

II. EXTRANJERO

HACIA LA «TRANSPARENCIA» DE LA ADMINISTRACION EN FRANCIA

Existe en la Administración francesa una fuerte tradición de secreto, de rechazo a ofrecer una publicidad que no sea indispensable a su actividad y a las razones que han podido determinarla. Ahora bien, esta «opacidad» de la Administración, según la expresión de los sociólogos, quizá está en vías de desaparecer: ciertas reformas, de las cuales las más importantes datan apenas de dos o tres años, si bien no transforman aún los servicios públicos en *maisons de verre*, como decimos en Francia, sin embargo, dan a la Administración cierta transparencia.

La tradición del secreto es muy antigua. Antes de la Revolución francesa, el principio del «secreto del rey» era absolutamente indiscutible. Se podría explicar esta práctica por la situación política, por el carácter rigurosamente autocrático del régimen. Todo poder emana del rey, quien «n'a pas de compagnon en sa royale majesté»; es decir, el rey no tiene un igual en el desempeño de su real majestad: los súbditos no están asociados al poder, sólo tienen que conocer las órdenes que les conciernen y nada más.

Esta explicación política, desde luego, no es completamente falsa, pero es insuficiente.

En primer lugar, ciertos autores otorgan al secreto otro origen. El procedimiento administrativo francés tuvo su origen en el procedimiento canónico; el procedimiento inquisitorial eclesiástico era y su dirección incumbía al juez o al administrador. El procedimiento acusatorio público que se ha mantenido en los países anglosajones ha desaparecido en Francia con el feudalismo, en el momento en que el poder de los grandes vasallos ha sido reemplazado por el de los lealistas del rey, formados por la Iglesia.

Por otra parte, cuando la democracia política se estableció en Francia, el principio del secreto administrativo no desapareció en absoluto.

Para comprender esto es necesario recordar que el proceso democrático no se desarrolla necesariamente en forma global. Una democracia política no siempre es una democracia administrativa, económica o social.

Incluso bajo los regímenes más democráticos, la Administración francesa ha permanecido profundamente autoritaria. Consciente de su valor, efectivamente muy real; de su sentido del interés general, del hecho que a causa de su continuidad ella limitaba los inconvenientes de la inestabilidad política y de *l'amateurisme* (es decir, la calidad de «aficionados» de los ministros y parlamentarios), la Administración no ha sentido la necesidad de asociar a los administrados a su acción, aunque fuese para darles una información. No se trata, por supuesto, de una autoridad despótica: la Administración está sometida al derecho, controlada por el juez: su actitud es más bien una especie de paternalismo. La Administración actúa por el bien de los administrados, pero tiende a considerarlos como menores respecto a los cuales las explicaciones están de más.

El secreto es tan esencial en la Administración que ha parecido inútil establecerlo a nivel de principio en un texto general; sólo algunos aspectos particulares, como el secreto de Defensa Nacional, son retenidos por disposiciones del Código Penal. Al contrario, los textos que se han promulgado al respecto, hasta una época reciente, se referían a derogaciones del secreto, a aperturas de la Administración: el principio no tenía necesidad de ser proclamado entonces. Al contrario, no faltan los textos que establecen sanciones a causa de la violación del principio del secreto. Así, respecto a los funcionarios públicos, el Estatuto de los Funcionarios (Ordenanza del 4 de febrero de 1959, artículo 10), habla incluso de discreción profesional, constituyendo la transgresión al secreto una falta profesional que implica la aplicación de sanciones disciplinarias.

El secreto administrativo tradicional traduce esta situación de la Administración.

La publicidad de la actuación administrativa sólo existe en la medida en que es indispensable, es decir, cuando es preciso hacer conocer a los administrados los actos que deben ejecutar. Por lo demás, nada impide a la Administración de no dar a conocer sus actos jurídicos: pero, en este caso, no podrá imponer a sus administrados la obligación de ajustarse a dichos actos jurídicos, contra los cuales, por otra parte, no comenzaría a correr el plazo de recurso.

Aparte de esto, el derecho tradicional excluye toda publicidad no prevista en textos formales. Fuera de éstos, las audiencias de las Asambleas administrativas, de las Comisiones administrativas, e incluso de las jurisdicciones administrativas, no están abiertas al público. El procedimiento administrativo no contencioso conducente a la elaboración de decisiones, se efectúa en el interior de la Administración, sin participación de los interesados. Los documentos administrativos pueden ser comunicados a los interesados sólo si un texto lo dispone y éstos son escasos (por ejemplo, actos emanados de las autoridades comunales). Cuando la Administración divulga sus actos jurídicos, no está obligada a explicarlos, a dar un motivo: el acto administrativo debe motivarse sólo si un texto legal lo prescribe.

Sin duda, el juez administrativo—el Consejo de Estado—que ha impuesto a la Administración una serie de obligaciones hubiera podido hacer obligatoria la publicidad de la acción administrativa. Voluntariamente, no lo ha hecho. Si ha dado a lo contencioso un notable desarrollo, ha permanecido, en cambio, muy discreto en lo que concierne al procedimiento administrativo no contencioso. ¿Habría querido, quizá, no entorpecer la actividad administrativa sin dejar de controlar severamente los actos jurídicos que de ella emanan? ¿Habría considerado, quizá, que las limitaciones al secreto administrativo tan profundamente afianzado en la tradición francesa necesitaban de la intervención del legislador? En todo caso, es esto lo que ha sucedido.

La evolución que aquí se ha producido es muy reciente y se explica por diferentes factores.

El primero procede de la intensa necesidad de información que tienen los individuos, incluso considerando el hecho de que los medios de comunicación se la proporcionan en enormes cantidades. El hombre moderno desea recibir la más amplia información posible, no tan sólo objetiva, sino útil, eficaz, encaminada a instruirlo y a guiarlo. Esta necesidad se manifiesta especialmente en el ámbito del consumo. En Francia, como en otros lugares, existe una abundante legislación inspirada en el «consumismo» norteamericano que regula las informaciones sobre el precio y las características de los productos, las operaciones bursátiles, etc.

Esta necesidad ha dado nacimiento a la proclamación de un derecho a la información, confirmado, por ejemplo, en el artículo 10 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. El derecho a la información forma parte de aquello que el consejero BRAIBANT, secretario general del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, denomina la tercera generación de los derechos humanos, después de la de los derechos civiles y políticos y de la de los derechos económicos.

Otro factor que explica esta evolución se refiere a la actitud de la Administración, consciente de la necesidad de hacerse comprender y aceptar, incluso por actividades tan poco populares como la imposición fiscal. Se trata en este caso de una respuesta a la instancia de los administrados, menos respetuosos de la autoridad, deseosos de participar, de ser tratados en calidad de asociados. Por otra parte, una nueva generación de altos funcionarios conciben la Administración como una empresa animada por un espíritu de *marketing*, dado que ellos consideran que la eficacia excluye cada vez más las relaciones de autoridad. La Administración debe llevar una política de relaciones públicas que la haga mejor conocida y admitida. La información, la publicidad constituyen elementos esenciales de esta política.

Todo esto se traduce en nuevos métodos de la Administración. Por ejemplo, el acondicionamiento material de los servicios administrativos, en los cuales es posible constatar el desarrollo de oficinas de recepción, de informaciones, donde los antiguos y hoscos funcionarios han sido reemplazados por amables señoritas recepcionistas.

Los organismos administrativos, encargados de brindar informaciones al público, se han multiplicado: los hay en la mayor parte de los Ministerios, en las prefecturas, en las grandes ciudades. El público puede recibir informaciones en todos los campos: formalidades administrativas, impuestos, correos, propiedades, salud, etc. Se han editado guías y difundido innumerables publicaciones: incluso el muy tradicional Ministerio de Finanzas (Hacienda) ha creado una Dirección General de Relaciones Públicas.

Sin duda, estas informaciones son un poco desordenadas y ciertamente muy costosas. Pero señalan un cambio importante en la disposición de Administración.

Este importante cambio también se ha reflejado en el derecho administrativo, y más en concreto en algunas reformas esenciales. Estas reformas datan en su mayoría del período 1978-1979. Gran parte de estas propuestas se deben a la doctrina administrativa, especialmente al Instituto francés de Ciencias Administrativas; otras han sido preconizadas por el defensor del pueblo francés (que es la conocida figura del *médiateur*) o por distintas comisiones administrativas. Dichas reformas se encontraban ya en el programa de Blois, presentado en 1978 por el primer ministro, el profesor R. BARRE.

La primera de estas medidas se contempla en la ley de 17 de julio de 1978, ampliada por ley de 11 de julio de 1979. Ambas normas introducen el principio del derecho a la comunicación de los documentos administrativos y acaban con la situación anterior en la cual sólo se podía solicitar una información si una norma expresamente lo preveía, siendo, estas normas muy escasas.

La reforma puede analizarse de la siguiente forma.

El derecho a obtener información se concede a «cualquier persona», ya se trate de una persona física o jurídica, de un francés o de un extranjero, de un administrado o de un funcionario. Sin embargo, se trata de un documento «nominativo», sólo la persona interesada puede obtener esta información. Las demás personas sólo pueden adquirir esta información en virtud de la legislación que regula los Archivos públicos, es decir, después de un largo plazo.

¿Cuáles son los documentos que pueden ser comunicados?

En primer lugar, debe tratarse de un documento realmente existente. Ello exige que el documento se haya materializado, esto es, el administrado no puede exigir a la Administración que le informe, por ejemplo, sobre el estado de un problema.

¿Qué se entiende por documento administrativo?

El artículo primero de la ley incluye una larga lista: expedientes, informes, actas, atestados, estadísticas directivas, instrucciones, circulares, respuestas de un ministro que contengan una interpretación de derecho o la descripción de algún procedimiento, órdenes escritas, grabaciones sonoras o visuales o incluso hasta el tratamiento automatizado de información nominales. Esta larga lista es simplemente orien-

tativa: la comisión de la que más adelante hablaremos ha incluido otros actos, contratos, facturas y los ejercicios escritos de exámenes.

Estos documentos deben proceder de la Administración del Estado, de las administraciones locales, de los entes públicos, o de las organizaciones privadas encargadas de la gestión de un servicio público.

Sin embargo, el derecho a obtener información puede ser denegado en ciertos casos.

Primero, el secreto puede prevalecer por motivo de interés público, en los casos decididos por los ministros, oída la Comisión y bajo el control del juez administrativo, cuando se trata de documentos cuya divulgación podría atentar al secreto de las deliberaciones del Gobierno, de la Defensa nacional y de la política exterior, etc.

El secreto puede también mantenerse en beneficio de intereses privados. Además del caso de los documentos nominativos que no se comunican a terceros, la ley incluye los documentos cuya comunicación pudiera atentar al secreto de la vida privada o al secreto médico.

Cuando un documento administrativo puede ser divulgado, su comunicación se obtiene mediante una consulta gratuita, ante el funcionario competente, o también por la expedición de una copia o fotocopia a expensas del solicitante.

Si la Administración deniega la información requerida, deberá comunicarlo por escrito, mediante una decisión motivada; también se entiende denegada la petición por el transcurso de dos meses sin haber obtenido respuesta.

El interesado que quiera recurrir la denegación debe dirigirse necesariamente a la llamada Comisión de acceso a los documentos administrativos, presidida por un Consejero de Estado. Esta Comisión, entre otras funciones, dictamina sobre los reglamentos relativos al derecho a la información y elabora un informe anual.

Los recursos ante la Comisión interrumpen el transcurso de los plazos para acudir ante el juez. La Comisión se limita, por lo demás, a emitir su parecer y sobre el cual la administración debe responder dentro de dos meses. A la vista de esta respuesta, puede acudir ante el juez dentro del plazo normal de dos meses.

Esta legislación ha comenzado a ser aplicada y aún no es del conocimiento general de los ciudadanos. La Administración, por ejemplo en el ámbito de la policía o de los hospitales, ha opuesto una cierta resistencia que ha motivado la intervención del juez.

La Ley de 1978-1979 contiene otras dos medidas que merecen una breve indicación.

Se prevé, en primer término, que toda persona, a la que la Administración opone las conclusiones contenidas en un documento administrativo, tiene el derecho a conocer la información contenida en dicho documento. Puede incluso exigir la posibilidad de añadir sus observaciones que deben ser incluidas en un documento anexo.

La segunda medida consiste en que la Administración, hasta ahora libre de publicar o no sus actos, está obligada a publicar regularmente

las actas de carácter «interno», circulares, directrices, respuestas, en cuanto impliquen una interpretación de derecho o la descripción de un procedimiento.

En el mismo período han aparecido otras leyes concernientes al derecho de acceso a los documentos administrativos.

La Ley de 3 de enero de 1979 ha modificado el ya muy antiguo sistema de los archivos públicos. Sus disposiciones se refieren a diferentes cuestiones, especialmente al estatuto de los archivos privados que pueden ser «clasificados», incluso de oficio, y que quedan sometidos a un régimen especial.

En lo que concierne al problema que aquí estudiamos, hay que destacar tres puntos.

Primero, el término archivo se aplica de ahora en adelante no ya sólo a los escritos o a los documentos iconográficos, sino también a las películas, fotografías, discos, etc.

De otro lado, a partir de ahora se incluyen en los archivos públicos no solamente los documentos de las administraciones públicas, sino también las de los organismos privados al cargo de un servicio público, como la Seguridad Social.

Finalmente, los plazos para acceder al documento han sido reducidos. Treinta años en lugar de cincuenta, aunque permanecen plazos especiales más o menos largos, por ejemplo, de ciento veinte años, a contar desde el nacimiento del interesado, para los expedientes de personal.

Más moderno y más peligroso para las libertades individuales es el problema de la confección mediante la informática de expedientes y de ficheros administrativos. Al igual que en otros países, como la República Federal Alemana, Francia le ha consagrado una legislación cuyo texto esencial es la ley de 6 de enero de 1978.

Este texto contiene numerosas disposiciones sobre la puesta en práctica de métodos de informática y de la recopilación de informaciones de carácter nominativo. Esta reglamentación se completa mediante la intervención de un organismo de control: la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades.

El derecho de los administrados a que se les comuniquen los elementos de los ficheros de informática está ampliamente admitido por la ley.

En primer lugar, toda persona a la que se oponen los resultados de un proceso de informática puede exigir conocer y dar contestación a estas informaciones. Aquí es de aplicación la ley anteriormente citada de 17 de julio de 1978.

En caso de que se trate de informaciones de carácter nominativo la ley es más precisa y otorga al administrado tres derechos. El derecho a interpelar a los organismos en cuestión para averiguar si sus ficheros contienen informaciones de carácter nominativo que le conciernen. En caso afirmativo el derecho a que se le comunique, en lenguaje claro, estas informaciones. Finalmente, el derecho a exigir, en

el caso de que las informaciones sean inexactas o incompletas, su rectificación o su desaparición.

Esta reforma es muy relevante. Es una pena que el Parlamento no la haya extendido, como se había solicitado, a los ficheros manuales o mecanográficos.

La evolución hacia la transparencia administrativa ha conocido un otro aspecto en el curso de los últimos años: el que se refiere a la motivación de los actos administrativos.

El conocimiento de un acto administrativo presenta un gran interés. Al indicar sus motivos, el autor del acto pone de manifiesto el fundamento jurídico de su decisión, las razones de hecho que lo han originado; también explica el acto y ayuda a que lo acepten sus destinatarios. Por otro lado, en derecho francés, la indicación de los motivos facilita considerablemente el control del juez sobre la legalidad del acto. Pero si la Administración ostenta, con relación a un acto, una potestad discrecional, el juez admite en todos los casos —como un control mínimo— el averiguar si el motivo indicado es exacto en la realidad y no es contrario a la legalidad.

Ciertas legislaciones obligan, en principio, a la Administración a motivar sus actos. Este no era el caso del derecho francés. Por razones desconocidas el Consejo de Estado se negó a adoptar ese principio. La motivación no era obligatoria, salvo cuando un texto así lo indique o en relación a aquellas categorías de actos análogos a los actos jurisdiccionales.

Los inconvenientes de esta solución han sido atenuados por el juez administrativo.

Desde una sentencia célebre de 1954, el Arrêt BAREL, el Consejo de Estado ha reconocido el derecho, si lo estima pertinente, de exigir a la Administración que indique el motivo de un acto recurrido ante el juez. Si la Administración se niega o se limita a una indicación demasiado vaga el juez presume la ilegalidad y anula el acto.

La jurisprudencia no ha querido ir más lejos, y ello ha obligado a una intervención del legislador. Dentro de la serie de reformas ya indicadas, el Parlamento aprobó la ley de 11 de julio de 1979.

Esta ley no modifica el principio de la no motivación, sin embargo amplía considerablemente los casos en que la motivación es obligatoria.

Estos casos son descritos en términos muy generales por la ley. Los ministros están llamados a fijarlos en detalle mediante circulares, de hecho muy extensas, que no vinculan al juez.

La obligación de motivación que se refiere a los actos individuales se prevé en dos series de casos. Primero, las decisiones «desfavorables», sanciones, restricciones de la libertad por actuaciones de la policía, revocación o anulación de actos creadores de derechos, o que nieguen una posición de ventaja legal. Por otra parte, los actos que derogan una regla general.

Esta obligación de motivar no afecta a las denegaciones implícitas que resultan del silencio administrativo por el transcurso de dos meses.

Evidentemente estas denegaciones no motivadas son legales. Sin embargo el interesado tiene derecho a solicitar la motivación.

La motivación obligatoria se excluye en los casos previstos en las leyes, por ejemplo, con respecto al secreto de la Defensa nacional. En un caso de urgencia absoluta, el autor del acto puede no motivarlo; pero debe revelar posteriormente la motivación a petición del interesado.

Tales son las principales reformas contemporáneas que han atacado la tradición del secreto administrativo. No todo ha terminado sin embargo a este nivel y la transparencia debe extenderse a otros ámbitos.

En particular, la publicidad debería desarrollarse en el procedimiento administrativo, por ejemplo, a través del trámite de audiencia. Algunas reformas como la introducción de una institución similar a los «hearings» de los Estados Unidos no son posibles todavía. La Administración ve con reticencia la intervención en estos procedimientos de las asociaciones, de las organizaciones de consumidores o ecologistas. Pero es muy probable que este último refugio del secreto administrativo sea un día abandonado.

Jean Marie AUBY

Decano de la Facultad de Derecho.
Universidad de Burdeos