándola en diferentes ámbitos (político, social, económico o cultural) y posibilitándola en el ejercicio de los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y jurisdiccional) desde diferentes perspectivas (orgánica o funcional).

Si dejamos al margen los preceptos constitucionales que llaman al ciudadano a intervenir y defender derechos e intereses propios —disposiciones que tienen como principal objetivo garantizar la posición del administrado en el procedimiento administrativo (CASTELLÁ, 2001: 229 y ss.)—, podemos concluir en que,

a pesar de la heterogeneidad con la que el constituyente se ha aproximado a la participación del ciudadano en lo público, todas ellas pueden ser reconducidas a dos categorías. La primera, gozaría de la protección constitucional inherente a la proclamación de un derecho fundamental como el que ampara el artículo 23 de la CE: la participación que el Tribunal Constitucional ha calificado como participación 'política' en la que se sustenta la democracia constitucional. El resto de previsiones, posibilitando igualmente la intervención del ciudadano en asuntos que trascienden de su ámbito de intereses, integran ese *tertium genus* que constituye la denominada democracia participativa y que toman como fundamento constitucional —en última o única instancia— el genérico mandato contenido en el artículo 9.2 de la CE en el que se ordena a los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural». La ubicación en uno u otro contexto constitucional va a tener importantes consecuencias por lo que se refiere a su significación y alcance, como así ha confirmado la doctrina del Tribunal Constitucional. Doctrina que ha servido para construir una teoría del ejercicio democrático del poder en la que la participación por medio de representantes aparece como su eje vertebrador —también en el ámbito local (2).

1. La participación política directa o a través de representantes. La dialéctica constitucional entre democracia representativa y directa

La participación que acompaña a la calificación democrática del Estado es, en esencia —como se ha apuntado— una participación de naturaleza exclusivamente política (3). Y en la Constitución española de 1978 esta participación se ha consagrado, como se ha señalado, como un derecho fundamental en el artículo 23 de la CE. El mismo precepto señala las dos modalidades de ejercicio: directa o a través de representantes elegidos libremente en elecciones periódicas por sufragio universal.

A pesar de la aparente 'neutralidad' con la que el constituyente formula ambos tipos de participación, una interpretación sistemática de la Constitución ha permitido identificar a la democracia representativa, fundamentada en el

(2) Además, desde la STC 51/1984, de 25 de abril, el Tribunal viene considerando que «la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución» (FJ 2)

(3) «Lo realmente importante es que la organización de la política se haga de tal forma que los gobernados participen en ella a través de canales auténticos, institucionalizados y representativos. Esta es la auténtica esencia de la democracia. En su seno, el ineludible derecho a la participación» (RAMÍREZ, 1985: 32).

ejercicio del derecho a la participación por medio de representantes, como el pilar en el que asienta nuestra democracia constitucional. Ésta fue, precisamente, la opción del constituyente el cual no solo otorgó un protagónico papel a los partidos políticos al identificarlos como el «instrumento fundamental para la participación política» (art. 6 de la CE), sino que además, acompañó este expreso reconocimiento con una limitada y deficiente regulación de mecanismos de democracia directa. Mecanismos, estos últimos, que, salvo en supuestos muy tasados —referidos a la reforma constitucional, a la conformación del Estado autonómico o de aprobación o reforma de los Estatutos de Autonomía (arts. 167, 168 y 151 de la CE)—, permiten una intervención del titular de la soberanía en el ejercicio del poder legislativo (iniciativa legislativa popular: art. 87.3 de la CE) o ejecutivo (referéndum consultivo: art. 92 de la CE) con un carácter marcadamente restringido. En el caso de la iniciativa legislativa porque sólo permite al ciudadano formular propuestas de leyes —cuya tramitación puede ser rechazada por el Pleno del Congreso— y no le habilita a participar, de forma decisiva, en el procedimiento legislativo que, en su caso, pueda iniciarse. En relación con el referéndum contemplado en el artículo 92 de la CE todavía es más grave porque subvierte la naturaleza de este instrumento concebido como mecanismo que posibilita decidir a los ciudadanos sobre una determinada cuestión en sustitución de sus representantes, acercándolo más a una consulta. Sólo en el caso del Concejo abierto, previsto en el artículo 140 de la CE, la Constitución permite, en municipios de dimensiones muy reducidas, un gobierno directo como alternativa al representativo.

La anterior es la tesis avalada por la jurisprudencia constitucional. Si bien desde sus primeros años de funcionamiento el Tribunal se dedicó a determinar el contenido y alcance del derecho de participación por medio de representantes (en especial, desde la STC 10/1983, de 23 de marzo), en algunos de estos pronunciamientos ya podemos hallar indicios de lo que, a partir de los años noventa, aparece como doctrina consolidada en relación con la participación directa del ciudadano, en general, y el papel secundario que habría de desempeñar. Concretamente, en relación con los instrumentos de democracia directa previstos en la Constitución, en la STC 76/1994, de 14 de marzo, con ocasión de analizar el instituto de la iniciativa legislativa popular y su limitado alcance, el Tribunal, con una marcada pretensión de axioma, pone de relieve cómo el texto constitucional de 1978 «diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (FJ 3) (4). Se exalta, de esta manera, el instituto de la representación como fuente de legitimación democrática del poder político y el instrumento de participación por excelencia (ÁLVAREZ CONDE, 2010: 91).

(4) Primacía que vuelve a reiterar en la STC 103/2008 —a la que se alude en el texto de este trabajo—; ATC 87/2011, de 7 de junio, FJ 4 y SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6 y 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 9.

A esta concepción restrictiva de la democracia directa se añade el posterior pronunciamiento contenido en la STC 119/1995, de 22 de agosto en la que el Tribunal acaba identificando, a modo de *numerus clausus*, a los referéndums previstos en los artículos 92, 149.1.32, 151, 152, 167 y 168 de la CE, la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 de la CE) y el Concejo Abierto del artículo 140 de la CE para el ámbito local, como los únicos instrumentos a través de los cuales puede satisfacerse el derecho de participación directa que ampara el artículo 23.1 de la CE (FJ 3). Esta doctrina que aparece perfectamente elaborada en el pronunciamiento de 1995, se consolida definitivamente con la citada STC 103/2008, de 11 de septiembre —a propósito de analizar la figura del referéndum—. De las múltiples cuestiones que suscita esta decisión, conviene detenernos en cómo el Tribunal no sólo vuelve a afirmar la primacía de la democracia representativa, sino que además extrae como consecuencia el reconocimiento de una finalidad de complemento a los mecanismos de la democracia directa: éstos «han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa» (FJ 2).

La interpretación del Tribunal Constitucional en relación con los institutos de democracia directa confirma su carácter accesorio respecto a la participación indirecta como fundamento de la democracia representativa y se presentan, no como una alternativa frente al sistema representativo sino como medios para garantizar, en palabras de Luis Aguiar, «la virtualidad del principio de soberanía popular» (5) articulado a través de la representación.

2. Otras formas de participación: el engarce constitucional de la democracia participativa

Como ya se ha indicado, más allá de las concretas manifestaciones de la participación política —y de la administrativa que queda fuera del objeto del análisis que pretende este trabajo—, el texto constitucional recoge, a lo largo de su articulado, otras exigencias de participación bien refiriéndose a colectivos de ciudadanos (juventud: art. 48 o consumidores: art. 51.2) bien aludiendo a determinados ámbitos (educativo: art. 27.5; administración de justicia: art. 125; seguridad social: art. 129.1; empresa: art. 129.2 o planificación económica a través de la institución de un órgano representativo: art. 131.2) o al ejercicio de determinadas funciones (normativa: art. 105.a).

(5) El ejercicio de las instituciones de participación directa se condiciona, en todos los supuestos, al cumplimiento de una serie de exigencias procedimentales y materiales que tienen por objeto «no perturbar en exceso el normal desenvolvimiento de los mecanismos representativos» y garantizar, en definitiva, la primacía de la participación política a través de representantes (AGUIAR DE LUQUE, 2000: 60-61 y 75). El papel de complemento de la democracia representativa que tienen los instrumentos políticos de participación como el referéndum y la iniciativa legislativa popular es también examinado por VÍCTOR CUESTA LÓPEZ (2008).

Sin embargo, no se agotan en las anteriores las referencias del constituyente al fenómeno participativo. En todo este marco constitucional, el citado artículo 9.2 de la Constitución no sólo opera como un mandato habilitador de la acción pública. Constituye, al mismo tiempo, una cláusula legitimadora que ofrece cobertura constitucional a cualesquiera otras manifestaciones del fenómeno participativo que, no habiéndose contemplado expresamente en su articulado, canalicen la intervención de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones colectivas.

Y es en este contexto en el que se sitúa la denominada democracia participativa, presentándose como un concepto aglutinador que «permite agrupar, en una visión unitaria, diversas modalidades participativas previstas en el ordenamiento constitucional español» (CASTELLÁ, 2001: 84) (6). Modalidades, todas ellas, caracterizadas por un denominador común: posibilitan la intervención de ciudadanos —individuales o de los grupos en que se integren— que no defienden intereses propios o privativos, sino de la colectividad en la que se integra.

Habida cuenta de la consagración constitucional de la participación ciudadana como un derecho fundamental, la duda que se plantea es si todas estas otras formas de participación podrían ser entendidas como concretas manifestaciones del ejercicio del derecho proclamado en el artículo 23 de la CE. Incluso, si la referencia a la participación contenida en el artículo 9.2 de la CE podría ser entendida como una cláusula abierta a la admisión de otras formas de democracia directa distintas a las contempladas en el texto constitucional. La respuesta a esta segunda cuestión fue contundente por parte del Tribunal Constitucional. En la citada sentencia 119/1995 considera el carácter tasado de los instrumentos de democracia directa enumerados en la Constitución y, por tanto, cierra la puerta a su eventual ampliación por la vía legislativa.

Respecto de la primera, el Tribunal, ya tempranamente, en la STC 51/1984, de 25 de abril, advertía que el derecho fundamental que ampara el artículo 23 de la CE no abarca el derecho de los ciudadanos a participar «en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición» (FJ 2). Esta línea de interpretación vuelve a estar presente en el ATC 942/1985, de 18 de diciembre, para aclarar que «en el apartado primero de este artículo, la Constitución no ha configurado un derecho «general» de participación o, en otras palabras, una cláusula abierta —a integrar legislativamente y sin límites— que permitiera calificar como derecho fundamental a cualesquiera previsiones participativas que

(6) Para este mismo autor, la democracia representativa permite identificar «una categoría dogmática que se adapta bien a la interpretación unitaria de la Constitución a partir de los principios democrático y participativo. Nos sirve para dar razón de formas participativas previstas por la Carta Magna cuya incorporación en gran parte, no goza de la tradición —piénsese en el art. 105 de la CE— que, en cambio, reciben las modalidades de participación directa. Por otra parte, su uso habitual y ordinario, a diferencia de la excepcionalidad que acostumbra a acompañar a la participación directa, así como su objeto, obligan a plantear la especificidad y la utilidad de la mencionada categoría» (CASTELLÁ, 2001: 84).

puedan incorporarse al ordenamiento» y concluir que en el ordenamiento constitucional español «sobre la base del art. 23.1, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental» (FJ 3, final) (7). Esta interpretación, por tanto, no niega la admisión de otras formas de participación en las que se haga un llamamiento a diversas categorías de personas identificables por criterios distintos del *uti cives*, a los que el ordenamiento vigente pueda otorgarles la naturaleza de derecho subjetivo; pero sí les priva de la protección constitucional dispensada a los derechos fundamentales (ATC 942/1985, FJ 3 *in fine* y STC 212/1993, FJ 4).

Esta tesis se verá definitivamente confirmada en la, tantas veces referida, STC 119/1995. En ella, partiendo de la premisa según la cual la Constitución prima los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa, retoma su interpretación para situar fuera del artículo 23 de la CE «cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en el ordenamiento [...], pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental». De esta manera, para poder considerar la participación como un derecho fundamental al amparo del artículo 23.1 de la CE, es necesario, para el Tribunal, que «se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo» (STC 119/1995, FJ 3).

El Tribunal no desconoce, por tanto, la cobertura de otras formas de participación en diversos preceptos constitucionales, bien de forma expresa (entre otros, arts. 27, 51, 105, 131 de la CE), bien de forma implícita a través de las previsiones del artículo 9.2 de la CE. El principal motivo por el cual estas otras modalidades participativas no tienen cabida en el ámbito de protección del artículo 23.1 de la CE es, según el propio Tribunal, que todas ellas «obedecen a manifestaciones de una *ratio* bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión [...] se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden» (STC 119/1995, FJ 4 *in fine*). Constituyen, en definitiva, una «*mera manifestación del fenómeno participativo* que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales» (STC 103/2008, FJ 2) —el subrayado es mío.

(7) Idéntico razonamiento se incorpora en la STC 212/1993, de 28 de junio, FJ 4.

Al margen de las consideraciones que podrían suscitar tanto la anterior calificación como la privación de la naturaleza política a estas 'nuevas' formas de participación directa del ciudadano en la esfera pública que integran la democracia participativa, lo cierto que su engarce constitucional se justifica sólo desde su entendimiento como un complemento de la democracia representativa: un conjunto de instrumentos al servicio de la misma que, en última instancia, la garantiza y refuerza. De esta forma, si ya los mecanismos de democracia directa eran concebidos, por su excepcionalidad, como una garantía de la democracia representativa, con mayor motivo se entendió relegar a un plano todavía más accesorio los cauces de democracia participativa. Se neutralizó el riesgo que encerraba la posibilidad que se ofrecía al ciudadano de intervenir con mayor asiduidad e intensidad en los procesos de adopción de decisiones colectivas de presentarse como una alternativa al modelo de democracia representativa —y con ella, el papel de intermediación de los partidos políticos— que los constituyentes, primero, y el legislador, después, tuvieron especial interés en consolidar.

La cautela y desconfianza que rezuma la regulación por parte del constituyente de los canales directos de participación política, rodeándolos de una rigidez extrema en su activación o negándoles un alcance pleno acorde a su naturaleza, es confirmada plenamente tanto por la actuación del legislador como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este último ha encorsetado el derecho fundamental de participación directa de la ciudadanía a los tres instrumentos que la norma constitucional contempla de forma expresa impidiendo la eventual existencia de otros y la posibilidad de 'actualizarlo' teniendo en cuenta las nuevas exigencias y necesidades de una sociedad cada vez más compleja y desconfianza con las decisiones que adoptan unos representantes a los cuales debe otorgar su confianza cada cuatro años. El problema es más acuciente, si cabe, en el ámbito local en el que no sólo se ha trasladado miméticamente esta concepción —como no podía ser de otro modo— sino que, además, cualquier otra regulación de canales de intervención del ciudadano en el gobierno local, en los que el legislador gozaba de un amplio margen de previsión y delimitación, se ha realizado en estos mismos parámetros, siendo las consultas un buen ejemplo de lo que se afirma —como se examinará en un apartado posterior.

II. EL MUNICIPIO COMO ESPACIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: MARCO NORMATIVO

Sentadas las anteriores premisas, debe analizarse su concreta proyección en el ámbito local. En él se evidencia hasta qué punto, a pesar del hincapié con el que el legislador ha incorporado los mecanismos de participación en la normativa reguladora del régimen local, no todos estos responden a un mismo propósito ni gozan de una idéntica naturaleza. La Constitución, en su artículo 140, tan sólo garantiza la participación ciudadana en el gobierno local por medio de representantes elegidos por sufragio universal en elecciones periódicas y, en su

caso, directamente a través de la institución del Concejo abierto. Y cuando el legislador refuerza esta 'democraticidad' al concebirlos como cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos y contemplar diversos mecanismos que hacían efectiva dicha participación, lo hace desde la premisa de que cuanto mayor fuera la proximidad del órgano decisor a la ciudadanía, más fácil sería la articulación de mecanismos que posibilitaran su interacción. De esta manera, el municipio aparecía como el espacio más adecuado e idóneo para actuar y ensayar todos estos cauces.

1. Las previsiones del legislador estatal: las bases de régimen local

Siete años después de promulgarse la Constitución, se aprueba la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL) —desarrollada, un año más tarde, por el Gobierno por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROFRJEL). De las diversas reformas que, hasta el momento, se introducen a la misma, la más relevante, a los efectos de este trabajo, es la que se realiza por ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local en la que se tiene muy presente, como así manifiesta su Exposición de Motivos, la voluntad de reforzar la participación como instrumento para acercar los ciudadanos a la vida pública, incorporando al ordenamiento interno las previsiones de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa REC (2001) 19, sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local.

La participación se proclama, en la LBRL, como un principio objetivo que afecta tanto la organización como el ejercicio de competencias del municipio. De esta manera, con el propósito de facilitar y mejorar la participación ciudadana «en la gestión de los asuntos locales», el artículo 24 de la LBRL exige la creación de órganos territoriales de gestión desconcentrada a los que los ayuntamientos dotarán de funciones y competencias. Y el artículo 27.1 de esta misma LBRL condiciona cualquier delegación del ejercicio de competencias estatales, autonómicas o locales al municipio, junto con la eficacia en la gestión, a que las mismas puedan revertir en una mejora e incremento de la participación ciudadana.

Y la participación es un derecho del ciudadano, vecino del municipio. Un derecho que podríamos calificar de 'matriz' del que se derivan otros tantos instrumentales. Así lo confirma tanto el artículo 18 de la LBRL que acoge una 'carta local de derechos' de los vecinos del municipio —toda persona que viva en el territorio del Estado español y aparezca inscrita en el *padrón* municipal—: ser elector y elegible en las elecciones locales; la participación en la gestión municipal; la información; la solicitud de consultas populares; la iniciativa popular y la petición de prestaciones y servicios, cuando éstos constituyan una

competencia municipal obligatoria; como su posterior concreción de los mismos en el Capítulo IV del Título V de la misma LBRL bajo la rúbrica «Información y participación ciudadanas».

Sin desmerecer la pretensión del legislador estatal de concretar en forma de derecho la exigencia de participación ciudadana, se identifica en el listado anterior una cierta confusión. Primero, porque identifica como derecho subjetivo el contexto en el que se proyecta la participación: la gestión municipal, exigiendo el establecimiento de una serie de mecanismos que la faciliten (art. 70 *bis*.4 de la LBRL). Y segundo, y más relevante, porque aparecen mezclados derechos de participación 'política' en el sentido teorizado por la jurisprudencia constitucional —vinculados al derecho fundamental del artículo 23 de la CE— con otros derechos e instrumentos —a mi juicio, de naturaleza igualmente política— a través de los cuales se articula el ejercicio de la participación ciudadana en el gobierno y la administración local. Y, dentro de los primeros, hay referencias a distintos tipos de derechos de participación que, por el ámbito en el que son proyectados, se refieren a distintos sujetos. De esta manera —dejando al margen el derecho al sufragio en las elecciones locales, excluido del análisis propuesto en este trabajo, y el de la información, al que se aludirá seguidamente — mientras que el derecho de iniciativa popular y el de solicitar una consulta sólo se predica de los vecinos que tengan reconocido el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales y, por tanto, se exige o la nacionalidad española, ser ciudadano de uno de los países miembros de la Unión Europea o ser nacional de otro Estado con el cual España haya firmado un Tratado de reciprocidad; el resto se atribuyen a todas aquellas personas que tengan la condición de vecino en el municipio, condición para la cual, como ya se ha señalado, no es imprescindible el requisito de la nacionalidad española (art. 15 de la LBRL). La ordenación legal de todos ellos, la de sus carencias y potencialidades, será de objeto de análisis en el apartado siguiente del presente trabajo.

Debe advertirse, sin embargo, que el legislador estatal al delimitar el marco básico facilita que sean las propias entidades municipales las que puedan discrecionalmente ampliar y regular otras formas de participación o articular nuevos instrumentos al margen de las encuestas o consultas favorecidas por la utilización interactiva de las nuevas tecnologías a las que hace referencia la ley estatal (art. 70 *bis*.3 de la LBRL).

A) Presupuesto de la participación: la información

PÉREZ ALBERDI (2008) identifica tres momentos en todo proceso participativo: recibir, influir y decidir. Ahora bien, mientras que estas dos últimas fases son propiamente participativas, la primera de las indicadas determina el marco en el que debe desarrollarse todo fenómeno participativo, de cualquier índole, siempre y cuando esta recepción va referida a la información. La información, por tanto, se erige en el presupuesto de la participación.

El tratamiento que le dispensa la normativa estatal excede de una visión meramente objetiva. Se completa con el reconocimiento de un derecho subjetivo a recibirla.

a) *Perspectiva objetiva: el deber de informar.* El legislador estatal establece un mandato a las corporaciones locales de «facilitar la más amplia información sobre su actividad» (art. 69.1 de la LBRL). Esta genérica obligación se define en la exigencia, como regla general, de la publicidad de las sesiones de los plenos, así como la publicidad y notificación de los acuerdos adoptados por los órganos de decisión de estas mismas corporaciones locales (arts. 70.1. y .2 de la LBRL (8)). Previsiones que completa el ROFRJEL (art. 229) al concretar, los supuestos (sesiones Plenarias, acuerdos del Pleno y la Comisión de Gobierno y resoluciones del Alcalde y sus delegados) y medios a través de los cuales se facilitará esta información con carácter general (tablón de Anuncios, edición periódica de boletines informativos y publicación en medios de comunicación social). Igualmente, se contempla la creación de una *Oficina de Información* a través de la cual se canaliza toda la actividad de la corporación relacionada con la publicidad y la información.

b) *Perspectiva subjetiva: el derecho a recibir información* (9) se reconoce tanto a los vecinos individualmente considerados, como a las asociaciones que puedan crearse en el ámbito local para la defensa de sus intereses generales o sectoriales, en tanto que canales de participación de los vecinos (cuya existencia debe ser favorecida por las propias corporaciones locales facilitándoles el uso de medios públicos y el acceso a las ayudas económicas, según el art. 72 de la LBRL y arts. 232 a 233 a 236 del ROFRJEL). De las previsiones de la LBRL debería distinguirse entre el derecho a ser informado, «previa petición razonada» de todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la CE (art. 18.e de la LBRL) del derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos adoptados por las corporaciones locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación (art. 70.3 de la LBRL). Mientras que el primero sería una mera concreción de los derechos del administrado en relación con los procedimientos administrativos locales y por tanto aparece más como una garantía de la posición jurídica del vecino frente al ejercicio de las potestades administrativas; el segundo es el que verdaderamente se encuadra en el marco de la democracia participativa. El deber de los poderes municipales de suministrar información se completa con el derecho a acceder a la misma dotando de contenido a esa fase previa del proceso participativo.

(8) El art. 70 *ter* de la LBRL concreta estas previsiones para el sector de ordenación territorial y urbanismo.

(9) Un tratamiento más detallado del derecho se realiza en el trabajo de MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN (1993-1994: 79-94).

En relación con las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, el ROFRJEL reconoce, en su artículo 234, una serie de derechos específicos que, sin embargo, condiciona, a una solicitud expresa con carácter previo: derecho a recibir, en su domicilio social, las convocatorias de los órganos municipales, así como sus resoluciones y acuerdos; y el derecho a recibir las publicaciones editadas, periódica o puntualmente, por el ayuntamiento, siempre y cuando sean de interés para esta entidad.

B) Los límites

El denominador común de los diferentes mecanismos y cauces a través de los cuales se vehicula la participación ciudadana es su alcance restringido: ninguno de ellos confiere la posibilidad de que el ciudadano sustituya al órgano municipal competente para adoptar una decisión.

Este condicionante, implícito en la regulación del —limitado— alcance de cada uno de los derechos e instrumentos participativos contemplados en la normativa estatal, aparece expresamente formulado en dos supuestos. El primero, cuando va referido a la libertad que disponen, también por mandato legal (ex arts. 24 y 70 *bis*. 1 de la LBRL), las corporaciones locales para determinar o regular esta participación en su ámbito territorial. El artículo 69.2 de la LBRL dispone que «las formas, medios y procedimientos de participación que las corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la ley». Y el segundo, cuando el ROFRJEL (art. 235) reconoce a las asociaciones de vecinos el derecho a participar en diversos órganos municipales, lo limita en todo caso, y como regla general, a órganos de carácter deliberante o consultivo. Sólo en los supuestos en los que la ley lo autorice expresamente, podrán participar en órganos decisorios. No se determina, sin embargo, el tipo de participación que pueden tener en ellos. Pero a la luz de cómo el legislador estatal restringe el alcance de estos derechos, es fácil concluir en que la misma no será determinante, aunque sí necesaria, para la adopción de la decisión correspondiente.

El legislador —como ya hiciera el constituyente y confirmara la jurisprudencia constitucional—, en una actitud excesivamente cautelosa (MONTIEL MÁRQUEZ, 2006: 132) o, incluso, de manifiesta desconfianza hacia estos instrumentos (FONT, 1985:126), facilita una participación meramente deliberativa, con capacidad de influir pero no de decidir. Conclusión que aparece del todo coherente con la concepción de nuestra democracia como una democracia representativa. Ahora bien, que no se pueda decidir no justifica que se desprovea a estos mecanismos de participación de toda eficacia. Y ésta es precisamente una de las principales carencias que adolece la regulación de la LBRL y que impregna el desarrollo normativo tanto en el ámbito autonómico, como en el local, como trataremos más tarde.

2. La actuación del legislador autonómico

A) La participación ciudadana en la normativa de régimen local de las Comunidades Autónomas

En actuación de las competencias en materia de régimen local que acogen los Estatutos de Autonomía —algunos ya derogados—, las Comunidades Autónomas han ido aprobando normas reguladoras de los entes locales ubicados en su territorio, las cuales, a su vez, venían a desarrollar las previsiones de la ley de bases estatal. Y en este contexto, debe diferenciarse dos situaciones normativas distintas. En la primera se engloban las Comunidades Autónomas que, al margen de la referencia a la competencia de las corporaciones locales municipales para el establecimiento y desarrollo de estructuras de participación ciudadana, no introducen regulación alguna de los derechos de participación en el ámbito local. Es el caso de Murcia (ley 6/1988, de 25 de agosto), Castilla y León (ley 1/1998, de 4 de junio) y Andalucía (ley 5/2010, de 11 de junio). El segundo grupo lo constituyen las normativas autonómicas que sí acogen en su articulado, con mayor o menor extensión, una regulación de la participación en las entidades locales: Navarra (ley 6/1990, de 2 de julio), Galicia (ley 5/1997, de 22 de julio), Aragón (ley 7/1999, de 9 de abril), La Rioja (ley 1/2003, de 3 de marzo), Madrid (ley 2/2003, de 11 de marzo), Cataluña (Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril), Baleares (ley 20/2006, de 15 de diciembre) y Valencia (ley 8/2010, de 23 de junio). Algunas de ellas, además, han regulado, con leyes específicas, alguno de los instrumentos de participación en el ámbito local, concretamente las consultas populares —Andalucía (ley 2/2001, de 3 de mayo), Navarra (ley foral 27/2002, de 28 de octubre) y Cataluña [ley 4/2010, de 17 de marzo (10)].

Por lo que respecta a este segundo grupo —y dejando a un lado el examen de la regulación de las consultas municipales contenida en las citadas leyes—, se puede comprobar que, en relación con la participación local, son muy escasas las innovaciones que introduce la legislación autonómica respecto de la normativa básica estatal, con la que comparte su carácter restrictivo (Castellá, 2011: 203). En todas ellas la participación local aparece concebida como uno de los elementos definidores del municipio y un principio articulador del ejercicio de sus competencias, propias o delegadas, a la vez que una competencia propia. Y en lo que se refiere a los concretos derechos e instrumentos de participación puede concluirse que la normativa autonómica no hace nada más que ‘importar’ al orden autonómico las previsiones ya contenidas en la LBRL, acogiendo su propia ‘carta local de derechos’ (así las leyes de Galicia, Aragón, Cataluña y Valencia) y concretando todas ellas, su regulación o desarrollándola más allá de los mínimos establecidos, en especial, en todo lo referido a las asociaciones

(10) El Gobierno de la Nación recurrió la ley catalana ante el Tribunal Constitucional. A fecha de hoy, el recurso de inconstitucionalidad planteado está pendiente de resolución.

vecinales y al papel preponderante que desempeñan en el tema de la participación orgánica y en la celebración de consultas en el ámbito local, a las que haremos referencia en el apartado siguiente.

A pesar de lo dicho, sí que podemos hallar alguna novedad, mas formal que material, en algunas leyes de las Comunidades Autónomas; en concreto, Galicia, Cataluña y Valencia. En ellas, se ha introducido un régimen de garantías en relación con la efectividad y exigibilidad de estos derechos. Además de contemplar la posibilidad de activar los procedimientos administrativos y jurisdiccionales previstos por el ordenamiento, la ley municipal y de régimen local catalana y la ley valenciana de régimen local también establecen la facultad de dirigirse al *Ombudsman* autonómico para tutelar estos derechos; potestad que la ley valenciana amplía al «Defensor o Defensora de los vecinos». Se trata, como puede evidenciarse, de disposiciones cuya única originalidad se centra, única y exclusivamente, en insertar en el mismo articulado la proclamación de una 'carta local de derechos' acompañándolo de un régimen propio de garantías que ya existen en el ordenamiento de tal forma que su omisión, en el texto de estas leyes, no hubiera supuesto menoscabo alguno ni a su efectividad ni a su exigibilidad.

Al margen de la escasa disparidad de contenidos de todas las anteriores normas un elemento común en todas ellas es el limitado alcance de la participación: impulsará, informará o complementará la acción municipal, sin que ninguno de estos instrumentos pueda menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio.

B) El contenido 'participativo' de los nuevos Estatutos de Autonomía y las leyes de participación ciudadana en el ámbito de las Comunidades Autónomas

Un denominador común de todos los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de reformas desde mediados de los años dos mil es la incorporación de Cartas de derechos, a las que se dedican una especial atención a la participación ya sea en forma de principios rectores, objetivos y mandatos de actuación de los poderes públicos o de derechos. El estatuyente ha llevado a cabo una notable labor de refuerzo y consolidación, a la vez que ha introducido algunas innovaciones relevantes en este ámbito. Debe tenerse en cuenta que los casi treinta años transcurridos desde que se promulgó el texto constitucional hasta que se aprueban estos nuevos Estatutos es un período más que propicio para actualizar la regulación de la participación, adaptando su papel al de le corresponde como uno de los elementos esenciales de la democracia política, pero también de la democracia social (y económica) avanzada y situándola en el núcleo central de la acción de los poderes públicos autonómicos (11).

(11) Enriqueta EXPÓSITO y Josep M^o CASTELLÀ (2008: 94) y M. Reyes PÉREZ ALBERDI (2008: 190 y 193)

Concretamente, por lo que se refiere a los derechos estatutarios referidos a la participación, debemos diferenciar entre dos tipos. En primer lugar, derechos referidos a determinados colectivos ciudadanos (consumidores, trabajadores, mujeres, juventud, etc.) o a ámbitos concretos (educación, sanidad, servicios generales, etc.) que se insertan en un contexto de democracia social. Y derechos de participación que, con carácter más general, se predicán de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma a los cuales se les reconoce su naturaleza pública subjetiva —según la doctrina del Tribunal Constitucional contenida principalmente en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre y 31/2010, de 28 de junio, relativas a las reformas de los Estatutos de Autonomía de Valencia y Cataluña, respectivamente—. De entre estos derechos con una directa proyección y operatividad en el gobierno local merecerán una especial atención los derechos de petición proclamado en los Estatutos de Cataluña —junto con el de plantear quejas— (art. 29.5), de las Illes Balears (art. 15.2.d), de Castilla y León (art. 11.6) y el de promover la convocatoria de consultas populares, contemplado en los Estatutos de Cataluña (art. 29.6), de Andalucía (art. 30.1c), de las Illes Balears (art. 15.2.c), de Castilla y León (art. 11.5).

Todo lo anterior debe conectarse con dos elementos que aparecen en el articulado de las nuevas normas estatutarias. Por un lado, la concepción del municipio que acogen casi la totalidad de los nuevos Estatutos de Autonomía como el instrumento «esencial» o «más directo» de participación de la comunidad local en los asuntos públicos (12). Y por el otro, la competencia que asumen algunos de ellos (Cataluña, Andalucía y Aragón) para la regulación de los instrumentos de democracia participativa, en especial, las consultas populares en cualquiera de sus modalidades («encuestas, audiencias públicas, foros de participación») distintas el referéndum.

Este refuerzo de la democracia participativa en los nuevos Estatutos de Autonomía se ha proyectado, con similar intensidad, en algunos legisladores autonómicos que, como se ha señalado en las primeras líneas de este trabajo han 'interiorizado' (13) el fenómeno participativo. Interés que se ha materializado en leyes específicamente destinadas a ordenar el marco normativo de la participación en el ámbito de la Comunidad Autónoma y, en algunos casos, leyes de buen gobierno en las que la participación constituye uno de sus pilares básicos. En el primer grupo, se integran las leyes de participación de Valencia (ley 11/2008, de 3 de julio), de Canarias (ley 5/2010, de 21 de junio) y, en

(12) Con la excepción del Estatuto de Autonomía de Andalucía, *vid.* art. 86.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 82.1 del EA de Aragón; art. 75.1 del EA de las Illes Balears; art. 44.1 del EA de Castilla y León y art. 54. 1 EA de Extremadura.

(13) Para Sergio CASTEL (2009: 414) el renovado intento por revitalizar la participación ciudadana en las instancias autonómicas —positivizado en los nuevos Estatutos de Autonomía— evidencia lo que el autor identifica como «tendencia integracionista» en este ámbito de las Comunidades Autónomas, «en la medida que surge una nueva preocupación, en forma de política pública, como es la integración de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones públicas».

el País Vasco, la del territorio histórico de Guipúzcoa (norma foral 1/2010, de 8 de julio). En el segundo grupo, debe citarse la ley de transparencia y buenas prácticas de Galicia (ley 4/2006, de 30 de junio), la ley de buena administración y gobierno de Baleares (ley 4/2011, de 31 de marzo), la más reciente ley de Transparencia y Buen Gobierno de Navarra (ley foral 11/2012, de 21 de junio) o, incluso, la ley de Castilla y León reguladora de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración y gestión pública (ley 2/2010, de 11 de mayo). Si bien en estas últimas, la participación ciudadana aparece regulada como una de las exigencias del buen gobierno y la transparencia en la acción pública, conviene detenernos, sin embargo, por su especificidad —y que porque son el directo resultado de una ‘política de juridificación’ (CASTEL, 2009: 418) (14)—, en las normas integrantes del primer grupo: aquellas que tienen como único propósito el fomento y la regulación de la participación.

Nos hallamos ante un conjunto de disposiciones que tratan de condensar en un texto articulado, con carácter normativo y vocación de sistematicidad, los principales derechos de participación del ciudadano en la esfera pública, los canales que pueden activarse para canalizar esta participación y los correlativos deberes de los poderes públicos a fin de hacerla efectiva. Toda esa regulación se presenta instrumental a una concepción de la participación ciudadana como un «mecanismo de colaboración en la acción de los gobernantes» (como dispone la Exposición de Motivos de la ley canaria 5/2010) que «permite a los poderes públicos un acercamiento mayor a la ciudadanía» (Exposición de motivos de la ley valenciana 11/2008).

Por lo que se refiere a los derechos acogidos aparecen los ya conocidos —por ser regulados en otras leyes— derecho a la información, a la audiencia, de petición, de iniciativa legislativa o reglamentaria y de participación en la elaboración de anteproyectos de ley y programas sectoriales. Junto a éstos, también se acogen otros ‘más originales’ como el derecho a recabar la colaboración de los poderes públicos en la realización de actividades ciudadanas que, sin ánimo de lucro, fomenten la participación o un derecho de iniciativa reglamentaria o el derecho a la iniciativa para proponer la apertura de procesos de participación. Y, en relación con los instrumentos que canalizan dicha participación ciudadana, ambas normas aluden a mecanismos de consulta a la ciudadanía cuya operatividad puede ser proyectada en el proceso de adopción de la decisión correspondiente, con carácter permanente (Foros de consulta) o

(14) ‘Política de juridificación’ que el autor citado contrapone a la que el mismo identifica como ‘política artesanal o experimental’ llevada a cabo en algunas Comunidades Autónomas que «no busca tanto la aprobación de una norma jurídica reguladora de la materia, sino la experimentación de procesos y ámbitos de participación sobre la base de la normativa general y sectorial existente» (CASTEL, 2009: 419 y, de forma más desarrollada en 2011: 284-290). Los argumentos que sustentan la política de juridificación y apoyan la adopción de normas reguladoras de la participación del ciudadano son analizados por Rosario TUR AUSINA (2010: 27 y 28) quien identifica en estas normas una naturaleza ‘pseudoconstitucional’.

temporal (Paneles ciudadanos o consultas), bien en un momento posterior para evaluar la actuación o decisión adoptada (Jurados ciudadanos).

3. El último eslabón: los reglamentos de participación municipales

La legislación básica estatal difiere al ámbito municipal la concreta actuación de sus previsiones. De esta forma, los municipios no sólo deben adaptar, en su territorio y para sus ciudadanos, las vías de participación contempladas en la LBRL —como así se prescribe en su propio texto tanto desde una perspectiva orgánica (artículo 24 de la LBRL) como instrumental (artículo 70 *bis* de la misma ley), sino que en esta función ejecutiva pueden, también, adoptar mecanismos y fórmulas adicionales que favorezcan la participación ciudadana en su ámbito. Esta remisión también aparece en las leyes autonómicas de régimen local. Y, en algunas Comunidades Autónomas, este deber ha sido transformado en una competencia a favor del municipio para establecer y desarrollar estructuras de participación ciudadana [así, art. 9.26 de la Ley de autonomía local de Andalucía (15)].

En el marco legal descrito, la norma municipal se convierte en una herramienta valiosísima de cara a ‘traducir’ los genéricos mandatos legales en concretos instrumentos adaptados a una particular realidad en la que debe desarrollarse el proceso participativo. De ahí que la normativa municipal, además de cumplir con una importante función jurídica es, al mismo tiempo, uno de los elementos que mejor permiten comprobar el compromiso de los representantes municipales con su ciudadanía. Y desde esta última perspectiva la norma municipal se erige, como acertadamente indica J. M^o PEMÁN (2005: 37), en el «objeto de una política activa de los Ayuntamientos que éstos tienden a desarrollar de manera estable».

Esta actuación normativa se ha llevado a cabo a través de Reglamentos. Y en este sentido cabe diferenciar dos distintos supuestos: aquellos municipios que han incorporado la participación en el Reglamento Orgánico de su corporación, de aquellos otros que se han dotado de específicos Reglamentos de participación ciudadana. Y son precisamente estos últimos los que permiten, por una parte, superar la concepción clásica de la participación —que arrastra su originaria significación administrativa— y que consolidan una nueva concepción de la ciudadanía local en un sentido más activo: el ciudadano se convierte en un potencial actor e impulsor de las políticas del gobierno municipal. Se supera, de esta manera, la también clásica visión del vecino como un mero administrado destinatario de las actuaciones de la administración local. En definitiva, son

(15) Ley en cuya disposición final séptima determina el deber de los municipios andaluces de aprobar «un reglamento de participación ciudadana que asegure los cauces y métodos de información y de participación de la ciudadanía en los programas y políticas públicas».

estos reglamentos municipales de participación los que cumplen, en palabras de Sergio CASTEL (2010: 191), con una importante labor de «ordenar los ejes fundamentales de una democracia local participativa que, como complemento a los cauces clásicos del sistema representativo, permita constituir un gobierno local relacional». Es una tarea de importancia vital si tenemos en cuenta que la sola existencia de vías de marcado carácter administrativo, encerraba un fuerte riesgo de «reducir la participación a su simple procedimentalización» potenciando, de esta manera, «el desinterés de la ciudadanía» (CASTEL, 2010: 192). Por otra parte, pero siguiendo esta misma línea argumentativa, no puede obviarse que uno de los contenidos de la autonomía local es, precisamente, la autonomía normativa suficiente para dotarse de normas capaces de dar respuesta a las nuevas demandas o necesidades de la colectividad local (MONTIEL 2006: 150) y una de estas nuevas exigencias es la de intervención ciudadana en las decisiones que le implican y afectan como miembro de esa misma colectividad.

El contenido de estos reglamentos municipales es, en términos generales, muy similar. En esta ‘armonización de contenidos’ no ha sido ajena la actuación de entidades como la Federación Española de Municipios y Provincias que, desde mediados de los años dos mil, ha facilitado un Reglamento— tipo de participación ciudadana (aprobado por la Comisión ejecutiva de esta entidad en abril de 2005) (16). A pesar de ser positivo el propósito de facilitar a los municipios, que así lo requieran, un modelo a seguir en el cumplimiento de las prescripciones legales en este concreto ámbito, no puede desconocerse el peligro implícito que conlleva la adopción de normas de similar contenido que no prevean mecanismos e instrumentos adaptados a sus propias particularidades y que, por esta misma

(16) El documento —que es una propuesta de texto articulado integrado por 35 artículos y 7 disposiciones adicionales— es redactado por Fernando Pindado Sánchez con la colaboración del Grupo de Trabajo de Participación ciudadana y voluntariado coordinado por R. Fernández Menéndez. Además de una sucinta explicación de los argumentos que se utilizan en la redacción del mismo, el texto tipo propone la ordenación de los diversos instrumentos, órganos y principios de participación, estructurado en diversos capítulos. El I se centra en los «Derechos de participación de los ciudadanos y ciudadanas» y lo refiere a los derechos de participación, información, petición, audiencia, iniciativa ciudadana, presentación de quejas, reclamaciones y sugerencias y la promoción efectiva de los derechos de participación. En el II se dispone un modelo de «Organización municipal» en la que se incluye la existencia de una Oficina de Atención Ciudadana, regula el papel de los medios de comunicación locales, la página web municipal y el correo electrónico del ciudadano, prescribe la constitución de un fichero municipal de entidades e introduce un sistema de defensa de la ciudadanía articulado a través de la Comisión especial de Quejas y Reclamaciones y del Defensor del ciudadano. El Capítulo III se dedica a los ‘Órganos de participación’: en especial, el Consejo de Ciudad, los Consejos Territoriales, los Consejos Sectoriales y el Consejo de Equipamiento. El último de los capítulos contiene propuestas de «Fomento de las metodologías participativas» limitadas a definir qué se entiende por proceso participativo y a cual puede ser su posible utilización. Cierra esta propuesta-tipo un conjunto de disposiciones adicionales en las que se contempla la adopción, a iniciativa de los ayuntamientos de una Carta Ciudadana «que ayude a clarificar, difundir y utilizar los medios adecuados para el mejor ejercicio de los derechos ciudadanos de información, consulta, asociación, reunión y participación».

razón, no se adecuen a la finalidad para las que están previstas que no es tanto la regulación de la participación ciudadana como la traducción normativa de una política activa del gobierno municipal (PEMÁN, 2005: 57-58).

Por último, en este apartado, debe ser destacado el relevante papel que se otorga al tejido asociativo municipal. Los reglamentos municipales llevan a cabo una minuciosa regulación de las mismas confiriéndoles, en exclusiva, no tan sólo la posibilidad de integrar los diversos órganos consultivos municipales, sino también el ejercicio de algunos mecanismos de participación —como la intervención en los Plenos del Ayuntamiento o la presentación de iniciativas ciudadanas— llegando, incluso, en algún caso aislado a referir todo mecanismo participativo a estas entidades —concretamente en el Reglamento del municipio de Zamora. Este rol asignado a las asociaciones —asimilable a la función de intermediación que cumplen los partidos políticos, principalmente, en los ámbitos de gobierno estatal y autonómico—, si bien no puede considerarse, en términos globales, como un elemento de distorsión, es uno de los factores que acrecienta el riesgo de diluir el ciudadano en las asociaciones sociales en las que se integra o representativas de sus diferentes intereses (CASTELLÁ, 2001: 77-81) (17).

III. INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN EN EL GOBIERNO LOCAL: CARENCIAS Y POTENCIALIDADES

1. Los instrumentos de participación

La ordenación de la participación por parte del legislador se realiza, como se ha expuesto, desde muy diferentes perspectivas (política y administrativa, del administrado y del ciudadano) mezclando, incluso, la regulación de los instrumentos que las articulan. De todos ellos interesa destacar, en este apartado, sólo aquéllos que i) posibilitan la participación ciudadana en el ámbito de decisión política del gobierno local, esto es, en el proceso de toma de decisiones colectivas y ii) no constituyan «instrumentos a través de los cuales se satisface el derecho de participación directa que ampara el artículo 23 de la CE» —según la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en la STC 119/1995—, a pesar de que puedan ser expresamente contemplados en la Constitución.

La normativa, estatal y autonómica, confieren su ejercicio a los vecinos del municipio mayores de edad. En ocasiones, la conexión del contenido del derecho que se atribuye a los ciudadanos en el contexto local con otros derechos que integran la democracia directa, provoca que se atribuyan sólo a los vecinos con derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. En este marco

(17) Para este autor, «De la misma manera que los partidos han adquirido protagonismo en el Estado democrático representativo como instrumentos de participación política [...] las organizaciones de intereses han asumido un papel clave en las instituciones de democracia participativa» (2001: 77-78).

general, los reglamentos locales contemplan, en relación con algunos concretos instrumentos, que puedan participar también los mayores de dieciséis años y sólo en alguna normativa local (así, la del ayuntamiento de Badalona) permite el ejercicio de los derechos participativos en ella regulados —con expresa exclusión «de la consulta o el referéndum»— a todos los ciudadanos del municipio «en sentido amplio, es decir, todas aquellas personas que por cualquier causa tengan relación con la ciudad y el Ayuntamiento». A tal fin «no se exige el requisito de estar domiciliado en la ciudad ni estar empadronado, es suficiente con acreditar un interés legítimo, lo que se hace extensivo a los inmigrantes existentes en la ciudad».

A) Iniciativas ciudadanas

a) El derecho de petición

La *petición* individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley constituye uno de los derechos fundamentales que la Constitución acoge en la Sección Primera del Capítulo II del Título I (art. 29 de la CE) y por lo tanto, opera en todos los ámbitos en los que se ejerce el poder público, también el local, en el que es de aplicación el desarrollo legal del mismo realizado por la ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. Esta proyección del derecho es especialmente importante en la medida que la normativa estatal no lo proclamaba como derecho de los vecinos de un municipio y es el reglamento de desarrollo de la LBRL (art. 231 ROFRJEL) el que lo acoge. Tiene como objeto la solicitud —por escrito—, por parte de los vecinos a cualquier órgano del Ayuntamiento, de «aclaraciones o actuaciones municipales». Solo en el caso que la solicitud formule una propuesta de actuación municipal, el destinatario de la misma está obligado a responder al solicitante para informarle «del trámite que se le haya de dar». Si, además, dicha petición llegara a ser tratada en algún órgano colegiado municipal, el ciudadano que la propone deberá ser informado con la remisión de la copia de la parte correspondiente del acta de la sesión. En este mismo supuesto, podrá asistir a la sesión correspondiente del órgano colegiado, si así se lo requiere quien presida el órgano municipal, a los «efectos de explicarla y defenderla por sí mismo».

Por lo general, la normativa de las Comunidades Autónomas tampoco se ha mostrado más prolija en su regulación salvo la ley gallega de Administración local que prevé el deber de las autoridades locales de adoptar las medidas oportunas para lograr la plena efectividad del contenido de la petición cuando ésta «se estimase fundada» (art. 254.4 de la ley 7/1997). Ni siquiera las leyes de participación autonómicas han dedicado especial atención: la ley canaria ni lo incluye en su articulado.

Su limitado alcance, debe, a mi juicio, complementarse con una dimensión objetiva porque es en ella donde la utilización de este instrumento va a cobrar un nuevo sentido. Y es, precisamente, el que le confiere la norma foral de Guipúz-

coa cuando establece la posibilidad de ejercer el derecho de petición «para la realización de un proceso participativo en el seno de cualquier procedimiento de decisión de la Diputación Foral» (art. 7 de la norma foral 1/2010). Esta previsión permite conferir al ejercicio de este derecho una naturaleza garantista. En efecto, en un contexto en el que la normativa vigente hace depender de la voluntad del órgano decisor la activación de los procesos participativos, es especialmente importante que se ponga en manos de la ciudadanía un instrumento que permita reclamarlo en los casos en los que éstos no hayan sido iniciados.

La normativa municipal acoge este derecho incorporando al detalle, en algunos supuestos, la regulación contenida en la ley orgánica 4/2011 (concretamente, los reglamentos de Valencia, Santander y La Coruña). A partir de ahí, sólo algunos municipios introducen algunas particularidades que van referidas a quienes pueden ejercer el derecho, a su destinatarios y al contenido del mismo. Por lo que se refiere al primero de los aspectos reseñados, algunos reglamentos municipales (caso de Burgos) lo atribuye a los vecinos mayores de 16 años. En cuanto a los destinatarios de las peticiones, los reglamentos de Santander y Cáceres, señalan, además del ayuntamiento, a «los órganos de dirección y administración de los organismos y entidades vinculados o dependientes de la administración local».

Una atención separada merece el contenido de estas peticiones. El Reglamento de participación de Burgos lo concibe de forma amplia al determinar que por petición se entiende «toda propuesta que explícita o implícitamente se derive de la presentación de sugerencias, iniciativas o peticiones sobre la mejora de la estructura, funcionamiento y personal de los servicios administrativos, así como de quejas y reclamaciones que se formulen sobre la irregularidad o anormalidad en la actuación de cualquier órgano o servicio público».

La posibilidad de dirigir *sugerencias* o *quejas* a las autoridades del municipio viene reconocido, en la mayoría de los reglamentos como facultades separadas del derecho de petición (no así en los reglamentos de Huesca, Teruel o Santander que los incluyen en el objeto de las peticiones). Ahora bien, si en el caso de las sugerencias, entendidas como propuestas destinadas a mejorar la actuación de un servicio de competencia municipal o la calidad del mismo, es pacífico concebirlas como uno de los concretos contenidos de la petición, en el caso de las quejas estamos ante un mecanismo con una doble naturaleza que podría justificar un tratamiento desvinculado del derecho de petición —es el caso del artículo 29.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que lo acoge, junto con la petición, como uno de los derechos de contenido participativo. Cuando el ciudadano dirige una queja a la autoridad local, en el fondo está o solicitando una determinada actuación —ante la inactividad del gobierno local en algún ámbito de su competencia— o un desacuerdo en la forma de proceder de la autoridad local. En el primero de los supuestos la queja plantea una determinada petición. Y en el segundo, es cuando se excede del ámbito de la petición, activándose un mecanismo de reacción que lleva implícito la activación de un

control ciudadano a la gestión municipal. Y desde esta perspectiva, que duda cabe que despliega un mecanismo de garantía del buen gobierno.

b) Iniciativas ciudadanas

La regulación normativa permite identificar tres objetos distintos: la solicitud de acuerdos o actuaciones por parte de las autoridades municipales; la solicitud de consultas populares y la presentación de propuestas de reglamentos, todos ellos circunscritos a materias de competencia municipal. La legislación básica estatal (art. 70 *bis* de la LBRL) exige un ejercicio colectivo de estas iniciativas al prescribir el aval de de un porcentaje de vecinos «que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales», en función del número de habitantes del municipio. En todo caso, estas iniciativas deben ser sometidas a debate y votación en el Pleno, sin perjuicio de ser resueltas por el órgano competente en razón de la materia. Y son sometidas a un control de legalidad previo por parte del Secretario de la corporación, requiriéndose, además, el informe del Interventor cuando la iniciativa afecte a derechos y obligaciones de contenido económico del ayuntamiento.

b.1) Las *iniciativas de colaboración ciudadana* o *iniciativas ciudadanas* (también identificadas como *derecho de propuesta* en el reglamento de Santander) constituyen una de las formas posibles en las que se articula la participación por la cual los ciudadanos solicitan al Ayuntamiento que lleve a cabo determinada actividad de competencia e interés público municipal, a cuyo fin aportan medios económicos, bienes, derechos o trabajo personal. Se excluye de su ámbito las propuestas que defiendan intereses corporativos o de grupo que sean ajenas a los intereses generales de los vecinos o que tengan contenido imposible, inconstitucional, ilegal o constitutivo de delito (reglamentos de Zaragoza y Santander). Ésta es una facultad que, como regla general, los reglamentos municipales atribuyen a los ciudadanos, salvo en los casos de Santander o Albacete que queda reservada a las entidades y asociaciones. El reglamento de Albacete, además, condiciona la aceptación de la propuesta «al interés público al que se dirigen y a las aportaciones que realicen los ciudadanos».

b.2) La *iniciativa normativa ciudadana* en el ámbito local no es más que la traslación a la esfera normativa municipal de la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 87.3 de la CE. El objeto de esta iniciativa es, como regla general, la propuesta de reglamentos, aunque la normativa local de participación de los ayuntamientos de Vigo, Burgos y Oviedo, la amplía a las «disposiciones normativas en materia de competencia municipal», en el primer caso, a las «disposiciones normativas de carácter general» en el segundo, y a las ordenanzas en la norma ovetense.

Como sucede en la iniciativa legislativa de ámbito estatal —y de la mayoría de las Comunidades Autónomas— éste es un instrumento que los reglamentos otorgan a los vecinos mayores de edad con derecho de sufragio activo en las

elecciones municipales. Pero, en el ámbito de algunos ayuntamientos, también se amplían a los vecinos mayores de dieciséis años (Las Palmas de Gran Canaria, Barcelona, Burgos y Alcañiz, entre otros).

También en el ámbito municipal tiene un alcance limitado. Son muy pocas las normas municipales que reconocen una intervención posterior de los promotores de la iniciativa. En el caso del reglamento de San Sebastián se establece el deber de recabar un informe posterior a la presentación a las personas representantes de la iniciativa popular en relación con las alegaciones recibidas en el periodo de información pública. Y en el de Burgos se prevé que el presidente del órgano colegiado, en el que deba aprobarse esta propuesta normativa, podrá requerir la presencia de un representante de los solicitantes en la sesión que corresponda, a los efectos de explicarla y defenderla.

b.3) La *iniciativa para promover la convocatoria de consultas populares* aparece en el texto de la LBRL (art. 70 *bis* párrafo final del apartado segundo) como uno de los contenidos instrumentales de la iniciativa ciudadana tanto para proponer propuestas de acuerdos o actuaciones como para presentar proyectos de reglamentos. Tanto la legislación autonómica dictada en materia de régimen local, algunos Estatutos de Autonomía de reciente aprobación y las normativas autonómicas (Valencia y Canarias) y foral (de Guipúzcoa) de participación lo contemplan como un derecho de iniciativa de forma autónoma.

B) Audiencias

a) *La audiencia a los ciudadanos.* Tanto la normativa estatal —a través del ROFRJEL— como la autonómica contemplan la audiencia a vecinos y a asociaciones con una diferente entidad. Mientras que cuando va referida a los vecinos, la audiencia no aparece como un derecho que éstos puedan ejercer en la reunión del Pleno de la Corporación, sino que es una facultad discrecional del Alcalde requerir a los vecinos asistentes que manifiesten su opinión sobre una o varias cuestiones tratadas en dicha reunión plenaria; su proyección en las asociaciones se realiza como uno de los contenidos específicos del derecho de participación.

Su forma oral permite identificar en este instrumento una doble naturaleza. Por un lado constituye un canal a través del cual se recibe información de la autoridad municipal correspondiente y, por el otro, posibilita la intervención del ciudadano mediante la exposición de sus opiniones, juicios o pareceres respecto del asunto sometido a la audiencia.

La normativa local la refiere, con carácter general, a los asuntos de interés local que puedan debatirse, principalmente, en el pleno de las corporaciones municipales —y en algunas ocasiones la refiere sólo a las asociaciones (el reglamento de Palencia alude al «derecho de voz en audiencia pública en el pleno municipal» para referirse a la intervención de estas asociaciones), pero guarda silencio respecto a como se concreta la audiencia contemplada en el

artículo 105 a) de la CE. Esta disposición que literalmente prevé la intervención de los ciudadanos en la «elaboración de disposiciones administrativas que les afecten» ha sido concebido como un auténtico derecho de participación del ciudadano y no del administrado (Castellá, 200: 360, 366 y 444-ss.). El artículo 49 de la LBRL sólo contempla esta posibilidad de intervención en relación con las ordenanzas locales que debe aprobar el Pleno pero limitándola a los «interesados». Esta disposición debe ser, a mi juicio, interpretada de una forma amplia de conformidad con las audiencias ciudadanas. Así, en la medida que la adopción de ordenanzas (y reglamentos) es competencia de la reunión de los representantes locales en el Pleno del Ayuntamiento, también puede proyectada esta exigencia de audiencia a los ciudadanos asistentes al mismo. La norma contenida en el citado artículo 49, más que una forma de participación del ciudadano en el ejercicio del poder normativo local, se concebiría como una garantía de los derechos del administrado: todas aquellas normas municipales que afecten a una colectividad determinada de ciudadanos deben ser sometidas a audiencia. Pero también, cuando la norma que debe ser adoptada por el Pleno tenga como destinatarios los ciudadanos del propio municipio serán todos ellos 'interesados' por lo que la facultad del Alcalde de dar audiencia en los asuntos de interés local se convertirá en un deber cuando vaya referido a la normativa municipal cuya aprobación sea competencia del Pleno.

b) Las *audiencias públicas*. Son audiencias que aparecen desvinculadas a la asistencia a los plenos y de alguna manera venían contempladas en el ROFRJEL (artículo 227.2) que especificaba como uno de los contenidos del derecho a la participación de las asociaciones, la audiencia en las Comisiones Informativas (art. 227.2 del ROFRJEL) a cuyas reuniones, a pesar de no ser públicas, puedan ser convocadas las asociaciones «a los solos efectos de escuchar su parecer o recibir su informe respecto de un tema concreto».

En los reglamentos locales se definen bien como «el ejercicio del derecho que asiste a los ciudadanos, de proponer la adopción de determinados acuerdos y la recepción de información sobre las actuaciones de la Corporación, mediante la celebración de actos públicos sobre cualquier materia municipal» (Teruel) o, de una forma más amplia, como «espacio de participación para la presentación pública por parte del Ayuntamiento, y posterior debate entre este y la ciudadanía, de cuestiones especialmente significativas de la acción municipal que necesiten de una deliberación participativa» (Las Palmas de Gran Canaria, Vigo y Gijón).

Las audiencias se convocarán, bien a petición de los propios vecinos (Aljaraque o Alcañiz contemplan la posibilidad de que la soliciten los mayores de dieciséis años) o a iniciativa propia del ayuntamiento. A pesar de que su convocatoria es decisión discrecional del alcalde, algunos reglamentos municipales regulan su carácter preceptivo en determinados supuestos: i) cuando se solicita por los ciudadanos del municipio y se cumplen las condiciones reguladas en el Reglamento el alcalde, previo acuerdo del pleno, debe convocarla en el plazo

máximo de un mes (Teruel); ii) con carácter anual «para presentar el programa de actuación municipal y las ordenanzas Municipales» (Huesca y Jerez); iii) referida específicamente a los Presupuestos municipales y ordenanzas fiscales «antes de su aprobación inicial» a fin de presentarlos de la manera más comprensible posible, prescribiéndose, además, que tras la audiencia se abra un plazo para alegaciones o sugerencias por parte de las asociaciones y ciudadanía (Vitoria).

Algunas especialidades que se contemplan en los reglamentos se concretan en las audiencias de menores en edad escolar (18) (Huesca o Aljaraque) y en las denominadas *Asambleas del Movimiento ciudadano* (Cáceres). Constituyen una suerte de audiencia pública solo a asociaciones a fin de promover la participación de las entidades ciudadanas y recabar propuestas en determinadas actividades y programas de actuación municipal. Se conciben como espacios de debate y propuesta con las entidades ciudadanas inscritas en el Registro Municipal de entidades ciudadanas. Deben convocarse, con carácter preceptivo, al menos, una al año con el objeto de presentar los procesos participativos a poner en marcha en el año en curso y el programa de actuación municipal anual. En todo caso, tendrá lugar antes de que se inicie el procedimiento de aprobación de los presupuestos municipales.

C) Consultas populares

Teniendo en cuenta el espacio geográfico y de población delimitado por los municipios, las consultas se presentan como el instrumento más adecuado para canalizar la participación ciudadana en un proceso de adopción de decisiones colectivas. Y sin embargo, es el mecanismo que mayor limitación tiene en su desarrollo normativo por su identificación con el instituto del referéndum consultivo previsto en el artículo 92 de la CE y regulado por ley orgánica 2/1980, de 18 de enero. Esta asimilación ya se inicia en las previsiones de algunos Estatutos de Autonomía en las que se acogía la competencia de la Comunidad Autónoma sobre consultas locales en los siguientes términos. Así las normas estatutarias ya derogadas de Cataluña de 1979 (art. 10.2) y de Andalucía de 1981 (art.

(18) No es extraño la constitución de los denominados Consejos de la Infancia —o similares— en el ámbito local, pero son muy escasas las previsiones de audiencias públicas a este colectivo. Concretamente, el reglamento de participación de Huesca dispone que «Se trata de un medio de participación, consulta y asesoramiento, consistente en el encuentro de los/las responsables políticos y técnicos municipales con los/las escolares de los Centros Educativos y el Consejo de niños/as y adolescentes, indicado en el artículo 37. Su función principal además de participativo es de carácter pedagógico y educativo respecto de los niños y niñas del municipio [...] 3. Será convocada, una vez al año, por el/la Alcalde/sa, directamente o a petición del Consejo de Niños/as y adolescentes. 4. Previa a la sesión se realizará la consulta a los niños y niñas sobre algún tema o temas de interés y competencia municipal. Hecha la consulta, se marcará un plazo para que los niños y niñas presenten sus propuestas. 5. Transcurrido el plazo marcado, los niños y niñas envían sus propuestas al/la Alcalde/sa y le piden audiencia pública, en la que se dará respuesta y contestación».

15.2), así como la de Valencia —antes de su reforma del año 2005 (art. 32.8)— atribuían a la respectiva Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo del sistema de consultas populares municipales «de conformidad con lo que dispongan las leyes a las que se refiere el apartado 3 del artículo 92 y del número 18 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria» (19). Dejando a salvo la referencia a la competencia estatal contenida en el último de los preceptos señalados, sorprende la remisión de estos Estatutos de Autonomía a la LO 2/1980 cuando esta misma ley en su Disposición Adicional excluía de su ámbito las consultas populares locales al contemplar literalmente que sus disposiciones «no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de régimen local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización».

Por otra parte, la competencia estatal actuada en la LBRL estatal confirma plenamente esta equiparación. En su artículo 71 se contempla que las mismas tendrán como objeto asuntos de especial relevancia para los intereses de los vecinos —términos bastante coincidentes con las «decisiones políticas de especial trascendencia» a las que alude el artículo 92 de la CE— de competencia municipal y de carácter local, sin que en ningún caso puedan ser cuestiones relativas a la Hacienda Local. Desde la perspectiva procedimental, mientras que el referéndum consultivo debe ser convocado por el Jefe del Estado a propuesta del Presidente del ejecutivo y previamente autorizado por el órgano que asume la representación popular en el ámbito estatal, en el caso del municipio, la LBRL en el precepto citado, exige que la convocatoria de estas consultas deba ser decidida por el Alcalde del municipio (jefe del ejecutivo), previo acuerdo del Pleno por mayoría absoluta (órgano de representación ciudadana en el municipio). Finalmente, se exige para su celebración, la autorización por el Gobierno estatal en virtud del artículo 149.1.32 de la CE.

La normativa autonómica de régimen local acoge sin muchas variaciones la ordenación estatal contenida en el artículo 71 de la LBRL y cuando introduce alguna es para limitar la utilización de este instrumento asimilándolo todavía más a la figura del referéndum. Así ocurre con la alusión que realizan estas leyes al ‘cuerpo electoral’ como titular del derecho a ser consultado. Con esta expresión se indica que sólo los vecinos que sean mayores de edad y tengan reconocido

(19) Los Estatutos de Autonomía de Asturias (art. 11.11): de La Rioja (art. 9.7), de Murcia (art. 11.8); Canarias (art. 32.5) —todavía vigentes— y los hoy reformados Estatutos de Baleares (art. 11.16) y de Castilla y León (art. 34.12) no referían estas consultas al ámbito municipal, sino que las contemplaban con un alcance más general aludiendo a las que pudieran realizarse «en el ámbito» de la respectiva Comunidad. Además, estas normas estatutarias omitían cualquier referencia a la competencia estatal del art. 149.1.18 CE y hacían una genérica alusión a las «demás leyes del Estado». Y finalmente, no aludían a la autorización, sino que se remitían a «los términos previstos en el artículo 149.1.32 de la CE». Los nuevos Estatutos de Baleares y de Castilla y León.

el derecho de sufragio activo en el ámbito municipal (arts. 13 de la CE y 176 LOREG) pueden ser consultados, cuando, en realidad, la LBRL solo exige este requisito a los promotores de una consulta, como se ha señalado. Al margen de lo anterior, son las leyes que específicamente regulan las consultas populares en el territorio de la Comunidad Autónoma —el caso de la ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, sobre consultas populares por referéndum, antes citada —y las consultas populares locales —leyes 2/2001, de 3 de mayo de Andalucía y 27/2002, de 28 de octubre de Navarra—, las que además de regular el procedimiento a través del cual se articulan estas consultas, introducen algún matiz, de diversa significación, a la regulación básica estatal, en especial por lo que se refiere a los límites materiales y los sujetos que están llamados a ser consultados.

A las materias de competencia local no susceptibles de ser objeto de consulta las leyes de Andalucía y de Navarra añaden las siguiente previsión: «no podrán someterse a consulta popular local asuntos cuando alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico» (arts. 2.2 de ambas). Y la ley catalana contempla la imposibilidad de realizar consultas sobre asuntos que afecten «a un proyecto de ley o a una proposición de ley que se esté tramitando en el Parlamento» (art. 6).

Por lo que se refiere a los sujetos que están llamados a la consulta, la ley andaluza identifica a los «vecinos del municipio que al tiempo de la convocatoria de la consulta, gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales» (art. 15). También la ley catalana de consultas exige gozar del derecho a voto en las elecciones municipales (art. 4). Mientras que la ley foral de Navarra señala como titulares del derecho a expresar su opinión, a los vecinos del municipio que, al tiempo de la convocatoria de la misma, sean mayores de edad y estén registrados en el Padrón municipal.

Y por último, en relación con la eficacia de estas consultas, la normativa autonómica es clara al respecto. En las leyes andaluza y navarra se reitera el límite infranqueable de todo proceso participativo, ya expresado en el citado artículo 69 LBRL, según el cual, «la consulta popular no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio» (art. 2.2 de la ley andaluza y navarra). Los legisladores andaluz y catalán recuerdan el carácter consultivo de las mismas (art. 34 de la ley catalana) o que su resultado no vincula a la entidad local convocante (art. 2.1 de la ley andaluza). No obstante que no vinculen no significa que estén desprovistas de toda eficacia para el órgano convocante. Y en este sentido, la ley catalana exige, en el artículo 34, que el alcalde deba «comparecer ante el Pleno y fijar su posición sobre el resultado de la consulta popular en el plazo de seis meses desde la celebración de la consulta».

La regulación que incorporan los reglamentos locales sintoniza con esta confusión. En todos ellos se regula la consulta con los requisitos de un referéndum. En algunos, incluso se adopta nominalmente esta institución para referirse a las

consultas (Córdoba, Badalona) y en otros (Teruel y Marbella) se alude a la consulta popular por vía del referéndum. Por lo demás, se incorpora en el texto de estas normas la regulación básica estatal, con algunas concreciones de carácter formal. La normativa municipal de Huesca no permite que en una consulta se pueda incluir más de una pregunta sobre el asunto objeto de la misma; también la de Huesca y las de Albarracín, Alcañiz y Córdoba limitan el número de consultas: no se podrán hacer, cada año, más de dos consultas (Bilbao la amplía a tres), ni se podrá reiterar una misma consulta dentro del mismo mandato. En el reglamento de Córdoba se impide someter a consulta popular local asuntos cuando alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico y recuerda que la consulta popular local no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio. Y en el de Tudela niega la posibilidad de que puedan realizarse consultas populares en los casos en que no esté permitida la celebración de referéndum (esto es, asuntos que no sean de competencia municipal, relativos a la hacienda local o que no tengan trascendencia o interés local).

D) Otros mecanismos de participación y de interacción del ciudadano con el gobierno local

Al margen de los anteriores instrumentos, los reglamentos incorporan otros mecanismos que si bien, en algunos casos, no pueden ser concebidos como auténticos instrumentos que permiten la intervención directa del ciudadano en el ámbito de la gestión y el gobierno local, sí que establecen puentes de comunicación e interrelación de tal manera que permiten a los representantes locales conocer de forma directa la opinión y necesidades de los vecinos en muy variados temas o asuntos a fin de actuar de conformidad o en sintonía con las demandas de la ciudadanía.

a) *Encuestas ciudadanas, estudios o sondeos de opinión.* Son instrumentos que permiten al Ayuntamiento conocer la valoración de los ciudadanos sobre el funcionamiento de cualquier servicio municipal y/o sobre cuestiones de relevancia (Sondeos o estudios de opinión) o el grado de satisfacción de los usuarios respecto del funcionamiento de los servicios públicos municipales (Encuestas de calidad —o de satisfacción en el caso del Reglamento de Alcañiz), permitiendo, de esta manera, no sólo determinar el nivel de calidad de los servicios municipales, sino también identificar cuáles son las causas del descontento y conocer las expectativas del usuario o potencial del servicio en relación con el mismo (fines que expresamente acoge el Reglamento de Vigo o Alicante).

Además, los propios reglamentos suelen incorporar cláusulas que permiten la realización de otro tipo de consulta «que sirva para conocer el parecer de los ciudadanos, pudiendo utilizar también a estos efectos cualquier medio de comunicación interactiva» (Granada, Las Palmas de Gran Canaria, León, Murcia, Alicante y Toledo).

b) *Presupuestos participativos*. Cuando se regulan por los reglamentos de participación, se contemplan como procesos de propuesta, reflexión, y debate sobre la configuración y las prioridades a contemplar por el presupuesto municipal (San Sebastian o Cáceres)

c) *Talleres de Debate*. Previstos en algunos reglamentos locales (San Sebastian y Cáceres) como un mecanismo en manos del gobierno local a fin de potenciar la reflexión y propuesta sobre aquellos asuntos que por su naturaleza o características concretas lo hagan posible. Sus conclusiones deberán ser remitidas, además de a las personas participantes, tanto a la Alcaldía como a los grupos políticos municipales.

d) *Mediación comunitaria*. El reglamento de Cáceres la dispone para aquellos barrios en los que la complejidad social, económica o urbanística lo aconseje, como espacio de encuentro y trabajo conjunto entre el Ayuntamiento y los vecinos, con el fin de reforzar la participación en el logro del bienestar colectivo y en la definición de nuevas normas de convivencia y de organización colectiva y social.

2. Las carencias de la participación local y algunas propuestas para potenciarla, en especial en relación con las consultas populares

No puede negarse que son muchos y muy diversos los mecanismos de participación previstos en el ordenamiento jurídico. Ciertamente su existencia no es garantía de la participación ciudadana pero sí que es un elemento imprescindible para canalizarla esta intervención en los procesos de decisión propios del gobierno local. Y desde esta perspectiva no cabe más que una valoración positiva del esfuerzo realizado por los diferentes poderes normativos, en especial, el que se actúa desde el propio municipio en el ejercicio de la autonomía que la Constitución le reconoce fundamentándola en su carácter político y democrático.

Sin embargo, no creo que estemos ante la culminación de un proceso. Por el contrario, hemos llegado a una etapa decisiva en la que una vez que se han diseñado los mecanismos y éstos están siendo actuados, es necesario detectar sus carencias a fin de poder introducir las reformas oportunas. Modificaciones que no sólo deben orientarse a potenciar la participación y con ella la implicación del ciudadano en los asuntos que más directamente le afectan, sino a convertir esta intervención en un proceso centrado más en las demandas de la ciudadanía que en las necesidades de los poderes decisores: una «forma de percutir sobre los órganos de decisión política» (CHUECA, 2003: 126-127). Se debe, por tanto, dar un paso más de cara a transformar esa visión de la participación en un mecanismo en manos de los órganos representativos de resolución de los problemas que puedan derivarse de la acción de gobierno, que facilite su labor de adopción de decisiones colectivas y evite el conflicto; en definitiva, un instrumento que incrementa la legitimidad —y eficacia— de sus decisiones.

Y en este ámbito deben destacarse, a mi juicio, dos elementos que ponen de manifiesto la anemia que padece, con carácter general esta política de ordenación o juridificación: la delimitación objetiva de los mecanismos de participación y, muy especialmente, su eficacia.

¿Cuándo es necesaria u oportuna la participación del ciudadano? Dejando a salvo las circunstancias que motivan la intervención del administrado en los diferentes procesos administrativos, las normas —incluidos los reglamentos locales— establecen criterios excesivamente amplios: asuntos de competencia municipal y de interés local. La determinación de los concretos asuntos susceptibles de ser sometidos a un proceso participativo queda, de esta manera, en la órbita de la discrecionalidad del órgano decisor que lo iniciará solo en la medida que sea ventajoso desde una perspectiva política.

Una identificación más concreta de los asuntos que deben ser sometidos a estos procesos los convertiría en preceptivos y su activación, por tanto, dejaría de depender de criterios de oportunidad. Podría objetarse que tal grado de concreción no se exige a una norma general y que sería más propio de la normativa sectorial. Ahora bien, en la medida que como tal norma general delimita el marco en el que debe actuarse la participación, es inexcusable una delimitación de mínimos de su objeto y más cuando la normativa —tanto estatal como autonómica, en especial, los nuevos Estatutos de Autonomía— enumera con un cierto grado de exhaustividad las competencias de los municipios. Y, nuevamente, en esta cuestión son los propios reglamentos locales de participación los instrumentos normativos idóneos para proceder a esta determinación. Como ya se ha señalado, algunos de ellos ya acogen esta especificación en relación con algunos mecanismos (en especial, la audiencia pública). El camino a seguir sería el que ya han iniciado algunos municipios, entre ellos, el del Huesca en cuyo reglamento se hace un loable esfuerzo al prescribir los procesos participativos que deberá llevar a cabo el Ayuntamiento en actuaciones de importancia municipal, entendiendo por las mismas «todas aquellas actuaciones de interés general, excluidas obras de urgencia por motivos de seguridad o de servicios y suministros básicos de la comunidad, realizadas en el término municipal: Reglamentos y Ordenanzas generales; Presupuestos Municipales (presupuestos participativos); revisión del Planeamiento y Modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana; planeamiento derivado (planes parciales y planes especiales); obras de Equipamientos, Infraestructuras y Sistemas Generales de la ciudad (vertederos, parques, caminos, etc); obras de Urbanización y aquellos asuntos que el Consejo Ciudadano considere de interés general.

Por otra parte dotar de eficacia a la participación parece entrar en contradicción con el límite inexcusable de su naturaleza no vinculante. Ahora bien el carácter no vinculante del proceso participativo no lleva implícito su ineficacia. Si se quiere superar la visión puramente procedimental de la democracia participativa a la que hemos aludido (de conformidad con Castel, 2010: 192) se debe reconocer la eficacia a la opinión de la ciudadanía. Solo de este modo

podría conjugarse dos exigencias que, en apariencia, pueden presentarse como contradictorias. Por un lado, el límite de la participación, esto es, la capacidad de decisión de los órganos representativos que en ningún caso, por expresa previsión legal, puede ser sustituida. Y, por el otro, las aspiraciones ciudadanas a que sus opiniones puedan ser tenidas en cuenta en la decisión del órgano competente.

Algunos reglamentos locales ya han abordado esta problemática en relación con determinados instrumentos (20). Pero es la legislación la que ofrece algunas alternativas con carácter general: desde la previsión contenida en el artículo 34 de la ley catalana de consultas de 2010 hasta las, por el momento, tímidas previsiones de las leyes de participación adoptadas en las Comunidades Autónomas de Valencia y Canarias —a las que se someterán también los procesos participativos de sus propios entes locales— que si bien dan un primer paso todavía es claramente insuficiente: en ellas se exige la elaboración de un informe en el que el órgano en cuyo ámbito funcional se haya proyectado el proceso participativo en el que se haga constar la valoración y evaluación del proceso realizado junto con la indicación de las «sugerencias o recomendaciones de la ciudadanía» que se hayan incorporado al texto o decisión, pudiendo acompañarlo de una valoración general de aquellas otras propuestas descartadas (arts. 18.3c de la ley canaria y 18.4c de la ley valenciana que sólo lo limita a la audiencia). La norma foral de Guipúzcoa exige, para determinados supuestos, que en los casos en los que la Diputación foral no acoja, en todo o en parte, el resultado del proceso participativo «estará obligada a motivar las razones de su decisión» (art. 4). El deber de motivar es una técnica que ya es conocida en otros ordenamientos constitucionales comparados (21) y que permite expresar el compromiso de los poderes públicos de tener en cuenta el resultado del proceso participativo sin estar obligados a aceptarlo, manteniendo, con ello, el instituto participativo en su límite infranqueable: la no sustitución de la capacidad de decisión del órgano representativo.

Mención especial en este apartado merecen *las consultas populares*. El marco normativo regulador que ha identificado las consultas con el referéndum,

(20) Así el reglamento de Santander, en relación con las quejas y sugerencias se atribuye a la Comisión especial de quejas y sugerencias la función de realizar el seguimiento del tratamiento dado a las sugerencias, quejas y reclamaciones; de la rapidez de su respuesta al ciudadano y la calidad de las mismas, y analizará las causas que las pudieran haber ocasionado. Y el de Teruel prevé que el resultado de las consultas populares por vía de referéndum deberá ser tratado en sesión plenaria extraordinaria de la Corporación, que se celebrará en el plazo máximo de un mes después de haberse realizado.

(21) Se alude, a modo de ejemplo, algunos Estatutos y leyes regionales italianas reguladoras de la intervención del *Consiglio delle autonomie locali* —órgano regional que canaliza la participación de los entes locales en el proceso de adopción de las decisiones regionales. En las regiones de Toscana, Piemonte, Liguria y Calabria, se exige al gobierno regional una motivación expresa de las razones por las cuales se rechaza el informe de este órgano.

en la esfera de gobierno local, ha acabado por desnaturalizar este instrumento de participación ciudadana por excelencia (AGUIAR, 2000: 90 y MARTÍN NÚÑEZ, 2012: 124). A mi juicio, existían y existen suficientes elementos en el ordenamiento vigente para ser concebidas de forma autónoma y ser objeto de una regulación diferenciada que le desprenda de su carácter excepcional y pueda convertirlo en un mecanismo más flexible y ágil —siguiendo, en cierto modo, la vía que abre la regulación contenida en la norma de la Diputación Foral de Guipúzcoa 1/2010, sobre participación ciudadana (art. 17).

Algunos Estatutos de Autonomía ya contemplan este cambio de concepción y permiten otorgar una entidad propia a las consultas de forma separada del referéndum. Las nuevas normas estatutarias de Cataluña (art. 122), Andalucía (art. 78), Aragón (art. 71.27) y de una forma más concisa, de Extremadura (art. 9.1.50º), atribuyen la competencia exclusiva a estas Comunidades «para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución».

Si dejamos a un lado la previsión contenida en citada Disposición Adicional de la LO 2/1980, el artículo 92 de la CE contempla el carácter consultivo del referéndum: instituto de participación política directa del pueblo por excelencia, modalidad de ejercicio del derecho fundamental del artículo 23 de la CE. Por otra parte, la remisión que este mismo precepto realiza a la ley orgánica no es un abierta sino que se limita a la regulación de «las condiciones y el procedimiento» pero sólo de las modalidades de referéndum «previstas en esta Constitución» por lo que ni se habilita al legislador a prever otros referéndums de los que ya estén contemplados en la Constitución, ni tampoco puede sujetarse a la regulación por ley orgánica figuras distintas al referéndum (Castellá, 2010: 311) a pesar de que a través de las mismas se articulen consultas: a) no coinciden los sujetos: la población municipal puede no coincidir con el cuerpo electoral y b) no coincide el objeto: en la medida que los asuntos sometidos a consulta deben ser de competencia municipal, la pregunta no puede afectar a la soberanía. Y por último, la exigencia de autorización estatal está referida por el artículo 149.1.32 de la CE a la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, entendiéndose por referéndum —de conformidad con la interpretación restrictiva llevada a cabo por jurisprudencia constitucional— los que contempla la propia CE entre los cuales no se halla el local (Lasagabaster, 2008: 63).

Consideraciones que vienen avaladas por la jurisprudencia constitucional. Partiendo de la premisa establecida en la STC 119/1995, según la cual el referéndum era uno de los instrumentos a través de los cuales puede satisfacerse el derecho de participación directa que ampara el artículo 23.1 de la CE (FJ 3) en la posterior STC 103/2008 el Tribunal manifiesta que:

«El referéndum es, por tanto, una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral [...] Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica «por vía de referéndum» (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria.» (FJ 2) (22).

Y en la más reciente STC 31/2010, el Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en lo referido a las diferentes modalidades de consulta diferentes al referéndum (MARTÍN NÚÑEZ, 2010: 317) entendiendo que:

«Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales «se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos» distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, FJ 2) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (FJ 4) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el art. 168 CE. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado [...] Así interpretada, «la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular», atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» no se comprende el referéndum.» (FJ 69)

Trasladada esta doctrina constitucional al ámbito local, el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1618/2010, de 16 de septiembre, en relación con la ley catalana 4/2010 de consultas, avala que las consultas en la esfera del gobierno local nada tienen que ver con el referéndum.

Una vez deslindada la consulta del referéndum, urge realizar una acomodación de la normativa local a esta nueva concepción que se despoje de miedos y

(22) Doctrina que confirma en el ATC 87/2011, de 7 de junio, por el que se acuerda levantar la suspensión de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la ley catalana de consultas.

recelos hacia la democracia participativa. No es mi propósito realizar un estudio exhaustivo de las opciones que *lege ferenda* que llevarían a potenciar y normatizar la utilización de este instrumento en el ámbito local. No obstante, creo que existen dos ámbitos en los que el legislador habría de incidir especialmente: el de su eficacia —en el que se extienden las consideraciones realizadas en las líneas anteriores— y el de la exigencia de autorización.

En relación con esta última abogo por su supresión (23). Si las consultas populares no se conciben como referéndums (LASAGABASTER, 2008: 64 y 76-77 y CASTELLÁ, 2011: 227), no deben estar sometidos a autorización estatal. Ciertamente ésta es una interpretación que choca abiertamente con la doctrina del Consejo de Estado contenida en el Dictamen 1070/2001, de 21 de junio, sobre el proyecto de Real Decreto regulador del procedimiento de autorización por el Gobierno de la Nación de consultas populares municipales. Pero tampoco de las Comunidades Autónomas —como proponía el informe del País Vasco al borrador del proyecto de Real Decreto estatal objeto del Dictamen 1070/2001 antes referido o incluso el artículo 19 del anteproyecto de ley básica del Gobierno y la Administración local elaborado por el ejecutivo socialista a mediados de los años dos mil (24). En la medida que las consultas son instrumentos a través de los cuales se permite a los poderes locales, por propia iniciativa o a instancia de la ciudadanía, conocer la posición de los ciudadanos sobre un determinado asunto de competencia municipal, la decisión para convocarlas pertenece a la esfera de la función de gobierno municipal. Mantener la exigencia de la autorización del Presidente del Gobierno estatal o autonómico a estas consultas —en cualquiera de sus modalidades— supone someter una decisión del gobierno local a un control que escapa los márgenes de la legalidad para entrar en el campo de la discrecionalidad política —al cual no se somete ninguno de los actos del gobierno local— del todo incompatible, en mi opinión, con el propio contenido de la autonomía local tal y como es concebido en las normas europeas y en la

(23) Coincido plenamente con las posiciones de autores como MONTIEL MÁRQUEZ, 2006: 149; MARTÍNEZ ALONSO, 2010: 472, entre otros muchos.

(24) El texto del anteproyecto al que se hace referencia es el que aparece en el Documento de Trabajo de 3 de mayo del año 2006. El citado artículo 19, referido a las consultas populares, en su primer apartado contemplaba la autorización del «Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma» regulando, no obstante, en su apartado segundo, todo un procedimiento de intervención estatal que venía, de alguna manera, a suplir la operatividad de la autorización estatal prevista en la vigente LBRL. Así, el artículo 19.2 del anteproyecto obligaba a las Comunidades Autónomas a «dar cuenta a la Administración General del Estado, por medio de la Delegación del Gobierno en la Comunidad, de todas las peticiones de autorización de consultas populares que se formulen, dentro de los cinco días siguientes a su presentación. La Administración General del Estado, mediante resolución del Ministro de Administraciones Públicas, si apreciase que la consulta proyectada afecta a temas de interés supralocal dentro del ámbito competencial del Estado, podrá, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del expediente, declararse competente para continuar con la tramitación de la petición, correspondiendo al Consejo de Ministros pronunciarse sobre la procedencia o no de la consulta».

más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien la autorización es un acto administrativo y, por tanto, sometido a control de legalidad —como así reconocía el Consejo de Estado en el Dictamen 1070/2001— esta concepción solo iría proyectada al ámbito de las competencias municipales en el que es fácil verificar si la cuestión sometida a consulta está o no vinculada a esta esfera de atribuciones. Ahora bien, ¿bajo que criterios ‘de legalidad’ se juzgaría la «especial relevancia para los intereses de los vecinos»? No creo que pueda ser valorada con otros parámetros distintos a los que ofrece la oportunidad política. Por esta razón, con esta eliminación se conseguiría alejar cualquier vestigio de la existencia de un control de oportunidad solapado que este acto pudiera implicar para el ejercicio de la autonomía local.

IV. REFLEXIONES FINALES

No cabe duda que la participación del ciudadano en la vida municipal se ha erigido como uno de los ejes primordiales en los que se centra la revitalización de la democracia en un sentido cualitativo. En un contexto político como el actual en el que es cada vez más palpable la lejanía de los gobernantes y los gobernados y en el que la desafección ciudadana aparece como uno de los elementos caracterizadores de la cultura política (según el barómetro realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas en septiembre de este mismo año 2012 (25)), la democracia participativa, más que buscar una alternativa al sistema representativo, se presenta como un aliciente para potenciar y mejorar la democracia que define nuestro sistema de gobierno. Y en este contexto, el ámbito local es el espacio geográfico idóneo para participar y actuar instrumentos participativos que, por sus particularidades, no son fáciles o viables en otros niveles de gobierno (estatal y/o autonómico). Es, además, en este espacio en el que la participación adquiere un plus en sus fines: al objetivo de corregir los excesos y suplir las carencias de un modelo de gobierno en el que el ciudadano está llamado a intervenir cada cuatro años a través de unas elecciones, se añade el de articular una nueva forma de gobernar en la que los órganos representativos locales incorporen en sus decisiones las demandas, exigencias y

(25) A la pregunta «¿Cuál es a su juicio el principal problema que existe actualmente en España?», un 12% de la población lo identifica, en las respuestas espontáneas ofrecidas, en el descrédito de la clase política (un 10,5% lo concreta en la clase política y los partidos políticos en general y un 1,7% lo concreta en algún partido o el Gobierno). Porcentaje que se eleva hasta el 30% si se agrega a los ciudadanos que ubican este problema como el segundo o tercero de mayor importancia (el 26,9% señala a la clase política o los partidos políticos en general y un 3,2% al Gobierno o los partidos y políticos concretos). De todo el listado, el señalado constituye el tercer problema para la ciudadanía, tras el paro y los problemas de índole económica. Ver el avance de resultados del Barómetro del mes de septiembre (estudio núm. 2954) en http://www.cis.es/cis/opencms/ES/11_barometros/avances.jsp

opiniones de sus ciudadanos manifestadas a través de los diferentes mecanismos y procesos de participación.

Del examen de la normativa básica estatal y autonómica de desarrollo no se aprecia esta singularidad. Si bien es cierto que se han previsto diferentes derechos e instrumentos de participación, éstos han sido encorsetados en los estrictos márgenes de la democracia representativa. Esta actuación legislativa ha sido favorecida por una insuficiente regulación constitucional de la democracia directa y una interpretación todavía más restrictiva por parte del Tribunal Constitucional de su alcance y significación. Todo ello ha motivado que, además, cualquier otro mecanismo que posibilitara la participación del ciudadano en asuntos públicos fuera despojado —por el Tribunal Constitucional— de su carácter político, siendo relegado a ser expresión de una «mera manifestación del fenómeno participativo». El temor a ser configurados como una alternativa a la forma de decidir propia de la democracia representativa en la que se asentaba nuestra forma de gobierno provocó que fueran admitidos con todas las cautelas posibles, incluso entorpeciendo su normal ejercicio como en el caso de las consultas populares al someterlas a un control solapado de oportunidad política que se actuaba a través de su autorización.

Se concibieron —desde la perspectiva legal examinada— como instrumentos en manos de los órganos decisores a fin de dotar de una mayor legitimidad a sus decisiones y facilitar su eficacia. En definitiva, se actuaron como garantías de la democracia representativa. Y no puede negarse que a este propósito responde la normativa analizada. Esta misma visión se arrastra a la regulación contenida en la normativa local de participación en la que, sin embargo, se advierte un tímido cambio de tendencia al incorporar el carácter preceptivo de algunos procesos participativos y una suerte de eficacia al resultado de algunos de ellos. Son matices que, sin embargo, no permiten identificar, tampoco en este nivel de gobierno una concepción distinta de la democracia participativa que la aleje de la representativa.

En este contexto, son necesarias algunas reformas normativas pero no para incorporar nuevas vías de participación, sino para dotar de mayor significado o 'normalizar' la actuación de las ya existentes, en particular en las consultas populares. Y sobre todo debe ahondarse en la perspectiva de su eficacia.

Dotando de eficacia a los instrumentos participativos se fortalece el sentido de pertenencia a una comunidad favoreciendo la implicación del ciudadano en el gobierno de la misma. Solo si el ciudadano entiende que su posición en torno a un asunto puede ser considerada por el poder público participará. De lo contrario, de nada servirá que el legislador ofrezca y regule una multiplicidad de procedimientos si finalmente el órgano decisor adoptará la decisión al margen o con escasa atención a los resultados del proceso participativo.

Además, se conseguiría cambiar la dinámica de la participación ciudadana. Debe superarse esta visión afianzada por la normativa vigente de ser un mero instrumento al servicio de los órganos de decisión —que la activan de forma

discrecional, en la mayoría de supuestos— a fin de dotar de mayor legitimidad y eficacia a sus decisiones. Y es en este preciso cambio de concepción en el que coinciden dos lógicas aparentemente contrapuestas en sus orígenes: democracia local (dimensión interna) y la gobernanza (dimensión internacional). La primera se fundamenta en el propósito de aumentar los niveles de implicación ciudadana en la acción política y por la segunda se eleva la calidad democrática de las decisiones adoptadas en la medida que las mismas responden al interés del ciudadano expresado. No se trata, por tanto, de sustituir la capacidad de decisión del órgano representativo —que es el planteamiento que subyace en la idea de gobernanza—, sino de incidir en su contenido. La cercanía del gobierno local a sus gobernados hace posible este propósito. De ahí, mientras que en términos estatales y/o autonómicos la participación incrementa la legitimidad de la decisión; en términos locales, esta legitimidad es expresada por la decisión misma en la medida que incorpore los resultados del proceso participativo. Llegados a este punto, es del todo necesario, a mi juicio, que el legislador se desprenda de sus recelos e integre la voluntad de la ciudadanía en el proceso de decisión, articulando diversas fórmulas que posibiliten dicha incorporación o que motiven justificadamente la negativa a incorporarla.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis (2000): «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA Y P. GONZÁLEZ-TREVIANO (Dir.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, pp. 67-96.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2010): «Consultas populares», en *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, núm. 1, pp. 89-110.
- CASTEL GAYÁN, Sergio (2009): «La ordenación jurídico-administrativa de la participación ciudadana: una mirada desde el Estado autonómico», en esta REVISTA, núm. 34, pp. 395-442.
- (2010): «La participación ciudadana en el ámbito local. Experiencias», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 312, pp. 183-208.
- (2011): «Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿hacia una democracia participativa?», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, pp. 279-316.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep M^o (2001): *Derechos constitucionales de participación política en la Administración pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Barcelona, CEDECS.
- (2010): «La competencia en materia de consultas populares por la vía del referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Monográfico «Especial

- sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006», pp. 306-313.
- (2011): «Consultas populares en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña» en E. ÁLVAREZ CONDE y C. ROSADO VILLAVARDE (Dir.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Instituto de Derecho Público, pp. 197-234.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (2003): «La participación de los ciudadanos en la vida pública española», en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 1, pp. 119-128.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor (2008): *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Madrid, Civitas.
- DAHRENDORF, Ralf (2003): *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari, Laterza, 68 pp. (Ensayo cuyo título originario es «Economic opportunity, civil society and political liberty» se presentó a la Conferencia «Repensando el desarrollo social» auspiciada por el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social y celebrada en Copenhague en marzo de 1995).
- EXPÓSITO, Enriqueta y CASTELLÁ, Josep M^o (2008): «Los derechos políticos y ante la administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en M.A. APARICIO (Ed.) y J.M. CASTELLÁ Y E. EXPÓSITO (Coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 61-94.
- FONT I LLOVET, Tomás (1985): «El referéndum local en España», en *Autonomías. Revista Catalana de Dret Públic*, núms. 2-3, pp. 123-127.
- GARRORENA MORALES, Ángel (2000): «Veinte años de democracia representativa en España», en la obra colectiva *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, pp. 41-66.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio (2007): *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Madrid, Grupo Difusión.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2008): *Consulta o referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*, Bilbao.
- MARTÍN NÚÑEZ, Esther (2010): «Comentario a la sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122)», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. Monográfico «Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006», pp. 314-319.
- (2012): «El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, pp. 95-131.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis (2010): «Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referén-

- dum», en *Anuario del Gobierno Local 2010*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, pp. 447-486.
- MONTIEL MÁRQUEZ, Antonio (2006): «La participación ciudadana en la vida local. La consulta popular», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, pp. 115-150.
- PEMÁN GAVÍN, Juan M^o (2005): «El nuevo impulso a las fórmulas de participación ciudadana en la administración local», en esta REVISTA, núm. 27, pp. 21-59.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes (2008): «Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía reformados recientemente (Especial consideración al Estatuto de Autonomía para Andalucía)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, pp. 181-205.
- (2008): «Democracia y participación», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37, (Monográfico sobre «Repensando la democracia»), pp. 343-370.
- RAMÍREZ, Manuel (1985): *La participación política*. Madrid: Tecnos (Temas clave de la Constitución Española).
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2006): «Algunas reflexiones en torno a la dimensión constitucional de la gobernanza y su aplicación en la esfera política local», en *Revista de Estudios Locales*, núm. Extraordinario: «Reformas y Administración local», pp. 13-28.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1993-1994): «Información y participación ciudadana en la Administración local», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 3, pp. 79-94.
- TUR AUSINA, Rosario (2010): «Participación ciudadana. Oportunidad, necesidad y esencia de su regulación legal», en *Deliberación. Revista para la mejora de la calidad democrática*, núm. 1, pp. 19-41.

III. MARCO NORMATIVO SECTORIAL

LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN MATERIA DE URBANISMO

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE

SUMARIO: I. AUGE, DECLIVE Y RECONVERSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN: SU REFLEJO EN EL URBANISMO.– II. LOS CONCRETOS MECANISMOS PARTICIPATIVOS EN MATERIA DE URBANISMO: 1. El acceso a la información urbanística y su divulgación. 2. La participación pública en la fase de planeamiento urbanístico. 3. La participación pública en la fase de ejecución del planeamiento. 4. La participación pública en la fase de disciplina urbanística. 5. La participación pública en cuestiones colaterales al urbanismo.– III. LAS «MEJORES TÉCNICAS DISPONIBLES» SOBRE INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA.– IV. CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El artículo ofrece una panorámica sistematizada de los instrumentos de información administrativa y participación del público aplicados al urbanismo en las fases de planeamiento, ejecución y disciplina, criticando la dispersión y el inmovilismo de una normativa que ha reducido la participación ciudadana al trámite de información pública. Para mejorar esta regulación formularia e incluso simplista se apuntan las conexiones con otras experiencias puntuales de la legislación sectorial ajena al urbanismo, y se proponen las mejores soluciones en materia de información y participación adoptadas por las leyes urbanísticas autonómicas.

Palabras clave: información administrativa; participación pública; urbanismo.

ABSTRACT: *This paper offers a panoramic and systematic view of the legal tools used for enabling the administrative information and public participation in urban matters (planning, development and enforcement). The paper criticizes the disperse and ultra-conservative regulations that have lead to equating participation of the citizens with the so-called «public information» procedure. In order to improve such a customary and simplistic regulations, a consideration of other legal features and experiences alien to the urban framework is proposed, as well as the observation of the best solutions enacted by the Autonomous Communities urban regulations in the field of information and participation of the public.*

Key words: administrative information; public participation; urban planning.

I. AUGE, DECLIVE Y RECONVERSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN: SU REFLEJO EN EL URBANISMO

Aunque la presencia de elementos participativos en el desempeño administrativo en España es anterior a la Constitución, existe un convenio general en cuanto a la consagración del paradigma participativo en la Administración pública con el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho (1). En los arts. 9.2 *in fine*, 23.1, 29 y 105.a) de la Constitución se cimenta el modelo participativo del ejercicio del poder público (y, por extensión, de la actuación administrativa). La participación ciudadana en el giro o tráfico administrativo se contempla como una derivación de la participación política en general, aunque el alcance jurídico de una y otra sean distintos: en cuanto a la primera, la Constitución se limita a encomendar al Legislador la regulación de la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (2). No obstante, y a pesar de sus limitaciones, cabe afirmar el reconocimiento constitucional de un sistema de actuación administrativa de marcado carácter participativo.

La cuestión de la participación del público en la Administración atiene a varios de los aspectos cruciales del Derecho público contemporáneo: al sustento y al reflejo democrático de la actuación administrativa y su legitimidad, al discurso sobre la eficacia de la acción normativa de la Administración, a la definición de una posición jurídica del administrado frente a la Administración e incluso a la definición ontológica del propio modelo de Estado social pretendido por nuestra Constitución. Desde un punto de vista estrictamente burocrático, los valores afectados por la participación del público en la Administración son la credibilidad de las instituciones y su proximidad al administrado, la implicación

(1) La versión más primitiva de la participación pública en la Administración suele ubicarse en los apartados 4 y 5 del art. 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que regularon por primera vez con carácter general los todavía actuales mecanismos participativos de la audiencia e información públicas en los procedimientos administrativos de elaboración de reglamentos. Lejos de significar un aspecto social, el fundamento de esta previsión era más bien una exigencia ideológica de un Estado corporativo abundantemente dotado de elementos autoadministrativos y participativos que fueron exhaustivamente analizados en su dimensión técnica por FORTÉS ENGEL (1977). También reflexionó sobre el impacto de la participación en las mutaciones del Derecho administrativo, con un carácter marcadamente premonitorio, MUÑOZ MACHADO (1977: 528-534). Una vez los cimientos del Estado se tornaron democráticos, la participación se convirtió en un auténtico filón para la doctrina: vid. SÁNCHEZ MORÓN (1979: 171-205) y, con posterioridad y mayor extensión (1980). MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1985: 63-106), reflexionó sobre el diseño constitucional del modelo participativo, postulando como orientación y límite del mismo los principios de eficacia administrativa, legalidad y el carácter servicial de la Administración pública.

(2) Esta encomienda es una derivada del carácter social del Estado, de la garantía de la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 de la Constitución), pero no tanto de la proclamación del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes (art. 23), como destaca CIERCO SEIRA (2002: 124-127).

de éste en las tareas públicas *uti cives*, la más idónea composición del interés general a partir de los intereses particulares, el reforzamiento de la actuación administrativa. Aun a riesgo de pervertir o sesgar la actuación administrativa en función de los intereses de los participantes, un procedimiento administrativo decisorio completado con dosis de participación del público afectado arroja como resultado un acto o una disposición general menos contestada, protegida *per se* de impugnaciones de parte, con el consiguiente ahorro de recursos públicos (3). No es de extrañar, por lo tanto, que tantas bondades de la participación del ciudadano en los asuntos administrativos la hicieran tempranamente acreedora a la atención de la mejor doctrina administrativista, la cual distinguió tempranamente tres tipos de participación: la funcional, traducible en una actuación cooperativa del ciudadano con la Administración bajo distintas fórmulas entre las que se cuentan la concurrencia en períodos de audiencia e información pública, la elevación de denuncias, el ejercicio de la acción pública en los sectores en que ésta se reconoce (urbanismo, protección del litoral, del patrimonio cultural y, limitadamente, del medio ambiente) y el derecho de petición o propuesta; la orgánica, que se materializa con la efectiva incorporación o integración de los ciudadanos en algunos órganos o estructuras administrativas; y la cooperativa o voluntaria (4). Así pues, la configuración de la Administración postconstitucional

(3) De semejante riesgo de «captura» del interés general por los intereses particulares ya alertó en su día NIETO GARCÍA (1975: 27).

(4) De acuerdo con la ya clásica tipificación actualmente vertida en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006: 85-96). Aunque su utilidad e impacto son, a mi juicio, de menor trascendencia práctica, cabe recordar la existencia de figuras dedicadas a la participación orgánica en materia urbanística, como lo demuestra la existencia de órganos consultivos encargados de incentivar o canalizar la presencia ciudadana. Así, por ejemplo, el Consejo Asesor del Medio Ambiente y Ordenación Territorial regulado en el art. 225 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias —Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo—, el Consejo Social de Política Territorial regulado en el art. 13 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia —Decreto Legislativo 1/2005, 10 junio—, el Consejo Social de Política Territorial de la Comunidad Foral, regulado en el art. 15 de la Ley Foral 35/2002, 20 diciembre, de *Ordenación del Territorio y Urbanismo*, el Consejo de Urbanismo de Aragón y los Consejos Provinciales de Urbanismo (los cuales, «sin perjuicio de las competencias que les correspondan como órganos activos, actuarán también como órganos consultivos y de participación de la Comunidad Autónoma» y cuya composición «contará con representaciones de las organizaciones más representativas de las entidades locales, empresariales y sindicales, fomentará la participación ciudadana y podrá incluir la asistencia de expertos y especialistas en materia de urbanismo», de acuerdo con el art. 4 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón), el Consejo Asesor del Planeamiento Municipal regulado en el artículo 109 y ss. de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de *Suelo y Urbanismo del País Vasco*, «órgano ... de existencia obligatoria en los municipios que tengan la competencia, propia o delegada, para la aprobación definitiva de planes generales», cuya composición «garantizará la presencia del movimiento asociativo vecinal y de representantes de entidades u organizaciones dedicadas a la protección y defensa medioambiental que intervengan en el término municipal»; o los consejos asesores urbanísticos de carácter informativo y deliberativo que, con carácter facultativo, pueden constituir los ayuntamientos de acuerdo con el art. 8.2 del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña —Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto—.

y el desempeño de su actividad estuvo marcado, en los años siguientes a 1978, por el desarrollo de las citadas fórmulas participativas —particularmente, de las funcionales—.

No obstante, la «euforia participativa» —un estado de ánimo colectivo caracterizado por un diseño inflacionario de órganos administrativos mixtos en la legislación sectorial, un vasto despliegue de la Administración consultiva, una revalorización teórica de los mecanismos típicos de audiencia e información pública en los procedimientos administrativos y un giro en la interpretación jurisprudencial acerca de la esencialidad y el carácter preceptivo de dichos trámites participativos (5)— se vio pronto superada por una realidad menos halagüeña, alentando una ola de escepticismo que sucedió a las alabanzas generalizadas de la doctrina hacia toda especie participativa (6). En efecto, los riesgos advertidos se vieron materializados en menos de una década, dando lugar a una situación de «parálisis por el análisis» en las tomas de decisiones administrativas, a una organización cada vez más barroca expuesta a riesgos de captura y bloqueo por parte de minorías activas y clientelares que, adoptando un tono contestatario y reivindicativo, eran capaces de eclipsar a una colectividad de individuos invertebrada y desorientada, la cual encontraba difícil el acceso a unas estructuras administrativas celosas de la impermeabilidad burocrática. El saldo negativo de la participación pública en los albores de la era constitucional se debió al desconocimiento y desconfianza de las instancias participativas por parte de la ciudadanía y, en todo caso, al deficiente aprovechamiento de las mismas. En el trasfondo de estas razones se hallaba, seguramente, una exagerada concepción de la participación como panacea de los males administrativos y, consecuentemente, un diseño legal maximalista de los instrumentos participativos (7). La

(5) Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo nunca ha sido uniforme al respecto, la vigente interpretación mayoritaria se inclina por entender que la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo es causa determinante de la nulidad radical de la disposición, a la luz del art. 105 a) de la Constitución. Vid. JIMÉNEZ PLAZA (2004). Para DOMÉNECH PASCUAL (2002: 264-267), el trámite de audiencia reviste especial importancia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, por afectar al respeto a la dignidad humana, testimoniar la legitimación democrática de la disposición reglamentaria y ser una garantía de acierto y no conflictividad de la misma.

(6) Vid., por ejemplo, la crítica SANTAMARÍA PASTOR (1988: 803 y 804): «Cabe advertir del carácter experimental y aún poco meditado de los mecanismos de participación externa, que todavía presentan aristas peligrosas: la escasa claridad de los criterios de selección de las organizaciones dialogantes, su visión sectorial de los problemas, carente de perspectiva global...; la defensa directa de intereses particulares y otros muchos aspectos, son cuestiones que hacen imprescindible un reflexión y un debate más meditado... estos mecanismos participativos cortocircuitan la institución parlamentaria y los partidos, creando una línea de conexión directa entre la burocracia y las organizaciones representativas de intereses e incrementando el grado de legitimación de los productos reglamentarios a costa de la ley; una perspectiva tan prometedora como inquietante, por cierto, que es necesario manejar con exquisito cuidado».

(7) Decía BERMEJO VERA (1993: 639-646) que «la celeridad legislativa en el cumplimiento de postulados constitucionales —y, en consecuencia, el establecimiento de fórmulas orgánicas y

legislación debería haber sido —y todavía debería serlo ahora mismo— más atenta a las condiciones reales de los sujetos de la participación, acomodándose a ellas las dinámicas participativas y perfilándose mejor las exigencias formales de la regulación, disponiendo los medios para, por ejemplo, garantizar la efectiva ponderación administrativa de las aportaciones particulares en aras de la operatividad real de la audiencia e información pública. De otro modo, la participación corre el riesgo de aparecer como un mero recurso teórico, bien intencionado pero poco efectivo en la práctica.

Últimamente, como resultado de la importación de todo el aparato teórico asociado al concepto de «gobernanza» (8), de la renovación del debate sobre la posición jurídica del administrado-colaborador con la Administración (9) y del convencimiento de la importancia de la información como presupuesto de la participación (10), se ha reavivado el interés por la cuestión de la presencia

funcionales de participación en las normas— no se ve acompañada de la previsión normativa de sus efectos o consecuencias jurídicas». Por su parte, PEREZ MORENO (1992: 91-132), identificó las causas de la crisis de la participación en una patología de las técnicas de información y audiencia, una falta de atención institucional real a la participación activa ciudadana, la canalización externa —fuera del expediente, por la vía de hecho— de las aspiraciones particulares. En su opinión, «la participación administrativa en la primera década de vigencia de la Constitución Española de 1978 ha atravesado por una etapa de desorientación», cuyas causas complejas pueden hallarse en el exceso de politización de la vida social.

(8) Vid. SHAPIRO (2005: 203-212).

(9) Como manifestación de la crisis del Estado administrativo han proliferado entre nosotros los fenómenos de gestión privada de funciones públicas, ya sea por parte de los propios afectados por la intervención administrativa como de agentes colaboradores de la Administración distintos de los interesados (heteroadministración). La generalización del término «autorregulación» se debe a autores como ESTEVE PARDO (2002); CANALS I AMETLLER, (2003); DARNACULLETA I GARDELLA (2005). Recientemente, la doctrina al respecto se ha condensado en el volumen colectivo coordinado por GALÁN GALÁN y PRIETO ROMERO (2010). La gestión compartida horizontal (público-privado) ha hecho fortuna en los campos de la seguridad y calidad industrial, así como en materia de protección del medio ambiente: vid. MORA RUIZ, (2007); ESCARTÍN ESCUDÉ (2010: 99-109) y BERMEJO LATRE (2006: 183-204). El término «autorregulación», a mi juicio, se aplicaría al primero de los supuestos de ejercicio de funciones públicas (donde los actuantes son los mismos sujetos pasivos de la intervención administrativa), en tanto que el término «heteroadministración» sería más apropiado para significar la realización de dichas funciones por terceros ajenos tanto a la Administración como a los particulares destinatarios de la acción administrativa. Bajo cualquiera de las posibles denominaciones, la cogestión horizontal supone una evolución, un estadio ulterior al de la mera participación del administrado en la actividad administrativa.

(10) Más allá del análisis de las reglas sobre el acceso a los expedientes administrativos, la información administrativa ha cobrado recientemente un valor inusitado, tanto desde el punto de vista político como desde una perspectiva meramente comercial: vid. TORNOS MAS, GALÁN GALÁN (2000); GALÁN GALÁN, CERRILLO I MARTÍNEZ (2006). A partir de estas premisas, el acceso a la información administrativa se ha revalorizado todavía más, dando lugar a un ferviente discurso en pos de la transparencia administrativa, que pronto se verá materializado en la oportuna *Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* cuyo proyecto ha sido aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012. Vid. GUICHOT REINA (2009) y (2010); GARCÍA MACHO (2010).

del público en la formación de la voluntad administrativa, surgiendo nuevas perspectivas para el debate sobre la participación en las diversas dimensiones (subjetivas, objetivas y funcionales) de la Administración. A todo ello ha contribuido la potente influencia en el Derecho administrativo sectorial de nuevas preocupaciones y desarrollos del Derecho internacional y comunitario, como sucede con la regulación de la participación del público en asuntos ambientales (11).

El resultado actual de este proceso evolutivo de la participación pública en la Administración española es una normativa ya antigua, fragmentaria, parcheada sectorialmente y superada por la realidad, en la medida en que se están ensayando al margen de ella nuevas técnicas tales como los presupuestos participativos, las audiencias parlamentarias, las conferencias y comités consultivos, las consultas personalizadas a las partes afectadas, los cuestionarios y entrevistas populares, así como nuevas e imaginativas formas de presentar la información en poder de las Administraciones públicas al hilo de sus procesos de programación y planificación. A su vez, se mantiene y se reaviva el clamor doctrinal favorable a una traducción operativa de las formas de participación ya existentes, a falta todavía de un completo y acabado reconocimiento legal del derecho de los administrados a tomar parte en la toma de decisiones públicas.

Todo este panorama, desde el nacimiento hasta el auge, posterior declive y reinención de la participación pública en la experiencia administrativa española, tiene un eco directo en el campo del urbanismo, sector tradicionalmente propicio a la presencia ciudadana en la formación de la voluntad institucional (12). Desde que la Ley de de 12 de mayo de 1956 *sobre régimen del suelo y ordenación urbana* dispusiera en sus arts. 32.1 y 223 el sometimiento a información pública de los planes urbanísticos y la acción pública para la protección de la legalidad y del planeamiento, las diversas fórmulas participativas han encontrado buen acomodo en las muchas fases o dimensiones del urbanismo (planeamiento, gestión y disciplina), como se verá a continuación. Pero también aquí se ha constatado un cierto fracaso de las citadas fórmulas, por idénticas razones a las expresadas en el examen de la evolución de la participación a escala general: la sofisticación técnica de la materia urbanística, la multiplicidad de intereses encontrados —y muchas veces también difusos— que deben fraguar en una decisión de ordenación territorial localizada, la fácil confusión entre los intereses ciudadanos individuales y colectivos, la insuficiencia de las prácticas participativas basadas en las

(11) Como lo demuestra la penetración en nuestro ordenamiento ambiental de los postulados del Convenio hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998 *sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente*. Sobre la participación del público en materia ambiental, remito *in toto* a la contribución a este monográfico de Gerardo GARCÍA ALVAREZ.

(12) SÁNCHEZ BLANCO (1989: 133-171), identificó el área del planeamiento urbanístico como una de aquellas donde las técnicas de participación incorporan índices de eficacia, por cuanto contribuye a dotar de mayor calidad a las disposiciones que han sido valoradas positivamente por sus destinatarios antes de que las mismas vean la luz.

meras observaciones de los interesados... No en vano, a mediados de los años noventa del siglo XX, y como reconocimiento de un relativo fracaso, un señalado documento oficial recogía entre sus recomendaciones la necesidad de «acrecentar el interés de la sociedad en la conformación del espacio colectivo en el que se desenvuelve su actividad, mediante el fomento de la participación pública tanto en la formulación del planeamiento como en su ejecución», añadiendo que «los procesos de información pública han de ser más efectivos, partiendo, en todo caso, de una profunda difusión de los documentos entre los ciudadanos mediante la utilización de lenguajes claros, foros adecuados () y formas de comunicación que permitan realmente la toma de posición de la sociedad en el debate urbanístico y, por lo tanto, incrementar su capacidad de presión para disfrutar de un entorno digno, así como para responsabilizar a los ciudadanos en la construcción y gestión de una ciudad ecológicamente de calidad» (13).

Del hartazgo y desazón se ha pasado recientemente a un renovado interés por la participación del público en el urbanismo, que trasciende a los procedimientos de planificación y alcanza también al perfeccionamiento de la fase de divulgación de la información urbanística (14). En efecto, geógrafos, arquitectos, sociólogos y hasta algún jurista vienen desde hace algún tiempo postulando una reconsideración al alza de la participación pública en materia de urbanismo, llegándose a expresar estas preocupaciones en toda una exótica adjetivación del urbanismo: participativo, comunitarista o procomunitario, de proximidad, *p2p* (*peer to peer* o «punto a punto»), *wiki*, colaborativo o cooperativo, reactivo, emergente, táctico, infocomunicativo, representativo, multimodal, *open source*, *bottom-up*, *smart*... (15).

La traducción normativa de este renovado interés por la participación del público en asuntos urbanísticos se aprecia, principalmente, en la consagración

(13) *Informe sobre suelo y urbanismo en España* (1996: 218).

(14) En este mismo sentido, un grupo de reconocidos arquitectos españoles suscribió el 26 de octubre de 2007 la llamada «Carta del Ebro», documento que refleja la apuesta profesional por un urbanismo social, en el que se afirma que «los ciudadanos deben ocupar el primer plano en la conformación de la ciudad. La extensión de la democracia urbana y la igualdad de condiciones que garanticen los derechos de los ciudadanos han de estar siempre presentes (...) La educación y concienciación de la ciudadanía (...) deben ser prioritarios (...) las legislaciones urbanísticas deben recuperar, y exigir, la participación ciudadana como aportación a la necesaria transparencia del proceso de planificación de la ciudad. Las herramientas del planeamiento urbanístico deben ser comprensibles para toda la población, como medio que garantice esa participación. Es imprescindible recuperar la concepción del planeamiento como instrumento para la definición del modelo de ciudad en los aspectos de ordenación, conformación económica y social y programación de la gestión».

(15) El movimiento en pos de una democratización del urbanismo y una superación de sus limitaciones impuestas por un enfoque capitalista en la concepción de la ciudad tiene como inspiradores a David HARVEY y Henri LEFEBVRE. Vid., entre nosotros, CÁMARA MENOYO (2012: 19-32), y la bibliografía allí citada. Desde la perspectiva estrictamente jurídica, interesan particularmente los estudios de GONZÁLEZ ORDOVÁS (2001: 18-24, recientemente reeditado en 2010) y posteriormente en (2003: 113-134).

de sendos derechos a la información y a la participación en los arts. 3.2.c) y 4.c), e) y f) de la vigente Ley de Suelo (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, LS'08 en adelante) (16). Ambos son derechos subjetivos puros, y no meros mandatos al legislador para que diseñe un sistema urbanístico más o menos amable socialmente. En algunos casos, la participación se integra incluso en la nómina de los deberes del ciudadano bajo la forma de la colaboración en la actuación pública de ordenación del territorio y en la actividad urbanística de planeamiento, gestión y disciplina, según las condiciones previstas legalmente (17). La elevación de la iniciativa, información y la participación al primer plano del estatuto del ciudadano ante la ordenación urbanística y territorial, lejos de ser un recurso ornamental, se vincula directamente con el concepto de «buena administración» (18). No se trata únicamente de una preocupación o de un principio exclusivo de la legislación urbanística española, sino que también a escala europea, aun sin carácter normativo ni fuerza vinculante, se alaba la participación como seña de identidad propia digna de conservación y potenciación (19).

(16) Del mismo modo, aun con una amplitud desigual, la legislación autonómica reconoce el derecho a la iniciativa, información y participación ciudadanas en materia urbanística: vid. arts. 6 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, *de ordenación urbanística de Andalucía*, 8.e) de la Ley 3/2009, de 17 de junio, *de Urbanismo de Aragón*, 7.2 del *Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias* —Decreto legislativo 1/2004, de 22 de abril—, 8 del *Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias* —Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo—, 8 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria*, 6 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, *de Urbanismo de Castilla y León*, 3.d) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, *del Suelo de la Comunidad de Madrid* —si bien nominalmente calificado como «principio rector de la ordenación urbanística»—, 8 del *Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha* —Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo—, 8 del *Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña* —Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto—, 7 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, *del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura*, 5.4 de la Ley 9/2002, 30 diciembre, *de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, 10 y 11 h), i) y k) de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, *de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja*, 9 del *Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia* —Decreto Legislativo 1/2005, 10 junio—, 7 y 8 de la Ley Foral 35/2002, 20 diciembre, *de Ordenación del Territorio y Urbanismo*, 6 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, *Urbanística Valenciana* y 8 y 9 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, *de Suelo y Urbanismo del País Vasco*.

(17) Así, por ejemplo, en el art. 12.f de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, *de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja* y, de manera aplicada, en el art. 59.6 del *del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña* —Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto—, que establece que «Los organismos públicos, los concesionarios de servicios públicos y los y las particulares tienen que facilitar la documentación y la información necesarias para la redacción de los planes urbanísticos».

(18) PONCE SOLÉ (2008: 488-548).

(19) En efecto, la *Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles*, suscrita el 12 de enero de 2007 durante la Presidencia alemana de la UE, dispone que «Las estrategias de desarrollo urbano integrado y la gestión cooperativa del desarrollo urbano pueden contribuir a un empleo

El propósito de estas páginas es ofrecer una panorámica sistematizada de los instrumentos participativos aplicados al más amplio entorno material del urbanismo en todos sus momentos y manifestaciones, procediendo a un minucioso análisis crítico de las normas que los regulan y conectándolas con otras experiencias puntuales de la legislación sectorial ajena al urbanismo. Además, se aprovecha la ocasión para realizar un ejercicio de *benchmarking* de las mejores soluciones en materia de información y participación adoptadas por las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas, con el ánimo de ofrecer la más completa visión del derecho a la participación del público en el sistema urbanístico español, propiciando cualquier iniciativa *de lege ferenda*.

II. LOS CONCRETOS MECANISMOS PARTICIPATIVOS EN MATERIA DE URBANISMO

1. El acceso a la información urbanística y su divulgación

En calidad de condición básica para el ejercicio igualitario de los derechos constitucionales, el art. 3.2.c) de la LS'08 impone a la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística la garantía de «el derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos». Semejante garantía no es otra cosa que la afirmación mediata de un derecho a la información urbanística individual y colectiva, el cual se consagra contundentemente en los párrafos c) y d) del art. 4 de la misma ley, en los siguientes términos: «acceder a la información de que dispongan las Administraciones públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora», así como a «ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora» (20). Se trata de una afirmación que supera los estrechos cauces para el acceso a la información administrativa dispuestos en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, dado que no exige que la información se halle recogida en expedientes correspondientes a procedimientos terminados en la fecha de solicitud del acceso, entre otras cosas. La norma recoge

fructífero del potencial de las ciudades europeas, particularmente con respecto a la competitividad y el crecimiento, además de reducir las disparidades en y entre los barrios. Dichas estrategias ofrecen a los ciudadanos una oportunidad para la participación social y democrática.

(20) El inciso «en los términos dispuestos por su legislación reguladora» ha de entenderse referido, como bien apunta BAÑO LEÓN (2009: 174-175), a la normativa procedimental correspondiente a cada Comunidad Autónoma, sin que pueda deducirse del mismo una necesidad de ulterior regulación habilitante que dificultase su ejercicio directo.

un derecho a obtener información «bajo demanda», distinguiendo además la condición de ciudadano de la de titular de la finca y precisando más el contenido de este derecho en este último caso (la conocida como «cédula urbanística», existente en nuestro Derecho desde 1956).

Tal y como se ha apuntado más arriba, hace tiempo que se ha asumido el valor de la información como presupuesto necesario para la participación. La LS'08, convencida de ello, obliga en su art. 11.4 a impulsar la publicidad del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor por medios telemáticos, así como del anuncio de su sometimiento a información pública. En sintonía con ello, el nuevo art. 70 *ter* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local* (LRBRL, añadido por la hoy disposición adicional 9ª de la LS'08) obliga a las Administraciones públicas competentes a poner a disposición de los ciudadanos copias completas de los instrumentos de ordenación, gestión y de los convenios urbanísticos; publicar por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, el anuncio de su sometimiento a información pública y cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración, así como a tener copias disponibles para los ciudadanos. Esta obligación de publicidad se puede cumplir sustitutoriamente por los entes supramunicipales de asistencia y cooperación técnica en los municipios menores de 5.000 habitantes —normalmente, las Diputaciones Provinciales—. A su vez, el art. 11.2 de la LS'08 exige la publicación en el boletín oficial correspondiente de los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, si bien remite a la legislación urbanística autonómica en cuanto a la publicación de las normas y ordenanzas contenidas en tales instrumentos (21).

Siendo loables estas disposiciones, parecen exclusivamente orientadas a la facilitación del trámite de información pública en la fase de planeamiento, soslayando otros momentos urbanísticos (ejecución y disciplina) en los que también cabe la intervención de los particulares. Se ha perdido la ocasión de establecer un sistema integral de información urbanística, al modo del «perfil de contratante» regulado en la legislación de contratos del sector público, en el que se recopilan las licencias otorgadas y denegadas, o la referencia de los procedimientos sancionadores y de restablecimiento de la legalidad urbanística en curso.

Por lo demás, nada se dice en la LS'08 sobre la comprensibilidad de los documentos urbanísticos puestos a disposición del público, más allá del art.

(21) Tras esta remisión se esconde, como recuerda GALÁN VIOQUE (2009: 315), la tradicional reticencia —luego vencida por la jurisprudencia que cita— de las Administraciones municipales a llevar al boletín oficial la suma de las normas urbanísticas que acompañan al plan, dado su volumen y el consiguiente elevado coste económico que entraña su publicación. Algunas leyes autonómicas, como se refiere en el epígrafe IV de este trabajo, han regulado de manera casi óptima la cuestión de la publicidad de los instrumentos de planeamiento, superando los problemas operativos aquí apuntados.

11.3, de acuerdo con el cual la documentación expuesta al público en los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística debe incluir un resumen ejecutivo expresivo de la delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración; así como, en su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión.

En el mismo sentido de promover la transparencia, la hoy disposición adicional 1ª de la LS'08 prevé, a cargo de la Administración General del Estado en colaboración con las Comunidades Autónomas, la definición y promoción de la aplicación de aquellos criterios y principios básicos que posibiliten la formación y permanente actualización del llamado «sistema de información urbana», un sistema público general e integrado de información sobre suelo y urbanismo. Aunque se apela a la coordinación y complementación entre las administraciones competentes en la materia, no se atribuye la competencia específica a ninguna de ellas para la efectiva «formación y permanente actualización» del sistema. Además, nada se dice sobre el contenido específico de esta gran base de datos, las modalidades de acceso a la misma y su coordinación con el Registro de la Propiedad (sí advierte la norma acerca de la necesidad de procurar su compatibilidad y coordinación con el resto de sistemas de información y, en particular, con el catastro) (22).

Como puede apreciarse, las disposiciones en materia de información urbanística de la LS'08 suponen un avance respecto a la situación anterior, pero presentan todavía carencias que deberán suplir las regulaciones autonómicas o incluso las praxis administrativas municipales. De otro modo, el recurso ocasional a razones de tipo ambiental para fundamentar solicitudes de información urbanística terminarán abriendo camino a un uso alternativo del derecho a la información ambiental, instalándose y superando las limitaciones de las normas específicamente urbanísticas: en estos momentos, el derecho a la información en materia de medio ambiente ya está dando legítima cobertura a solicitudes de información en sede urbanística, sobre todo en relación a clasificación de suelos (23). De hecho, la primera reprobación a España formulada por el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus de la ONU, ha tenido como supuesto de hecho un asunto propiamente urbanístico: la exigencia, por parte del Ayuntamiento de Murcia, del abono de dos euros por cada fotocopia de un plan de construcción de una urbanización que sumaba seiscientos páginas, además de

(22) Vid. la crítica al respecto de MENÉNDEZ REXACH (2008: 542-590).

(23) Vid., por ejemplo, la sintomática STSJ País Vasco 512/2003, de 16 junio. En este caso, un Ayuntamiento denegó el acceso a la información medioambiental relativa a las normas urbanísticas municipales y su grado de desarrollo solicitada por una asociación ecologista. Independientemente del resultado del proceso —sólo parcialmente favorable a los intereses de la asociación solicitante—, es patente cómo la solicitud amparada en la normativa de acceso a la información ambiental pretendía la obtención de datos de naturaleza y contenido urbanístico.

la colocación de los períodos de alegaciones durante las vacaciones veraniegas y navideñas (24).

2. La participación pública en la fase de planeamiento urbanístico

Indudablemente, y debido a una larga tradición histórica, la participación pública en materia de urbanismo se aprecia con su mayor expresividad en el procedimiento de elaboración y aprobación de instrumentos de planeamiento (y, dentro de éstos, del general). Es el art. 3.2.c) —último inciso— de la LS'08 el que impone a la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística la garantía de «la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas», incluyendo después en el catálogo de derechos del ciudadano en sede de política urbanística (art. 4.e) el de «participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate».

Este derecho se conecta con la exigencia que formula el art 11.1 de la LS'08 de que sean sometidos a información pública «todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas», así como los convenios de ordenación y perecuación con carácter previo a su suscripción. La esencialidad del trámite de información pública ha quedado demostrada por una constante jurisprudencia que sanciona la nulidad radical de los planes aprobados en ausencia del mismo (por todas, STS de 9 de julio de 1991). El trámite, que debe sustanciarse en los términos y por el plazo que establezca la legislación autonómica competente —si bien se fija un mínimo de duración para el mismo de veinte días hábiles (el exigido

(24) Hecho que suscitó la denuncia por parte de la Asociación para la Justicia Ambiental, dando lugar al informe pionero, si bien no vinculante, *Spain ACCC/2008/24; ECE/MP.PP/C.1/2009/8/Add.1, 30 September 2010*. Las referencias al proceso pueden hallarse en el recopilatorio titulado *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, recogido en http://rac.org.ua/fileadmin/user_upload/publications/ACCC_Case_Law_Electronic_Advanced_Version.pdf. Una completa relación del proceso, con toda su documentación, se halla en el sitio web <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/24TableSpain.html>. Por lo demás, cabe recordar que no es posible demonizar absolutamente la posibilidad de exigir tasas por el ejercicio del derecho a la participación, a la luz de la STJUE de 9 de noviembre de 2006 (asunto C-216/05), que la consideró compatible con la finalidad de la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, *relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente*, siempre y cuando su cuantía no impida el ejercicio del derecho (en el caso de autos no lo hacía, pues la tasa oscilaba entre los 20 y los 45 euros en función de las autoridades responsables de los procedimientos y del tipo de éstos).

en el art. 86.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*—, es el cauce elegido por la legislación española para posibilitar la materialización de una participación que se pretende efectiva, y para cualesquiera instrumentos de ordenación y ejecución urbanística, según la LS'08. Aunque la ley concreta el modo en que se puede realizar este derecho, por medio de la formulación de «alegaciones, propuestas, reclamaciones y quejas» y el correlativo deber de la Administración de dar una respuesta motivada a aquellas, las insuficiencias demostradas en la práctica han suscitado acendradas y acertadas críticas: de todas ellas cabe destacar la relativa perversión de un trámite inicialmente concebido para canalizar el debate ciudadano, hoy más bien trocado en un mecanismo de articulación de las alegaciones de los propietarios (25).

En una opinión a medio camino entre la sociología y el Derecho, se advierte cómo la participación social en el urbanismo basada en la técnica de la información pública es, fundamentalmente, reivindicativa, defensiva o reaccional, puntual y referida a procesos y momentos concretos, lejos del ideal de una participación constructiva o proactiva, continua, constante o estratégica. La información pública sigue siendo una asignatura pendiente en sede de urbanismo, y se halla rendida al servicio de una suerte de «despotismo ilustrado» debido a las rigideces formales del trámite (brevedad de sus plazos, indistinción y asimetría de los sujetos, extensión y complejidad técnica del objeto, elevado coste económico y temporal del proceso, tendencia institucional al control de la participación y resolución formularia y aun arbitraria de las alegaciones...) (26). En realidad, tras el término «información» se esconde toda una actividad intensa de investigación, debate, comunicación y negociación que se ha completado en la práctica de manera informal, con técnicas proactivas tales como las encuestas de opinión colectiva, reuniones de expertos y líderes abiertas a entidades y movimientos sociales, *referenda* sobre cuestiones estrictamente puntuales, talleres y acciones formativas, conferencias, concursos de ideas y, en general, la explotación de cualquier potencialidad ofrecida por las tecnologías de la información y de la comunicación en red (27).

(25) Así lo afirma BAÑO LEÓN (2009: 177).

(26) Una visión aplicada de los problemas de la participación ciudadana en el urbanismo puede hallarse en las contribuciones a las VIII Jornadas de Hartu-emanak *Formación y participación en la Práctica del Urbanismo. La Ciudad y el Territorio como identidades colectivas*, Bilbao, 2008. En este mismo sentido, vid. la aportación de BOIRA MAIQUES (2003: 317-332). Por su parte, MARTÍNEZ LÓPEZ (2012) critica el planteamiento de la participación en materia de urbanismo por su formalismo y su reducción a la visión oficial del urbanismo (centrada exclusivamente en el planeamiento), así como por la complejidad de los procesos participativos, las sospechas de partidismo o electoralismo, y las dilaciones de las decisiones administrativas.

(27) Sin embargo, la receptividad de los Legisladores a esta superación del significativo por el significado es todavía escasa. Así, por ejemplo, consciente de la insuficiencia de los trámites de información pública para materializar una participación efectiva, el art. 6.6 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, *Urbanística Valenciana*, obliga a los Ayuntamientos a establecer cauces de participación de los ciudadanos adicionales.

Frente a los riesgos de ausencia de rigor de este tipo de técnicas complementarias y ante el temor de que surtan un efecto placebo entre la ciudadanía afectada por los procedimientos de planeamiento, cabe recordar los —por otra parte, bastante pocos— condicionantes normativos del trámite de información pública: están llamados a participar una universalidad de ciudadanos y entidades, de modo que nadie está formalmente excluido y pueden sustanciar alegaciones turistas no residentes, vecinos de municipios aledaños afectados por algún fenómeno de incidencia urbana tal como el consumo de agua y de energía o el transporte interurbano, hasta incluso menores (representantes de las futuras generaciones usuarias de la ciudad). La información pública tiene lugar tras la aprobación inicial del instrumento de planeamiento (28). Por otro lado, los Ayuntamientos no se encuentran vinculados por las alegaciones formuladas de resultados del trámite de información pública, aunque la jurisprudencia es estricta en cuanto a la motivación de las respuestas. Finalmente, es costumbre, tomada por la mayoría de las leyes urbanísticas autonómicas del art. 130 del viejo Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RD 2159/1978, de 23 de junio), que se abra un segundo período de información pública en los planes que incorporen modificaciones sustanciales respecto del documento aprobado inicialmente (29). A pesar de que la repetición de la información pública plantea problemas desde el punto de vista de la eficiencia administrativa y dificulta la articulación entre las consultas públicas puramente urbanísticas y las ambientales, lo cierto es que la duplicación del trámite completa las exigencias de seguridad jurídica y respeto a la confianza legítima, y refuerza la función relacional de la información pública al permitir un debate de ida y vuelta entre la Administración y la sociedad (30).

(28) Aunque parece, a la vista del art. 20.3 del *Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias* —Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo—, que la participación podría extenderse incluso al momento de elaboración del anteproyecto o avance del plan, sumándose a la que opera en el curso de la aprobación de éste: «el organismo competente considerará las sugerencias de la participación ciudadana y de los informes. Finalizados los trabajos de redacción del Plan, el organismo redactor procederá a su aprobación inicial y lo someterá a información pública y a consulta a los Ayuntamientos de la isla, a los Departamentos del Gobierno y al Cabildo, en su caso».

(29) Como recuerda GALÁN VIOGUE (2009: 309), la jurisprudencia entiende por sustancial la supresión de equipamientos públicos, la refundición de diversas modificaciones puntuales no sometidas a información pública, la introducción de una nueva calle, o la adaptación del plan a determinaciones legales sobrevenidas a su aprobación inicial, no siéndolo la disminución de aprovechamiento urbanístico de ciertas parcelas, la desclasificación de un suelo urbanizable, el aumento en la altura de las edificaciones o una reubicación de un sistema general de espacios libres.

(30) Extremadamente crítico se muestra BAÑO LEÓN (2009: 178-182) con la sacralización de la regla de duplicación de la información pública en caso de modificaciones sustanciales resultantes del trámite: en su opinión, el Tribunal Supremo incurre en una exageración interpretativa, además de en un exceso competencial, en su STS de 9 de diciembre de 2008, al entender que la supresión de la segunda información pública operada por la legislación urbanística valenciana de 1994 se apartó del pretendido derecho a la participación consagrado en la entonces vigente legislación básica de

En cualquier caso, el carácter normativo (reglamentario) de los instrumentos de ordenación urbanística podría justificar que, a modo de cuanto sucede con las disposiciones de carácter general ordinarias, la fracción de la normativa urbanística dedicada a la participación distinguiera entre los mecanismos de audiencia (entendida como llamada selectiva a ciertas entidades, colectivos o individuos predeterminados) y de información pública (concebida como recepción indiscriminada de opiniones del público general), adaptando las exigencias formales de la participación a las condiciones propias de los destinatarios de uno y otro trámite (31). Así pues, con ocasión de la aprobación de los instrumentos de planeamiento —y en función de la escala territorial de cada plan—, la Administración debería orientar el trámite de audiencia tanto a las entidades con personalidad jurídica reconocida (asociaciones de vecinos, ONGs ambientales, promotoras y constructoras inmobiliarias, compañías de servicios de interés general) como a los particulares interesados (propietarios afectados), dedicando el posterior de información pública al público en general (32).

Cuestión diferente, pero no menos importante, es la articulación de los momentos participativos propios de la legislación urbanística —hasta aquí examinados— y los salientes de la normativa de la llamada «evaluación ambiental estratégica». En efecto, como es sabido, el art. 15.1 de la LS'08 remite a la regulación específica en la materia, hoy constituida por la Ley 9/2006, de 28 de abril, *sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente*. De ahí emerge la duda acerca del solapamiento entre ambos

suelo (art. 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, *sobre régimen del suelo y valoraciones*). Para BAÑO, las leyes autonómicas pueden prescindir de la segunda información pública si las modificaciones sustanciales proceden de una correcta ponderación de las alegaciones formuladas en la primera, y siempre y cuando quede garantizada una adecuada información a quienes renunciaron a alegar en ella (lo cual, a su juicio, es posible con una correcta y puntual publicidad de todos los actos del procedimiento de elaboración del plan).

(31) Así lo hacen algunas leyes autonómicas: por ejemplo, entre los principios recogidos en el art. 8.e) de la Ley 3/2009, de 17 de junio, *de urbanismo de Aragón*, se precisa que para garantizar el de participación ciudadana se han de habilitar «los trámites de información y audiencia pública»; también distinguen ambos trámites el art. 6.5 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, *Urbanística Valenciana* y el 7.e) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, *del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura*, que garantiza, además de la información pública, «la audiencia a cuantas asociaciones y colectivos previamente inscritos en el Registro municipal de asociaciones o en el creado al efecto y que resulten directamente afectados por las medidas dispuestas en los proyectos de planeamiento, facilitando la más cabal comprensión de su contenido a través de los medios de divulgación y participación que fueren precisos».

(32) Al modo de cuanto dispone el art. 32.2.3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, *de ordenación urbanística de Andalucía*, que obliga a «llamar al trámite de información pública a los propietarios de terrenos comprendidos en el ámbito de Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales que tengan por finalidad ordenar áreas urbanas sujetas a reforma Interior, de ámbito reducido y específico, o Estudios de Detalle. El llamamiento se realizará a cuantos figuren como propietarios en el Registro de la Propiedad y en el Catastro, mediante comunicación de la apertura y duración del período de información pública al domicilio que figure en aquellos».

procesos participativos: la información pública del plan inicialmente aprobado —usualmente de veinte días, sin perjuicio de mayor duración establecida por las leyes urbanísticas autonómicas— y la fase de consultas —de cuarenta y cinco días, según los arts. 7.1.b) y 10 de la citada Ley 9/2006— de la memoria ambiental aneja exigida para los planes urbanísticos (generales y, en los supuestos en que entrañen elementos innovadores respecto de éstos, también de los parciales y especiales). Como puede apreciarse, los plazos son diferentes y también el objeto de la participación (el avance del plan en el primer caso, la memoria ambiental en el segundo), aunque los sujetos llamados a participar coinciden y, en última instancia, los fundamentos de la participación son los mismos. Pues bien, las soluciones adoptadas por las legislaciones autonómicas son dispares y heterogéneas, hallándose ora en las leyes urbanísticas ora en las de protección ambiental, integrándose ambos trámites o manteniéndose separados (33).

3. La participación pública en la fase de ejecución del planeamiento

En paralelo con el espíritu y las técnicas de participación pública concebidos por la legislación urbanística para ser aplicados a la fase de diseño de la ciudad discurren el espíritu y las técnicas de participación privada destinados al momento de la construcción de la urbe: así lo pretende la LS'08 al disponer en su art. 3.3 que «la gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada». A tal efecto, la normativa urbanística —primero la estatal, luego las autonómicas— han dispuesto un arsenal de técnicas colaborativas que se expresan en los denominados «sistemas de actuación» (34).

(33) Situación totalmente insatisfactoria, ante la cual, en opinión de FERNÁNDEZ TORRES (2009: 27-98), la Ley 9/2006 debería ejercer una función armonizadora dado su carácter básico. En el mismo sentido, proponiendo que las leyes autonómicas unifiquen ambos trámites dándoles un sentido efectivo entre otras cosas, para evitar la —en su opinión— ilógica duplicación del trámite de información pública, vid. BAÑO LEÓN (2009: 182).

(34) En la terminología urbanística se entiende por tales toda técnica de ejecución del planeamiento, en cuya dinámica se articulan la acción pública y la participación o iniciativa privadas. La regulación de estos sistemas recae en el ámbito competencial autonómico, en cuyo seno se han integrado, renovado e incluso innovado los sistemas clásicos de compensación, cooperación y expropiación regulados en la normativa urbanística estatal vigente hasta la STC 61/1997, de 21 de marzo. Las leyes autonómicas han ensayado variaciones muy dispares sobre el esquema estatal tradicional: ejecución forzosa, reparcelación forzosa o voluntaria, compensación básica, compensación concertada, concurrencia, concertación directa e indirecta, concierto y ejecución empresarial, entre otros muchos. De todos estos sistemas diseñados por las leyes autonómicas descolla, por suponer una ruptura con la tradición colaborativa o autoadministrativa de la legislación urbanística estatal, el de concesión de obra urbanizadora, basado en la institución heteroadministrativa, originaria del art. 29 de la ya derogada Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, *reguladora de la actividad urbanística* y luego generalizada en el resto de ordenamientos autonómicos, del *agente urbanizador* (un particular, propietario o no de terrenos incluidos en el ámbito de ejecución, encargado de la realización de las obras de urbanización de resultados de su selección en régimen de competencia).

Si bien esta participación de los particulares no se ejerce *uti cives*, sino que supone un fenómeno de auto y heteroadministración según las fórmulas elegidas para articularla, cabe reseñarla como prolongación de la filosofía participativa impresa en la legislación urbanística española.

Seguramente, este rasgo cooperativo del modelo urbanístico español se debe más a la necesidad que a la virtud, y refleja, más que un éxito, el fracaso de la legislación al no lograr resolver las tensiones entre autoridad pública y propiedad privada en la construcción del desarrollo urbano e inmobiliario del país (35). Sin embargo, es un hecho que los particulares están llamados a participar no sólo en el diseño urbano sino también en la materialización del mismo. Precisamente, y a estos efectos, el art. 6 de la LS'08 refunde los dictados básicos que vinculan, desde la legislación estatal, esta iniciativa privada en la urbanización, predisponiendo a la legislación autonómica sobre ordenación territorial y urbanística para la regulación de una serie de derechos: la «iniciativa de los particulares... para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente» (36), la «consulta a las Administraciones competentes» de la más amplia información urbanística necesaria para asegurar la integración de la urbanización en la «ciudad existente» (37), la obtención «de los organismos públicos... de cuantos elementos informativos precisen (quienes elaboren instrumentos de ordenación de iniciativa privada) para llevar a cabo su redacción» y, finalmente, la materialización de la «instalación, construcción o edificación permitidas» una vez los terrenos han sido urbanizados en tiempo y forma.

En definitiva, y también como resultado del singular modelo español de ejecución del diseño urbanístico, el art. 3.2 b) de la LS'08 impone a la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística la carga de garantizar «la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por esta Ley y las demás que sean de aplicación», añadiéndose en el art. 4.b) el derecho de todos los ciudadanos a

(35) Una crítica de fondo a la insuficiencia crónica de la legislación española a estos efectos puede hallarse en TEJEDOR BIELSA (1997: 29 y ss).

(36) Aquí puede apreciarse, en línea con lo antes apuntado, que el papel subsidiario de los particulares respecto de la Administración puede adoptar la veste autoadministrativa (si aquéllos son propietarios de los terrenos) o heteroadministrativa (si no lo son). En todo caso, y en estricto cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de contratación del sector público, la ley exige que la habilitación a particulares para la participación en la función pública urbanizadora sea atribuida «mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo».

(37) Tomo el término de DE GUERRERO MANSO (2011: 29 ss). El vocablo ha hecho fortuna en la doctrina, hasta el punto de penetrar en la jurisprudencia y hasta en la legislación: vid. el apartado II *in fine* de la exposición de motivos de la LS'08, donde se menciona expresamente.

«acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público, de acuerdo con la legislación reguladora de la actividad de que se trate». Esta participación, que no es tanto contributiva a la formación de la ciudad sino más bien frutiva de ésta, se traduce en la gratuidad de las instalaciones y servicios propiamente urbanísticos para la colectividad, gratuidad que es incluso mejorada con la dotación y continuo acrecimiento —en la medida en que exista actividad de promoción y desarrollo urbanos— de los patrimonios públicos de suelo y vivienda.

4. La participación pública en la fase de disciplina urbanística

El espacio de la participación ciudadana no se limita únicamente a la presencia de los intereses ciudadanos en el curso de la elaboración o alteración de los instrumentos de ordenación, sino que se extiende también a la defensa de la legalidad urbanística. Para ello, el ciudadano —y no sólo el vecino de un municipio concreto—, está investido de una legitimación *ope legis* —no basada en la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo—, reconocida en la legislación urbanística desde 1956 y mantenida por el art. 4.f) de la LS'08 y la totalidad de las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas (38). La regla de la acción pública, en virtud de la cual «todos los ciudadanos tienen derecho a ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora», ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial literal que la libera de toda condición (39). Por lo demás, la acción pública se extiende más allá de las materias estrictamente urbanísticas, al amparo de leyes sectoriales de indudable conexión con el urbanismo, como por ejemplo la defensa del patrimonio cultural (frente al deterioro de los centros históricos o de monumentos locales), de la calidad del medio ambiente urbano y de la integridad de la franja litoral en la medida en que ésta sea una realidad urbanística (lo cual se verifica, tristemente, en multitud de municipios costeros de nuestro país).

(38) Algunas incluso introducen importantes precisiones y ensanchan la regulación de este mecanismo reactivo, como sucede con la Ley Foral 35/2002, 20 diciembre, de *Ordenación del Territorio y Urbanismo*, cuyo art. 9.2 prevé que «si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística».

(39) La STS de 10 de noviembre de 2004 declara, evocando otra de 29 de noviembre de 1995, que el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo no está sujeto a ningún requisito especial. Vid. BUSTILLO BOLADO (2009: 1263-1284).

Finalmente, el ciudadano puede participar en la fase de la disciplina urbanística en calidad de denunciante, tanto de la comisión de infracciones urbanísticas como de la lesión al patrimonio urbanístico municipal, fungiendo como vigilante de la legalidad e implicándose en la defensa del mismo. En el segundo de los casos, regulado en el art. 68 de la LRBRL, el ejercicio de acciones en defensa de los bienes y derechos de titularidad municipal en nombre e interés de la entidad local (por ejemplo, el demanio local viario, ex art. 344 del Código Civil) genera incluso el derecho al reembolso municipal de las costas procesales y a la indemnización de los eventuales daños y perjuicios.

No obstante, el Derecho vigente no está totalmente predispuesto para explotar las capacidades colaborativas del «ciudadano vigilante»: fallan, una vez más, los mecanismos de información, en los que cabría practicar importantes avances (40).

5. La participación pública en cuestiones colaterales al urbanismo

Finalmente, no puede olvidarse que hay espacios abiertos para la participación en materia urbanística al margen de la propia normativa urbanística y hasta al margen de la propia normativa. En el primer caso, en el catálogo de derechos y deberes vecinales recogido en el art. 18 de la LRBRL se recogen el de «contribuir a la gestión municipal —cabe la urbanística, en su caso— mediante la colaboración voluntaria, cuando de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal», «pedir la consulta popular en los términos previstos en la Ley» y «ejercer la iniciativa popular en los términos previstos en la ley». Destaca, entre todos los derechos del citado precepto, el de «exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio». Este apartado remite al art. 26 de la misma LRBRL, en el cual se enumeran los servicios mínimos obligatorios, los cuales, en su inmensa mayoría, son accesorios al medio urbano y, en algunos casos, característicos y necesarios para su propia existencia: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas, parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos, protección civil, prevención y extinción de incendios, instalaciones deportivas

(40) Vid. el ya derogado 30.1.a) del *Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas* (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre), que obligaba a la Administración municipal a tramitar la solicitud de licencia de actividad clasificada «con arreglo a los siguientes trámites: abrirá información pública, por término de diez días, para que quienes se consideren afectados de algún modo por la actividad que se pretende establecer, puedan hacer las observaciones pertinentes. Se hará, además, notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento propuesto». Se impone una llamada de atención a la utilidad que desplegaría una disposición semejante, debidamente extrapolada al entorno de la normativa estrictamente urbanística.

de uso público, transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente. El derecho a la exigencia de dotación y prestación de estos servicios, si bien compete únicamente a los vecinos y no al público en general, es una modalidad clara de participación constructiva en materia de urbanismo, aun colateral a la legislación urbanística.

Otros ejemplos de instrumentos participativos aplicables a la praxis administrativa relativa al diseño y desarrollo de las ciudades puede hallarse en el art. 70 bis de la LRRL, precepto que constituye el marco general de la participación local al obligar a los ayuntamientos a establecer y regular «procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local». Así pues, es ausplicable la iniciativa popular vecinal para la presentación de propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos municipales en materia urbana (excluidos los planes generales, según la mayoría de la legislación urbanística autonómica), el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para la divulgación de información urbanística, la realización de encuestas y, en su caso, la celebración de consultas ciudadanas, o los últimamente ensayados «presupuestos participativos» (por ejemplo, para la selección y ubicación de dotaciones locales, sistemas de regulación del tráfico, dispositivos de señalización y/o protección monumental, etc.) (41).

Ulteriores formas liminares de participación deberían ser totalmente rechazadas, por colidir con el derecho de propiedad y, en algunos casos, por suponer riesgos para la seguridad y el orden públicos (por ejemplo, la *okupación* y/o la apropiación simbólica de ciertos espacios públicos abandonados, ocal, o incluso el abordaje independiente de obras civiles de interés local).

III. LAS «MEJORES TÉCNICAS DISPONIBLES» SOBRE INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA AUTONÓMICA

Como se ha apuntado en la introducción al presente trabajo, en la abundante y profusa legislación urbanística se pueden encontrar soluciones aplicadas que, debidamente combinadas y sumadas a la potenciación de las fórmulas participativas generales recién examinadas, resultarían en una regulación ideal de la información administrativa y participación del público en materia de urbanismo.

En primer lugar, es digna de mención la estricta regulación del derecho de acceso a la información en materia urbanística operada en los arts. 141, 143, 144, 145 y 148 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de *Urbanismo de Castilla*

(41) Sobre el amplio abanico de modalidades participativas urbanísticas allende la información pública vid. BOIRA MAIQUES (2003: 321).

y León. En ellos se tasan las posibles excepciones a su provisión, se prevé la universalidad subjetiva del acceso, se garantiza el respeto a la privacidad en su ejercicio, se establece la prioridad en el acceso a favor de los propietarios y demás afectados por cada actuación urbanística y se extienden las obligaciones formales sobre este trámite a los propietarios que actúen por iniciativa privada (42). Además se ofrece una completísima regulación en torno a la publicidad de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, garantizándose la puesta a disposición del público de un ejemplar en soporte papel con carácter permanente (además de en la página web municipal), el deber municipal de facilitar copias de dichos instrumentos y de atender las consultas de los particulares al menos una vez a la semana por parte de los servicios técnicos municipales o, en su defecto, los de provinciales. La ley prevé la provisión de medios de difusión complementarios según las características del Municipio y de los instrumentos urbanísticos concretos, y crea también el Registro de Urbanismo destinado a recoger un ejemplar completo de los instrumentos de ordenación del territorio y de planeamiento y gestión urbanísticos, incluidos los convenios, que se aprueben en el ámbito de la Comunidad Autónoma, así como de los estatutos de los consorcios y sociedades urbanísticas y de las entidades urbanísticas colaboradoras que se constituyan. Finalmente, se instituye la figura del «informe de seguimiento de la actividad urbanística», el cual debe ser elaborado y presentado pública y periódicamente por parte de la Junta de Castilla y León y de los Ayuntamientos con población igual o superior a 5.000 habitantes (en función de sus respectivas competencias). A mayor abundamiento, el art. 9.2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de *Suelo y Urbanismo del País Vasco* introduce un refuerzo de la calidad de la información urbanística ofrecida por las autoridades, al precisar que «todas las personas físicas o jurídicas podrán actuar de acuerdo con la información que se consigne en los documentos expedidos (...). La confianza en la veracidad y corrección de dicha información se presumirá legítima a los efectos, en su caso, de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En caso de error, los documentos expedidos no vinculan a la Administración, sin perjuicio de las indemnizaciones procedentes por daños y perjuicios».

En segundo lugar, resulta encomiable la idea de la programación de la participación ciudadana, con el fin de que su realización no resulte sistemática e irreflexiva. En este sentido, cabe destacar la figura del «programa de participación ciudadana en el plan general» regulada en el art. 108 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de *Suelo y Urbanismo del País Vasco*, de acuerdo con el cual

(42) En el mismo sentido, acaso con idéntica expresión literal, se pronuncia el art. 8 de la Ley Foral 35/2002, 20 diciembre, de *Ordenación del Territorio y Urbanismo*. La originalidad de esta norma respecto a la castellano-leonesa se reduce a prever un plazo máximo de resolución de las solicitudes de información territorial y urbanística (dos meses, salvo que la Ordenanza reguladora de la cédula urbanística establezca uno menor), y el deber administrativo de motivación de las resoluciones que deniegue total o parcialmente la información solicitada.

«el acuerdo municipal de inicio de la formulación, modificación o revisión de cualquier figura de planeamiento de ordenación estructural deberá estar acompañado de un programa de participación ciudadana en el que, según las características del municipio, se establecerán los objetivos, estrategias y mecanismos suficientes para posibilitar a los ciudadanos y ciudadanas y entidades asociativas el derecho a participar en el proceso de su elaboración. Entre estos mecanismos figurarán:

a) Sesiones abiertas al público explicativas del contenido del avance, en especial de las decisiones estratégicas de construcción de la ciudad y las posibles alternativas presentadas en la tramitación del expediente.

b) Posibilidad de celebrar consulta popular municipal, según la regulación establecida en la legislación básica de régimen local, en caso de graves controversias ciudadanas sobre alguno de los aspectos incluidos en el plan.

c) Material divulgativo, que deberá prepararse junto con los documentos legalmente exigidos para los instrumentos urbanísticos, al objeto de facilitar su difusión y comprensión».

Adicionalmente, para mejorar la comprensibilidad de los documentos sometidos a información pública y dotar de claridad al trámite, importa poner de relieve la disposición del art. 8.5 del Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña —Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto—, que obliga a la exposición conjunta con el plan de un documento comprensivo de un «resumen del alcance de sus determinaciones y, en caso de que se trate de la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico, plano de identificación de los ámbitos en los que la ordenación propuesta altera la vigente y resumen del alcance de esta alteración». Más lejos llega el art. 7.d) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, *del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura* cuando obliga a emplear «términos y expresiones inteligibles para cualquier clase de administrado, de modo que los efectos de las determinaciones de los documentos urbanísticos les sean conocidos sin dificultad»; y el 9.3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, *de Suelo y Urbanismo del País Vasco* cuando prevé el recurso municipal a «instrumentos de información indicativos y comparativos del estado actual y la imagen futura prevista por sus determinaciones».

Finalmente, y de resultas de la programación y ejecución, se hace posible la evaluación del proceso participativo tal y como pretenden los arts. 7.e) de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, *del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura*, al prever «la justificación de las garantías establecidas para la participación ciudadana, a través de la elaboración de los anejos documentales comprensivos del desarrollo íntegro del proceso de participación, que podrá consultarse con el resto de documentación del planeamiento cuando éste fuere aprobado»; o 62 y 68 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, *de Suelo y Urbanismo del País Vasco*, los cuales exigen, entre la documentación necesaria para la aprobación de los planes generales y parciales respectivamente, la existencia de una «memoria informativa y justificativa, que deberá (...) describir el proceso de formulación y selección de alternativas para la adopción de decisiones, el

análisis de las alegaciones, sugerencias y reclamaciones formuladas a título de participación ciudadana, y la justificación de las soluciones asumidas».

En tercer y último lugar, cabe destacar entre las mejores técnicas reguladas por las leyes urbanísticas autonómicas la protocolización de la sustanciación del trámite de información pública. Así pues, el art. 142.1 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de *Urbanismo de Castilla y León* contiene una serie de completas y sugestivas reglas para la información pública, que se transcriben a continuación:

a) La información pública se efectuará en las unidades administrativas más cercanas a los interesados, además de en los boletines oficiales, medios de comunicación y tabloneros de anuncios o edictos correspondientes.

b) Los anuncios de información pública indicarán claramente el instrumento o expediente objeto de la misma y la duración del período, así como el lugar, horario y página web dispuestos para la consulta.

c) Durante la información pública:

1. Podrá consultarse toda la documentación relacionada con el instrumento o expediente expuesto, en el lugar y horario dispuestos al efecto.
2. Podrá consultarse la documentación técnica relacionada con el instrumento o expediente expuesto en la página web municipal, o en su defecto en la página de la Diputación Provincial.
3. Podrán obtenerse copias de la documentación técnica relacionada con el instrumento o expediente expuesto.
4. Podrán presentarse tanto alegaciones como sugerencias, informes y todo tipo de documentos complementarios».

IV. CONCLUSIÓN

De las páginas que anteceden pueden extraerse una serie de conclusiones en cuanto al significado actual de la información administrativa y de la participación pública proyectadas al modelo urbanístico español. Partiendo de la base de un ordenamiento jurídico idealmente preparado —tanto en el plano constitucional como en el legal— para articular la colaboración del público en el desempeño administrativo, no es posible desconocer las carencias técnicas del Derecho en este sentido. La cuestión de la información administrativa, acertadamente reclamada como presupuesto necesario de la adecuada participación, es actualmente magmática, tras haber sido prácticamente desconocida por nuestro ordenamiento hasta la fecha. En cuanto a la participación del público en los asuntos administrativos, se aprecia una escasa evolución normativa de los instrumentos dispuestos para articularla, y una disgregación de su regulación en diversas fuentes normativas no siempre coherentes entre sí.

Enfocando la mirada hacia el entorno estrictamente urbanístico, la participación del público aparece como un fenómeno antiguo, acaso anquilosado en una fórmula por excelencia, por cierto de equívoca denominación: la información pública. Este fenómeno-trámite ha crecido en importancia gracias a las precisiones de la jurisprudencia, a la presión social y a intervenciones puntuales de los

legisladores autonómicos, pero tanto su regulación como su ejercicio han probado ya sus limitaciones y la realidad local está dando muestras de ello. Así pues, se han ido alumbrado fórmulas alegales de expresión de la voluntad ciudadana en la fase del planeamiento urbano, tales como las encuestas y consultas populares y los presupuestos participativos.

No obstante, aquí se ha defendido que el alcance de la participación puede y debe extenderse a otros momentos distintos del diseño urbano (planeamiento), tales como la construcción de la ciudad (ejecución) y la vigilancia del ordenado uso de la misma (disciplina). Hay mecanismos suficientes en la normativa, aun perfeccionables, para dar lugar a un mayor despliegue de la presencia del público (ciudadanos individuales y colectivos) en el urbanismo. Es preciso para ello, no obstante, ampliar el foco y contemplar regulaciones distintas de la estrictamente urbanística. El Derecho ambiental y, sobre todo, el local, son auténticos filones para la evolución de un marco participativo que vio su auge en la etapa inmediatamente postconstitucional, decayó al frustrarse las grandes expectativas creadas y ha recobrado bríos en un nuevo clima de afirmación del protagonismo de la sociedad frente al Estado.

Seguramente, sacralizar la participación y convertirla en un valor absoluto no es una propuesta inteligente, por reducir el interés general a una sola variable —la expresión de la diversidad urbana— y abocar a una complicación exponencial de los procesos urbanísticos. Pero la complejidad de intereses del mosaico urbano, que la Administración debe recomponer en el curso de su intervención urbanística, requiere un control adicional al jurisdiccional: el control social. Ante una situación de equilibrio inestable entre la radicalización de las instituciones democráticas y la estrechez normativa, entre el comunitarismo soberanista y la captura de los *lobbies* profesionales, se impone la revalorización de la participación como catalizador de los impulsos sociales, proponiendo la constante penetración de la cultura de la reflexión y el consenso, la colaboración y solidaridad, en la toma de decisiones relativas a las políticas urbanas. La participación pública en el urbanismo es también saludable desde el punto de vista operativo, pues permite ubicar los instrumentos de planificación en las coordenadas de la realidad que pretenden regular, mejorando la eficacia administrativa, flexibilizando y propiciando la transparencia la gestión pública, aumentando el control en el ejercicio del poder y reduciendo la conflictividad en la aplicación de los planes.

En suma, un desarrollo pleno de la participación del público permitirá una politización —en el sentido más puro del término—, del urbanismo. Siempre es buen momento para activar y potenciar la máxima y mejor participación ciudadana en el urbanismo. Ésta refleja y significa la imprescindible colaboración de los particulares en el manejo de un asunto del máximo interés público, cual es la principal infraestructura para la convivencia: la ciudad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: VIII Jornadas de Hartu-emanak *Formación y participación en la Práctica del Urbanismo. La Ciudad y el Territorio como identidades colectivas*, Ayuntamiento de Bilbao, 2008.
- BAÑO LEÓN, J.M.: *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009.
- BERMEJO LATRE, J.L.: «La gestión compartida de los espacios naturales protegidos en Aragón», en esta REVISTA, n. 29, 2006, pp. 183-204.
- BERMEJO VERA, J.: «La participación de los administrados en los órganos de la Administración pública», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje a Jesús González Pérez, tomo I*, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 639-646.
- BOIRA MAIQUES, J.V.: «La participación ciudadana y el urbanismo. ¿Radicalizar la democracia o democratizar el espacio?», en CAPEL, H. (coord.): *Ciudades, arquitectura y espacio urbano*, Colección Mediterráneo Económico nº 3, ed. Caja Rural Intermediterránea, 2003, p. 317-332.
- BUSTILLO BOLADO, R.O.: «La acción pública» en MARTÍN REBOLLO, L.; BUSTILLO BOLADO, R.O. (coords.): *Fundamentos de derecho urbanístico* vol. 1, 2009, pp. 1263-1284.
- CÁMARA MENOYO, C.: «Las iniciativas de participación ciudadana en el urbanismo. El urbanismo participativo, una nueva forma de entender la ciudad y la ciudadanía en la configuración de espacios públicos», en *URBS. Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales* vol. 2, nº 1, pp. 19-32
- CANALS I AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: (control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003.
- CIERCO SEIRA, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo común*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- DE GUERRERO MANSO, C.: *La ciudad existente: delimitación del suelo urbano y en situación de urbanizado*, ed. Iustel, Madrid, 2011.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V.: «Custodia del territorio y otras medidas de fomento», en *Noticias de la Unión Europea* nº 307, monográfico *Patrimonio natural y biodiversidad*, 2010, pp. 99-109.
- ESTEVE PARDO, J.: *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: *La evaluación ambiental estratégica de planes y programas urbanísticos*, ed. Aranzadi-Thomson, 2009.

- FORTÉS ENGEL, J.M.: *La información pública en el Derecho administrativo*, ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.
- GALÁN GALÁN, A.; PRIETO ROMERO, C.: *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, 2010.
- GALÁN GALÁN, A.; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coords.): *La reutilización de la información del sector público*, Comares, Granada, 2006.
- GALÁN VIOQUE, R.: «Procedimiento de elaboración», en MARTÍN REBOLLO, L.; BUSTILLO BOLADO, R.O. (coords.): *Fundamentos de derecho urbanístico* vol. 1, 2009, pp. 308-317.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo tomo II*, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA MACHO, R. (coord.): *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.J.: «La ciudad como forma del pensamiento (notas sobre los principios de la participación en la educación urbanística)», en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* nº 24, 2001, pp. 18-24, reeditado en AA.VV.: *Ninguna lucha social es en vano*, Fòrum de debats, Universitat de València, Valencia, 2010.
- «Derecho, ciudad y democracia (apuntes para una lectura urbana)» en BERNUZ BENEITEZ, M.J. y SUSÍN BETRÁN, R. (coords.): *Ciudadanía: dinámicas de pertenencia y exclusión* 2003, pp. 113-134.
- GUICHOT REINA, E.: *Publicidad y Privacidad de la Información Administrativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009 y *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho Europeo*, Global Law Press, Sevilla, 2010.
- Informe sobre suelo y urbanismo en España*, ed. Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Dirección General para la Vivienda, Urbanismo y Arquitectura, Madrid, 1996.
- JIMÉNEZ PLAZA, M.I.: *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, 2004.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «La participación en la Administración pública. Principios y límites», en *La participación*, Anuari de la Facultat de Dret-Estudi General de Lleida, Lleida, 1985, pp. 63-106.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: «La participación social en el urbanismo, en los límites de la realidad», artículo en soporte electrónico recogido en septiembre de 2012 en <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n34/ammr.html>.
- MENÉNDEZ REXACH, A.: «El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva ley de suelo y otras normas estatales recientes», en AA.VV.: *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma* vol. 2 (Ordenación del territorio y urbanismo), ed. Reus, Barcelona, 2008, pp. 542-590.

- MORA RUIZ, M.: *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración», en RAP n. 84, 1977, pp. 519-534.
- NIETO GARCÍA, A.: «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», en REDA n° 76, 1975, pp. 9-30.
- PEREZ MORENO, A.: «Crisis de la participación administrativa», en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, tomo I, Madrid, 1992, pp. 91-132.
- PONCE SOLÉ, J.: «Desarrollo territorial y urbanístico sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en AA.VV.: *El derecho urbanístico del siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, vol. 2 (Ordenación del territorio y urbanismo), ed. Reus, Barcelona, 2008, pp. 488-548.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «El principio de participación en la Constitución Española», en RAP n. 89, Madrid, 1979, pp. 171-205.
- *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: «La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho», en RAP n. 119, 1989, pp. 133-171.
- SHAPIRO, M.: «Un Derecho administrativo sin límites: reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coord.): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005; pp. 203-212.
- TEJEDOR BIELSA, J.C.: *Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A. (coords.): *Comunicación pública: la información administrativa al ciudadano*, Marcial Pons, 2000.

ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y ACCESO A LA JUSTICIA EN CUESTIONES AMBIENTALES: DEL CONVENIO DE AARHUS A LA SENTENCIA BOXUS

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REFERENCIA AL RÉGIMEN GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL.– III. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN CUESTIONES AMBIENTALES: 1. El derecho de acceso a la información ambiental: A) Evolución legislativa: el impulso del Convenio de Aarhus a través del Derecho internacional y del Derecho comunitario. B) La aplicación por el Tribunal Supremo: el concepto de «documentos o datos inconclusos». C) La ponderación conjunta de las excepciones en el acceso a la información en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2011, Office of Communications v. Information Commissioner. 2. La progresiva ampliación de la legitimación procesal en el Derecho comunitario y sus consecuencias en la jurisprudencia española. En especial, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009, Djurgården-Lilla Värtans.– IV. LEYES SINGULARES, PARTICIPACIÓN AMBIENTAL Y ACCESO A LA JUSTICIA EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EL CASO BOXUS.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Pese a la existencia de un derecho constitucional de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos, el legislador español se ha mostrado poco proclive a regular de forma generosa ese derecho. Esta reticencia no ha afectado al derecho de acceso a la documentación ambiental debido al impulso recibido desde el Derecho comunitario, de tal manera que, contrariamente a lo que sucede en otros países comunitarios, existe una marcada dualidad entre el derecho común de acceso y el que está reconocido en materia ambiental. Respecto al derecho de participación en materia ambiental, carece de sustantividad propia en Derecho español, aunque el reconocimiento de una legitimación procesal específica en materia ambiental, también producto del Derecho comunitario, tiene que plasmarse en una considerablemente mayor posibilidad de realizar alegaciones por parte de las asociaciones ambientalistas en los procedimientos administrativos con objeto ambiental.

Palabras clave: archivos y registros administrativos; acceso a la información ambiental; legitimación procesal ambiental; Convenio de Aarhus; jurisprudencia Boxus.

ABSTRACT: In spite of the existence of a constitutional right of the citizens to the access to the files and administrative records, the regulation of this right is not wide at Spanish Law. This reticence does not affect the right of access to the environmental information, due to the momentum received from the European Union Law. Contrary to the situation in other countries, there is a clear duality between the common right of access to administrative files and records and the regulation of the right of public access to environmental information. The right of participation in environmental decision-making is not an autonomous right at Spanish Law. Nevertheless, the regulation of a specific access to justice in environmental matters, also taken from the European Union law, shall result in a considerably major possibility for the environmentalists NGOs in order to introduce observations in the administrative procedures with environmental object.

Key words: public access to files and administrative records; public access to the environmental information; access to Justice in Environmental matters; Aarhus Convention; Boxus decision.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso de los particulares a la información en materia ambiental ha experimentado una muy considerable expansión y profundización en los últimos veinte años, producto del Derecho comunitario, primero en su regulación legal, tras una primera transposición tardía de la Directiva 90/313/CEE —llegó a abrirse el procedimiento de infracción contra España (1)— mediante la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la Información en materia de Medio Ambiente, texto legal que ha sido derogado y sustituido por la vigente Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (2), que como se indica en su título incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE. Los cambios legales se han producido en paralelo con una aplicación jurisprudencial del derecho de acceso a la información ambiental también considerablemente expansiva (3). Sin embargo, el derecho de participación ciudadana en las decisiones ambientales no ha tenido un desarrollo equiparable, no habiendo alcanzado una sustantividad

(1) SÁNCHEZ MORÓN (1995: p. 51)

(2) Esta Ley ha sido objeto de dos comentarios sistemáticos, a los que cabe remitirse: RAZQUIN LIZÁRRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007); LOZANO CUTANDA y GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (dirs.) (2008).

(3) Ilustran las diferentes etapas de esa expansión los interesantes trabajos de AGUDO GONZÁLEZ (2000: p. 121) o CASADO CASADO (2009: p. 281).

propia, sino que continúa siendo un elemento vinculado fundamentalmente a las evaluaciones de impacto ambiental.

Estos cambios no se han producido únicamente en el Derecho español, sino en los ordenamientos nacionales de otros miembros de la Unión Europea, tanto en lo relativo al acceso a la información en poder de las autoridades públicas, (4) como en otros aspectos muy relevantes del Derecho público (5).

Las peculiaridades del objeto de protección del Derecho ambiental ha sido la causa de diferencias significativas respecto a los presupuestos del Derecho administrativo general. La cuestión es si el Derecho administrativo va a evolucionar como consecuencia del impulso recibido desde el campo ambiental o por el contrario es el Derecho ambiental el que va a separarse paulatinamente de los principios y conceptos del Derecho administrativo general.

II. REFERENCIA AL RÉGIMEN GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

No sólo en los aspectos ambientales, sino en el régimen general del Derecho administrativo español existe, teóricamente al menos, un derecho general de los ciudadanos al acceso a la información administrativa. Sin embargo, no está consagrado un derecho general a participar en la toma de decisiones, incorporando alegaciones a los procedimientos administrativos, sino que tal posibilidad sólo se reconoce con carácter general a los interesados, consagrando el principio de legitimación, que no se limita a la posibilidad de recurrir jurídicamente las decisiones adoptadas.

Un derecho general a la información administrativa está reconocido en la Constitución de 1978, en el art. 105:

«La Ley regulará: (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

Claramente, la finalidad con la que el constituyente incluyó este precepto estaba en la superación del «modelo burocrático» de Administración, contra el cual se verían graves acusaciones en esos momentos. Como se sabe, el sistema legal surgido de la Revolución Francesa fue el marco más adecuado para el

(4) Un interesante examen de la evolución del ordenamiento italiano respecto al acceso a la información ambiental en TRIAS PRATS (2012: p. 393-420), que presenta paralelismos con lo ocurrido en España, aunque en el caso de Italia la evolución legislativa se iniciara con carácter previo a la Directiva 90/313/CEE, que no obstante contribuyó a reforzar esa evolución (p. 401).

(5) Respecto a una necesaria objetivación parcial de una tutela judicial caracterizada tradicionalmente por su carácter subjetivo en el contencioso-administrativo alemán, vid. DELGADO DEL SAZ (2012: p. 315-336).

crecimiento sobre nuevas bases de una Administración pública ya considerablemente desarrollada al final del Antiguo Régimen (6). Esta situación constituye lo que Max Weber describió como un sistema de «dominación legal con Administración burocrática», señalando que «el tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático» (7). En consecuencia, la legalidad no habría sido una mera exigencia de un ideario revolucionario, sino una necesidad de la organización racional (8). Del mismo modo, la superación del modelo burocrático sería una exigencia del nuevo ideal democrático.

También en el ámbito comunitario europea transparencia (y participación) se asocian a la recuperación de la confianza de los ciudadanos en las instituciones, objetivo del Libro Blanco sobre *La Gobernanza Europea* de 2001, que dio origen al Reglamento 1049/2001 (9).

Sin embargo, la eficacia práctica del art. 105 de la Constitución española ha sido ciertamente escasa, aunque haya que establecer un antes y un después en su desarrollo en la legislación ordinaria, que no tuvo lugar hasta la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común. No obstante, aunque aparentemente el art. 37 de la Ley 30/1992 reconoce un derecho general de acceso a los documentos relativos a procedimientos terminados que obren en poder de la Administración, contiene dos importantes excepciones (aparte de la remisión a numerosas regulaciones especiales). Primera, los documentos que afecten a la intimidad de las personas, entre los que se incluyen *ex lege* los incluidos en procedimientos sancionadores o disciplinarios; estos documentos sólo serán accesibles a los titulares de los datos. Segunda, la categoría mucho más amplia de los documentos nominativos (art. 37.3):

«El acceso a los documentos de carácter *nominativo* que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas *figuren en los procedimientos de aplicación del derecho*, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, *puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos*, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un *interés legítimo y directo*».

En otros términos, parece quererse reducir el acceso a quien pueda apoyarse en el documento para invocar un precedente administrativo, figura que no supone una vinculación para la Administración, pero sí una obligación específica de motivación (Ley 30/1992 art. 54):

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA (1994: p. 132-133).

(7) WEBER (1967: p. 225 y ss).

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA (1994: p. 191).

(9) GUICHOT (2011: p. 29 y 77 y ss).

«Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos».

Es decir, que la lógica del control difuso de la Administración ha derivado en la defensa de intereses individuales desde la perspectiva estricta del «interés legítimo».

Esto en lo que se refiere al legislador. En cuanto a la jurisprudencia, tras una interpretación inicial restrictiva, se ha abierto paso una aplicación más flexible.

Tras la Constitución, en un primer momento el Tribunal Supremo negó el valor normativo de esa previsión constitucional, entendiéndola inaplicable mientras no existiese una ley que específicamente la desarrollase: en la Sentencia de 16 de octubre de 1979 (ponente Fernando Roldán Martínez, Aranzadi RJ 3369/1979) consideró correcta la denegación de la solicitud presentada por un grupo de vecinos para el acceso a varios expedientes concesionales, puesto que la eficacia del art. 105.b) de la Constitución estaría condicionada a la Ley que lo desarrolle.

Con posterioridad a la aprobación de la Ley 30/1992, aunque refiriéndose a hechos sucedidos antes de su entrada en vigor, en la Sentencia de 30 de marzo de 1999 (ponente Juan Antonio Xiol Rios, recurso de casación núm. 6563/1994, Aranzadi RJ 3246/1999) se reconoció el derecho de acceso a los procedimientos ya terminados, pero basándose en el concepto más tradicional de interés legítimo. De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Supremo, interpretando la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 a la luz del art. 105 de la Constitución era preciso reconocer el derecho de acceso a los expedientes administrativos, *aunque estén terminados*, a todos los interesados, entendiéndolo por tal aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella. Se añadía, aunque en *obiter dictum*, que en la regulación del art. 37 de la Ley 30/1992 ya no se exigiría requisito alguno general de orden legitimador para poder obtener información, bastando con ostentar la cualidad de ciudadano.

En contraste con esa formulación tan general, en la Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2000 (ponente Mariano Baena del Alcázar, recurso de casación núm. 4289/1994, Aranzadi RJ 6733/2000) se marcó un contrapunto, se estableció un límite: el derecho de acceso de los ciudadanos puede ejercerse respecto de los datos o documentos en poder de la Administración, pero no existe ningún derecho a que esos datos se elaboren o seleccionen de una determinada forma a conveniencia del solicitante.

Con posterioridad el Tribunal Supremo ha emitido sentencias de distinto signo, en una línea en general equilibrada, aunque pueda apreciarse una inter-

pretación flexible del concepto de interesado, que en ningún caso se aplica de forma restrictiva. En este sentido, en la Sentencia de 16 de diciembre de 2011 (ponente Isabel Perelló Domenech, recurso de casación núm. 4607/2009, Aranzadi RJ 2012\2832) se reconocía el derecho de dos asociaciones al acceso a los documentos incluidos en el expediente tramitado con ocasión de la ayuda otorgada a una tercera entidad, una fundación también privada, para la gestión de Centros de Acceso Público a Internet. Según se deduce de la Sentencia citada, entre asociaciones y fundación se había mantenido una relación en el pasado, con traspasos de fondos y diversa documentación, sospechándose por las asociaciones un mal uso de la misma. En el fundamento tercero, el Tribunal Supremo señala literalmente que «es necesario utilizar una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos». En el caso concreto, aunque las asociaciones no hubieran podido ser parte en el procedimiento administrativo, sí tendrían derecho de acceso a la documentación del procedimiento terminado (fto tercero):

«Se trata de un derecho independiente del derecho a ser parte interesada en los procedimientos administrativos, de modo que la titularidad de ambos derechos no ha de coincidir necesariamente. *Si bien la condición de parte en el procedimiento lleva aparejado el derecho de acceso, éste también puede reconocerse a quienes no ostentan dicha cualidad*».

Ya con anterioridad el Tribunal Supremo había señalado que ese derecho de acceso es independiente de la posibilidad de recurrir una determinada decisión: en la Sentencia de 6 de junio de 2005 (ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva, recurso contencioso-administrativo núm. 68/2002, Aranzadi RJ 2005\6711), con ocasión de una solicitud de acceso a la documentación de unas oposiciones de ingreso al Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, se reconocía el derecho del solicitante (fundamento séptimo) en los siguientes términos:

«Tanto por el mero efecto derivado del conocimiento del contenido de esos documentos, determinante para explicar el resultado de la oposición, como porque, en función del mismo, *aunque ya no pueda interponer recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución que puso fin al proceso selectivo*, eso no significa que no tenga a su disposición otras vías jurídicas para reaccionar contra lo que entienda que es injusto».

Hay que señalar, además, que también la práctica administrativa y las resoluciones judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia habían ya desbordado las interpretaciones restrictivas del interés legítimo, evitando vincularlo al precedente administrativo, para abarcar cualquiera de sus manifestaciones imaginables (10).

(10) Por ejemplo, en la Sentencia del TSJ Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de Las Palmas, núm. 336/2004 de 16 de julio (JUR 2004\266497), acceso a información urbanística con la finalidad de recurrir determinadas construcciones abusivas o Sentencia

Por el contrario, en un supuesto casi anecdótico, el Tribunal Supremo ha entendido justificada la denegación de acceso a un protocolo notarial sin indicación en la solicitud del documento concreto que se pretende examinar —en el caso, índices cronológicos y todas las escrituras que hubieran sido otorgadas por los padres de la solicitante—, como se establecía en la Sentencia de 23 de junio de 2008 (ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, recurso de casación núm. 3451/2004, Aranzadi RJ 2008\6489). Ante la búsqueda infructuosa hecha por el notario, la recurrente pretendía acceder directamente al protocolo para hacer la búsqueda por sí misma.

Por último, el Tribunal Supremo ha puntualizado en la Sentencia de 19 de junio de 2012 (ponente José Díaz Delgado, recurso de casación núm. 6937/2010RJ 2012\7459) que el derecho de acceso a la documentación en poder de la Administración pública no es un derecho fundamental que pueda ser defendido a través del proceso especial de protección de este tipo de derechos, aunque se refiriesen a un procedimiento de ingreso en la función pública.

Realmente, tan escaso número de sentencias del Tribunal Supremo —a las que se suman, cierto, algunas otras dictadas por un Tribunal Superior de Justicia— en más treinta años de vigencia de la Constitución, tres de ellas confirmando además la denegación administrativa del acceso solicitado, dan una idea de lo poco trascendente que ha sido hasta la fecha para la Administración española el art. 105, b) de la Constitución. Por otra parte, aunque se haya invocado en algún caso el art. 105, b) de la Constitución, en ningún caso se ha apoyado en la simple condición de ciudadano, sino en la de interesado (11).

En la Constitución española se proclama un derecho a la participación «en los asuntos públicos» (art. 23.1) que se ha interpretado generalmente como una un derecho a la «participación política» y que no ha tenido excesiva transcendencia en la legislación administrativa. Entre numerosos preceptos de la Ley 30/1992 relativos a la participación de los «interesados» en los procedimientos administrativos que les afecten, sólo hay uno, el art. 86, relativo a la participación de quienes no tengan la consideración de tales. Se trata de un precepto habilitante: el órgano competente para resolver —pero en ningún caso el instructor del procedimiento— «podrá» acordar un «período de información pública» (art. 86.1), aunque también se podrán «establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos» (art. 86.4).

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª del TSJ de Madrid núm. 491/2004, de 4 de junio (JUR 2004\299606), acceso a la documentación sobre un procedimiento de embargo por quien pretende adquirir un inmueble.

(11) STSJ Comunidad de Madrid núm. 1236/2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6), de 18 de junio (RJCA 189/2009), respecto al recurso presentado frente al Ministerio de Industria por un cabildo insular —al que se reconoce la condición de interesado— para acceder a unos permisos de exploración de hidrocarburos en la plataforma continental de Canarias.

En todo caso, acordada la celebración de una información pública, sea voluntariamente o por imperativo legal —lo que en la práctica administrativa es lo más habitual—, el legislador se preocupa de distinguir a quienes participen —o no— en este trámite de los interesados:

Primero, nadie está obligado a participar, puesto que «la incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento».

Segundo, a la inversa, «la comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado».

Sin embargo, sí se otorga un derecho, aunque meramente formal, a los alegantes en una información pública (art. 86.3, párrafo segundo):

«No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen *derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada*, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales».

La previsión legal guarda un cierto paralelismo con el derecho a la información, también meramente formal, que se reconoce reglamentariamente a los denunciantes en los procedimientos sancionadores (12). Sin embargo, el rigor en su exigencia no ha sido excesivo.

En efecto, el Tribunal Supremo ha matizado este derecho en algunos pronunciamientos recientes. En este sentido la Sentencia de 7 de mayo de 2008 (ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, recurso de casación núm. 1166/2005, RJ 2008\4506), fundamento octavo:

«Sostiene la recurrente que la «falta de notificación» singular —a cada uno de quienes las realizaron— de la contestación que la Administración ha dado a las alegaciones vertidas durante la fase de información pública «supone la vulneración del derecho a obtener de la Administración respuesta razonada», derecho recogido en el citado artículo 86.3 de la Ley 30/1992. El argumento debe ser rechazado. En el seno de los procedimientos de información pública de grandes proyectos de infraestructuras la Administración está ciertamente obligada a tomar en cuenta (para aceptarlas o rechazarlas) las alegaciones formuladas, pero no a comunicar o notificar una respuesta individual y singular, de contenido diferenciado, a cada uno de quienes alegaron, de modo que la omisión de esta respuesta así notificada genere la nulidad del acto resolutorio. Basta, a estos efectos, que en el informe sobre las propuestas se razone la elección de la alternativa acogida y que en el acto de aprobación del proyecto se expliciten las razones de la decisión en relación con las alegaciones presentadas, siendo este acto al que debe darse la

(12) Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora art. 11.2 in fine: «Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación».

publicidad necesaria, lo que el caso de autos ocurrió a través de su inserción en el Boletín Oficial del Estado. El apartado 3 del artículo 86 citado permite que la respuesta de la Administración sea «común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales», sin que la Asociación recurrente haya invocado diferencias entre las presentadas por los municipios en ella integrados durante el trámite de información pública».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 (ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, recurso de casación núm. 858/2006, Aranzadi RJ 2008\4094), citada extensamente en la Sentencia de 7 de mayo de 2008 (pese a ser nueve días anterior). Hay que advertir por otra parte que ambas sentencias, pese a no invocar ninguna especialidad al respecto, hacen referencia a asuntos con considerables repercusiones ambientales, pues tratan de la implantación de líneas ferroviarias.

En todo caso, resulta claro que la regulación general que se hace del derecho de acceso a archivos y documentos informativos establece unos estándares muy inferiores a los que imponen para el acceso a la información ambiental no ya las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, sino las que se derivaban de la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Fue precisamente la pretensión contraria de las autoridades españolas, que estimaban que la regulación contenida en la Ley 30/1992 ya cumplía los requisitos comunitarios, lo que motivó el inicio de un procedimiento por infracción del Derecho comunitario (13). Procedimiento que desencadenó la primera regulación específica de la materia en Derecho español.

III. ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y ACCESO A LOS RECURSOS EN CUESTIONES AMBIENTALES

Contrariamente a lo sucedido con el art. 105 de la Constitución respecto al acceso de los ciudadanos a la información, el derecho a un medio ambiente adecuado reconocido en el art. 45 se ha mostrado como un derecho expansivo, que presenta muy diversos aspectos sustantivos que han sido desarrollados por las legislaciones sectoriales y mostrando un considerable —y en aumento— poder de penetración. Pero también se ha traducido en el reconocimiento de importantes derechos de carácter formal, que pueden hacerse valer por ciudadanos y organizaciones en materias muy diversas, con un marcado carácter transversal.

Tres son los derechos de tipo formal o procedimental que habitualmente se agrupan bajo el rótulo del derecho colectivo al medio ambiente: el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho de participación en las decisiones

(13) SÁNCHEZ MORÓN (1995: p. 51-52).

ambientales y un derecho reaccional, el llamado derecho de acceso a los recursos administrativos y jurisdiccionales contra las decisiones ambientales (14), aspectos todos ellos en los que se puede apreciar una evolución jurisprudencial que es directo resultado de la constitucionalización del derecho al medio ambiente en el ordenamiento español (15). En esta triple vertiente del derecho al medio ambiente adecuado se centra la presente exposición.

En estos aspectos se han producido importantes novedades normativas en los últimos años: el Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, adoptado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 30 de octubre de 2001 (España lo ratificó por instrumento de 15 de diciembre de 2004, que fue publicado en el BOE de 25 de febrero de 2005) y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación y de acceso a la justicia en materias de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), que transpone al Derecho español las dos directivas citadas, adoptadas para cumplir con el Convenio de Aarhus, también ratificado por la Comunidad Europea.

En contraste, lo que es el genérico reconocimiento a la participación como tal en las decisiones ambientales es el punto más débil del Convenio de Aarhus y de sus secuelas en la normativa comunitaria y en la legislación nacional. Se plasma fundamentalmente en la creación de un Consejo Asesor de Medio Ambiente (Ley 37/2006 art. 18), formado por representantes de determinadas ONG, de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones de consumidores y usuarios, asociaciones profesionales de agricultores y pescadores. Aparte de ello, en un genérico derecho del público a ser informado de los elementos que sirven de base a la adopción de las decisiones y a formular alegaciones (Ley 27/2006 art. 16), construido sobre la abstracción y generalización de la normativa sobre evaluación de impacto ambiental.

En todo caso, es importante precisar que los avances en esta materia, aunque muy reforzados legislativamente, en parte fueron precedidos por su reconocimiento judicial, motivado en gran medida por la existencia de una conciencia social «organizada», que ha venido presionando mediante la utilización de los medios jurídicos a su alcance, fundamentalmente las solicitudes de información dirigidas a la Administración y la impugnación jurisdiccional de determinadas decisiones.

(14) LÓPEZ RAMÓN (1997b: p. 361).

(15) GARCÍA ÁLVAREZ (2007: p. 11-46).

1. El derecho de acceso a la información ambiental

Tanto la relevancia como la amplitud de este derecho subjetivo ha sido puesta de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (16). En cuanto a la jurisprudencia española, lo más característico es la escasez de pronunciamientos del Tribunal Supremo (17), que sólo se ha pronunciado en tres sentencias (no siendo tampoco abundantes las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional) (18). No

(16) AGUDO (2000: p. 122 y ss.).

(17) Llamativa escasez que coincide en resaltar CASADO (2009: p. 320), en cuyo trabajo puede encontrarse un detenido análisis de las diferentes sentencias recaídas tanto en los diferentes tribunales españoles como en las instancias comunitarias europeas.

(18) Los pronunciamientos que se han localizado serían los siguientes: STSJ Madrid núm. 1247/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 15 de julio de 2004, ponente Miguel Ángel García Alonso (Aranzadi JUR 2004\271677): denegación ajustada a derecho de la solicitud de información relativa a licencias de apertura y contaminación acústica de los locales de un determinado barrio, dado que por el solicitante —una asociación de vecinos— se incumplió la obligación de pedir documentos concretos y se formuló de forma genérica.

STSJ País Vasco núm. 512/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 de junio, ponente Luis Ángel Garrido Bengoechea (Aranzadi JUR 2003\190588): una asociación ecologista solicitó el Ayuntamiento de Plencia el acceso a la información medioambiental referente a las Normas Urbanísticas del propio Municipio y su grado de desarrollo. El Tribunal estima parcialmente el recurso, al entender que una parte de la solicitud se refiere a datos concretos, no genéricos, referidos a un espacio temporal limitado y al grado de previsión y desarrollo de un concreto instrumento de planeamiento urbanístico, sin que pueda justificarse la negativa a proporcionarlos en la falta de medios de la Secretaría. Sin embargo, otra parte de la solicitud se refiere a datos estadísticos no amparados por el derecho de información, ya que impondrían la creación de una estadística plurianual *ad hoc* destinada a la entidad solicitante, que podrá consultar los archivos municipales para realizar el estudio estadístico, pero no exigir la creación *ex novo* de estadísticas plurianuales.

STSJ País Vasco núm. 305/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 23 marzo, ponente José Antonio Alberdi Larizgoitia (Aranzadi RJCA 2000\1912): la asociación ecologista denunciante recurre la resolución del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Vizcaya por la que se le negaba la condición de parte interesada en un expediente sancionador en materia de montes. El TSJ estima parcialmente la demanda, declarando el derecho de acceso al recurrente al expediente sancionador, pero negando su legitimación en el procedimiento. Pese a la excepción establecida en la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, a propósito de los expedientes sancionadores (art. 4, e), en la sentencia se hace una interpretación sistemática, en virtud de la cuál, si la denegación de información sobre la investigación de delitos (art. 4, b) se restringe a los supuestos en que se pudiera poner en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o la propia investigación, con mayor razón en los procedimientos administrativos sancionadores, dada la menor entidad de los bienes jurídicos protegidos.

STSJ Cataluña núm. 350/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 19 abril, ponente Manuel Táboas Bentanachs (Aranzadi RJCA 2000\2072): considera vulnerado el derecho de acceso a la información ambiental, pero tal vulneración del derecho no habría tenido entidad suficiente para producir indefensión, dadas las circunstancias del caso (fto jco cuarto). Sin embargo, anula parcialmente la autorización para una actividad de transformación de subproductos líquidos

obstante, resulta interesante un examen pormenorizado de esos pocos casos en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo.

A) Evolución legislativa: el impulso del Convenio de Aarhus a través del Derecho internacional y del Derecho comunitario

La primera regulación del acceso a la información ambiental por el legislador español se hizo por medio de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, por la que se regula el derecho de acceso a la información en materia de medio

propios mediante tratamiento térmico para recuperar ácido clorhídrico y calor, en la planta de un complejo industrial, por motivos sustantivos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad de Madrid núm. 575/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 20 mayo, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza (AEDENAT), contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Madrid por la que se negaba la solicitud de recibir información de manera permanente y con periodicidad mensual acerca de las emisiones de la Planta Incineradora de residuos Sólidos Urbanos de Valdemingómez.

Este pronunciamiento fue casado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006, ponente Rafael Fernández Valverde (RJ 2006\4467) que, no obstante, también desestimó el recurso contencioso-administrativo.

STSJ Madrid núm. 368/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 9 de junio de 1999, ponente Inés Huerta Garicano (Aranzadi RJCA 1999\1357): declara procedente la denegación de petición de entrega de fotocopias de actas de inspección efectuadas en una central nuclear, la de José Cabrera (Guadalajara), negativa de la Administración que se basó que la solicitud afectaba a documentos inconclusos

STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 298/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 26 marzo de 1999, ponente Begoña González García (Aranzadi RJCA 1999\2416): anula la denegación de la solicitud de acceso formulada por una asociación ecologista a los documentos preparatorios de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales, denegación que se había basado en que tal documentación todavía no había sido sometida información pública.

Este último pronunciamiento fue confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 28 de octubre de 2003, ponente Manuel Vicente Garzón Herrero (Aranzadi RJ 2003\7865).

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 29 febrero 2000, ponente José Alberto Fernández Rodera (Aranzadi JUR 2000\206448), anuló una resolución del Consejo de Seguridad Nuclear, por la que se había denegado el acceso solicitado por una asociación ecologista a una serie de actas de inspección referidas a un hipotético escape radioactivo en la factoría de Acerinox de la localidad de Los Barrios (Cádiz).

Esta sentencia de la Audiencia Nacional fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 17 de febrero de 2004, ponente Rafael Fernández Valverde (Aranzadi RJ 2004\2226).

STSJ Aragón núm. 160/2008 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª), de 11 de marzo, ponente Luis Ignacio Pastor Eixarch (Recurso contencioso-administrativo núm. 45/2005, Aranzadi JUR 2009\96488), relativa al acceso a diversas informaciones relativas a la Presa de Itoiz, que había sido denegado por la Confederación Hidrográfica del Ebro.

Esta sentencia fue confirmada en casación por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª) de 29 de septiembre de 2011, ponente Eduardo Calvo Rojas (Recurso de Casación núm. 2071/2008, Aranzadi RJ 2012\983).

ambiente, texto legal que estuvo en vigor poco más de diez años y que fue modificado por medio del artículo 81 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que eliminó el carácter negativo del silencio administrativo, entre otras cuestiones menores.

La Ley de 1995 fue aprobada ante la evidencia de que, como se reconoce en la exposición de motivos, el artículo 37 de la Ley 30/1992, en el que se establece la regulación general de acceso a los documentos y archivos administrativos, es insuficiente para cumplir con las exigencias de la normativa europea sobre medio ambiente por tener un carácter demasiado restrictivo (como ya se ha señalado, la inicial reticencia del legislador español a regular específicamente la cuestión del acceso a la información ambiental motivó un procedimiento por infracción del Derecho comunitario). Normativa europea que en aquel momento era la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Sin embargo, esta norma comunitaria está actualmente derogada, en virtud de 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.

Ha de tenerse en cuenta que en el origen de esta evolución normativa, tanto en el nivel europeo como en el nacional, está en el «Convenio de Aarhus», es decir, el Convenio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU) sobre *«El acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales»*, adoptado en la Conferencia Ministerial «Medio ambiente para Europa» celebrada en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, que es el primer Tratado internacional que aborda de una forma integrada los derechos de participación reflejados en el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro, acordada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro, en junio de 1992.

El Convenio de Aarhus fue firmado tanto por la Comunidad Europea como por todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como por otros Estados, entre ellos, aparte de diversos Estados europeos, Estados Unidos, Canadá, Australia e Israel. El Convenio entró en vigor el 30 de octubre de 2001 después de haber sido ratificado por diecisiete estados y su objetivo es proteger el derecho y deber de cada persona, de las generaciones presentes y de las futuras, al medio ambiente (art. 1) y, lo que es más importante, regula los tres «pilares» para su protección, que ya quedaron apuntados en el principio 10 de la Declaración de Río: primero, el derecho de las personas al acceso a la información ambiental; el segundo, el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones; y, por último, la garantía de acceso a la justicia, es decir, el derecho a entablar un proceso administrativo o judicial para oponerse a las acciones u omisiones de los particulares y las autoridades públicas que infrinjan las normas de medio ambiente.

La Comunidad Europea ratificó el Convenio mediante la Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 (2005/370/CE), igual que hicieron los estados miembros (en el caso de España, el instrumento de ratificación, de fecha 15 de diciembre de 2004, fue publicado en el BOE de 16 de febrero de 2005). Para adaptar la normativa comunitaria al Convenio de Aarhus, se han aprobado ya dos Directivas (la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso del público a la información medioambiental y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece medidas para la participación del público en la elaboración de determinados Planes y Programas ambientales y mejora determinados procedimientos en cuanto a los cauces de participación), y se inició la tramitación de una tercera, formulándose una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente [COM (2003) 624 final].

El Convenio de Aarhus cuenta con un Comité de Cumplimiento para garantizar la aplicación de sus disposiciones, establecido en la reunión de las partes de octubre de 2002. El Comité se compone de ocho miembros, elegidos por las Partes y los Estados signatarios, además de organizaciones no gubernamentales, lo que resulta inusual. Sus funciones son supervisar, evaluar y facilitar el cumplimiento y la implementación del Convenio y realizar informes cuando existan comunicaciones al respecto de las Partes, de la Secretaría y del público en general, lo que también resulta innovador. Este Comité puede realizar recomendaciones o requerimientos para el cumplimiento de las prescripciones del Convenio y, siguiendo sus informes, las reuniones de las Partes podrán adoptar declaraciones de incumplimiento o suspender derechos y privilegios especiales resultantes del Convenio a la parte incumplidora, entre otras medidas. Los informes del citado Comité son objeto de recopilación y publicadas. (19)

En el caso del ordenamiento español, el periodo de transposición de la Directiva 2003/4/CE terminó con anterioridad a su transposición, el 14 de febrero de 2005, momento a partir del cual, en caso de discrepancia entre lo establecido en el Derecho comunitario y la normativa española, habría resultado de aplicación el efecto directo de las directivas comunitarias. Finalmente tuvo lugar la tardía promulgación de la Ley 27/2006, de 18 de julio, «por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)», texto legal que fue publicado en el BOE

(19) Estos informes, junto con el texto de la Convención, están publicados en el volumen *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, que supone la segunda edición de esta recopilación (la primera comprendía el periodo 2004-2008) y que está accesible en la dirección http://rac.org.ua/fileadmin/user_upload/publications/ACCC_Case_Law_Electronic_Advanced_Version.pdf (último acceso 1 de diciembre de 2012). Puede accederse a más información sobre el Convenio de Aarhus, incluidos los informes del Compliance Committee y los informes nacionales sobre su puesta en práctica, a través de la página web del United Nations Economic Commission for Europe (<http://www.unece.org>).

núm. 171, de 19 de julio de 2006, con entrada en vigor al día siguiente de la mayor parte del texto, aunque no lo relativo al acceso a la justicia y la nueva tasa por suministro de información ambiental, que tuvo lugar a los tres meses de la publicación.

Como ya se ha señalado, la evolución legislativa ha culminado, hasta el momento, con la aprobación de la Ley 27/2006, de 18 julio, que se caracteriza fundamentalmente por la ampliación objetiva y subjetiva del derecho de acceso, algo en lo que ha sido secundada por la jurisprudencia (20).

En el texto legal vigente se establece que «todos» tendrán derecho, entre otras cosas, a «acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede» (art. 3.1.a). Por otra parte, el concepto de información ambiental es muy amplio (art. 2.3):

«toda información en forma escrita, visual, sonora, electrónica o en cualquier otra forma que verse sobre las siguientes cuestiones:

a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marinas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente; y la interacción entre estos elementos.

b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente citados en la letra a).

c) Las medidas, incluidas las medidas administrativas, como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos.

d) Los informes sobre la ejecución de la legislación medioambiental.

e) Los análisis de la relación coste-beneficio y otros análisis y supuestos de carácter económico utilizados en la toma de decisiones relativas a las medidas y actividades citadas en la letra c), y

f) el estado de la salud y seguridad de las personas, incluida, en su caso, la contaminación de la cadena alimentaria, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio histórico, cultural y artístico y construcciones, cuando se vean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o, a través de esos elementos, por cualquiera de los extremos citados en las letras b) y c)».

Las excepciones son de interpretación restrictiva. Entre ellas están las siguientes (art. 13): que la solicitud esté formulada de manera excesivamente general, se refiera a material en curso de elaboración o a documentos o datos inconclusos

(20) Vid. CASADO (2009: p. 286, 288, 290 y *passim*).

(entendiendo por tales aquellos sobre los que la Administración está trabajando) o se refiera a comunicaciones internas, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación. También son motivos de denegación la confidencialidad, cuando esté prevista en una norma con rango de Ley, los derechos de propiedad intelectual e industrial, o la confidencialidad de los datos personales, el afectar a las relaciones internacionales, a la defensa nacional o a la seguridad pública o cuando se refieran a asuntos sujetos a un procedimiento judicial, al derecho de tutela judicial efectiva o a una investigación de índole penal o disciplinaria. Finalmente, cuando la divulgación de los datos pueda perjudicar la protección del medio ambiente, en particular, la que se refiera a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción.

De forma coincidente, la Ley 27/2006 se caracteriza por la extensión objetiva y subjetiva de su ámbito de aplicación. En cuanto a la extensión subjetiva, ha de entenderse que las Administraciones públicas son sujeto activo del derecho de acceso a la información ambiental, estableciéndose incluso una exención del pago de tasas a favor de la Administración General del Estado (disposición adicional primera, 6, a) (21). Pero fundamentalmente hay una ampliación del sujeto pasivo, de la autoridad pública obligada a suministrar la información ambiental en su poder (art. 2.4), un concepto mucho más amplio que el de Administración pública, tanto activa como consultiva, abarcando también a las personas físicas o jurídicas que ejerzan funciones públicas —como notarios o registradores— e incluso a «las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior», aunque con exclusión de los órganos e instituciones que ejercen funciones legislativas o judiciales.

B) La aplicación por el Tribunal Supremo: el concepto de «documentos o datos inconclusos»

Como ya se ha señalado, los pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la normativa que establece la libertad de acceso a la información ambiental han sido muy escasos y el aspecto que, claramente, aparece como más controvertido es el de la aplicación de la excepción de datos o documentos inconclusos, que permite a las autoridades denegar un acceso solicitado.

Cronológicamente, el primero de los pronunciamientos del Tribunal Supremo es el de la Sentencia de 28 de octubre de 2003, que confirmó la Sentencia recurrida, de la Sala de lo contencioso-administrativo de Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de marzo de 1999, ambas citadas en una nota anterior. Una asociación ecologista había solicitado acceder a la

(21) CASADO (2009: p. 287-288). No obstante, en contra RAZQUIN y RUIZ DE APODACA (2007: p. 154).

información ambiental que hubiese sido reunida por la Administración de la Comunidad Autónoma con vistas a la elaboración del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural de Sierra de Urbión. La razón en la que se basó la negativa de la Administración fue que la información disponible *no había sido todavía sometida a información pública*, trámite obligatorio de acuerdo con la legislación autonómica, todavía no realizado por estar pendiente de elaboración la propuesta inicial de la Consejería con la participación de las Entidades Locales afectadas, retraso producido debido a discrepancias surgidas en el proceso de información a estas entidades. En la resolución denegatoria se añadía que cuando ese documento estuviese elaborado, se remitiría a la entidad solicitante, como asociación ambiental, para que realizase alegaciones. En virtud de tal planteamiento, la cuestión a decidir era si la entidad recurrente tenía el derecho a la información solicitada antes del preceptivo período de información pública.

Un elemento previo, que subyace en la argumentación del Tribunal Supremo, es que el derecho de acceso a la información ambiental en ningún caso puede entenderse restringido a los interesados que sean parte en un procedimiento (Ley 30/1992 art. 35.a) o a los procedimientos terminados (Ley 30/1992 art. 37). Como se señala en la sentencia, la ley declara un derecho de acceder a la información ambiental en poder de las Administraciones Públicas, se trate de «planes», «programas», «actuaciones», o «medidas de protección». Puesto que la Administración había llevado a cabo, como reconoce, un «proceso de información» —proceso en el que habían surgido discrepancias entre las Corporaciones Locales afectadas—, aunque no hubiese elaborado todavía la propuesta inicial del Plan de Ordenación, existe una documentación a la que se debe permitir acceder:

«Es indudable que ese «proceso de información» llevado a cabo ha de incorporarse en las «actuaciones» ambientales que se refieren en el artículo segundo de la Ley 38/95 de 12 de diciembre, y cuyo derecho a ser conocido proclama el artículo primero de la ley citada.»

El Tribunal Supremo remacha su argumento más adelante:

«Es patente, por tanto, que *la información solicitada no es un dato o documento inconcluso que permita denegar la información solicitada* en mérito de lo dispuesto en el artículo tercero apartado tres de la ley citada, pues la información rechazada no es la «propuesta» todavía no efectuada sino las actuaciones ya realizadas ciertas y existentes.»

Efectivamente, en el artículo 3 de la Ley 38/1995 no había una causa que expresamente permitiese exceptuar el derecho de acceso en los casos en que la información en poder de la Administración se insertase en un procedimiento en tramitación. Sin embargo, sí se establecía que las Administraciones públicas podrían denegar una solicitud de acceso a la información sobre medio ambiente cuando afectase a «documentos o datos inconclusos» o se refiera a «comuni-

caciones o deliberaciones internas de las Administraciones públicas» (art. 3.3), de forma similar a lo que se establece en el art. 13.1, d) y e) de la vigente Ley 27/2006. De hecho, en sentido en cierto modo contradictorio con lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el caso examinado y por el Tribunal Supremo al conocer en casación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sí se basó en ese precepto al afirmar —en la sentencia de 9 de junio de 1999, ya citada— que las Actas de Inspección, concretamente de la realizada a una central nuclear, son documentos que contienen «datos inconclusos». En palabras del Tribunal:

«Hay que convenir, al efecto, que las Actas se limitan a constatar una realidad fáctica inconclusa, pues reflejan *datos parciales, indicativos del funcionamiento de una instalación nuclear, pero que es preciso completar y cohonestar con otra información* a fin de evitar conclusiones precipitadas y sesgadas que no se correspondan con la realidad.»

De hecho, en la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003, se sigue permitiendo expresamente que la denegación de la información se base, entre otras, en las siguientes motivaciones:

- «[cuando] la solicitud se refiere a material en curso de elaboración o a *documentos o datos inconclusos*» (art. 4.1.d).
- «[cuando] la solicitud se refiere a *comunicaciones internas*, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación» (art. 4.1.e).

No obstante, el legislador comunitario añade una cautela en la citada Directiva

«Si la denegación de la solicitud se basa en el hecho de que se trata de material en curso de elaboración, la autoridad pública deberá mencionar la autoridad que está preparando el material e informar acerca del tiempo previsto para terminar la elaboración de dicho material» (art. 4.1 *in fine*).

Como se ha señalado, estas limitaciones al derecho de acceso recogidas en la Directiva aparecen en los mismos términos en el Derecho español vigente, en el art. 13 de la Ley 27/2006 (22).

En todo caso, la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 1999 ha sido indirectamente rectificada en dos

(22) Art. 13.1. «Las autoridades públicas podrán denegar las solicitudes de información ambiental cuando concorra cualquiera de las circunstancias que se indican a continuación: [...] d) Que la solicitud se refiera a material en curso de elaboración o a documentos o datos inconclusos. Por estos últimos se entenderán aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente. Si la denegación se basa en este motivo, la autoridad pública competente deberá mencionar en la denegación la autoridad que está preparando el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración. e) Que la solicitud se refiera a comunicaciones internas, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación».

decisiones judiciales posteriores, también referidas a actas de inspección en materia nuclear o radiactiva: la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de febrero de 2000, por la que se anuló una resolución del Consejo de Seguridad Nuclear que había denegado el acceso varias actas de inspección sobre un hipotético escape radioactivo producido en una instalación industrial, confirmada en casación por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2004, ambas citadas previamente.

El Tribunal Supremo utiliza varios argumentos, incluyendo el Derecho comunitario. En este sentido, cita la jurisprudencia comunitaria recaída sobre esta cuestión: las sentencias de 17 de junio de 1998, caso «Mecklenburg/Kreis Pinnenberg», de 12 de junio de 2003, caso «Glawischnig», y de 26 de junio de 2003, caso «Comisión contra Francia»; con una cita destacada de la primera de las sentencias citadas:

«para ser una “información sobre medio ambiente a efectos de la Directiva”, basta que un informe de la Administración... constituya un acto que pueda afectar o proteger el estado de alguno de los sectores del medio ambiente a los que se refiere la Directiva».

No obstante, el Tribunal Supremo también recurre a su propia interpretación de la Directiva comunitaria en ese momento aplicable, comparándola con la legislación española:

«el artículo 2º de la Directiva —en trance de derogación— 1990/313/CEE, de 7 de junio de 1990, al definir, en su artículo 2º, el concepto de “información sobre medio ambiente”, concreta —posiblemente con mayor amplitud que la norma legal interna fruto de la transposición— como tal “cualquier información disponible en forma escrita, visual oral o en forma de base de datos sobre el estado” de los diversos elementos que integran el medio ambiente, así como sobre “las actividades... o las medidas que les afecten o puedan afectarles, y sobre las actividades y medidas destinadas a protegerlas”».

Ese concepto amplio de la directiva se pone en relación con la regulación interna de las actas de inspección, para llegar a una conclusión inevitable, dadas las premisas:

«Tales actas no son —aunque pudieran serlo— un elemento de un procedimiento sancionador; como tal documento público el acta está dotada de sustantividad y esencia propia, así como de una finalidad concreta cual es la de constatación de hechos, que podrán —o no— ser utilizados, con posterioridad, en otro tipo de procedimiento. Son el resultado de las actuaciones de comprobación e investigación, pudiendo incluso contener una propuesta de actuación. Pero, desde tal perspectiva no son documentos inconclusos o inacabados, ni la constatación de hechos que contiene es simplemente indicativa o indiciaria, pues la misma está dotada de un especial valor probatorio al margen de su posterior, o no, utilización».

En la misma línea cabe encuadrar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006, también citada (23). El fondo de la cuestión estribaba en la solicitud de información dirigida por una asociación ecologista (AEDENAT) al Ayuntamiento de Madrid sobre las emisiones de la Planta Incineradora de Residuos Sólidos Urbanos de Valdemingómez, datos cuya comunicación se solicita con carácter mensual y permanente, y denegada por la Administración pública. El recurso contencioso-administrativo es rechazado con fundamento en que la solicitud estaría formulada con excesiva «generalidad». El Tribunal Supremo casa la sentencia, pero rechaza también el recurso contencioso-administrativo originario, afirmando que *el deber de la Administración de proporcionar información ambiental de carácter periódico tiene sus cauces específicos*.

En la Sentencia se advierte que la solicitud se formuló invocando el artículo 3.3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, y del art. 3.3 de la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Sin embargo, también se pone en evidencia la existencia de cambios normativos desde el momento de la solicitud original, puesto que el 14 de febrero de 2005 se agotaba el plazo para transponer la nueva 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, plazo incumplido por España. También se señala la publicación en el Boletín Oficial del Estado —y la consiguiente aplicabilidad en España— del Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998 (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2005). El carácter más amplio de estas normas, si bien posteriores a los hechos, impediría una interpretación restrictiva de las normas anteriores, tanto las internas como las comunitarias, más teniendo en cuenta que el objetivo de la Ley de 1995 fue ampliar el derecho a la información medioambiental, según señalaba en su propia Exposición de Motivos, respecto a la regulación general contenida en la Ley 30/1992.

En el mismo sentido iría la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva 90/313/CEE. El Tribunal Supremo cita en primer lugar la STJUE de 17 de junio de 1998 (*Mecklenburg/Kreis Pinnenberg*) en la que se señaló que «entre los actos contemplados por la Directiva deben incluirse todas las formas de ejercicio de la actividad administrativa», por lo que «información sobre medio ambiente a efectos de la Directiva», sería cualquier informe de la Administración que «constituya un acto que pueda afectar o proteger al estado de alguno de los sectores del medio ambiente a los que se refiere la Directiva». Se cita igualmente, entre otras, la Sentencia de 26 de junio de 2003 («Comisión contra Francia», en recurso de incumplimiento). En esta

(23) Ponente Rafael Fernández Valverde (RJ 2006\4467).

última sentencia se examinan las «excepciones al principio de comunicación de la información sobre medio ambiente», afirmando que se deben «interpretar de modo estricto dichas causas de denegación, de manera que es preciso considerar que las excepciones enunciadas en los apartados 2 y 3 de dicho artículo 3 son objeto de una enumeración restrictiva y se refieren a determinados casos específicos y claramente definidos».

Estas consideraciones llevan a casar la sentencia de instancia, basada en la última de las cuatro causas que se establecen en el artículo 3.3 de la Ley de 1995, es decir, el carácter inconcluso de la información, el carácter interno de la misma, el carácter manifiestamente abusivo o la generalidad de la petición que impida determinar el objeto de lo solicitado, que era el invocado. Al respecto, el Tribunal Supremo hace la siguiente observación:

«Que el carácter futuro —en el que, en síntesis, viene a apoyarse la sentencia de instancia— no constituye un dato justificativo de la generalidad de la información, al poder coexistir perfectamente una información futura y al mismo tiempo concreta; dicho de otra forma, que la información futura no tiene porqué ser necesariamente genérica».

Sin embargo, el Tribunal Supremo confirma la resolución denegatoria del Ayuntamiento de Madrid, que se había basado en el carácter «manifiestamente abusivo» de la información solicitada, pese al carácter restrictivo con que, como afirma el Tribunal Supremo, deben ser interpretadas las excepciones previstas al derecho de información. Teniendo en cuenta que no se exige una legitimación específica, «una reiterada y numéricamente generalizada solicitud de información medioambiental podría convertirla en abusiva en relación con el funcionamiento de la propia Administración»: la «generalización» llevaría a la «desnaturalización».

La solución para las peticiones permanentes de datos de medición periódica obligatoria no estaría en las solicitudes individuales sino en la «Difusión periódica de información ambiental», que se contempla en los artículos 6 y 7 de la Directiva de 1990 y en el art. 6 de la Ley 38/1995, y en la que insistiría especialmente la Directiva de 2003, apareciendo en los art. 6 a 9 de la vigente Ley 27/2006.

Con posterioridad el Tribunal Supremo ha realizado una reafirmación de la línea jurisprudencial más favorable al acceso, para lo que se hace una *interpretación restrictiva del concepto jurídico «documentos inconclusos»*, que supone la principal excepción al régimen de libre acceso. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª) en la Sentencia de 29 de septiembre de 2011 (ponente Eduardo Calvo Rojas, recurso de casación núm. 2071/2008, Aranzadi RJ 2012/983). En esta sentencia se desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 11 de marzo de 2008, por la que se estimaron dos recursos contencioso-

administrativos acumulados contra las respectivas resoluciones denegatorias de acceso a la información ambiental de la Confederación Hidrográfica del Ebro en relación con el Programa de Puesta en Carga de la Presa de Itoiz.

La primera de las solicitudes, formulada por un particular, se refería a los informes de auscultación de las dos presas Itoiz que se hubiesen realizado, así como los informes de auscultación de las laderas vertientes al vaso del embalse de Itoiz. La segunda de las solicitudes denegadas fue formulada por el Ayuntamiento del Valle de Lóndiga (Navarra) y se refería a los informes que se hubiesen emitido «por y/o para la Administración sobre el llenado del Embalse de Itoiz y su incidencia en los terremotos citados» y a «cuantos informes se hayan emitido por y/o para esa Administración sobre los terremotos citados y su incidencia en las Presas de Itoiz y en las laderas vertientes al vaso del embalse», además de a las «previsiones de esa Administración para los próximos meses en relación al llenado del Embalse». En ambos casos, el argumento para la denegación fue que los documentos, o no existían, o se hallaban inconclusos por estar incorporados a expedientes en curso cuyos datos podían variar. Tras argumentar el contenido ambiental de los informes solicitados (fundamento segundo), conforme a una línea jurisprudencial que puede considerarse firmemente establecida, el Tribunal Supremo rechaza esa argumentación (fundamento segundo):

«no se puede confundir —como pretende la Administración recurrente— un “informe inconcluso” —es decir en fase de borrador, pendiente todavía por ejemplo de firma por su autor, o de su preceptiva conformidad por el jefe de la unidad técnica correspondiente— con un “expediente inconcluso” en el que figuran sucesivos informes —todos ellos “conclusos”— a los que se podrán ir añadiendo nuevos datos o resultados de distinto signo conforme avancen las distintas fases del procedimiento administrativo. En este segundo supuesto de “expediente inconcluso” o inacabado, porque todavía carece de resolución final de archivo, los documentos a él incorporados [...] son documentos evidentemente conclusos, aunque el procedimiento administrativo todavía no haya finalizado y no se excluya la posibilidad de que se emitan luego otros informes conforme a los nuevos datos que, en su caso, vayan apareciendo durante la ejecución del proyecto».

El Tribunal Supremo apoya su conclusión en varias sentencias anteriores del propio tribunal que cita: de 3 de octubre de 2006 (recurso de casación 2424/2003, Aranzadi RJ 2006, 10071), 4 de abril de 2006 (recurso de casación 311/2003, Aranzadi RJ 2006, 4467), 17 de febrero de 2004 (recurso de casación 3457/2000, Aranzadi RJ 2004, 2226) y 28 de octubre de 2003 (recurso de casación 3928/1999, Aranzadi RJ 2003, 7865). En todas estas sentencias lo que se aplicaba era el artículo 3.3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, tomando como puntos de partida la interpretación extensiva de la materia «medio ambiente» por la jurisprudencia comunitaria y el criterio de transparencia que le resulta aplicable. El Tribunal Supremo declara que en sus resoluciones tuvo en cuenta el espíritu y finalidad de la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990 —la norma comunitaria traspuesta por la Ley 38/1995—,

así como los de la posterior Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003 —la que incorporó el Convenio de Aarhus y traspuesta por Ley 27/2006, de 18 de julio—, por lo que existiría una cierta continuidad entre ambas regulaciones y, por tanto, en la jurisprudencia aplicativa.

Puede resumirse la posición del Tribunal Supremo (y también la de los Tribunales Superiores de Justicia en la mayor parte de sus pronunciamientos) en una *interpretación ampliatoria de los términos legales y favorecedora del ejercicio del derecho a la información ambiental, aunque también exista una preocupación por los eventuales lastres para la eficacia administrativa pudieran llegar a suponer estos deberes.*

C) La ponderación conjunta de las excepciones en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2011, *Office of Communications v. Information Commissioner*

En la Sentencia de 28 de julio de 2011 (24) (C-71/10), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la cuestión prejudicial planteada por la Corte Suprema del Reino Unido en el seno del litigio *Office of Communications v. Information Commissioner*. La cuestión se refería a la interpretación del artículo 4 de la Directiva 2003/4/CE, relativa al acceso del público a la información medioambiental (25).

En el origen del caso estaba solicitud de información sobre la localización exacta de las estaciones de base de telefonía móvil en el Reino Unido. A iniciativa de Departamento de Sanidad, el Gobierno británico creó una página web, gestionada por el *Office of Communications*, con el fin de facilitar la información relativa a la ubicación de las estaciones base de telefonía móvil a partir de información facilitada voluntariamente por los operadores de telefonía móvil. La página permite a los particulares acceder a la información relativa a las estaciones base, pero sólo a la ubicación aproximada: no aparece ni la ubicación exacta, ni si está a nivel de calle u oculta dentro o encima de una construcción o edificio. El 11 de enero de 2005, un gestor de la agencia de protección de la salud de Escocia, organismo dependiente del *National Health Service*, solicitó con fines epidemiológicos las coordenadas cartográficas de cada estación base al *Office of Communications*, que denegó la solicitud, basándose en dos motivos: que la divulgación de dicha información afectaría negativamente a la seguridad pública (recogida como excepción en el artículo 4, 2, b), de la Directiva 2003/4), dado que la divulgación de la ubicaciones incluiría necesariamente la localización de los lugares utilizados para dar soporte a la red de radio de la policía y de los servicios de urgencia; y, segundo, en el impacto de la

(24) Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-71/10>.

(25) Sobre esta sentencia, vid. ESTEVE y TARRÉS (2012: p. 129-132).

difusión de los datos en los derechos de propiedad intelectual de los operadores de telefonía móvil que habían proporcionado la información.

Como consecuencia, la *Health Protection Scotland* planteó el asunto ante el *Information Commissioner*, que resolvió a su favor. El *Office of Communications* recurrió a su vez ante el *Information Tribunal*, que aunque aceptó que actividades delictivas podrían ocasionar averías en la red de telefonía móvil, lo que afectaría a la seguridad pública, denegó el recurso debido a que la cantidad de información ya accesible al público hace poco significativo el impacto sobre la seguridad pública, no pudiendo prevalecer sobre el interés público en la divulgación de la información que resultaría dada la importancia de la información medioambiental en general y de la relevancia específica de esa concreta información con fines epidemiológicos. En cuanto a los derechos de propiedad intelectual de los operadores de telefonía móvil, el Tribunal consideró que el impacto negativo no podía prevalecer sobre el interés público en la divulgación de los datos. En consecuencia, el *Information Tribunal* ordenó que se diera la información, decisión confirmada por la *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Administrative Court)*. El fundamento de la decisión de la High Court estuvo en que las excepciones al deber de información están estrictamente limitadas y tanto el tenor de la Directiva 2003/4 como los objetivos de la misma llevan a considerar que debe examinarse «cada excepción por separado». Recurrida la sentencia, la *Court of Appeal* llegó a la conclusión contraria: las referencias a «una excepción» deben entenderse en el sentido de «una o más excepciones» y el tenor de la Directiva 2003/4 corrobora dicha conclusión. Recurrida a su vez esta decisión ante la «*Supreme Court of the United Kingdom*», ésta considera necesario conocer la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las disposiciones de Directiva invocadas y planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«Conforme a la Directiva 2003/4 [...], cuando una autoridad pública posee información medioambiental cuya divulgación tendría efectos negativos sobre diferentes intereses atendidos por varias excepciones [en el presente caso, el interés en la seguridad pública atendido por el artículo 4, apartado 2, letra b) y el interés en los derechos de propiedad intelectual atendido por el artículo 4, apartado 2, letra e)], pero, dicho efecto negativo, considerando cada excepción por separado, no sería de importancia suficiente para prevalecer sobre el interés público en la divulgación, ¿exige además la Directiva una apreciación global de los diferentes intereses atendidos por ambas excepciones y su ponderación en conjunto con el interés público en la divulgación?»

En su sentencia el Tribunal señala que el derecho a la información ambiental implica que la divulgación de cualquier información solicitada es la norma general, pero *ello no excluye la denegación de información medioambiental por parte de una autoridad pública fundamentada en los motivos tasados recogidos en la Directiva, que deben interpretarse restrictivamente*, puesto que «el interés público atendido por la divulgación de la información debe ponderarse con el interés atendido por la denegación de la divulgación» (ap. 22). Sin embargo, el

artículo 4.2 de la Directiva «no impone un método específico de examen de los motivos de denegación» (ap. 23). Aunque en el artículo 4.2, párrafo segundo, se establezca la obligación de ponderar los intereses presentes «en cada caso concreto», esto no impide «evaluar cumulativamente los motivos de denegación de la divulgación al llevar a cabo dicha ponderación» (ap. 28). En consecuencia, *el hecho de que los distintos intereses que pueden justificar la denegación de la información medioambiental solicitada estén contemplados separadamente en el artículo 4.2 no impide que se acumulen varias excepciones a la regla general de divulgación, si bien esa acumulación*

«no puede constituir un motivo de excepción adicional respecto de los enumerados en dicha disposición. Si dicha ponderación con los intereses públicos atendidos por la divulgación condujera a denegar esta última, se debería admitir que dicha restricción al acceso a la información solicitada es proporcionada y, por tanto, justificada habida cuenta del interés global que encarnan conjuntamente los intereses atendidos por la denegación de la información» (ap. 31).

2. La progresiva ampliación de la legitimación procesal en el Derecho comunitario y sus consecuencias en la jurisprudencia española. En especial, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009, *Djurgården-Lilla Värtans*

El derecho de participación en materia ambiental carece de sustantividad propia en Derecho español, pero el reconocimiento de una legitimación procesal específica en materia ambiental, también producto del Derecho comunitario, ha de plasmarse en una mayor posibilidad de personarse y realizar alegaciones por parte de las asociaciones ambientalistas en los procedimientos administrativos con objeto ambiental. Efectivamente, la entrada en vigor de la Ley 27/2006, de 18 julio, supuso el reconocimiento de la acción pública en materia ambiental a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que, básicamente, «tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular» (art. 22 y 23). Esta regulación no obedece a una inspiración espontánea del legislador español. En este sentido, en la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003 (26), se mantiene el criterio del interés para el acceso a los recursos administrativos y judiciales del público en general. Pero, al mismo tiempo, se establece la presunción *iuris et de iure* de que las «organizaciones no gubernamentales que trabajen a favor de la protección del medio ambiente

(26) Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

y que cumplan los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional» tienen en todo caso el carácter de interesado en sentido técnico (art. 3.1, 3.7, 4.1 y 4.4). Algo que, por otra parte, ya derivaba del Convenio de Aarhus, ratificado por España y, por tanto, incorporado a su Derecho interno, como ha señalado el Tribunal Supremo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha interpretado restrictivamente la posibilidades de limitar el acceso a los recursos. En la Sentencia de 15 de octubre de 2009 (27), como consecuencia de un litigio entre una asociación ambientalista y el Ayuntamiento de Estocolmo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la interpretación de la Directiva 85/337/CEE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada por la Directiva 2003/35/CE para adaptarla al Convenio de Aarhus (28).

La legislación sueca recoge las disposiciones sobre evaluación ambiental en el Código del medio ambiente. En ellas, los requisitos para que una asociación sin ánimo de lucro pudiese interponer un recurso contra decisiones de autorización, aprobación o dispensa: que la asociación tuviese por objeto la protección de la naturaleza o el medio ambiente; que hubiese ejercido su actividad en Suecia durante al menos tres años; y que tuviese dos mil o más socios. De las tres cuestiones prejudiciales planteadas destaca que el tribunal sueco plantea si el artículo 10 bis (29) de la Directiva 85/337 exigiría que los miembros del público interesado tengan la posibilidad de presentar un recurso

(27) Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v. Stockholms Kommun genom dess marknämnd* (C-263/08, Rec. p. I-9967). Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0263:EN:NOT>.

La jurisprudencia establecida en la sentencia de 15 de octubre de 2009 es aplicada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 12 de mayo de 2011, asunto C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV v. Bezirksregierung Arnsberg*, a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* (Alemania), en el cuál se estableció que el carácter subjetivo del contencioso-administrativo no puede impedir la alegación por una asociación ambientalista de normas objetivas de Derecho comunitario europeo sobre la protección del medio ambiente.

También es aplicada en las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 18 de octubre de 2012 en el Asunto C-260/11, *The Queen*, a instancias de David Edwards y otros contra Environment Agency y otros, Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court de Reino Unido, a los costes judiciales de los litigios en materia ambiental.

(28) Sobre esta sentencia, vid. ESTEVE y TARRÉS (2010: p. 119-122).

(29) «Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con su Derecho interno, los miembros del público interesado: a) que tengan un interés suficiente, o subsidiariamente b) que sostengan el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo, tengan la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva. [...]

contra la decisión de una instancia judicial de un Estado miembro, relativa a una autorización de proyecto aún cuando el público interesado hubiese tenido la posibilidad de participar en el procedimiento de autorización y de defender su postura en el mismo.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se establece que el derecho de recurso del artículo 10 bis de la Directiva 85/337 es independiente de la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la autoridad que adopta la decisión o acto impugnado. Además, la participación en los procedimientos de toma de decisiones ambientales en los términos de los arts. 2.2 y 6.4 de la Directiva 85/337 tiene una finalidad diferente a la del recurso jurisdiccional, pudiendo éste ejercerse en todo caso contra la decisión adoptada. En consecuencia, los interesados

«deben poder ejercer un recurso contra la decisión de una instancia judicial de un Estado miembro, relativa a la solicitud de una autorización de proyecto, *con independencia del papel que hayan desempeñado en la tramitación de dicha solicitud* participando en el procedimiento ante dicha instancia y exponiendo en él su postura» (ap. 39).

En cuanto la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer que pequeñas asociaciones ambientales participen en el procedimiento de administrativo del artículo 2.2 de la Directiva sin tener derecho a interponer recurso contra la decisión final, en la legislación sueca se limitaba a las asociaciones con más de dos mil socios la posibilidad de recurrir la decisión. En la sentencia se reconoce que la Directiva 85/337 distingue entre el público interesado en general y una subcategoría de personas físicas o jurídicas a las que, habida cuenta de sus circunstancias, se les reconoce el derecho a impugnar la decisión que la autoriza. Aunque la determinación de los requisitos corresponde a cada Estado miembro:

«estas normas nacionales no pueden privar de alcance a las disposiciones comunitarias según las cuales *quienes tienen un interés legítimo en impugnar un proyecto y quienes sean titulares de derecho menoscabado por éste, entre los cuales figuran las asociaciones de protección del medio ambiente, deben poder ejercitar su acción* ante los órganos jurisdiccionales competentes» (ap. 45).

Los Estados miembros determinarán, de manera coherente con el objetivo de *facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia*, lo que constituya el interés suficiente y el menoscabo de un derecho. Se considerará que *toda organización no gubernamental que cumple los requisitos contemplados en el apartado 2 del artículo 1 tiene siempre el interés suficiente* a efectos de la letra a) del presente artículo o acredita el menoscabo de un derecho a efectos de la letra b). [...] Todos y cada uno de los procedimientos de recurso anteriormente enunciados serán justos y equitativos, estarán sometidos al criterio de celeridad y no serán excesivamente onerosos.

Para aumentar la eficacia de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados miembros garantizarán que se ponga a disposición del público la información práctica relativa a los procedimientos de recurso tanto administrativos como judiciales.»

Una ley nacional puede exigir que una asociación que pretenda impugnar judicialmente un proyecto al que se aplica la Directiva 85/337 deba tener un objeto social relacionado con la protección de la naturaleza y el medio ambiente, pero, primero,

«no puede establecer el número de socios requerido a un nivel tal que vaya contra los objetivos de la Directiva 85/337 y en concreto el de permitir fácilmente el control jurisdiccional de las operaciones a las que ésta es aplicable» (ap. 47).

y, segundo,

[la Directiva] «no permite de ningún modo limitar las posibilidades de recurso basándose en que las personas implicadas ya pudieron hacer valer su punto de vista en la fase de participación en el procedimiento de toma de decisiones que establece el artículo 6, apartado 4 de la misma» (ap. 48).

En opinión del Tribunal, lo contrario supondría un filtro de los recursos en materia medioambiental directamente contrario al espíritu de la Directiva, que es la puesta en práctica del Convenio de Aarhus.

Lo cierto es que en el ordenamiento español, el reconocimiento normativo de las mayores posibilidades de participación y recurso derivadas del Convenio de Aarhus y de las Directivas comunitarias que lo incorporan no ha supuesto una creación *ex nihilo*, sino que fue precedido de una ampliación judicial progresiva de la legitimación en materia ambiental, que deriva de la propia Constitución española. El núcleo del acceso a los procedimientos administrativos y a los recursos jurisdiccionales reside en la legitimación procesal, que empezó a cambiar debido al impulso del Tribunal Supremo, y más concretamente a la llamada «serie jurisprudencial GONZÁLEZ NAVARRO (1989-1990)» por el nombre del magistrado que fue ponente en la primera y en varias de estas sentencias (30). Esta serie jurisprudencial se inició con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 25 de abril de 1989, de la que fue ponente Francisco González Navarro (Aranzadi RJ 1989\3233), reconocida como *leading case* en esta materia.

Esta sentencia tiene su contexto. Algunas sentencias anteriores ya habían sacado consecuencias relevantes del reconocimiento constitucional del derecho al medio ambiente (31). Otras que la siguieron cronológicamente de forma inmediata reconocieron una legitimación en términos equivalentes a efectos prácticos, pero lo hicieron con derecho fundamental a la tutela judicial de los intereses legítimos como única base, sin invocar el art. 45 de la Constitución ni siquiera

(30) LÓPEZ RAMÓN (1997: p. 353).

(31) Por ejemplo, la Sentencia de 11 de julio de 1987 (Aranzadi RJ 1987\6877), de la que fue ponente Francisco Javier Delgado Barrio, resolviendo en última instancia el recurso contra las limitaciones establecidas en un Plan General para los usos del suelo no urbanizable en atención a sus valores ambientales.

como refuerzo de su argumentación (32). Las sentencias de la serie mencionada y otras que la seguirían, inscribiéndose en la misma línea jurisprudencial, tienen el mérito de invocar directamente el artículo 45 de la Constitución como *ratio decidendi*, algo que poco tiempo antes parecía muy poco probable que pudiera llegar a suceder. Es decir, que la serie jurisprudencial que se inicia con la sentencia de 25 de abril de 1989 no sólo tiene el valor específico de un reconocimiento amplio de la legitimación procesal en materia ambiental, sino que este pronunciamiento y otros que le siguieron, del mismo o de otros ponentes, supusieron el reconocimiento de un valor normativo directo del artículo 45 de la Constitución y, por tanto, del derecho al medio ambiente.

Por otra parte, en esos años cruciales no sólo se produjo ese reconocimiento del medio ambiente como derecho con contenido propio, con independencia de sus desarrollos legislativos, sino que se le asignaron contenidos concretos: se afirmó la necesidad de interpretar toda la legislación ambiental, incluso anterior a la Constitución vigente, desde la perspectiva del artículo 45 (33); la preponderancia de lo ambiental sobre lo urbanístico (34) o, más en general, de lo ambiental sobre el desarrollo económico y, concretamente, el predominio de la planificación ambiental sobre otros tipos de planes o proyectos con incidencia territorial (35).

El arranque jurisprudencial de 1989 tuvo continuidad en sentencias como la del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2002 (36), en la que se citaba expresamente como antecedente directo la de 25 de abril de 1989. En esta sentencia se hace una síntesis de la posición del Tribunal, *que niega la existencia de una acción pública en materia ambiental, pero sí configura el derecho al medio ambiente adecuado como una derecho colectivo o difuso*, por lo que la mera condición de vecino es suficiente para el reconocimiento de la legitimación procesal activa.

El contencioso enfrentaba al *Consell Metropolità de l'Horta* y al Ayuntamiento de Llombai: ambos habían celebrado un convenio para la instalación de

(32) En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 12 de febrero de 1990, ponente José Ignacio Jiménez Hernández, Aranzadi RJ 1990\985, que admite la legitimación para recurrir la licencia provisional de instalación de una granja basándose meramente en una interpretación amplia del concepto de interés legítimo derivada del art. 24 de la Constitución.

(33) STS de 18 de abril de 1990, Sección 5ª, ponente F. González Navarro, Aranzadi RJ 1990/3650.

(34) Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, Sección 1ª, ponente F. González Navarro, Aranzadi RJ 1989/3867.

(35) Sentencias de la Sala Tercera de 11 de mayo de 1990, Sección 8ª, ponente Francisco José Hernando Santiago, Aranzadi RJ 1990/3812 y de 26 de diciembre de 1991, Sección 5ª, ponente Miguel Pastor López, Aranzadi RJ 1992/378.

(36) Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, Aranzadi RJ 2002\9060.

un vertedero de alta densidad de residuos sólidos urbanos y planta de reciclaje y compostaje, pero de forma casi inmediata el Ayuntamiento declaró el carácter lesivo del acuerdo (aunque no llegó a interponer el recurso contencioso-administrativo), además de revocarlo, acuerdos ambos recurridos por la otra parte. En lo que ahora interesa, como coadyuvantes de la parte demandada comparecieron en el proceso dos grupos de vecinos, a los que el Tribunal de instancia negó legitimación. Sin embargo, como se afirma en el fundamento undécimo de la Sentencia del Tribunal Supremo:

«La impugnación individual por los ciudadanos de actos administrativos que afecten al *medio ambiente no está habilitada*, como se ha visto, *por el reconocimiento de una acción popular*. Sin embargo, el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso puede estar *defendiendo su propio círculo vital* afectado, cuyo ámbito permite definir el concepto constitucional de interés legítimo. Por ello este Tribunal está abriendo caminos al reconocimiento de este tipo de legitimación cuando se aprecia un punto de conexión con el círculo vital de intereses de la corporación, asociación o particular recurrente. Frecuentemente, este punto de conexión son las relaciones de vecindad.»

También se puede citar la Sentencia de 21 de abril de 2006 (37), aunque en este caso no se tratase estrictamente de un problema de legitimación, sino del cumplimiento de los *requisitos internos para el ejercicio de acciones* por las personas jurídicas. Lo recurrido en casación fue el Auto del Tribunal Superior de Justicia por el que inadmitía el recurso de la «Asociación de Ecologistas en Acción-Coda» y la «Asociación Ecológico-Cultural de L'Alt Urgell Pentadius» contra una Resolución del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se denegaban varias solicitudes de información relativas la presa de Rialb. Respecto a la primera de las asociaciones citadas, la inadmisión del recurso contencioso-administrativo se había basado en la inexistencia de un acuerdo del órgano estatutariamente competente autorizando el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. El Tribunal Supremo rectifica el criterio del Tribunal de instancia:

«en relación con la suficiencia del Acuerdo adoptado al respecto (...) por el mencionado Consejo Confederal en su reunión de 9 de marzo de 2002, se discute la insuficiencia del mismo al referirse textualmente a «las acciones legales pertinentes contra la presa y el embalse de Rialb (Lleida)». La interpretación que se realiza por los Autos de instancia, limitando el ámbito de tales acciones al estrictamente administrativo, y sin proyección en la vía jurisdiccional, no puede ser acogido. Al margen de que el concepto de «acción legal» cuenta con una connotación jurisdiccional, *el contenido de la materia sobre la que se ejercita —evidentemente medioambiental— obliga a una interpretación amplia y no restrictiva de la cuestión suscitada*».

(37) Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 21 de abril de 2006, ponente Rafael Fernández Valverde, Aranzadi RJ 2006\3247.

En un sentido similar iría la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de *17 de mayo de 2011* (ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, recurso contencioso-administrativo núm. 104/2010, Aranzadi RJ 2011\4429). Lo que se resuelve es la impugnación por la «Agrupación de Vecinos y Amigos de Llanes-Avalla» del Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, por el que se dispone la declaración de zona de reserva provisional a favor del Estado para la exploración de recursos de la sección B), estructuras subterráneas susceptibles de ser un efectivo almacenamiento de dióxido de carbono, en el área denominada «Asturias Centro», comprendida en la provincia de Asturias y parte de la plataforma continental costera.

Frente a la solicitud de inadmisión por falta de legitimación planteada por el Abogado del Estado, el Tribunal señala que entre los fines estatutarios de la asociación recurrente estaría el ejercer acciones para la protección, conservación y defensa de la naturaleza del Concejo de Llanes, lo que lleva al Tribunal a *invocar directamente el Convenio de Aarhus* (fundamento segundo):

«Cabe destacar que España ha ratificado el Convenio de la CEPE de la Organización de Naciones Unidas, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998 [...], que, en su artículo 9 establece disposiciones en relación con la posibilidad de entablar procedimientos judiciales o de otro tipo para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo, o *en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, acción u omisión que entren dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público en las decisiones sobre actividades que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente*, y que promueve el reconocimiento de la legitimación de aquellas Asociaciones y Organizaciones no gubernamentales que desarrollan su actividad en defensa de la protección del medio ambiente, y por ello, vincula al órgano judicial que resuelva recursos contencioso-administrativos en materia de medio ambiente, en razón de la naturaleza y el carácter específico de los intereses medioambientales, a que realice *una interpretación no restrictiva* del artículo 19.1 b) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, basada en los principios que informan el mencionado Tratado internacional medioambiental, que asegure la tutela judicial efectiva de los intereses medioambientales postulados».

En el mismo sentido se invoca la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, lo que lleva a rechazar la existencia de una causa de inadmisión. Sin embargo, *se rechaza que la resolución impugnada tenga naturaleza de disposición general en materia ambiental y, en consecuencia, hubiese debido someterse a trámites de información pública*, dado su carácter puramente ejecutivo, además de su efectividad, que se limita a establecer una prioridad a favor del Estado, sin permitir por sí misma la explotación del recurso, por lo que no resultaba preceptiva la evaluación de impacto ambiental (fundamento tercero):

«El primer motivo de impugnación deducido contra le Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, en el extremo fundamentado en la infracción de la Ley 27/2006, de 18 de julio [...], no puede ser acogido, porque consideramos que en el supuesto analizado *no se han menoscabado ni defraudado los derechos de participación e información real y efectiva del público en los asuntos de carácter medioambiental*, debido a que, como pone de relieve el Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, no podemos eludir la naturaleza, el objeto y el contenido del acto impugnado, [...] que *no presupone el desarrollo de actividades que tengan incidencia directa en el medio ambiente, en cuanto que no supone la autorización de exploración la alteración o modificación de la realidad física afectada, al producir efectos jurídicos limitados, concernientes a que el Estado adquiriera derechos de prioridad*, lo que impide que los particulares puedan adquirir derechos relativos a la exploración de los recursos a los que la reserva se refiere.

Por ello, *no estimamos que el Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, pueda calificarse de plan, programa o disposición de carácter general relacionados con el medio ambiente*, a los que alude el artículo 16 de la Ley 27/2006 de 18 de julio, para anudar de forma extensiva el derecho de participación del público en asuntos de carácter medioambiental. [...]

Tampoco cabe acoger la pretensión anulatoria del Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, fundada, en desarrollo de la alegación anterior, en la infracción de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que se sustenta en que *no se ha observado el procedimiento legal establecido en materia de participación ciudadana, por no abrirse un trámite o audiencia con carácter sustancial*, y en que no se ha sometido el proyecto del Real Decreto a informe del Ministro de Medio Ambiente para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de efectos significativos para el medio ambiente, pues debemos insistir en el alcance limitado de la resolución gubernamental impugnada, que fue precedida de la publicación en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 28 de noviembre de 2007, por la que se pone en conocimiento la inscripción de la propuesta de declaración de una zona de reserva provisional a favor del Estado para recursos de la Sección B), estructuras subterráneas susceptibles de ser un efectivo almacenamiento de dióxido de carbono en la zona que se denomina "Asturias Centro", en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y en el artículo 11.1 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, lo que ha permitido a los interesados comparecer en el expediente administrativo y formular las alegaciones u observaciones que han tenido por convenientes».

En consecuencia, la postura de los tribunales españoles puede considerarse, con matices, acorde con las exigencias derivadas tanto del Convenio de Aarhus como del Derecho comunitario.

IV. LEYES SINGULARES, PARTICIPACIÓN AMBIENTAL Y ACCESO A LA JUSTICIA EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EL CASO *BOXUS*

La importancia de la jurisprudencia recaía en el caso *Boxus* tanto para el Derecho ambiental como, en general, para el Derecho público, difícilmente puede ser exagerada (38). La utilización de leyes singulares que aprueban planes territoriales o ambientales o incluso actos administrativos, con la finalidad de blindarlos frente a una eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa es ya un clásico (39). No se trata de un fenómeno nuevo en absoluto (40), aunque la proliferación de parlamentos regionales probablemente haya contribuido a hacerlo más frecuente. Es evidente que la aprobación del proyecto mediante un acto legislativo limita muy considerablemente las posibilidades de participación pública (41), aunque el énfasis se ha venido poniendo en la limitación de las posibilidades de recurso judicial.

En este ámbito ha venido a incidir la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011, caso *Antoine Boxus y otros contra Région wallonne*, asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, cuyo objeto fueron las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el *Conseil d'État* de Bélgica (42). Las peticiones de decisión prejudicial tenían por objeto la interpretación de varios preceptos del Derecho comunitario relativos al acceso a la información ambiental y a la justicia en materia de medio ambiente (43). Las peticiones fueron acordadas en el marco de varios

(38) Vid. LÓPEZ RAMÓN (2012: pp. 43-46); ESTEVE PARDO y TARRÉS VIVES (2012: pp. 126-129); GARCÍA URETA (2011); ALLI ARANGUREN (2011: p. 165-181).

(39) Vid. BOUAZZA ARIÑO (2008, pp. 259-285).

(40) Puede recordarse la crítica de EISENMANN a la teoría de las bases constitucionales del Derecho administrativo basándose, entre otras cosas, en el cuestionamiento del principio de separación de poderes, base de las tesis de VEDEL, que se trasluce de una cada vez mayor confusión entre las funciones legislativas y ejecutivas (vid. EISENMANN, Charles (1972: pp. 1345 y ss).

(41) Sobre la participación ciudadana en los procedimientos legislativos y especialmente sobre la participación a través de audiencias, vid. SÁENZ (2009: p. 14-21).

(42) La doctrina de esta sentencia ha sido íntegramente confirmada posteriormente en la Sentencia de 16 de febrero de 2012, *Marie-Nöelle Solvay y otros*, C-182/10, planteada sobre el mismo asunto de fondo por el Tribunal Constitucional belga. En esta segunda sentencia se centra el comentario de ALLI ARANGUREN (2011: p. 165 y ss).

(43) En concreto, los artículos 6 y 9 del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, celebrado el 25 de junio de 1998 (el conocido como «Convenio de Aarhus»), así como los artículos 1, 5 a 8 y 10 bis de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, esta última en la redacción dada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

litigios entre residentes en zonas colindantes con los aeropuertos de Lieja-Bierset y Charleroi-Bruselas Sur y con la línea de ferrocarril Bruselas-Charleroi, y la *Région wallonne*, a propósito de determinadas licencias de obras relativas a dichas instalaciones. En concreto, el Conseil d'État estaba conociendo de seis recursos contencioso-administrativos mediante los cuales varios ciudadanos residentes en zonas colindantes con los aeropuertos y con la línea de ferrocarril mencionados, impugnaron una serie de autorizaciones otorgadas para la ejecución de obras o la explotación de instalaciones relacionadas con los aeropuertos. Mientras los recursos contencioso-administrativos se hallaban pendientes, el Decreto del Parlamento valón de 17 de julio de 2008, que es un acto legislativo aprobado por el Parlamento valón y sancionado por el Gobierno de la Región, «ratificó» esas autorizaciones, confirmándolas con la invocación de «razones imperiosas de interés general».

En el proceso contencioso-administrativo nacional, los demandantes alegaron que un acto de carácter legislativo había sustituido a los actos administrativos impugnados y que dicho acto únicamente puede impugnarse ante la *Cour constitutionnelle*, por lo que la aprobación del acto legislativo tenía como efecto sustraer los recursos a la competencia del *Conseil d'État* y privarles de su interés en la anulación de dichos actos. Sin embargo, continuaba su alegación, el recurso de anulación ante la *Cour constitutionnelle* no se ajusta a lo previsto en artículo 9 del Convenio de Aarhus y en el artículo 10 bis de la Directiva 85/337, puesto que la Corte Constitucional ejerce un control limitado a la constitucionalidad de los actos legislativos y la violación de los derechos fundamentales, pero no lleva a cabo un control completo sobre el fondo, en cuanto a la observancia de todas las disposiciones sustantivas y de procedimiento del Derecho nacional en materia de medio ambiente.

Sustancialmente, en la primera cuestión prejudicial se plantea si el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337 debe interpretarse en el sentido de que está excluido del ámbito de aplicación de dicha Directiva un acto legislativo como el Decreto del Parlamento valón de 17 de julio de 2008 que «ratifica», confiriéndoles valor legislativo, determinadas licencias urbanísticas, ambientales o de obras previamente concedidas por las autoridades administrativas y respecto a las que se afirma en el acto legislativo que «se han acreditado razones imperiosas de interés general».

En cuanto a las cuestiones segunda a cuarta, que son examinadas conjuntamente por el Tribunal, lo planteado por el *Conseil d'État* belga es si los artículos 9 del Convenio de Aarhus y 10 bis de la Directiva 85/337 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que la realización de un proyecto comprendido en su ámbito de aplicación se autorice mediante un acto legislativo contra el cual en el Derecho nacional no se contemple un recurso ante un órgano jurisdiccional u otro órgano independiente e imparcial establecido por la Ley, a través del cual pueda impugnarse el acto legislativo de aprobación en cuanto al fondo y al procedimiento.

La sentencia examinada no deja de tener precedentes jurisprudenciales. Fundamentalmente, las sentencias de 16 de septiembre de 1999, caso *World Wildlife Fund (WWF)* y otros contra *Provincia Autónoma de Bolzano* (C-435/97) y, sobre todo, de 19 de septiembre de 2000, caso *hermanos Linster* (C-287-98), (44) que ha tenido eco, aunque limitado, en nuestra doctrina. (45) De acuerdo con esta jurisprudencia anterior, la exclusión de evaluación de impacto ambiental prevista en el artículo 1.5 de la Directiva 85/377 está ligada a determinadas garantías: el legislador nacional sólo puede excluir de esta técnica de tutela ambiental a proyectos que sean lo suficientemente precisos o detallados como para que durante la tramitación parlamentaria de la ley se pueda saber cuáles son las consecuencias y los efectos que sobre el medio ambiente va a ocasionar el proyecto. En consecuencia, se exige que el titular del proyecto ponga a disposición del Parlamento toda la información que habría precisado la Administración ambiental para realizar una evaluación del impacto ambiental. No obstante, la sentencia del caso *Boxus* no deja de suponer un paso adelante.

Sobre la primera cuestión prejudicial, en la sentencia se recuerda que cuando los objetivos de la Directiva 85/337, incluido el de la disponibilidad de informaciones, se alcanzan a través de un procedimiento legislativo, la Directiva no se aplica al proyecto de que se trate, como ya se estableció en la sentencia de 19 de septiembre de 2000, *Linster*. No obstante, dicha exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337 de un proyecto está sujeto a dos requisitos: primero, que se trate de un proyecto detallado adoptado mediante un acto legislativo específico; segundo, que se alcancen los objetivos de la Directiva a través del procedimiento legislativo, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones (ap. 36 y 37).

En consecuencia, el legislador debe disponer de información suficiente en el momento de aprobar el proyecto, al menos la relativa a emplazamiento, diseño y tamaño, una descripción de las medidas previstas para evitar, reducir, y, si fuera posible, compensar, los efectos adversos significativos, así como los datos requeridos para identificar y evaluar los principales efectos que el proyecto pueda tener en el medio ambiente (ap. 43). La Directiva 85/337 no se opone a que un mismo proyecto sea aprobado mediante dos actos de Derecho nacional, por

(44) De acuerdo con esta sentencia, «cuando un órgano jurisdiccional nacional debe verificar la legalidad de un procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública de bienes inmuebles pertenecientes a un particular, en relación con la construcción de una autopista, dicho órgano puede controlar si el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazados por la Directiva, en particular cuando no se ha realizado la evaluación previa de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente ni se han puesto a disposición del público las informaciones obtenidas con arreglo al artículo 5 y el público interesado no ha tenido la posibilidad de expresar su opinión antes de que se iniciara el proyecto, en contra de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva» (39).

(45) Vid. GALÁN VIOQUE (2000: pp. 119-139); ESTELA DE NORIEGA (2001); UTRERA CARO (2002, p. 75-76).

lo que el legislador puede servirse de la información recopilada en el marco de un procedimiento administrativo previo para adoptar el acto final de autorización de un proyecto (ap. 44). No obstante, la existencia de un procedimiento administrativo previo no es suficiente para entender automáticamente cumplida la exigencia de información suficiente (ap. 45):

«La existencia de un procedimiento administrativo de este tipo no puede sin embargo tener como consecuencia que un proyecto pueda considerarse un proyecto detallado adoptado mediante un acto legislativo específico, conforme al artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337, si dicho acto legislativo no cumple los dos requisitos a que se ha hecho referencia en el apartado 37 de la presente sentencia. Así, un acto legislativo que no haga sino "ratificar" pura y simplemente un acto administrativo preexistente, limitándose a invocar la existencia de razones imperiosas de interés general sin la previa apertura de un procedimiento legislativo de fondo que permita cumplir dichos requisitos, no puede considerarse un acto legislativo específico en el sentido de la citada disposición y por lo tanto no basta para excluir un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337».

Es muy relevante que el juez nacional sea el competente para determinar si se han cumplido estos requisitos, para lo que deberá tener en cuenta tanto el contenido del acto legislativo como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, incluidos los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios (ap. 47). Todo lo cual lleva a establecer unos requisitos específicos para respetar la inmunidad judicial de los actos legislativos de aprobación de proyectos, requisitos para cuya comprobación es competente el juez nacional (ap. 48):

«Procede, por lo tanto, responder a la primera cuestión que el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337 debe interpretarse en el sentido de que únicamente están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo específico, de forma que los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo. Corresponde al juez nacional comprobar que se han cumplido estos dos requisitos, teniendo en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, y en particular los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios. A este respecto, un acto legislativo que no haga sino "ratificar" pura y simplemente un acto administrativo preexistente, limitándose a invocar la existencia de razones imperiosas de interés general sin la previa apertura de un procedimiento legislativo de fondo que permita cumplir dichos requisitos, no puede considerarse un acto legislativo específico en el sentido de la citada disposición y por lo tanto no basta para excluir un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337».

En cuanto al resto de las cuestiones, a partir del art. 2.2 del Convenio de Aarhus y el art. 1.5 de la Directiva 85/337 se concluye que no resultan aplicables a los proyectos adoptados mediante un acto legislativo que se ajuste a los requisitos anteriores (ap. 50). Ahora bien, para los demás proyectos,

entendiendo por tales aquellos que se adopten mediante un acto que no sea de carácter legislativo o mediante un acto legislativo que no se ajuste a dichos requisitos, los Estados deben establecer la posibilidad de un recurso que permita impugnar ante un tribunal de justicia u otro órgano independiente e imparcial establecido por la Ley, la legalidad del proyecto en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento (ap. 51). Para ello, los Estados miembros disponen de autonomía procesal, por lo que les corresponde determinar el órgano jurisdiccional o el órgano independiente e imparcial establecido por la ley competente para conocer de los recursos y los cauces procesales (ap. 52). En caso de que ese mecanismo de control no estuviese previsto de forma expresa, correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que conociese del asunto de fondo (ap. 55):

«En el supuesto de que contra dicho acto no existiese recurso alguno de la naturaleza y alcance indicados, *correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese del asunto ejercer el control descrito en el apartado anterior y sacar las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo*».

En consecuencia, será el órgano jurisdiccional competente por razón del fondo del asunto el que, sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial, deberá dejar sin aplicación el acto legislativo que no cumpla los requisitos derivados del art. 1.5 de la Directiva 85/337, en virtud de la primacía del Derecho comunitario (46).

(46) El contenido del fallo es el siguiente:

«1) El artículo 1, apartado 5, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, debe interpretarse en el sentido de que *únicamente están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo específico, de forma que los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo. Corresponde al juez nacional comprobar que se han cumplido estos dos requisitos, teniendo en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, y en particular los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios. A este respecto, un acto legislativo que no haga sino «ratificar» pura y simplemente un acto administrativo preexistente, limitándose a invocar la existencia de razones imperiosas de interés general sin la previa apertura de un procedimiento legislativo de fondo que permita cumplir dichos requisitos, no puede considerarse un acto legislativo específico en el sentido de la citada disposición y por lo tanto no basta para excluir un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 2003/35.*

2) El artículo 9, apartado 2, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, celebrado el 25 de junio de 1998 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, y el artículo 10 bis de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 2003/35, deben interpretarse en el sentido de que:

— cuando un proyecto que esté comprendido en el ámbito de aplicación de estas disposiciones se adopte mediante un acto legislativo, la cuestión de si dicho acto legislativo responde a los requisitos establecidos en el artículo 1, apartado 5, de la citada Directiva *debe poder someterse,*

En resumen, se trata de una sentencia relevante y coherente el objetivo preventivo de la Directiva de evaluación de impacto ambiental, lo que lleva a interpretar de forma restrictiva sus excepciones, y de forma extensiva las posibilidades de control jurisdiccional frente a actos legislativos que pretenden excluir la exigencia de un procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental. En coherencia con pronunciamientos previos, el Tribunal resuelve que sólo quedarán excluidos de la aplicación de la Directiva 85/337 los proyectos adoptados mediante un acto legislativo específico que cumplan dos exigencias: que sean proyectos «detallados» y que «los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo». El juez nacional es competente para comprobar que se han cumplido ambos requisitos «teniendo en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, y en particular los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios». Un acto legislativo que «ratifique» pura y simplemente un acto administrativo preexistente, sin la previa apertura de un «procedimiento legislativo de fondo» que permita cumplir los objetivos de evaluación ambiental de la Directiva, no permite excluir a un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337.

De acuerdo con Convenio Aarhus y de la Directiva 85/337 «un órgano jurisdiccional» o un «órgano independiente e imparcial establecido por la ley» debe tener atribuida la competencia para comprobar si el acto legislativo de aprobación de un proyecto cumple las exigencias de la Directiva 85/337 para que éste sea excluido de su ámbito de aplicación. En el supuesto de que un acto legislativo apruebe un proyecto, sin la previa apertura de un «procedimiento legislativo de fondo» que permita cumplir los objetivos de evaluación de impacto ambiental de la Directiva, este proyecto no quedará exceptuado de la aplicación de la Directiva 85/337. Frente a ese acto legislativo el Tribunal ha resuelto que si no existiese recurso alguno de la naturaleza y alcance indicados, como es el caso de las normas con rango de Ley en el ordenamiento jurídico español, correspondería a «cualquier órgano jurisdiccional» que en el marco de su competencia conociese del asunto, el verificar si el acto legislativo cumple los requisitos establecidos en el artículo 1.5 de la Directiva, y, en caso de ser necesario, dejar sin aplicación el acto legislativo.

Parece claro que, en el marco de los recursos que se planteen contra la actuación de una Administración pública, esta sentencia abre la puerta al control por la jurisdicción contencioso-administrativo sobre el cumplimiento del artículo 5.1 de la Directiva 85/337 en los procedimientos legislativos a través de los cuales se

con arreglo a las normas de procedimiento nacionales, a un órgano jurisdiccional o a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley;

—en el supuesto de que contra dicho acto no existiese recurso alguno de la naturaleza y alcance indicados, correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese del asunto ejercer el control descrito en el apartado anterior y sacar las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo».

aprueban proyectos mediante leyes singulares. En caso de llegar a la conclusión de que en el procedimiento legislativo o en un procedimiento administrativo anterior no se han cumplidos los requisitos y objetivos de la Directiva 85/337, incluida la disponibilidad de información, el órgano judicial deberá dejar sin aplicación el acto legislativo pese a su rango legal, lo que en última instancia no es sino una manifestación del principio de primacía del Derecho comunitario.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz (2011): «La evaluación ambiental de los proyectos adoptados por acto legislativo nacional específico en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 16 de febrero de 2012)», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 52, pp. 165-181.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar: «Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales: el caso de la Ciudad del Medio Ambiente», en *Revista española de derecho administrativo*, núm. 138, 2008, pp. 259-285.
- CASADO CASADO, Lucía (2009): «El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009, pp. 281-322.
- DELGADO DEL SAZ, Silvia (2012): «La influencia del Convenio de Aarhus en el sistema de tutela contencioso-administrativa del Derecho alemán. Comentario a la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el acceso a la justicia de las ONG ambientales. Asuntos Trianel (C-115/09) y Oso pardo (C-240/09)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 188, 2012, págs. 315-336.
- EISENMANN, Charles (1972): «La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif», *Revue du droit public et de la science politique*, núm. 6/88, pp. 1345 y ss.
- ESTELLA DE NORIEGA, Antonio (2001): «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-IX-2000», en *Revista Interdisciplinar de Derecho Ambiental*, núm. 26, 2001.
- ESTEVE PARDO, José y TARRÉS VIVES, Marc (2010): «Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: la relevancia de la cuestión prejudicial en la interpretación del derecho comunitario ambiental», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2010*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, pp. 99-132.
- (2012): «Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, págs. 121-139.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2000): «La potestad de excluir de evaluación de impacto ambiental a los proyectos públicos y privados sometidos a la Directiva comunitaria 85/337/CEE, de 27 de junio (Comentario en torno a la Sentencia

- del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas, de 19 de septiembre de 2000, recaída en el asunto C-287/98, Estado del Gran Ducado de Luxemburgo contra hermanos Linster», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, pp. 119-139
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo (2007): «Algunas consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en esta REVISTA, núm. 31, págs. 11-46.
- GARCÍA URETA, Agustín María (2011): «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas: ¿recurso directo contra leyes en vía contenciosa?», en *Diario La Ley*, núm. 7763.
- GARCÍA DE ENTERRIA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1994): *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Universidad.
- GUICHOT REINA, Emilio (2011): *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, Editorial Derecho Global.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1997): «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, págs. 347-364.
- (2012): «Introducción general: perplejidades en el año de Fukushima», en F. LÓPEZ RAMÓN (dir.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, págs. 37-46.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (2008): «Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 137, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2007): *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Pamplona, Aranzadi.
- SÁENZ ROYO, Eva (2009): «Participación ciudadana en el Estado autonómico», ponencia defendida en las Jornadas promovidas por la Fundación Giménez Abad «Una visión contemporánea de la Democracia Directa, celebradas los días 25 y 26 de noviembre de 2009» en el Paraninfo de la Universidad de Zaragoza, disponible en http://www.fundacionmgimenezabad.es/index.php?option=com_bookmarks&task=detail&id=372
- WEBER, Max (1967): *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- TRIAS PRATS, Bartomeu (2012): «Veinticinco años de acceso a la información ambiental en Italia: de la Ley 349/1986 a la Directiva Inspire», en *Revista de Administración Pública*, núm. 188, 2012, págs. 393-420.
- UTRERA CARO, Sebastián Félix (2002): *La incidencia ambiental de las obras hidráulicas: régimen jurídico*, Madrid, Dykinson.

LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: I. INTERESES DE LA ORGANIZACIÓN VERSUS ORGANIZACIÓN DE INTERESES. LA LUCHA POR LA (IN)CONCRECIÓN DEL INTERÉS GENERAL.– II. DERECHOS ORGANIZADOS Y MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– III. EL CONFLICTO INTERADMINISTRATIVO Y SU REFLEJO EN LA PARTICIPACIÓN.– IV. LOS ESPEJOS DEL AGUA.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La gestión de los recursos hídricos, basada en la hipotética consecución de un interés general, también esconde la lucha por la apropiación de derechos exclusivos sobre los mismos. Sin embargo, la participación ha contribuido a legitimar más que a modificar y mejorar la política hidráulica de los diferentes gobiernos.

Palabras clave: participación ciudadana; gestión de recursos hídricos; interés general.

ABSTRACT: The management of water resources, based on the achievement of a hypothetical general interest, also conceals the struggle for the appropriation of exclusive rights on said resources. However, participation has helped to legitimize rather than to modify and to improve the water policy of different governments.

Key words: citizen participation; water resources management; general interest.

Este trabajo se propone analizar el fenómeno de la participación en el ámbito del Derecho de aguas y la recíproca influencia que se da entre ella y algunas de las instituciones que conforman este sector del ordenamiento jurídico. Frente a posiciones asépticas, que se limitan a realizar una bienintencionada descripción de las modalidades de participación existentes en este ámbito, defiendo la necesidad de un análisis que vaya más allá de la mera enunciación, más o menos ordenada, de las normas aplicables. Para ello, procuro descifrar el concepto de interés general y determinar cómo se concreta y quiénes intervienen en dicha concreción. También abordo el tema competencial, a sabiendas de la importancia que tienen las relaciones y conflictos interterritoriales en la actuación de los agentes sociales. En resumen, no se puede estudiar la participación sin el conocimiento básico de algunas cuestiones esenciales de nuestro Derecho de

aguas, que explican muchos de los comportamientos de los agentes y sectores sociales llamados a participar.

I. INTERESES DE LA ORGANIZACIÓN VERSUS ORGANIZACIÓN DE INTERESES. LA LUCHA POR LA (IN)CONCRECIÓN DEL INTERÉS GENERAL

La cuestión del interés general es un asunto cardinal para afrontar la modificación y evolución de algunos de los conceptos básicos sobre los que se ha asentado nuestro Derecho de aguas (1). El interés general o el interés público no es un anacronismo propio de un sistema renuente a la evolución. Al contrario, estamos ante una cuestión medular tanto del Derecho europeo como del Derecho norteamericano (2). Y ello es así porque el interés general no está al servicio de la Administración sino la Administración al servicio del interés general. Al fin y al cabo, el interés general se define y se defiende en cuanto está al servicio de la sociedad y, en última instancia, del ciudadano.

Por otro lado, el cuestionamiento del interés general ha venido acompañado de un discurso que ha contribuido al desprestigio de la Administración y, por añadidura, de lo público. En efecto, la desconfianza hacia nuestra Administración es una de las causas del declive de un concepto como el interés general o interés público, que habrá que actualizar y modular, pero del que no podemos prescindir sin atentar gravemente contra los principios básicos en los que se fundamenta nuestro sistema jurídico. Si inicialmente «interés» significa «amor a lo suyo», el interés general supone alterar esencialmente este concepto, pues lo «público» es lo contrario a lo «propio». Los vaivenes de nuestra legislación y de sus aplicaciones han permitido confrontar en un plano casi de igualdad el interés particular y el público, bien porque éste se identifica con el interés del ente público o porque se ha producido una usurpación del ente público.

Por otro lado, la plena extensión del control judicial, perfectamente explicable cuando el interés general aparece en la normativa en su condición de concepto jurídico susceptible de interpretación, es suficiente para paliar o erradicar posibles desmanes o desvaríos en su aplicación. Cabe recordar una vez más que, en las sociedades modernas, deberíamos valer para los demás lo que valen nuestras razones (3). Y esta idea ha de aplicarse a la Administración, en

(1) Las reiteradas y súbitas mutaciones que padece nuestro Derecho de Aguas han dado lugar a una importante y significativa bibliografía reciente. Baste señalar, como ejemplo, las obras de DOMÍNGUEZ ALONSO (2008) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2007) y, asimismo, la obra colectiva, *Derecho de aguas* (2006).

(2) Resulta de especial interés lo explicado en relación a, en apariencia, tan dispares ordenamientos jurídicos por GARCÍA DE ENTERRÍA (2009: *in totum*).

(3) Así lo pone de manifiesto T-R FERNÁNDEZ (1994: p.395).

tanto en cuanto el Estado de Derecho significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder (4).

Ahora bien, si descendemos a los problemas concretos comprobaremos que la permanente invocación del interés general, cual bálsamo del Gigante Fierabrás, permite, desde distintas ópticas, defender una cosa y la contraria. En el caso concreto de las obras hidráulicas, se alude al interés general como elemento legitimador de las mismas y, a la vez, como paraguas protector frente a las consecuencias que derivan de su ejecución.

Asimismo, cabe traer a colación que, tradicionalmente, el recurso al interés general ha servido como soporte único e ilimitado de las políticas de agua en España y como impedimento de la participación ciudadana en tales políticas. Bastaba con incluir en un anexo de una norma con rango legal una declaración genérica de interés general que abarcara todo un conjunto de obras hidráulicas para que fuera inviable el control judicial de tales obras a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, cuando dicha declaración de interés general ha entrado en frontal contradicción con algunas legislaciones sectoriales, especialmente la medioambiental, la jurisdicción ordinaria ha optado en ocasiones por el decaimiento de la declaración de interés general (STS de 14 de julio de 1997). Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 73/2000, de 14 de marzo, sustenta su argumentación jurídica en la declaración de «interés general» de la obra hidráulica para concluir, aún sin decirlo expresamente, que tal declaración es preponderante, aunque la implantación de la infraestructura deteriore gravemente el espacio objeto de protección.

Sin embargo, antes de analizar las consecuencias jurídicas de la indisoluble vinculación de las obras hidráulicas al interés general, creo necesario apuntar una cuestión que, generalmente, pasa desapercibida. La concesión de aguas, la concesión minera y algunas concesiones reguladas en la legislación sobre el dominio público marítimo-terrestre son, propiamente, las únicas concesiones estrictamente demaniales previstas en nuestro sistema jurídico, pues el resto de concesiones demaniales se subsumen en la concesión de servicio público a la que sirven. Y aquí radica precisamente el problema. ¿En qué consiste y dónde se contiene el servicio público o el interés público preponderante que permite excluir formalmente del tráfico jurídico-privado este recurso, aunque no de su aprovechamiento lucrativo por los agentes privados interesados?

Todo ello debe ser objeto de un replanteamiento como consecuencia de la política de aguas que se está diseñando desde la Unión Europea. Ello implica separar, aunque sea implícitamente, la concepción del agua como derecho y su utilización como una «mercancía» aplicable a ciertas actividades económicas. Y ello comporta, asimismo, modificar los parámetros sobre los que se ha venido asentando la relación costes/beneficios en lo que hace referencia a las políticas

(4) Véase al respecto Manuel ATIENZA (1995: pp. 5 y ss).

de regulación y construcción de infraestructuras hidráulicas. A tal efecto, no debe caer en saco roto la modificación del artículo 38 que introdujo la reforma de 1999 de la Ley de Aguas. En la anterior redacción, el orden de prelación subrepticamente contenido en el art. 38.1 de la Ley de Aguas («la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial...») constituía el principal exponente de la ideología que había prevalecido hasta en el momento. Pues bien, tras la reforma acometida por la Ley 46/1999, incorporada al artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Aguas («la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico y la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional...») y su interpretación a la luz del nuevo Derecho europeo, podemos afirmar que los aspectos relacionados con el desarrollo y equilibrio económico, social e interterritorial deberán valorarse en el futuro conjuntamente con las cuestiones relativas a la satisfacción de las demandas de agua, que habrán de justificarse y poner en conexión con los referidos parámetros y con los que dimanar de la concepción del agua como bien público, esto es, como recurso ecológico, paisajístico y de recreo de primer orden garantizador, por tanto, de un equilibrio no solo territorial sino también medioambiental e incluso cultural. Y ello, evidentemente, comportará que el incremento de las disponibilidades del recurso —protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos, como establece el referido artículo— no se articule solo ni predominantemente desde la perspectiva de un incremento de la obra hidráulica de regulación sino desde la mejora de la gestión de los recursos existentes, y con respeto absoluto al criterio predominante, a saber, el buen estado ecológico de las aguas.

El Derecho derivado de la Unión Europea va a insistir y a ahondar en estos principios. En efecto, tal como establece el considerando primero de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal. Para ello, la Directiva establece el principio de no deterioro y lo formula con carácter general y como objetivo «medioambiental».

El primero de los fines propuestos por la referida Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos [artículo 1.a)].

Véase que la Directiva marco del agua ha de comportar un cambio en todos los parámetros utilizados hasta la fecha en la planificación hidrológica al establecer e la cúspide de la pirámide de intereses los ecosistemas acuáticos.

A tal efecto, no debemos olvidar que la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2012 declara, en un recurso por incumplimiento impuesto por la Comisión Europea, que el Reino de España no ha adaptado a lo dispuesto en la referida Directiva, en la fecha establecida, los planes hidrológicos de cuenca, salvo en el caso del Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, ni tampoco ha enviado a la Comisión y a los demás Estados miembros interesados, en el plazo preceptivo, un ejemplar de dichos planes, conforme a los artículos 13, apartados 1 a 3 y 6, y 15, apartado 1, de la citada Directiva. Además, constata que no se ha iniciado en su debido momento, salvo en el caso de los planes hidrológicos de Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, Islas Baleares, Tenerife, Guadiana, Guadalquivir, Cuenca Mediterránea Andaluza, Tinto-Odiel-Piedras, Guadalete-Barbate, Galicia-Costa, Miño-Sil, Duero, Cantábrico Occidental y Cantábrico Oriental, el procedimiento de información y consulta públicas sobre los proyectos de los planes hidrológicos de cuenca, conforme al artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva. Por ello, concluye que el Estado español ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dichas disposiciones (5).

En el fondo, y retornando a los principios básicos que han inspirado tradicionalmente nuestro Derecho, lo que se postula es la plena aplicación a las políticas hidráulicas del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución (en cuyo apartado segundo se dispone que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente...»), que constituye un principio económico y social con una extraordinaria fuerza expansiva y con una indudable capacidad para conformar, modular y limitar el significado y contenido de otros preceptos constitucionales —como son el desarrollo económico (artículo 130), la subordinación de las fuentes de riqueza al interés general (artículo 128), el derecho de propiedad (artículo 33), o el reconocimiento de la libertad de empresa (artículo 38)—. De dicho mandato constitucional se deduce, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional desde su primera Sentencia al respecto, que «no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la *utilización racional de esos recursos* con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar la mejor calidad de vida (...)» (STC 64/1982, de 4 de noviembre).

Y, en esa misma línea, la STC 66/1991, de 22 de marzo, insiste en la necesidad de armonizar los valores constitucionales en conflicto cuando afirma

(5) Por cierto, ya con antelación, el Tribunal Superior de Justicia, en su sentencia de 11 de septiembre de 2012, en relación a una decisión prejudicial planteada por la «desviación» del curso de un río en Grecia, analiza y determina el régimen jurídico de los diferentes «plazos» contenidos en la Directiva 2000/60 y, en especial, el relativo a la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca.

que «el artículo 45.2 de la Constitución encomienda la tarea de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, mandato en el que este Tribunal ha acertado a ver una limitación para el derecho de propiedad que igualmente puede operar respecto de otros derechos o principios constitucionales como los aquí invocados por el Abogado del Estado —libertad de empresa y libre circulación de bienes—. En dicha sentencia encontramos un ejemplo más de la preponderancia de los intereses generales de protección del medio ambiente sobre los intereses al desarrollo económico.

Por tanto, no cabe dudar del carácter plenamente normativo del artículo 45 de la Constitución y de su capacidad para incidir en la aplicación del resto del ordenamiento jurídico, que ha de interpretarse conforme a las exigencias que emanan de dicho precepto (6). Pues bien, la actual y manifiesta ineficiencia en la gestión de los recursos hídricos supone el primer y más grave atentado a dicho precepto constitucional. En suma, hay que reivindicar la utilización del agua como recurso natural, lo que implica su explotación racional desde el punto de vista económico y, desde la perspectiva de su integración en las políticas ambientales, su confrontación con otros valores que, en muchos casos, prevalecen. De ahí que podamos afirmar que el carácter demanial del agua en nuestro país debe vincularse a ese nuevo criterio de afectación al dominio público de ciertos bienes, que se excluyen del tráfico jurídico-privado para garantizar precisamente la eficacia de los mecanismos de protección ambiental.

En cualquier caso, los problemas medioambientales no se resuelven únicamente en el plano normativo. Es fundamental cambiar el modelo de gestión y convertir a las Administraciones hidráulicas en garantes de los derechos existentes en este ámbito, empezando por el derecho pleno a la información ambiental. Todo lo contrario a lo que ha venido sucediendo habitualmente.

En medio de este enredo, acuciado por el conflicto social y territorial, se aprueba la Ley 11/2005, de 22 de junio, de reforma de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, que añade un apartado quinto al artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio —en adelante, Texto Refundido de la Ley de Aguas-) por el que se introduce un instrumento que va a permitir incrementar la participación ciudadana y, asimismo, el control judicial de la actuación administrativa.

En ese precepto se establece que, con carácter previo a la declaración de interés general de una obra hidráulica, deberá elaborarse un informe que justifique su viabilidad económica, técnica, social y ambiental, incluyendo un estudio específico sobre la recuperación de costes. Asimismo, dicho informe habrá de elaborarse, igualmente, con carácter previo a la ejecución de las obras de interés previstas en los apartados 1, 2 y 3 de dicho artículo.

(6) Sobre la existencia de un derecho constitucional ambiental ya se pronunció CANOSA USERA (1996: pp. 73 y ss.)

Además, el legislador prevé la revisión cada seis años de dichos informes en el caso de que las obras no se hayan llevado a cabo, lo que es muy relevante, dado que la declaración de interés general debe estar sometida a las nuevas contingencias sociales y económicas que propicia el transcurso del tiempo. Además, la publicidad de los informes y de sus revisiones periódicas es una novedosa y afortunada aportación del legislador.

Por lo tanto, y desde una interpretación no lata sino lógica del precepto, cabe colegir que dicho informe deberá afectar a todas las obras hidráulicas declaradas de interés general y no ejecutadas en la actualidad.

Todo ello supone un giro copernicano en la concepción de las obras hidráulicas, que han de apoyarse en un presupuesto legitimador, la declaración de interés general.

Poco ha aportado —y, en realidad, poco podía aportar desde una perspectiva apriorística y abstracta— el Tribunal Constitucional cuando declaró que «el interés general es un concepto abierto e indeterminado» (STC 68/1984, de 11 de junio).

Bien podemos afirmar que este concepto aparece en el Derecho público cumpliendo una triple función: como criterio para la interpretación y la aplicación de normas; como concepto jurídico necesario de interpretación, y como elemento nuclear de las decisiones administrativas (7).

Es su segunda caracterización, como concepto legal que necesita ser interpretado, la que aquí nos concierne. El interés general, entendido como interés común de los ciudadanos, al incorporarse al texto de una ley, aplicándose a una situación específica, alcanza un grado de concreción tributario de su conexión con un contexto reducido de circunstancias que permiten su explicación. Y en este caso esas circunstancias se explicitan en la Ley. Cuando el legislador decide cambiar el orden de prelación de los fines que ha de perseguir la planificación hidrológica no está haciendo un mero brindis al sol, está definiendo los criterios en que se concreta este concepto jurídico en relación al Derecho de aguas. Y ello, al final, será determinante a la hora de la toma de decisiones administrativas y de interpretar conforme a Derecho la aplicación que dichas decisiones han hecho de la norma.

Por último, no debemos olvidar el carácter polivalente del concepto de interés general en relación a la distribución competencial entre el Estado y los demás entes públicos. En efecto, como ya se señaló en su día, este concepto puede actuar como parámetro de distribución competencial y como técnica de subrogación o sustitución de unos entes públicos respecto a otros (8).

(7) SAINZ MORENO (1976: p. 322).

(8) La multifuncionalidad del concepto es expuesta ya por BERMEJO VERA (1984: pp. 103 y ss.)

No obstante, parece claro que solo cuando la Constitución lo invoque expresamente en alguno de los títulos competenciales contenidos en el artículo 149 de la Constitución estaremos en presencia de una distribución de la competencia que descansará en último extremo sobre un círculo omnicompreensivo de carácter estatal o general. Es el caso, por ejemplo, del artículo 149.1.24º de la Constitución, que atribuye la competencia al Estado sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma. Precisamente, las obras hidráulicas de interés general van a constituir una de las cuestiones medulares de nuestro moderno Derecho de aguas.

II. DERECHOS ORGANIZADOS Y MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Desde la perspectiva del análisis económico, se ha intentado aclarar la relación entre la definición jurídica del agua y su conceptualización económica, es decir, entre la titularidad demanial del recurso que establece nuestra legislación sobre aguas y una realidad económica que nos conduce a identificarla como un bien público —definición que no guarda relación con la titularidad del bien sino con su dinámica de demanda y provisión—. Sin embargo, en muchas ocasiones el agua no se comporta como un bien público, en términos económicos, sino como un recurso o factor de producción. Y ahí se produce una clara divergencia entre la naturaleza jurídica del agua y su utilización o aprovechamiento por los particulares. En este caso, cuando el agua constituya un recurso o factor de producción, su gestión no debería reproducir los mecanismos de regulación institucional, definición de derechos y asignación o provisión del agua entendida como bien público, ya que tal dinámica conduce a la aparición de unas disfunciones que se arrastran históricamente en nuestro Derecho de aguas.

Se ha insistido en que el agua actúa económicamente con arreglo a una doble función: la primera y principal consiste en ser un «bien de fondo», un «activo ecosocial», valedor de ecosistemas, un auténtico bien público económico que satisface necesidades y derechos de uso y servicio público; la segunda función consiste en ser un recurso natural que se pone a disposición de diversas funciones productivas para la obtención de bienes y servicios. En ambos casos el agua sigue manteniendo una única naturaleza jurídica, su naturaleza de bien de dominio público, pero esta titularidad demanial no debería ser la que condicionase su gestión institucional y la definición de derechos. Estos aspectos deben regirse por la naturaleza económica del bien y no por su naturaleza jurídica.

A tal efecto, cabe afirmar que la configuración como dominio público de los recursos hidráulicos no ha sido óbice para su «privatización» mediante el mecanismo de la concesión administrativa, máxime cuando este título de aprovechamiento del agua ha supuesto una forma de asignación administrativa del recurso al margen de las variables que conforman las funciones de oferta y demanda, lo que conlleva privatizarlo de manera rígida a muy largo plazo.

En tal sentido, no solo ha faltado una mayor concreción legal de las potestades administrativas tendentes a mejorar los mecanismos de protección del recurso, así como a su utilización de acuerdo al interés general, sino que la propia Administración ha hecho una dejación manifiesta de las funciones que le confería el ordenamiento. Y, a tal efecto, es preciso recordar una vez más que la ausencia de planificación hidrológica o la calculada imprecisión de sus determinaciones son factores que pueden permitir la falta de concreción de ese interés general que, en principio, justificaría la exoneración de las leyes del mercado.

Por ello, cabe recordar que el único derecho de los ciudadanos que genera una obligación mínima de crear un servicio disponible para el conjunto de la comunidad es el derecho relacionado con el abastecimiento de agua a poblaciones, ya que el artículo 26 de la LRBRL establece que todos los Municipios deberán prestar, en todo caso, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable. El contenido de dicho servicio ha sido reconducido a sus justos términos por la jurisprudencia, ya que no ha extendido el derecho consustancial a dicho servicio a los riegos y actividades industriales incluidas en el correspondiente término municipal y, a su vez, ha recordado que no todos los vecinos del municipio están obligados a costear mediante una tarifa unitaria los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, al margen del coste efectivo del servicio que efectivamente reciben, ya que cuando el municipio cuenta con poblaciones dispersas a las que se presta el servicio de abastecimiento de agua y saneamiento mediante instalaciones individualizadas para cada localidad no resulta discriminatoria la aplicación de una tarifa específica en función del coste del servicio que reciben los vecinos de cada una de las localidades (9).

No obstante, y con independencia del acogimiento de nuevas fórmulas —como los bancos de agua—, en las que la Administración se reserve un papel arbitral, que le permita mantener una posición de intermediación y de preservación de los intereses generales en las transacciones del recurso, bastaría en ocasiones con que la Administración ejerciera las importantes potestades administrativas inherentes a la demanialidad del recurso que el ordenamiento jurídico le confiere para alcanzar los fines perseguidos por el interés general.

A tal efecto, cabe recordar que la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, por la que se modificó la norma de 1985, representa el típico ejemplo de cómo se traslada a la responsabilidad de los particulares el fracaso de un modelo de gestión pública como consecuencia de la no utilización por los poderes públicos de las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente. En efecto, la caducidad de las concesiones de aguas, la medida que debería adoptarse siempre que se produjera un incumplimiento de las condiciones de la concesión, es una figura puramente retórica, ya que apenas se recurre a ella, por no decir nunca. Estamos ante una de las partes del ordenamiento jurídico que produce

(9) Véase al respecto el trabajo de CALVO MIRANDA (2010: pp. 295 y ss.).

menos litigiosidad debido a la dejación de funciones, al inejercicio de sus competencias por la Administración. Por otro lado, la aprobación de los Planes Hidrológicos de Cuenca no ha producido ningún proceso de revisión concesional, constituyendo, en contra del espíritu y de la letra de la Ley de Aguas, un mecanismo de consagración y consolidación de las situaciones jurídicas y económicas existentes. Ningún buen futuro cabe augurar al contrato de cesión de derechos del uso del agua, que introduce la referida Ley, mientras se mantenga esta situación. Por cierto, dicho contrato es una manifestación más de la «patrimonialización» de este bien público por los particulares.

Es reseñable la falta de crítica existente en nuestra doctrina ante la posibilidad de transmisión de un derecho concesional, de un derecho creado a raíz de una decisión administrativa, de un derecho privado sobre un bien público. Y deberíamos plantearnos si esta visión privatista de la transmisión de derechos sobre bienes de dominio público sería trasladable a otros sistemas en los que impera la noción de servicio público. Me pregunto en concreto si sería posible mercadear con el día asignado para una operación de cataratas o una mamografía o qué consideración nos produciría la cesión de la plaza escolar obtenida en un colegio público o concertado.

Por otro lado, ninguna modificación normativa tiene visos de prosperar si no va acompañada de la correspondiente reforma de la organización administrativa que la debe aplicar. Llegados a este punto, cabe recordar que las Confederaciones Hidrográficas, cuya creación data de los años veinte, representan un modelo de organización administrativa que es incapaz de responder a los nuevos retos de la gestión de los recursos hídricos. Los expedientes se eternizan en sus oficinas, las funciones de inspección y control no se ejercen en la práctica y la propia gestión administrativa cotidiana, no exenta del ejercicio de funciones públicas, se «atribuye» a empresas privadas de consultoría. En el colmo de las paradojas, debemos recordar, una vez más, que las Confederaciones Hidrográficas desconocen realmente cuál es el nivel de explotación y aprovechamiento de los recursos hidráulicos que gestionan y se inhiben sistemáticamente ante la usurpación por terceros del dominio público hidráulico (10).

(10) MOREU BALLONGA (2011: p. 987), expresa con rotundidad lo que muchos llevamos pensando hace tiempo: «Menos mal, en este sentido (y exclusivamente en éste), que la Administración hidráulica española es institucionalmente bastante débil y carece de la capacidad de asumir la enorme carga de trabajo burocrático y jurídico que representaría el intento en serio de sancionar a todos los propietarios de España que no hubieran respetado la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua, y (o) de impedirles que siguieran ejercitando ilícitamente (de creer a la Sentencia de 27 de octubre de 2009) sus derechos de propiedad privada sobre el agua. La Administración hidráulica está ya desbordada y agobiada por sus meros cometidos ordinarios, así que no anda sobrada de energías. Todavía no ha sido capaz de terminar de resolver los varios cientos de miles de complejos expedientes administrativos a que dieron lugar las deficientes disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985. Y este sector de la Administración hidráulica es de los que da abundante trabajo también a la jurisdicción contencioso administrativa.»

Lo sorprendente del caso es que los usos comunes del agua, aquellos que no requieren ni autorización ni concesión administrativa porque carecen de cualquier connotación económica, los que recoge el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley de Aguas —beber y bañarse en los cauces naturales, entre otros— son derechos de imposible ejercicio en la mayoría de nuestros ríos, dado su estado de degradación. Los usos comunes han cedido ante las exigencias derivadas de los usos privativos, y todo ello ante la inactividad de quienes deberían haber velado por los intereses de todos.

Hemos asistido en los últimos lustros a conflictos relacionados con el agua que se han condensado en frases del estilo «agua para todos». En las «guerras del agua» entre Comunidades Autónomas ocasionadas por el anuncio o el proyecto de un trasvase o entre diferentes territorios de una misma Comunidad por un proyecto de embalse, se utiliza con demasiada frecuencia el recurso a eslóganes que contienen una intrínseca falsedad. El agua no es de todos. El agua es un bien de dominio público de titularidad estatal. Su principal destino es su uso privativo por terceros, ya que, como hemos reseñado, los usos comunes ni tienen importancia ni son viables en muchas ocasiones. Por ello, no es baladí recordar que, tras estos enfrentamientos entre el desierto interior y la superpoblada costa o entre el llano y la montaña, subyace la utilización como arietes de muchos ciudadanos. Sin embargo, cuando se acometen y terminan las obras hidráulicas, no son los beneficiarios objetivos de la nueva situación. Sabemos que, con harta frecuencia, detrás de cada gran reivindicación existe una gran panoplia de intereses individuales, legítimos o no. Y sabemos también que las elites políticas y económicas cultivan algunas bajas pasiones a favor de sus intereses.

Y todo ello está directamente relacionado con los modelos de participación de los ciudadanos en las administraciones hidráulicas. Hasta el momento, el sistema de participación de los agentes sociales en las Confederaciones ha girado sobre un modelo de participación orgánica que se caracteriza por su dimensión sectorial (exclusivamente hasta 1994 y primordialmente desde 1995 solo intervienen los usuarios del agua, con la consiguiente preterición o postergación del movimiento asociativo ciudadano y, especialmente, del ecologista) y sectorial (ya que no participan los afectados por las obras de regulación; solo intervienen los usuarios). Estamos, por tanto, ante un modelo de participación de los que han sido excluidos tradicionalmente quienes ostentan la condición de cedentes del recurso. Entendemos que la participación ha de afectar a la globalidad de los intereses particulares en juego y a aquellos colectivos caracterizados por la defensa de derechos e intereses ajenos a la concepción del agua como un simple recurso económico —de carácter medioambiental, de carácter científico o simplemente ligados a la defensa de intereses generales afectados por la materia hidráulica—. De lo contrario, se ha de limitar dicha participación al ámbito de las funciones de carácter consultivo, en ningún caso vinculantes u obstativas respecto a la adopción de decisiones. Sin embargo, la participación de

los usuarios —en realidad estamos hablando de las Comunidades de Regantes, las empresas hidroeléctricas y los grandes centros urbanos— es, al menos, de un tercio del total de vocales de la Junta de Gobierno y del Consejo del Agua en las Confederaciones y es mayoritaria en las Juntas de Explotación y en las Juntas de Desembalse (11).

Este modelo de participación tiende, en apariencia, a dotar de derechos políticos a quienes ostentan intereses o derechos patrimoniales sobre este bien de dominio público (12). Este modelo trasladado al ámbito de la protección de la naturaleza implicaría que en el órgano rector o patronato de un parque natural deberían estar representados los cazadores, los ganaderos y las empresas madereras. No obstante, y aunque parezca sorprendente, este estrambótico modelo tampoco ha sido ajeno a las veleidades normativas de nuestro ordenamiento (13).

(11) No obstante, el modelo siempre se halla en plena recomposición, tal como demuestra la nueva regulación del Consejo Nacional del Agua, acometida mediante el Real Decreto 1383/2009, de 28 de agosto. Cabe recordar que este reglamento desarrolla el órgano previsto en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. El Consejo Nacional del Agua es el órgano superior de consulta y de participación en la materia. En el Consejo están representados la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, los Entes Locales a través de la asociación de ámbito estatal con mayor implantación, los organismos de cuenca, las organizaciones profesionales y económicas más representativas de ámbito estatal relacionadas con los distintos usos del agua, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal y las entidades sin fines lucrativos de ámbito estatal cuyo objeto esté constituido por la defensa de intereses ambientales. Si nos atenemos al ámbito específico de las Confederaciones Hidrográficas, podemos poner como ejemplo lo que sucede en relación a la cuenca del Ebro. El Real Decreto 1366/2011, de 7 de octubre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua en la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro atribuye los siguientes vocales a la parte «social»:

- en representación de los usuarios, treinta y dos vocales,
- y en representación de las asociaciones y organizaciones de defensa de intereses ambientales, económicos y sociales relacionadas con el agua, los siguientes vocales: asociaciones agrarias, dos vocales; asociaciones ecologistas, dos vocales; asociaciones empresariales, un vocal y organizaciones sindicales, un vocal.

(12) Una acertada crítica, premonitoria de tantos entuertos posteriores, sobre la ineficacia en la asignación de los recursos hídricos, y sus nefastas consecuencias a nivel territorial, se encuentra en BARTOLOMÉ NAVARRO y CAMPO OLIVAR (1995). Estos autores ya habían expresado con meridiana claridad sus planteamientos al respecto de esta cuestión en «Pirineos y Plan Hidrológico: Usuarios y Usados», Comunicación al Congreso «Pirineos y desarrollo sostenible», organizado por la Comunidad de Trabajo de los Pirineos (Andorra, noviembre de 1994). Estos autores fueron pioneros en la denuncia de un determinado modelo de participación, que había sido encumbrado hasta ese momento.

(13) El profesor LÓPEZ RAMÓN denuncia en varios trabajos, a principios de los ochenta, la tendencia a configurar las vías participativas en la Administración de la fauna de una forma cerrada, a través únicamente de propietarios y cazadores. Véase, al respecto, LÓPEZ RAMÓN (1980: pp. 61 y ss.) y (1981: pp. 523 y ss.). Por otro lado, Michael C. BLUMM (1994: pp. 405 ss.) aplica la teoría del *Public choice* al proceso de toma de decisiones sobre asignación de derechos en terrenos públicos en EEUU y afirma que la gestión multifuncional, paradigma para la mayoría de los terrenos públicos, enfatiza la

La gestión del agua en España se ha caracterizado por el impulso público de un oligopsonio, de un oligopolio de la demanda, que en el que los ciudadanos son desplazados por las entidades que dicen representarles y, en especial, por las comunidades de usuarios, ejemplo prototípico de un sistema en el que los vectores funcionan de arriba a abajo. Tanto los oligopolios como los oligopsonios tienden necesariamente a generar formas propias de la timocracia, es decir, a consolidar modelos de administración de los intereses en juego basados en el gobierno de los propietarios o, en este caso, de los grandes titulares de derechos de carácter administrativo sobre el agua (14).

Para ello se procede al «revestimiento», a través de fórmulas de personificación y actuación públicas o semipúblicas, de intereses exclusivamente privados, que contribuyen a desvirtuar el papel de los agentes participantes. No se ha recapacitado suficientemente sobre los riesgos que implica unir los derechos públicos inherentes al concepto de participación en la toma de decisiones públicas con la titularidad de derechos reales administrativos de naturaleza individual y excluyente, cuando además la planificación pública se demora en exceso o responde a paradigmas estereotipados.

Dicho de otro modo, el tradicional y vigente marco institucional relativo al régimen y gobierno de las Confederaciones Hidrográficas obedece más a un modelo propio de la llamada «democracia orgánica» que a un régimen moderno de participación social. Por otro lado, deberíamos comprender que la buena

producción de frutos en detrimento de otros valores tales como la protección de los cuencas hídricas y la conservación de la fauna. La teoría del *Public choice* predice que los pequeños grupos de interés sectoriales, normalmente bien organizados, pueden terminar dominando a mayorías difusas y menos dotadas. Los especuladores presionan a los gestores de terrenos públicos para mantener niveles existentes de pastoreo y saca de madera en procedimientos administrativos de toma de decisión presididos por la multifuncionalidad. Y la falta de estándares razonables para la definición de la multifuncionalidad implica un control judicial extraordinariamente deferente con la Administración, que es a su vez cautiva de los intereses de parte. Blumm recomienda el abandono de un modelo de toma de decisiones basado en la multifuncionalidad porque produce decisiones desequilibradas, dirigidas a generar beneficios económicos a una determinada clase de especuladores, que debilitan la sostenibilidad a largo plazo de los bienes públicos. En cambio, se debería redefinir un nuevo concepto de multifuncionalidad fundado en los estándares de la normativa forestal y de tutela de la fauna, en aras de la protección de los terrenos públicos más vulnerables.

(14) Existe, por el contrario, una autorizada opinión doctrinal que elogia la participación de los usuarios en los órganos y organismos que gestionan los recursos hídricos y, en consecuencia, unos recursos integrados en el dominio hidráulico. Como ejemplo de esta corriente, cabe citar a SÁNCHEZ BLANCO (1989: pp. 163-164), donde se reafirma en lo dicho anteriormente (1985: pp. 25 y ss). Una visión mucho más próxima a las exigencias de la realidad actual, en la que han adquirido un importante cariz las cuestiones medioambientales, lo encontramos en PALLARÉS SERRANO (2008: pp. 331 y ss). Esta autora aborda el contenido del derecho a la participación del público en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente y distingue, siguiendo las pautas normativas, entre el «público» y quienes ostentan la condición de persona interesada, lo que le permite discernir quién es realmente el sujeto activo que ostenta el derecho de participación, que va más allá del siempre derecho a obtener la información ambiental.

salud de la que ha gozado la llamada «autoadministración» en el ámbito del dominio público hidráulico ha estado directamente vinculada a la profusión en nuestra historia de regímenes de corte autocrático, que veían en determinadas expresiones corporativistas una forma de legitimación de su orden político y social.

Tampoco se ha insistido lo suficiente en la habilidad que han tenido los poderes públicos para convertir las reivindicaciones de algunos colectivos sociales, previamente instigados o portadores de intereses tan legítimos como lucrativos, en demandas sociales (15).

A todo ello hay que unir una cuestión que pasa desapercibida a menudo. En muchos casos, se produce un dominio de la situación y, por tanto, una apropiación de la representación en estos órganos y organismos por las denominadas «minorías activas». Y no es además infrecuente que quienes asumen ese papel de «minoría activa» estén vinculados a determinados partidos políticos u organizaciones sindicales o pasen a estarlo en el futuro. Y todo ello termina desvirtuando la descentralización institucional acometida (16).

No obstante, si nos atenemos a las funciones reales de estos órganos y a su composición, haciendo abstracción de la procedencia de entes públicos o semipúblicos que caracteriza a algunos de sus representantes, podemos llegar a la conclusión de que existe una mayoría de miembros nombrados, directa o directamente, desde la Administración General del Estado, que condicionan la toma de decisiones de estos órganos, destinados más a consagrar una determinada política gubernamental que a planificarla o a enmendarla.

En ese sentido, no debemos olvidar que las comunidades de usuarios, que han recogido el testigo de las tradicionales comunidades de regantes, aunque constituyen un típico ejemplo de autoadministración, de administración corporativa, dependen de un modo cuasi-jerárquico de los organismos de cuenca. De ahí que, bajo la apariencia de un modelo participativo, lo que realmente subyace es un sistema piramidal ordenado desde la cúspide.

Por otro lado, no debemos olvidar que, junto a este modelo de participación orgánica, que permite el acceso a órganos y organismos públicos de determi-

(15) Sobre esta cuestión tuve la ocasión de pronunciarme en el trabajo redactado junto a BARTOLOMÉ NAVARRO (1996: pp. 63 y ss.).

(16) Georges VEDEL (1978: p. 83), analiza este fenómeno desde la perspectiva de la autonomía universitaria y llega a la conclusión de que ésta corre peligro debido a los resultados de la participación, ya que la politización es centralizadora. En efecto, los partidos políticos y los sindicatos politizados tienen objetivos a nivel nacional e internacional y, en consecuencia, los problemas de ámbito local y universitario se abordan con una estrategia supralocal y global, que conlleva un determinado grado de centralización. Si bien es preciso aclarar que, en el ámbito universitario, la participación se articula a través de mecanismos que comportan una auténtica alternativa institucional. De ahí que los desajustes en la definición de los criterios de representación pueden producir graves problemas de representatividad.

nados grupos sociales, también nos encontramos con la llamada participación funcional, que implica la posibilidad de participar desde fuera del aparato administrativo. Desde esa perspectiva, es especialmente interesante analizar el artículo 14 de la Directiva marco de aguas, que determina los plazos que se han de tener en cuenta con relación al acceso a la información y la participación pública en referencia a una serie de documentos que determinan las etapas del proceso de elaboración y actualización de los planes hidrológicos de cuenca. Dicho artículo fue copiado casi literalmente por el legislador estatal, tal como puede observarse a tenor de la lectura de la Disposición Adicional Duodécima del Texto Refundido de la Ley de Aguas. Por otro lado, a través de esta misma reforma, acometida en el 2003, se modifica el artículo 35 de dicho Texto Refundido para determinar que, en el ámbito de las demarcaciones con cuencas intercomunitarias, el fomento de la información, la consulta pública y participación activa en el proceso planificador corresponden al Consejo del Agua de la demarcación y que para hacer efectiva la participación pública «se determinará reglamentariamente» la organización y el procedimiento.

Ahora bien, observamos una vez más que la traslación literal del texto de una Directiva puede comportar, curiosamente, su inaplicación, ya que la remisión al desarrollo reglamentario posterior del objetivo fijado en la norma comunitaria provoca la indeterminación del mecanismo mediante el cual se ha de articular el acceso a los documentos y a la información de referencia (17). Y esto ha dejado de ser una crítica formulada desde el ámbito académico para convertirse en una triste realidad, tal como ha puesto de manifiesto la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia comunitario de 4 de octubre de 2012.

Por último, no debemos obviar que algunos de nuestros mejores tratadistas han sostenido la existencia histórica de un «mando único» para todas aquellas actividades comprendidas dentro del concepto de administración de las aguas públicas, que respondía hasta ahora a los intereses propios de la concepción imperante en relación al reparto y aprovechamiento de las aguas (18). No obstante, asistimos en la actualidad al fraccionamiento de las competencias sobre aguas, a la infravaloración del principio geográfico y racional de la unidad de las cuencas hidrográficas, al fracaso de los mecanismos de coordinación y cooperación entre diferentes Administraciones, que abocan al troceo de la gestión del agua en función de fronteras políticas y administrativas.

(17) Véase PALLARÈS SERRANO (2008: p. 348).

(18) La expresión «mando único» se la debemos a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1976, p. 107). En esa misma línea se pronuncia PÉREZ PÉREZ (1981: p. 111) cuando reivindica la existencia de un «Órgano Superior que detente la Autoridad Única del Agua» (sic). En este mismo sentido EMBID IRUJO recuerda en «Régimen jurídico de las obras hidráulicas. Planteamientos generales», capítulo integrante del libro que dirige (1995: p. 59), que fue ya GARCÍA PELAYO quien llamó expresivamente la atención sobre la necesidad de una sociedad centralizada y fuertemente organizada para poder realizar con éxito la obra hidráulica.

En suma, cuando estamos en presencia de una participación que ya hemos calificado de sectorial —en cuanto solo quedan representados los intereses de un sector de la colectividad— y sectaria —pues solo una de las partes que intervienen en la gestión institucional del agua está representada (la vinculada a la faceta consumidora)—, la Administración participada orgánicamente se convierte en un mero instrumento para la defensa corporativa y corporativista de determinados intereses privados, que también actúan como legitimadores sociales de las propuestas públicas.

III. EL CONFLICTO INTERADMINISTRATIVO Y SU REFLEJO EN LA PARTICIPACIÓN

A lo largo de las páginas anteriores hemos avanzado ya algunos problemas que se han suscitado en relación a las pugnas que mantienen las diferentes Administraciones territoriales en relación a la gestión de los recursos hídricos. Tras este conflicto subyacen también intereses económicos y sociales de primer orden. También resulta curioso comprobar que la normativa destinada a regular la participación e integración de los entes territoriales en los organismos de cuenca o en la gestión de la política hidráulica es más abundante y densa que la destinada a regular la participación de los diferentes agentes sociales.

La constante reivindicación por parte de las Comunidades Autónomas de determinadas competencias en materia hidráulica ha propiciado en la última década un frenesí normativo que ha sido objeto de una reciente e interesante jurisprudencia constitucional (19).

El esfuerzo destinado a ampliar el haz competencial autonómico ha tenido diversas manifestaciones. Por un lado, en algunas ocasiones, se ha intentado articular mecanismos de cooperación entre los diferentes territoriales en ámbitos que tradicionalmente estaban bajo la égida del Estado a través del ejercicio de sus funciones de coordinación. Por otro lado, se ha procedido a través de algunas reformas estatutarias a la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias específicas sobre esta materia, como las relativas a la policía del dominio público hidráulico. Todo ello va a ser objeto de un análisis más pormenorizado en este apartado.

Con carácter previo, cabe señalar que todas estas cuestiones resultarían irrelevantes si no fuera porque se ha constatado la ineficiencia del sistema. Y dicha constatación ha tenido su punto culminante en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2012 en la que,

(19) Y también ha permitido la aparición de una interesante doctrina administrativista y constitucionalista, que ha denunciado algunos de los «excesos» producidos. Véase al respecto FANLO LORAS (2007: *in totum*), GARRORENA MORALES y FANLO LORAS (2008: *in totum*) y FANLO LORAS (2009: pp. 11 y ss.)

para justificar el manifiesto retraso en el cumplimiento de determinados preceptos de la Directiva 2000/60, el Reino de España alega ante la corte que la complejidad del sistema jurídico e institucional español ha motivado el referido incumplimiento. El Tribunal de Justicia europeo le recuerda a nuestro país que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos en una directiva (20).

En consonancia con lo dicho anteriormente, debemos recordar, en primer lugar, que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo el artículo 36.bis en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, por el que se procedió a regular el Comité de Autoridades Competentes, destinado a garantizar la adecuada cooperación en la aplicación de las normas de protección de las aguas en las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias y, con ello, favorecer la resolución pactada de algunos de los conflictos que pudieran suscitarse.

La creación del Comité de Autoridades Competentes de la demarcación hidrográfica no afectó, en principio, a la titularidad de las competencias que en las materias relacionadas con la gestión de las aguas correspondían a las distintas Administraciones Públicas, que continuaron ejerciéndose de acuerdo con lo previsto en cada caso en la normativa que resultaba de aplicación.

El Comité de Autoridades Competentes está integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales, representados en función de su población dentro de la demarcación, a través de las correspondientes Federaciones Territoriales de Municipios.

Asimismo, en el caso de demarcaciones hidrográficas de cuencas intracomunitarias, las Comunidades Autónomas competentes garantizarán la cooperación en el ejercicio de las competencias que en relación con su protección ostenten las distintas Administraciones Públicas y, especialmente, preservarán el principio de unidad de gestión de las aguas y respetarán las competencias que corresponden a la Administración General del Estado en materia de dominio público marítimo terrestre, portuario y de marina mercante.

Mas con la cuestión de la participación ocurre como con los vasos comunicantes, que el aumento de los órganos de cooperación interadministrativa termina afectando a las funciones de los órganos destinados a dar cabida a la participación ciudadana. En otras palabras, el conflicto institucional y sus consecuencias ensombrecen todas las cuestiones relativas a la participación orgánica de las entidades de carácter social. A tal efecto, debemos recordar que la cooperación, al contrario que la coordinación, que implica la existencia de un

(20) Véase, en particular, la Sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-61/05, apartado 31 y la jurisprudencia allí citada.

sujeto con competencias últimas de carácter unilateral, implica la relación entre iguales y, por tanto, entronca directamente con la esencia de una participación directa y sin ambages.

Cabría recordar que el sistema de gestión de los recursos hídricos descansa en la planificación hidrológica. En ese sentido, no habría que olvidar que la coordinación interadministrativa se articula fundamentalmente sobre los instrumentos de planificación. Y, en relación a los mismos, es preciso apuntar que el rango normativo (con valor de ley en el caso del Plan Hidrológico Nacional y meramente reglamentario en el caso de los planes hidrológicos de cuenca) no coincide con la exigencia de un determinado orden cronológico en su aprobación, pues, por razones obvias, los planes hidrológicos de cuenca deben aprobarse con anterioridad al Plan Hidrológico Nacional, habida cuenta de que fijan los recursos «sobrantes» existentes en sus respectivas demarcaciones (21).

A todo ello se ha unido la pretensión por «territorializar» la gestión del agua, fragmentándola según los límites geográficos de cada Comunidad Autónoma, lo que ha merecido el reproche inequívoco del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 30 y 32/2011, de 16 y 17 de marzo, relativas a la gestión del Guadalquivir y Duero, atribuidas a Andalucía y Castilla y León por sus respectivos Estatutos de Autonomía. Este ir y venir, semejante al de las mareas, motiva un desquiciante tejer y destejer normativo. Valga, como ejemplo, el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, que introduce una nueva redacción a la Disposición Adicional decimocuarta del Texto Refundido de la Ley de Aguas, que implica la derogación de la atribución de las funciones de policía en las cuencas hidrográficas intercomunitarias a las Comunidades Autónomas que tuvieran prevista esta competencia ejecutiva en sus respectivos Estatutos de Autonomía (22).

Lo curioso del caso es la extraña coincidencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a la hora de valorar una misma cuestión jurídica. Así, tres Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 14 de junio de 2011 (recursos núm. 1/2009, 2/2009 y 66/2008) y otra de 19 de julio de 2011 han anulado el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes

(21) Ya tuve ocasión de pronunciarme sobre este asunto en el Capítulo Tercero del libro coordinado por BERMEJO VERA (1995: pp. 97 y ss.)

(22) Dicha norma deroga la disposición adicional decimocuarta introducida por el Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, que habilitaba a determinadas Comunidades Autónomas para el ejercicio de facultades de policía de dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias, así como para la tramitación de los procedimientos a que dieran lugar sus actuaciones hasta la propuesta de resolución. Se trata de preservar el principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias, elevado a principio constitucional por el Tribunal Constitucional en sus sentencias y 30 y 32/2011, recogiendo la doctrina que ya había expuesto en las 227/1988, de 29 de noviembre, y 161/1996, de 17 de octubre.

a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma. Son fallos derivados, obviamente, de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía andaluz que sirvió de cobertura al referido traspaso.

IV. LOS ESPEJOS DEL AGUA

España es un país de ríos ciclofímicos, lo que ha condicionado históricamente su política hidráulica. El Derecho de aguas de cada nación se encuentra muy condicionado por su climatología. En los países áridos, como el nuestro, existe una abundante legislación de calidad técnica notable, que muestra una clara y progresiva tendencia a declarar el carácter público de todo tipo de aguas y un determinante papel de la actuación administrativa.

No obstante, desde el Antiguo Régimen sabemos que los mismos problemas pueden ser abordados a través de diferentes soluciones. Ya en aquella época encontramos dos sistemas bien distintos: el ribereño castellano y el regaliano de los territorios que componían la Corona de Aragón. Este último constituye un singular precedente del régimen jurídico actual, si bien las instituciones y los términos definitorios respondían, como no podía ser de otra manera, a otro paradigma jurídico. En el ámbito de la Corona de Aragón, el aprovechamiento de las aguas públicas, concepto que comprendía las aguas corrientes y las perennes, requería licencia real y, en consecuencia, la satisfacción de los correspondientes derechos de regalía. Y todo ello se articulaba a través de un contrato de censo enfitéutico.

Ahora bien, la pregunta que debemos formularnos en este momento es por qué los españoles viven de espaldas a sus ríos, solo encelados con el mar. ¿Qué hace que el buen estado ecológico de las aguas continentales suponga un lastre con el que debemos convivir? ¿Por qué perseguimos la calidad en las aguas costeras mientras esquilamos las subterráneas? Esta realidad no obedece ni a una cuestión atávica ni a un estado transitorio de enajenación mental. La mentalidad que subyace tras estas prácticas es el resultado de una política consciente, de una estrategia diseñada históricamente desde la Administración hidráulica, con la complicidad y cobertura de los mecanismos de participación implantados en este ámbito y que ya hemos analizado.

No es casual, como ya hemos indicado, que los usos comunes y generales del agua, los vinculados a los ríos como espacios lúdicos, recreativos y paisajísticos, estén desprotegidos jurídicamente frente a los usos privativos, aquellos que implican la patrimonialización de un bien público por los agentes económicos hasta convertirlo en un recurso privado destinado a producir un pingüe enriquecimiento. Sin embargo, como la principal riqueza del mar es su buen estado ecológico, las Administraciones públicas han invertido históricamente en la recuperación y en la limpieza de las costas y de las aguas costeras.

A tal efecto, cabe recordar que las Leyes de 3 de agosto de 1866 y 13 de junio de 1879 configuraron un régimen jurídico similar para las aguas continentales. La principal diferencia venía dada por la regulación conjunta que sobre aguas marítimas y continentales establecía la Ley de Aguas de 1866. La Exposición de Motivos de esa Ley continúa hoy siendo una pieza literaria fundamental en la historia del Derecho administrativo español. Tras la escisión del régimen jurídico de los diferentes tipos de aguas se produjo también un cambio en el modelo de aprovechamiento, en la organización administrativa y en la relación de los poderes públicos con los particulares. Las consecuencias que ha traído ese modelo han deparado algunos de los problemas que hemos intentado esbozar con anterioridad.

No obstante, los reflejos del agua, con su capacidad para reflejar e invertir imágenes, contribuyen a alterar nuevamente el significado de algunas palabras. En relación al agua y sus intereses se han generado un mito y un timo. Los agricultores, y su desesperación, les sirven a algunos sectores económicos para reivindicar y legitimar la demanda de más obras hidráulicas, cuyos beneficios serán irrelevantes desde la perspectiva del interés del sector primario, aunque dejarán cuantiosos dividendos en el sector de las consultorías y de las grandes empresas de la construcción. En una sociedad verdaderamente democrática bastaría con denunciar el timo para desvanecer el mito. En nuestro caso es preciso explicar el mito para desenmascarar el timo.

Y, mientras tanto, seguimos sin encontrar un equilibrio ponderado a la dualidad existente entre la explotación y la conservación de nuestros recursos naturales, que genera una tensión social que parece irresoluta. Cuando esa dualidad deviene en enfrentamiento entre diferentes grupos sociales supone un fracaso de los profusos mecanismos de participación articulados y de las pane-gíricas invocaciones al interés general.

Ese infecundo tejer y destejer que caracteriza nuestra historia, y que tantas veces ha lastrado nuestro progreso, se ha dado también a la hora de plantear unas políticas racionales y razonables sobre nuestras aguas continentales. No es baladí recordar en estos momentos la nueva orientación que pretendió darse a la gestión de nuestros recursos hídricos, que son mucho más que meros recursos económicos, y que se reflejó en el espejo cóncavo de la política. En su discurso de investidura para la Presidencia del Gobierno, pronunciado en el Pleno de 15 de abril de 2004, el candidato Sr. Rodríguez Zapatero señaló lo siguiente:

«En este contexto, quiero anunciar una nueva política del agua, una política que tomará en consideración tanto el valor económico como el valor social y el valor ambiental del agua, con el objetivo de garantizar su disponibilidad y su calidad, optimizando su uso y restaurando los sistemas asociados. Para ello el gobierno aprobará una profunda reforma de las Confederaciones Hidrográficas y revisará el Plan Hidrológico Nacional vigente... Esta revisión, que implicará la paralización de determinadas infraestructuras y su sustitución por proyectos más

eficientes, más baratos y menos conflictivos, se llevará a cabo en forma concertadas con las comunidades autónomas».

Una vez más habría que evocar la célebre frase de Lucas MALLADA: «¡magníficas ideas, pero exiguos resultados!». Exiguos y contradictorios, no solo a tenor de los resultados obtenidos por la anterior política hidráulica sino porque asistimos a su postergación en la actualidad. En efecto, la cuestión hídrica apenas aparece mencionada en el discurso pronunciado en la sesión de investidura del Sr. Rajoy Brey del 19 de diciembre de 2011, en la que se limitó a repetir un lugar común:

«La política medioambiental debe, sobre todo, preservar nuestra diversidad, una de las más amplias de Europa, dar un tratamiento adecuado a los residuos y a la calidad del aire y las aguas».

Tal parquedad parece postular una vuelta a los espejos convexos del agua, aquellos que convierten a los ríos en aguas sobrantes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1995): «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentario a una polémica» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, pp. 5-26.
- BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis y CAMPO OLIVAR, José María (1995): «Ineficiencia económica y desorden territorial: el Pacto del Agua», Comunicación al II Congreso de Ordenación Territorial, D.G.A., Zaragoza.
- BERMEJO VERA, José (1984): «El interés general como parámetro de la jurisprudencia constitucional» en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, II, pp. 103-138.
- BERMEJO VERA, José (director) (1995): *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, pp. 202.
- BLUMM, Michael C. (1994): «Public Choice Theory and The Public Lands: Why Multiple Use Failed», en *Harvard Environmental Law Review*, vol. 18, pp. 405-432.
- CALVO MIRANDA, José Luis (2010): «Abastecimiento de agua potable y saneamiento de las aguas residuales urbanas en España», en esta REVISTA, núm. 36, pp. 295-311.
- CANOSA USERA, Raúl (1996): «Aspectos constitucionales del derecho ambiental», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 94, pp. 73-111.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia (2008): *La Administración hidráulica española e iberoamericana*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, p. 612.

- EMBIID IRUJO, Antonio (Director) (1995): *Las obras hidráulicas*, Civitas, Madrid, pp. 334.
- FANLO LORAS, Antonio (2007): *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp. 441.
- (2009): «La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 14, pp. 11-79.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1994): en «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, pp. 381-401.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel y BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis (1996): «Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua», en esta REVISTA, núm. 9, pp. 63-84.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (2009): *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 346.
- GARRORENA MORALES, Ángel y FANLO LORAS, Antonio (2008): *La constitucionalidad de los nuevos Estatutos en materias de aguas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp. 220.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (coordinador) (2007): *Nuevo Derecho de Aguas*, Aranzadi, Pamplona, pp. 726.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1980): *La protección de la fauna en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, pp. 140.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1981): «Aspectos organizativos de la protección de la fauna silvestre», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30 pp. 505-528.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1976) *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*, COPLANARH, Venezuela, 1976, pp. 242.
- MOREU BALLONGA, José Luis (2011): «La propiedad privada «congelada» del agua, según el Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo III, julio-septiembre, pp. 931-988.
- PALLARÈS SERRANO, Anna (2008): «La participación pública en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente. Especial referencia a los planes hidrológicos de cuenca», en *Revista de Administración Pública*, núm. 176, pp. 331-361.
- PÉREZ PÉREZ, Emilio (1981): *Legislación y administración del agua en España*, Editora Regional de Murcia, pp. 137.
- SAINZ MORENO, Fernando (1976) *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, pp. 364.
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel (1985): «Usuarios e intereses generales en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. La dinámica entre un modelo de producción

- agrario y el equilibrio intersectorial y los intereses generales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45, pp. 25-44.
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel (1989): «La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho», en *Revista de Administración Pública*, núm. 119, pp. 133-172.
- VEDEL, Georges (1978) *La experiencia de la reforma universitaria francesa: autonomía y participación*, Civitas, Madrid, pp. 96.
- VV. AA. (2006): *Derecho de aguas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, pp. 1300.

