

El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos

SUMARIO: I. LA APARICION DE UN DERECHO A LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA. A) El principio del derecho a la transparencia. B) La organización del derecho a la transparencia. C) La efectividad del derecho a la transparencia. II. LIMITES Y PROBLEMAS DEL DERECHO A LA TRANSPARENCIA. A) Los límites concernientes a la protección de los secretos legítimos. B) La armonización de los diversos derechos a la transparencia. C) Las prolongaciones del derecho de transparencia.

El término transparencia administrativa ha irrumpido desde hace una decena de años en el lenguaje jurídico francés.

Para empezar, debemos preguntarnos acerca de la novedad y la ambigüedad de este concepto de transparencia. La lectura de los diccionarios nos recuerda que la transparencia es: «la cualidad de aquello a lo que se puede tener fácil acceso psicológico o intelectual». Sea como virtud, sea como simple cualidad intelectual, la transparencia no sería, pues, materia jurídica sino más bien ética. Procedería de los usos administrativos, más que de la organización jurídica. La implantación de una «administración de cristal» dependería fundamentalmente de la aparición de una nueva psicología administrativa, en virtud de la cual los servicios aceptasen la necesidad de trabajar bajo la mirada constante de los administrados.

Pero es obligado constatar la juridificación del concepto de transparencia administrativa. La doctrina ha sido la primera en apoderarse de

esta noción. Es de destacar en este sentido que uno de los estudios más recientes y pertinentes que tres miembros del Consejo de Estado han consagrado a los nuevos derechos reconocidos a los administrados en relación con el sistema administrativo ha sido titulado: «*La transparencia administrativa*» (B. LASSERRE, M. LENOIR, B. STIRN. *La transparencia administrativa*. P.U.F. 1987). Después, a su vez, el legislador se ha apropiado de este término. El mismo ha recibido una primera consagración legislativa con la ley número 91-3 del 3 de julio de 1991 referente «a la transparencia y a la regularidad de los mercados públicos», y el legislador ha insistido con la ley de 29 de enero de 1993 referente «a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica» que de manera significativa asocia el concepto de transparencia a una de las mayores preocupaciones de los medios políticos franceses desde hace algunos años: la necesidad de luchar contra la corrupción.

El análisis de estos textos y de estas obras demuestra en todo caso la ambigüedad y la complejidad de la noción de transparencia administrativa. Se puede considerar que apoyan el advenimiento de un sistema administrativo más transparente, «la ley sobre informática y libertades» del 6 de enero de 1978 destinada a la ampliación de los derechos de los administrados a obtener el acceso al conocimiento de los documentos, las disposiciones de toda naturaleza y los principios jurisprudenciales destinados a asegurar una mejor información de los administrados (ley de 11 de julio de 1979 sobre la motivación de los actos administrativos, obligaciones de publicidad, etc.) o a permitirles participar más activamente en la formación de las decisiones de la administración (encuestas públicas, etc.) y en fin, más recientemente, las leyes del 3 de julio de 1991 y del 29 de enero de 1993 que están dirigidas a prevenir la corrupción reforzando los controles y la información sobre los mercados públicos.

Esto demuestra que detrás del término transparencia administrativa se disimulan preocupaciones muy diversas que van desde una mejor garantía de las libertades públicas al refuerzo del control de la administración, pasando por la mejora de las relaciones entre la administración y los administrados. Y hace falta subrayar, muy en especial, el lugar que ha ocupado la noción de transparencia en la redefinición de las relaciones entre la administración y los administrados no sólo en la puesta a debate del secreto administrativo, sino también como procedimiento que tiende a hacer pesar sobre la administración la obligación de acompañar su actuación con medidas de publicidad o de información activa, o de hacer participar en ella a los administrados, especialmente mediante la consulta (ver B. DELAUNAY, *La mejora de las relaciones entre la administración y los administrados*, LGDJ 1992).

En el marco de este contexto, el presente estudio tiene como objetivo preguntarse sobre la existencia de un derecho de los administra-

dos a la transparencia administrativa, que se inscribiría entre los nuevos derechos que constituirán la tercera generación de las libertades y derechos fundamentales. ¿Es posible aislar en el seno del derecho de las relaciones entre la administración y los administrados, un derecho específico a la transparencia administrativa? Es permisible, fundándose sobre la definición primordial de la transparencia, proponer que este derecho se defina como el conjunto de procedimientos jurídicos que tienen como fin permitir a los administrados tener acceso al sistema administrativo y así poner un límite al derecho (o más frecuentemente a la obligación de la administración) al secreto. El interés de esta definición parece no solamente de naturaleza etimológica sino dirigido a distinguir las obligaciones pasivas de la administración ante las solicitudes de información procedentes de los administrados, de sus obligaciones activas de información o de consulta. Estas últimas tienen efectos sobre el régimen de los actos administrativos (motivación insuficiente o ausencia de consultas obligatorias que influyen sobre su regularidad) lo que no es el caso de las primeras.

Concebido así, hace falta subrayar los problemas de principio que lleva consigo la afirmación de este derecho a la transparencia. Su reconocimiento choca con una de las tradiciones administrativas más afirmadas, la del derecho de la administración al secreto. Los textos que fundamentan el secreto administrativo son numerosos y constantes. La obligación del secreto profesional está declarada expresamente por el artículo 378 del Código Penal del cual hay que enfatizar que no ha sido modificado de manera perceptible desde 1804. Tal obligación ha sido asimismo retomada, como derivada de la obligación de discreción profesional, por el artículo 26 del estatuto de la función pública del 13 de julio de 1983. Esto sin contar los numerosos textos específicos referentes a tal o cual administración (servicios fiscales, etc.).

Que este dogma del secreto deba ser cuestionado, no puede ser discutido. La observación de la evolución general de los sistemas administrativos en el mundo lo demuestra. El principio del secreto se combate no sólo en los Estados que han sido siempre reacios al mismo (los países anglosajones) sino también, actualmente, en los países socialistas. Esta puesta en debate generalizada se deriva tanto de la preocupación de asegurar un mejor control de la administración por los administrados y de esta manera aumentar su protección como de la ideología de la democracia administrativa que la transparencia implica (ver A. MESTRE *La democracia administrativa*, Mélanges Couzinet, 1974) o también de los análisis gestoriales que propugnan los métodos participativos.

Hay que reconocer, sin embargo, que el secreto administrativo no puede tampoco asimilarse pura y simplemente a un arcaísmo administrativo. Responde a imperativos de eficacia así como a valores que

siguen siendo muy actuales. El secreto administrativo no es sólo una garantía individual para los agentes públicos. Con él se les preserva de las presiones excesivas de los administrados, y al propio tiempo, según los principios fundacionales del Derecho administrativo, se asegura la primacía del interés general sobre las preocupaciones particulares. El secreto profesional constituye igualmente una garantía fundamental de libertades individuales esenciales como el derecho a la intimidad.

Ahí reside uno de los principales debates suscitados por el reconocimiento del derecho a la transparencia administrativa. Si la protección de los administrados conduce a afirmarla cada vez con mayor firmeza, exige también con no menos seguridad encerrarla dentro de ciertos límites. Esta es una de las cuestiones más delicadas entre aquellas que plantea actualmente su organización.

I. LA APARICIÓN DE UN DERECHO A LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA

Pasados más de dieciséis años desde la promulgación de la ley de 17 de julio de 1978 sobre la comunicación de los documentos administrativos, hay que constatar que existe en el Derecho francés un derecho a la transparencia administrativa que ha recibido valor de principio y que encuentra como límite de su efectividad y puesta en práctica, las obligaciones de la administración en cuanto al respeto del silencio.

A) *El principio del derecho a la transparencia*

1. Tanto los primeros comentaristas de la ley de 1978 (P. DIBOUT, «La libertad de acceso a los documentos administrativos», *Revista administrativa*, 1979, 23; G. BRAIBANT, *Derecho de acceso y derecho de información*, Mélanges Charlier, 1979, etc.) como los análisis más recientes (B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *op. cit.*; A.L. MIÉ, *La Administración y el derecho de información. El secreto a debate*, Berger Levrault, 1985; H. MAISL, P. GALLOUEDEC-GENUYS, *El secreto de los ficheros*, Cujas, 1986) han señalado la importancia de la modificación operada por la ley del 17 de julio 1978, completada, en cuanto al acceso a los ficheros, por determinados aspectos de la ley del 6 de enero de 1978.

Es cierto que diversas disposiciones anteriores habían permitido ya limitar el secreto administrativo. Las más destacadas eran la ley municipal del 5 de abril de 1884 (artículo L. 121-1919 del código de los ayuntamientos) abriendo un derecho a la comunicación de determina-

dos documentos municipales (actas de los consejos municipales, presupuestos y contabilidad de la municipalidad, etc.), la ley de 1887 sobre los archivos y la ley del 22 de abril de 1905 sobre la comunicación del expediente de los funcionarios. Pero interpretando, por un lado, esas disposiciones y fundamentándose por otra parte en la obligación general de discreción profesional a la cual están obligados los agentes públicos, el juez consideraba que en ausencia de texto explícito, la administración no tenía obligación de comunicar los documentos que ella poseyera (Consejo de Estado, 18 de noviembre 1949, Carlier, p. 490). Este principio jurisprudencial se aplicaba incluso en las hipótesis en que los documentos solicitados se hubieran elaborado a raíz de consultas de los administrados. Así sucedía con el informe elaborado por el comisario-investigador en los términos de la investigación pública (CE 28 mayo 1971, Ville nouvelle Est, Rec, 409). Lo que, en este caso, condujo al gobierno a adoptar una disposición específica previendo esta comunicación, el decreto del 14 de mayo 1976.

La ley del 17 de julio de 1978 cambia completamente el principio al establecer la regla que «los documentos administrativos son comunicables de pleno derecho a las personas que los solicitan» (artículo 2). Esta regla se completa por la que sienta el artículo 34 de la ley de 6 de enero de 1978 que permite a las personas a las que se refieren los ficheros obtener comunicación de las informaciones nominativas que les conciernen. Estos principios se han visto reforzados al consagrarse con rango legal dado que tratándose de servicios del Estado, una medida reglamentaria hubiera sido suficiente. Por lo que respecta a los ficheros, estos principios rigen para todos los servicios u organismos públicos o privados encargados de poner en práctica los tratamientos automatizados. Y su alcance ha sido indiscutiblemente reforzado por la ratificación por Francia de la Convención Europea del 28 de enero de 1981 para la protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de «datos de carácter personal». En cuanto al principio sentado por la ley del 17 de julio de 1978, y que no se refiere más que a los documentos administrativos, puede esgrimirse tanto frente a los servicios del Estado y a sus establecimientos públicos como frente a los entes locales o a los organismos privados encargados de la gestión de un servicio público (lo que permite, entre otras consecuencias, soslayar la dificultad para la transparencia administrativa que se deriva del recurso a los desmembramientos de la administración mediante las asociaciones y otras fórmulas). Se notará, de paso, el contraste entre esta legislación y el método mucho más timorato utilizado en el mismo ámbito por el decreto del 28 de noviembre de 1938 sobre las relaciones entre la administración y los administrados.

2. El principio así sentado contiene de entrada una concepción muy amplia del derecho a la transparencia. Mientras que un texto

considerado sin embargo como muy liberal, el artículo L. 121-19 del Código Municipal, reservaba el acceso a los documentos municipales a los «habitantes o contribuyentes», el derecho de acceso abierto por la ley de 1978 no lo vincula ni a la nacionalidad (bajo reserva a las disposiciones de la ley n° 80-538 del 16 de julio de 1990 relativa a la comunicación de documentos y de informaciones de naturaleza económica, comercial o técnica) ni a la ciudadanía, ni siquiera a la residencia. De manera muy general, este derecho se otorga al público o a las personas físicas que lo solicitan. La comunicación de los documentos administrativos no está además ya subordinada por la Ley de 18 de julio de 1978 al interés que tuviera el solicitante de obtener la comunicación de los datos. Esta regla extremadamente liberal sólo se omite excepcionalmente. Así ocurre en lo que concierne al acceso a los ficheros calificados de «condicionado» (B. LASSERRE, N. LENOIR, STIRN, precitado p. 101) organizado por el artículo 3 de la ley del 6 de enero de 1978 que subordina «*el derecho de conocer y de oponerse a las informaciones y los razonamientos utilizados en los tratamientos automatizados*» con la condición de que los resultados de ellos sean utilizados en contra del solicitante. Del mismo modo, el artículo 3 de la ley del 17 de julio distingue el caso de los solicitantes que se vean oponer las conclusiones de un documento administrativo. Pero este interés no tiene efecto directo sobre el derecho a la comunicación pues sólo concierne a la posibilidad de actuar sobre el contenido de los documentos en cuestión.

El derecho de acceso no depende tampoco de la utilización que el solicitante se proponga hacer de él. Aunque el artículo 10 prevé que la comunicación se efectúe «bajo reserva del derecho de propiedad literaria y artística», la Comisión de acceso a los documentos administrativos (CADA), privilegiando el principio según el cual dicho acceso no tiene que fundarse en las motivaciones del solicitante, considera que la eventualidad de una utilización con fines comerciales no puede anular el derecho de comunicación (Dictamen 29 octubre 1981, letrado de Pignan). Esta interpretación muy amplia del derecho de acceso no deja evidentemente de plantear problemas ya que ella no permite denegar las demandas que proceden del «hostigamiento administrativo», salvo el procedimiento excepcional que conduce a la no recepción de solicitudes abusivas). Pero es indudable que esta voluntad de no subordinar el derecho de acceso a condición alguna subjetiva ha contribuido fuertemente a su afirmación.

La sola restricción importante a este derecho a la transparencia concierne a los documentos e informaciones de carácter «nominativo» (las dos leyes del 6 de enero de 1978 y del 17 de julio de 1978 utilizan el mismo criterio pero dándole sin embargo una significación diferente) cuya comunicación se ve restringida. La misma no está abierta más

que a las personas «interesadas» (la misma expresión en los dos textos), noción que se ha manifestado más difícil de poner en práctica que lo que parecía a primera vista. Si los padres de menores están indiscutiblemente interesados en las informaciones que se refieren a éstos, ¿qué decir de los menores próximos a la mayoría de edad en sectores tan delicados como los expedientes o ficheros médicos? ¿Qué decir, a mayor abundamiento, de los ascendientes o los descendientes de personas fallecidas? El debate sobre las respuestas que conviene dar a estas cuestiones está pendiente ante la CADA que, segregando progresivamente ciertos criterios (teniendo en cuenta la voluntad expresa del interesado, grado de parentesco, etc.) se esfuerza por conciliar derecho de acceso y protección de los secretos legítimos de la vida privada. Ello ha conducido a la CADA, por otra parte, a añadir al criterio del documento de carácter nominativo (es decir, el que lleva consigo una valoración o un juicio de valor sobre una persona física nominalmente designada o que se refiere a un comportamiento cuyo conocimiento podría ser perjudicial para el interesado), el del documento cuya comunicación afectaría a la vida privada de un individuo y que no es comunicable más que a éste (CADA, 13 de enero de 1981, Ville de Saumur).

3. Otro elemento esencial del principio de la transparencia es que el reconocimiento del derecho de acceso tiene, como norma general, un carácter directo. El derecho de acceso a los documentos administrativos debe ser ejercido directamente por el administrado cerca de la administración que conserva el documento. En un primer momento, las autoridades administrativas independientes situadas en el centro del dispositivo de las dos leyes, la Comisión nacional de informática y de libertades (CNIL) y la CADA no tienen que intervenir. Sólo de forma excepcional se establecen sistemas de mediación. Así ocurre en lo que se refiere al acceso a las informaciones médicas que por razones relacionadas con el deseo tanto de preservar el secreto médico como de proteger al enfermo de interpretaciones erróneas, no puede ejercerse más que por medio de un médico designado por el interesado (ley del 6 de enero de 1978, artículo 40, ley del 17 de julio de 1978, artículo 6 bis). No hay, sin embargo, que sobrestimar el alcance de este filtro, pues nada impide a este mediador médico comunicar la integridad del documento al demandante. Más vigoroso es el sistema de mediación instituido por el artículo 39 de la ley del 6 de enero de 1978. Se trata de ficheros que interesan a la «seguridad del Estado», «a la defensa y a la seguridad pública» «para los cuales la conciliación entre el secreto de Estado y la protección de las libertades públicas se manifiesta como muy delicada, estando el acceso reservado a uno de los miembros de la CNIL procedente del Consejo de Estado, del Tribunal de Casación o del Tribunal de Cuentas que

sea designado para proceder a las «investigaciones útiles» y a las «modificaciones necesarias». Pero contrariamente a lo que permite el sistema de mediación prevista en materia médica, no puede haber comunicación ni siquiera indirecta de la información contenida en el fichero. Al interesado solamente se le informa de que se ha procedido a las rectificaciones necesarias.

4. Un último elemento refuerza el principio de transparencia establecido por las leyes de 1978. Conciene a la extensión de la información accesible que se concibe en ellas, también, de manera muy amplia.

La noción de documento administrativo ha sido objeto de las definiciones más amplias. Como lo subraya la *Guía de acceso a los documentos administrativos (Documentación Francesa, 1993)* la forma de los documentos (escritos, grabados, informaciones automatizadas, etc.) es indiferente. Una solución idéntica prevalece en lo que se refiere a su alcance jurídico: la noción de documento debe ser totalmente diferenciada de la de acto administrativo. Su origen, en fin, no tiene incidencia sobre el derecho a la comunicación. Lo que conduce —solución que no es siempre bien comprendida, ni bien aceptada— a que numerosas informaciones de origen privado (planos unidos a los expedientes con ocasión de las demandas de permisos de construir, correspondencia, etc.) confiados a la administración en el marco de sus prerrogativas se convierten en comunicables desde el momento en que las mismas son «recibidas» por el sistema administrativo, desde que tales informaciones entran en los expedientes de la administración. Ciertamente, además de las excepciones relativas a la protección de determinados secretos, la CADA y el juez han sido llevados a definir ciertos límites que son ahora bien conocidos. Los documentos comunicables deben estar concluidos (Consejo de Estado, 11 de febrero de 1983, asociación Atelier (taller) libre de urbanismo de la región de Lyon, p. 560). Deben estar plenamente normalizados y no exigir un trabajo de confección formal por la administración. Además, no deben proceder de las asambleas parlamentarias ni de la autoridad judicial ni tener un carácter jurisdiccional, lo que tiene como efecto sustraer a la comunicación documentos establecidos en el curso de un procedimiento judicial incluso aunque hayan sido transmitidos a la administración (c. 23 marzo 1994, MASSOL, *Derecho administrativo*, n. 309; ver sobre estas cuestiones, B. LASSERRE, «Lo que podría cambiar seis años después del voto de la ley del 17 de julio de 1978», *Estudios y documentos*, 1983-1984, p. 103 y 104: Guía precitada). A decir verdad, esta última excepción no es nada restrictiva dado que el Derecho procesal judicial tiene organizadas sus propias modalidades de comunicación de los documentos.

Los documentos deben vincularse, en fin, a una actividad de servicio público. Esta última condición es, ciertamente, la más problemática.

Ante todo en cuanto hace depender el campo de la comunicación de la apreciación que puede realizar la CADA y el juez desde la noble pero siempre incierta noción de servicio público. Así, extendiendo su jurisprudencia tradicional relativa al dominio privado, a la comunicación de los documentos administrativos (el Consejo de Estado, 26 de julio de 1985, Amadou, p. 243). Esto no es totalmente convincente. Puede así destacarse con R. CHAPUS y con la mayoría de la doctrina, por una parte que ninguna incompatibilidad entre la gestión del dominio privado y el servicio público se encuentra «escrita en el cielo» (R. CHAPUS, *Derecho Administrativo general*, tomo 2, Montchrestien, 1991, p. 416) y por otra parte, que la lógica de la comunicación de los documentos administrativos no debe obedecer obligatoriamente a los mismos imperativos que la que conduce a reservar el contencioso del dominio privado a la jurisdicción ordinaria. De manera más general, hay que considerar que limitar el derecho de acceso solamente a los documentos vinculados al servicio público conduce a ocultar una parte importante de la acción administrativa y, señaladamente, todo lo que concierne a la gestión patrimonial cuando precisamente sería bienvenida una mayor transparencia en este ámbito. Para no citar más que un ejemplo, sería más que necesaria que la utilización para fines patrimoniales de los inmuebles sobre los que las entidades tienen derecho de tanteo se situase bajo la mirada de los administrados.

B) *La organización del derecho a la transparencia*

La afirmación de un verdadero derecho a los administrados a la transparencia administrativa ha respondido en gran parte a la voluntad que han testimoniado tanto el legislador como las instituciones establecidas para aplicar las leyes de 1978, para hacer de ellas no sólo una «libertad formal» sino igualmente —para retomar una diferenciación célebre que merece sobrevivir al naufragio de la ideología a la cual ha sido vinculada— una «libertad real».

1. Esta preocupación de realismo se refleja en la creación de una autoridad administrativa independiente, la Comisión de acceso a los documentos administrativos encargada de asesorar a los administrados en el establecimiento de sus nuevos derechos. Ahí radica, sin duda, la innovación mayor que se operó en 1978 con relación a los antiguos procedimientos de acceso a la información administrativa. Estos no concedían a los administrados otras garantías que el recurso al juez, es decir, una garantía que actuaba con una demora excesiva en un sector donde la rapidez de la respuesta al administrado es esencial. Por el contrario, las leyes de 1978 han sido construidas sobre la idea muy

exacta ya presente en Tocqueville, de que el ejercicio por el administrado de los nuevos derechos que se le reconocían exigía que no se les dejase solos de cara a la inmensa complejidad de los sistemas administrativos; que la permeabilidad de la Administración y el levantamiento del secreto tradicional necesitaba contar con el asesoramiento de mediadores. Y la solución elegida de la autoridad administrativa independiente, fórmula entonces completamente nueva, se ha mostrado muy eficaz.

En primer lugar, porque la institución establecida ha merecido plenamente el calificativo de autoridad administrativa independiente. Este punto ha sido objeto de análisis suficientemente numerosos y pertinentes (B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *op. cit.*, M.J. GUEDON *Las autoridades administrativas independientes* L.G.D.J. 1991. M. GENTOT, *Las autoridades administrativas independientes*, EJA, 1992; C.A. COLLIART y G. TIMSIT, *Las autoridades administrativas independientes*, PUF, 1988) para que sea necesaria extenderse en este breve estudio.

Baste señalar que, a pesar de algunas reticencias de orden institucional (ver M.J. GUEDON, *op. cit.*) que se han podido crear a su respecto, la diversidad de la composición de la CADA, la independencia real de espíritu en la cual ha podido trabajar (y de la cual puede dar fe el autor) la sitúa, efectivamente, en una situación de autonomía en relación a las administraciones sometidas a la obligación de comunicación.

Autoridad por tanto independiente, pero también de naturaleza administrativa: la CADA ha obtenido de su conocimiento y de su familiaridad con el sistema administrativo una eficacia que conviene subrayar. Y, si bien esta Comisión recibe una media de más de 2.000 solicitudes de dictamen o de consulta al año, la duración del examen de las peticiones es, desde el decreto del 23 de abril de 1988, de menos de un mes, lo que constituye una obligación perfectamente respetada, ya que en 1991 la demora media ha sido de 27,8 días. Este resultado se debe, en gran parte, a un procedimiento de instrucción poco formalista (los contactos telefónicos son frecuentes) conducido por ponentes que están perfectamente al tanto de las realidades administrativas. Aunque el procedimiento no se somete al respeto del principio contradictorio, está garantizado sin embargo el diálogo necesario y directo con la administración concernida. En él se trata asimismo de organizar, de manera adecuada, el examen de las solicitudes por la Comisión que en cada sesión dictamina sobre un centenar de peticiones no debatiendo de manera profunda más que los asuntos que plantean problemas nuevos o delicados.

Ofrece dificultad, sin embargo, la extensión de los poderes tanto de investigación como los de sanción que han sido concedidos a esta autoridad. La CADA no puede sancionar la negativa (por ahora muy poco frecuente) que le podrían oponer ciertos servicios de trasladarle

los documentos que son objeto de solicitudes, con el fin de que ella pudiese dictaminar sobre su comunicabilidad. Sólo el juez administrativo dispone de este poder. Así, el Consejo de Estado puede censurar la negativa de una administración a comunicarle documentos cuya sujeción a la ley del 17 de julio de 1978 deba ser examinada (Consejo de Estado, 23 de noviembre de 1990, Berlín, *AJDA* 1991, 242 observaciones de X. PRETOT) o incluso la utilización por ésta de un procedimiento dilatorio, como la imposibilidad de encontrar el documento pedido cuando «tratándose de un protocolo realizado bajo el mandato de un ministro de asuntos sociales, corrientemente utilizado por los organismos de la seguridad social así como por las compañías de seguros..., el ministro no podría, sin viciar su decisión por inexactitud material, fundar su negativa sobre el carácter infructuoso de sus gestiones». (CE 22 oct. 1943; Berlín, *Dr. Admin* n. 484).

La CADA sólo tiene atribuciones consultivas y sus dictámenes o consejos pueden no ser seguidos por la administración, contrariamente a la Comisión nacional de Informática y libertades que constituye una verdadera autoridad, dispone de un verdadero poder reglamentario así como un poder sancionador (advertencias, sanción de la sala). De hecho, los poderes de la CADA proceden fundamentalmente de la persuasión, de que sus dictámenes son, muy frecuentemente, seguidos por el juez administrativo y, en fin, de la amenaza implícita de exponer a los servicios más reticentes en la «picota» del Informe Anual.

2. Una segunda característica del sistema montado para asegurar la comunicación de las informaciones administrativas debe ser subrayada: se trata de la voluntad del legislador de dar a las modalidades de comunicación un carácter esencialmente práctico. Así, el artículo 35 de la ley del 6 de enero de 1978 insiste sobre el hecho que las informaciones obtenidas de los ficheros deben ser transmitidas en «lenguaje claro». Las dos leyes insisten sobre el hecho que los solicitantes pueden obtener copias de las informaciones solicitadas. Y, para evitar que las tarifas de estas copias no se conviertan en un medio desviado de hacer fracasar el derecho «real» de comunicación, se somete al control tanto de la CNIL (artículo 35) como de la CADA (artículo 4, Dictamen del 19 de enero de 1989). Por último, si bien se admite que esta obligación debe desaparecer ante la preocupación de no poner en peligro la conservación de los documentos, esta excepción queda situada bajo el control del juez (Consejo de Estado, 8 de abril de 1987, Ministerio de Sanidad, encabezamiento p. 144).

En fin, de manera general, la CADA, en su pretensión de facilitar la puesta en práctica del derecho de la comunicación, considera que, salvo excepción, la obligación de comunicar pesa no sólo sobre los servicios que están en el origen del documento sino también sobre toda la administración que los conserva. Lo que abre a los demandantes la

elección que puede estar motivada por razones prácticas o vinculadas a la mayor disponibilidad de ciertos servicios. Sin embargo, se ha instituido una excepción cuando se trata de documentos que emanan de las colectividades locales que son retenidos por los servicios del Estado en el control de legalidad (CADA, 6 de febrero de 1992. Prefecto de L'Oise). El Consejo de Estado va incluso más lejos considerando que documentos establecidos por cuenta de un ayuntamiento por una asociación ejerciendo una misión de servicio público sólo son comunicables por el ayuntamiento comanditario (CE 30 oct. 1992, CAUE, *Dr. Adm.* n. 506).

C) *La efectividad del derecho a la transparencia*

Es indudable que esta voluntad de dar al derecho a la transparencia un carácter concreto y práctico ha jugado un papel esencial sobre el terreno de su efectividad.

Medir la efectividad de un derecho nuevo es siempre un asunto delicado, y ello lo es particularmente en lo que se refiere al derecho a la transparencia, en la medida en que los únicos instrumentos de medida cuantitativa de los que se dispone conciernen a su patología más que a la cotidianeidad de su ejercicio.

Los siguientes datos son, en todo caso, significativos. El examen del acceso a los documentos administrativos revela un aumento constante de las solicitudes que emanan de los administrados. Con referencia a los primeros años de aplicación de la Ley, la petición de informes y dictámenes se ha duplicado y además conoce estos últimos años un aumento constante. En 1988, la CADA recibió 2.054 peticiones, 2.098 en 1989, 2.210 en 1990 y, en fin, 2.238 para el año 1991. Ateniéndonos exclusivamente a las respuestas de la Administración, estos dictámenes son seguidos en un 88% por los servicios. Lo que demuestra que la influencia real de la Comisión es netamente superior a la que dejaría entender la limitación de sus poderes.

Sobre todo, la aceptación de la transparencia por el sistema administrativo parece actualmente en el buen camino. Varios índices apuntan a ello. Así, la multiplicación de las circulares internas de los diferentes Ministerios insistiendo sobre la necesidad de aplicar la ley. Teniendo en cuenta el puesto que ocupa la circular en la jerarquía real de las normas tal como la perciben numerosos servicios, concurre un factor de efectividad no desdeñable. Otros índices consisten en el crecimiento de las peticiones de dictámenes que revelan la preocupación de las administraciones por prevenir las dificultades de la puesta en práctica de la comunicación, la aparición de una percepción más constructiva que defensiva de las obligaciones que se deriven de la ley de

17 de julio de 1978. Todo esto parece indicar que la obra pedagógica de la CADA ha dado de forma progresiva sus frutos y esto incluso si ciertas administraciones más vinculadas al secreto se muestran todavía menos permeables que otras a la idea de la transparencia.

II. LÍMITES Y PROBLEMAS DEL DERECHO A LA TRANSPARENCIA

El reconocimiento y el desarrollo del derecho a la transparencia administrativa pone actualmente en evidencia un cierto número de cuestiones que sin duda no se habían percibido en toda su amplitud con ocasión de las leyes fundacionales de 1978.

A) *Los límites concernientes a la protección de los secretos legítimos*

El tema central que pone ante nosotros el reconocimiento del derecho de transparencia reside indiscutiblemente en la dificultad que existe de conciliarle con la protección de ciertos secretos protegidos por la ley. El problema se presenta de manera diferente según que los secretos protegidos por el artículo 6b hayan sido instituidos en el interés del Estado y de la administración o que se refieran a la protección de los individuos.

Los primeros son los más numerosos. Se trata de las deliberaciones del gobierno y de las autoridades responsables que conforman el poder ejecutivo, del secreto de la defensa nacional, de la política exterior y de todas las informaciones que pudieran afectar a la moneda y al crédito público, a la seguridad del Estado y a la seguridad pública, al desarrollo de los procedimientos iniciados ante las jurisdicciones, a la investigación de las infracciones fiscales y aduaneras así como a ciertos secretos «protegidos por la ley» como el previsto por el artículo L. 103 del Código de procedimiento fiscal.

En esta materia, hay que reconocer que la conciliación de intereses es de difícil manejo puesto que la misma no puede basarse en una comunicación reservada a determinados administrados. La comunicación dependerá, pues, de la extensión que sea reconocida a estos secretos cuyos límites no son siempre claros. La búsqueda de los compromisos necesarios lleva frecuentemente a la CADA y al juez administrativo a utilizar métodos jurisprudenciales y razonamientos que, por su sofisticación, acaban con la simplicidad de los criterios de salida dados por la ley. El ejemplo del secreto de las deliberaciones del gobierno lo demuestra. En su primer informe la Comisión había precisado que quería dar a esta excepción una interpretación restrictiva.

Después la misma ha tenido que hacer evolucionar esta posición tratándose de las relaciones destinadas a nutrir la reflexión del Primer Ministro o del Gobierno que no constituyen deliberaciones propiamente dichas pero forman parte de su preparación y se considera, por ello, que entran en el terreno del irreductible secreto de Estado. Esta fue la posición adoptada tanto por la CADA como por el Consejo de Estado en relación con el Informe Blanchard relativo al secreto mejor guardado por la administración francesa, el de las remuneraciones complementarias de los funcionarios (Consejo de Estado, 2 de diciembre de 1987, Mlle. Pokorny, p. 392). Pero, el último matiz, esta no comunicabilidad no es siempre considerada como definitiva y puede ser levantada cuando se suspende la decisión (ver guía precitada, p. 62). Otra dificultad que se deriva de la búsqueda de estos compromisos es la que conduce, contrariamente a la posición generalmente admitida en la materia, a reintroducir ciertos criterios subjetivos en la apreciación de la cualificación del solicitante. Ello sucede, especialmente, cuando se trata de la protección de la seguridad pública ya que el peligro que pesa sobre ésta dependerá en gran parte del uso que pueda hacer el solicitante de las informaciones comunicadas y por tanto de elementos personales, tales como el comportamiento peligroso o irresponsable del interesado (CADA, 15 de junio de 1989, X) pudiendo esta apreciación ser dejada a la administración o ser apreciada directamente por la CADA.

La conciliación entre el derecho a la transparencia y la protección de los secretos protegidos en el interés de los administrados (secreto industrial y comercial, vida privada) aparece a primera vista más fácil ya que la misma reside en el establecimiento de sistemas de comunicabilidad selectiva. Sólo los interesados pueden exigir el acceso a los documentos que contengan datos relativos a su vida privada.

Sin embargo, parece actualmente que la aplicación de la ley del 17 de julio de 1978 se encuentra dividida entre dos evoluciones contradictorias: aquella que tiende a extender el campo de la transparencia administrativa y aquella, no menos legítima, que conduce a desarrollar las exigencias cada vez más fuertes en lo relativo a la protección de la vida privada. De esta manera, la satisfacción de este segundo imperativo ha llevado a considerar que no podían ser comunicados a terceros en nombre de la protección de la vida privada datos tales como la fecha de nacimiento (CADA, 28 de enero de 1988, Boineau), la dirección (CADA, 14 de enero de 1988, alcalde de Pontoise), la profesión de los administrados (CADA, 2 de junio de 1988, Tsatarounos), pero también la relación de las personas que hayan pedido la convocatoria de los electores de la sección del ayuntamiento (CADA, 2 de junio de 1988, subprefectura de Briançon) o las inscripciones hipotecarias. Ahora bien, esta concepción rigurosa de la protección del secreto

de la vida privada lleva a veces a concluir paradójicamente que no son comunicables sobre la base de la ley de 17 de julio de 1978 —texto considerado como el acta de nacimiento de la transparencia administrativa— documentos que, por aplicación de otros textos así como de usos muy anteriores, estaban considerados como accesibles al público, incluso sometidos a obligaciones de publicidad (caso de las inscripciones hipotecarias). Lo que suscita el problema de la articulación entre los diversos textos relativos a los derechos a la transparencia.

B) *La armonización de los diversos derechos a la transparencia*

El actual Derecho francés no instituye un derecho a la transparencia administrativa, sino derechos que se basan sobre una diversidad bastante grande de textos, de principios jurisprudenciales e incluso de usos.

1. Esos derechos se asientan, en lo esencial, sobre textos de alcance general como la ley del 17 de julio de 1978 que ha sido objeto esencial de este estudio, pero también la ley informática y de libertades del 6 de enero de 1978 y la ley n. 79-18 del 3 de enero de 1979 sobre los archivos. La articulación entre estos tres textos no suscita problemas mayores.

Por lo que se refiere a la relación entre las leyes del 6 de enero y del 17 de julio de 1978, ésta se rige, después del dictamen del Consejo de Estado, Berlín, del 19 de mayo de 1983, p. 207, y el protocolo del acuerdo CADA-CNIL que le ha seguido, por las reglas siguientes: el acceso de los administrados a los ficheros de cualquier naturaleza que contienen informaciones nominativas se ejerce exclusivamente en las condiciones definidas por las disposiciones de la ley del 6 de enero de 1978. Por el contrario, los administrados pueden acogerse a la ley del 17 de julio de 1978 para obtener la comunicación de los documentos no nominativos contenidos en los ficheros, así como de los documentos redactados a partir de las informaciones que allí se encuentran. Así ha ocurrido, por ejemplo, en lo que se refiere a un informe de síntesis redactado en estas condiciones por el servicio de informaciones generales (Consejo de Estado, 12 de mayo de 1986, Wacheux, p. 142).

Sucede lo mismo en lo que concierne a la armonización con la ley del 3 de enero de 1979 sobre los archivos. Las informaciones y documentos comunicables sobre la base de las leyes de 1978, lo siguen siendo evidentemente incluso cuando hubieran sido vertidos a los archivos y no se ven afectados por las disposiciones más restrictivas que comportaría la legislación aplicable a los archivos. Por otra parte, las informaciones no comunicables a título de las leyes de 1978, lo son desde el momento en que cumplen las condiciones de antigüedad previstas

por la ley del 3 de enero de 1979 (CE, 8 de abril de 1994, Ministerio de Negocios Extranjeros, *Dr. Adm.* n. 308).

2. El problema se plantea pues sobre todo para los derechos específicos de comunicación instaurados por diversas legislaciones «sectoriales» o por la jurisprudencia. Estas son múltiples, se trata tanto del artículo L. 121-19 del Código de los ayuntamientos, antes citado, como de las disposiciones del Código electoral que prevén la comunicación de las listas electorales, o las del estatuto general de la función pública relativo a la comunicación de los expedientes o, además, del libro del procedimiento fiscal, etc. A ello se añaden numerosas disposiciones que, sin estatuir sobre la comunicabilidad, la implican evidentemente al establecer obligaciones de publicidad (Código de Urbanismo. Ley del 19 de julio de 1976 sobre las instalaciones clasificadas, etc.).

La armonización de estos derechos con los textos generales sobre el derecho a la transparencia y, especialmente con la ley del 17 de julio de 1978, plantea problemas delicados en casos de divergencia, situación que hace más y más frecuente la concepción rigurosa adoptada tanto por el juez como por la CADA en lo que se refiere a la protección de la vida privada. En efecto, la ley del 17 de julio de 1978 no ha organizado, de modo general, esta armonización, sólo lo ha hecho a propósito de la ley del 7 de enero de 1978 y únicamente en relación al artículo L.121-19 del Código de los ayuntamientos (¿por qué únicamente este texto?) para el cual el artículo 12 de la ley estipula que «la misma no impide» su aplicación. *Sensu contrario*, puede resultar de ello que fuera de estas excepciones o de los derechos de acceso reconocidos por leyes posteriores, la protección del secreto de la vida privada reafirmado por el artículo 6 de la ley del 17 de julio de 1978 conduce a poner en duda derechos de acceso anteriormente reconocidos. Esta solución puede sin duda ser descartada cuando estos derechos reposan sobre disposiciones legislativas expresas anteriores que no hubieran sido objeto de una derogación explícita (código electoral, código civil, etc.). Este es el caso de las declaraciones de las asociaciones que contienen informaciones sobre los nombres, domicilios y profesiones de los fundadores, menciones normalmente cubiertas por el secreto de la vida privada en el sentido de la jurisprudencia de la CADA. Pero este secreto no puede ser discutido en la medida en que la ley de 1901 sobre la libertad de asociación prevé que toda persona puede tomar conocimiento de los estatutos y de las declaraciones de las asociaciones (CE, 5 de julio de 1993, Clément, *Dr. Adm.* n. 435). No sucede así, en cambio, cuando el derecho a la comunicación se basa solamente en un reconocimiento jurisprudencial como el caso, por ejemplo, de la comunicación de los estatutos de los sindicatos profesionales depositados en la alcaldía cuya comunicabilidad se funda

exclusivamente en un dictamen antiguo del Consejo de Estado (Consejo de Estado, 5 de julio de 1912, *Lelor.* p. 797). *A fortiori* debería ser así también cuando el derecho de acceso se funda en un simple uso (caso del catastro, puesto que el Derecho francés no reconoce ningún valor a las costumbres contrarias a la ley (J.L. AUBERT, *Introducción al Derecho*, A. Colin. 1986, 116).

Esta dificultad es parcialmente resuelta por el hecho que la disposición relativa a los secretos protegidos está redactada en términos permisivos: «las administraciones pueden negarse a comunicar un documento administrativo cuya consulta o comunicación» supondría atentar contra ese secreto con la reserva de una puesta en marcha eventual de su responsabilidad, las mismas no están por tanto expresamente obligadas. La solución de estos conflictos de derechos a la comunicación puede por consiguiente obtenerse por las dos formas siguientes: mediante la indicación de que los secretos protegidos pueden ser obstáculo a la comunicación según la ley del 17 de julio de 1978, pero también mediante el recuerdo más o menos explícito de que puede accederse a ella sobre la base de otras disposiciones cuyo control de aplicación no incumbe a la CADA. Esta solución no puede satisfacer plenamente. Por una parte, conduce frecuentemente a negar a los administrados el beneficio de alguno de los avances de la ley del 17 de julio de 1978 (posibilidad de obtener fotocopias) para el acceso a informaciones sometidas a las obligaciones de publicidad. Sobre todo, estos procedimientos de comunicaciones paralelas no se benefician de la garantía que aporta la mediación de una autoridad administrativa independiente.

Todas estas razones no pueden más que llevar a la adhesión a las propuestas hechas por B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN (obra citada; p. 220) que preconizan la adopción de un código de la transparencia administrativa (o de un título del código de los derechos de los administrados, previsto en 1982, pero que fue reducido al modesto decreto del 28 de noviembre de 1983) reagrupando y articulando el conjunto de las disposiciones relativas al acceso a la información administrativa y, por otra parte, la institución de una comisión de la transparencia administrativa que no implicaría en absoluto, dada la concepción aquí mantenida de la transparencia, la fusión de la CNIL y de la CADA.

C) *Las prolongaciones del derecho de transparencia*

En principio, la puesta en práctica del derecho de transparencia no implica, por parte de las administraciones, más que simples obligaciones pasivas, las de aceptar el acceso a los expedientes y los ficheros.

Aunque hay que subrayar de entrada que estas obligaciones llevan consigo un aumento no desdeñable de los trabajos que pesan sobre los servicios, búsqueda de documentos, cerrar las informaciones nominativas o que supongan un atentado a la vida privada, realizar trabajos para la obtención de copias, etc. El costo administrativo de todo nuevo derecho concedido a los administrados constituye un dato insoslayable del problema de la transparencia.

Pero además parece que la concreción de este derecho implica que sea reforzado mediante la imposición a las administraciones de verdaderas obligaciones de información.

1. Esta necesidad ha sido tenida en cuenta por las leyes de 1978, así como por ciertos textos anteriores. Estas disposiciones, partiendo de la constatación que el derecho de acceso supone el derecho de conocer cuál es la información accesible, instituyen a cargo de las administraciones verdaderas obligaciones «de información sobre la información». El artículo 27 de la ley del 6 de enero de 1978 prevé que los servicios que cuenten con ficheros deben informar a las personas físicas sobre las cuales son obtenidas informaciones nominativas, tanto de las consecuencias de esta recogida de datos como del derecho de acceso que se les reconoce. En el mismo sentido, el artículo 9 de la ley del 17 de julio de 1978 prevé una «señalización de los documentos administrativos», con el objeto de permitir a los interesados la identificación de la documentación disponible.

Estas obligaciones, que suponen para las administraciones una carga no desdeñable, aparecen aplicadas de formas muy diversas. El balance real de su aplicación está pendiente de hacerse. Sin embargo, las primeras constataciones parciales llevadas a cabo en la materia (Informes anuales de la CNIL y de la CADA. B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *op. cit.* p. 192 a 200) parecen coincidir en sus conclusiones. Las administraciones no respetan más que de forma muy imperfecta estas obligaciones de información previa. Ahí radicaría, en lo que se refiere al derecho de acceso directo a los ficheros, la explicación principal de la débil utilización de este derecho. Hay que preguntarse si las cosas pueden ser diferentes sin la instalación en el seno de las administraciones de servicios cuya comunicación con los administrados sea su misión primordial. Lo cual todavía no es efectivo más que en un número muy reducido de casos.

2. Más allá de esta información que no constituye, de hecho, más que la parte accesoria del derecho de transparencia, hace falta, asimismo, plantearse la necesidad de completar éste con una verdadera obligación para las administraciones de poner en práctica políticas espontáneas de información en los sectores donde debe ser mejorada la democratización de la acción administrativa. Parodiando el refrán

muy francés según el cual la más bella joven del mundo no puede dar más que lo que ella tiene, sucede lo mismo con la ley del 17 de julio de 1978. Esta ley no está concebida para permitir a los administrados, e incluso a los elegidos locales pertenecientes a las minorías, controlar el proceso de elaboración de las decisiones más importantes. Y la jurisprudencia de la CADA y la del Consejo de Estado que considera que los documentos preparatorios para la adopción de decisiones no pueden darse a conocer hasta que dichas decisiones hayan sido adoptadas, es buena muestra de los límites existentes en este terreno al derecho de transparencia.

Ir más allá implica la instauración de un verdadero derecho de participación de los administrados en la decisión administrativa. Lo cual, por otra parte, se realiza parcialmente en ciertas áreas (urbanismo, medio ambiente, etc.). Y es igualmente una de las innovaciones esenciales de la ley de orientación sobre la administración territorial del 6 de febrero de 1992. Hay aquí un derecho que debe ser distinguido del derecho a la transparencia y que va mucho más lejos en cuanto a la puesta en cuestión de las tradiciones de la administración francesa. Pero cuyo desarrollo aparece como el complemento indispensable de una verdadera transparencia administrativa.

