

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

COMUNICACIÓN en las IV Jornadas internacionales sobre “Derechos y libertades fundamentales”, bajo el tema “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 7 y 8 de noviembre de 2002, bajo el título “Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De “valor en alza” a derecho fundamental?”, www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/jornadas4.html

LA INMINENTE FUNDAMENTALIZACIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO Y LA TRANSPARENCIA

Comunicación: de Lorenzo Cotino Hueso¹ (cotino@uv.es) Profesor titular de la Universidad de Valencia

Jornadas Internacionales Sobre La Unión Europea, 6 y 7 de mayo de 2004

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

SEGUNDO PANEL: Elementos esenciales de la Constitución Europea

I. TRANSPARENCIA EN LA UNIÓN Y PRECEDENTES A SU CONSTITUCIONALIZACIÓN: II. LA TRANSPARENCIA EN LOS DIFERENTES ESTADIOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE; 1) TRANSPARENCIA EN LA CARTA Y EN SU INTEGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POR LA CIG; 2) TRANSPARENCIA EN EL ANTEPROYECTO Y LOS PROYECTOS DE LA CONVENCION Y DE LA CIG; III. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO

Este estudio forma parte de una investigación en curso más amplia que supera a la misma disciplina jurídica para acercarse a los ámbitos

¹ Para cualquier consulta o comentario, cotino@uv.es, www.cotino.net.

"Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De "valor en alza" a derecho fundamental?" Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

*de la Ciencia política y de la Administración*². No obstante, la presente comunicación se centra en el seguimiento de la constitucionalización de uno de los aspectos que puede considerarse fundamentales de la Constitución europea en ciernes: la transparencia y el acceso.

I. Transparencia en la Unión y precedentes a su constitucionalización

La "transparencia" es una noción difusa que aglutina toda una serie de institutos y normas que delimitan un modo de ser de aquello de donde se predique (el sistema político, económico, financiero, las instituciones, la administración, etc.). Considero que el núcleo de la transparencia es el grado de información del gobierno y la administración que se hace disponible al público y, hay que adelantar, dicha información se hace disponible por dos razones básicas: tanto para poder controlar al gobierno y la administración cuanto para poder participar en los mismos. Desde el punto de vista jurídico, este núcleo se concreta en el derecho acceso "formal" a la información pública, esto es, el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos, allí donde esté reconocido, como es el caso y se verá, en la Unión Europea. También, la transparencia se concreta en la posibilidad de conocer las actividades de las instituciones (como, por ejemplo, el Consejo de la Unión Europea).

Asimismo, la transparencia viene fundida y confundida con la apertura (art. 1 TUE) y la participación, siendo como es, que resulta más bien un instrumento para la participación. Igualmente, algunas nociones como la accesibilidad, legibilidad e inteligibilidad, coherencia y otras virtudes se predicán de la normativa y estructura de la Unión Europea cuando se habla de transparencia. Incluso los derechos vinculados al nuevo derecho fundamental a la buena administración (artículo 41 de la Carta) suelen quedar vinculados con la noción de transparencia. Sin embargo y a mi juicio, parece aconsejable intentar dotar de autonomía a las distintas nociones y, como se ha anunciado, considerar "transparencia" al amplio abanico de posibilidades de acceso a la información pública. En el presente estudio se aborda la transparencia desde la perspectiva más manejable al jurista, como

² Se trata de la investigación en fase de culminación que he dado por título "Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa". Por su puede resultar de interés me permite incluir el índice general de este estudio.

Primero. Aproximación a la noción de transparencia y a las causas de su fuerte emergencia especialmente en la Unión Europea.

"Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De "valor en alza" a derecho fundamental?" Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

acceso formal a la información pública, en particular como ejercicio del derecho de acceso a los documentos.

Desde el terreno propiamente jurídico, me remito a otros trabajos para observar pormenorizadamente los pasos en la emergencia del derecho de acceso a los documentos: la aparición en una Declaración anexa al Tratado de Maastricht, su reconocimiento en la normativa interna de 1993 para la Comisión y para el Consejo, respectivamente; el importante y progresivo³ papel que ha desempeñado la jurisprudencia Tribunal de Justicia⁴ y, sobre todo, del Tribunal de Primera Instancia⁵, nutrida y progresiva; la fuerte influencia del Defensor del Pueblo Europeo⁶, impulsor directo de la profundización en el reconocimiento de la transparencia y de su horizontalización a la constelación de instituciones, órganos y agencias de la Comunidad y Unión europeas o el Código de Buena Conducta Administrativa de 2001⁷ y el de la misma Comisión Europea.

Más allá de este sector particular, desde el punto de vista de las fuentes, la regulación fundamental del derecho de acceso se da en el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea, que reconoce del derecho a la información pública⁸: Asimismo, cabe señalar que en el

³ Sobre la jurisprudencia, entre los variados estudios me permito remitirme, por todos a PEERS, Steve, "From Maastricht to Laeken: The Political Agenda of Openness and Transparency in the European Union", en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 7-32 y, en esta misma obra, a NAÛME, Caroline, "The Case-Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on Transparency: From Carvel to Hautala II (1995-2001)", págs. 147-198.

⁴ Hasta lo que conozco, cuatro sentencias.

⁵ En sus 18 sentencias.

⁶ Sobre el tema, en general y con carácter descriptivo, puede seguirse, HARDEN, Ian, "The European Ombudsman's Efforts to Increase Openness in the Union", en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, , págs. 123-146.

⁷ Aprobado por el Parlamento Europeo en una resolución adoptada el 6 de septiembre de 2001. En este Código, se contienen diversas disposiciones de interés con relación a la transparencia administrativa, en especial, los artículos 22 (solicitudes de información) y 23 (solicitudes de acceso público a documentos).

⁸ Artículo 255 (antiguo artículo 191 A)

"1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

Del mismo, aun someramente, cabe destacar varios aspectos:

- en virtud de los artículos 28 y 41 del TUE, este derecho queda reconocido también para el segundo y tercer pilar de la construcción europea (Capítulos V y VI, respectivamente).

- el Tribunal de Justicia ha recordado la necesidad de la interposición legislativa para su aplicación, en este punto, hay que subrayar que el artículo prácticamente supone una remisión en blanco para que el

"Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De "valor en alza" a derecho fundamental?" Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

plazo fijado por el texto del Tratado, dos años después de su entrada en vigor, se aprobó el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁹. Más allá de cuestiones particulares, el balance global de la nueva normativa de 2001 es positivo¹⁰.

De igual modo, cabe observar la extensión horizontal y vertical del acceso. De un lado, la extensión horizontal, dado que el artículo 255 TCE sólo comprende a las tres instituciones básicas, pero no al resto de instituciones, órganos y agencias. En este sentido la extensión del acceso se ha ido dando respecto de otras instituciones y órganos¹¹ así como de las cada día más importantes agencias.

legislador comunitario detallase el derecho reconocido en su contenido, límites y forma de ejercicio, procedimiento, etc.

- la titularidad de este derecho no se reserva a los ciudadanos, sino a cualquier residente, así como a las personas jurídicas con domicilio social en la Unión.

- el derecho se reconoce sólo respecto de tres instituciones, Consejo, Comisión y Parlamento, no así a las restantes instituciones, los órganos y las Agencias.

- el derecho no se reconoce en el ámbito de Euroatom y la CECA, en virtud de la Declaración n° 41 al Tratado de Amsterdam.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos."

⁹ *Diario Oficial* n° L 145 de 31 de mayo. Accesible, entre otros muchos lugares, en http://www.europarl.eu.int/register/pdf/r1049_es.pdf

Este Reglamento impone la adaptación de decisiones internas que hasta ahora regían el acceso a la documentación para las tres instituciones siendo que, en todo caso, esas normas internas son subordinadas al Reglamento. El Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo adaptaron o aprobaron su normativa interna conforme a este Reglamento. Un análisis más desarrollado, puede seguirse en mi estudio, "El derecho fundamental del ciudadano administrado europeo a la transparencia e información pública", en *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero*, CEU, Madrid, 2004.

¹⁰ También en general así lo consideran MAES, Marc, "The 'New' Regulation on Access to Documents", en DECKMYN, Veerle (ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 199-208 y PEERS, Steve, "The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis", en *Handbook on European Law* y en *Queen's Papers on Europeanisation* No 6/2002, disponible en <http://netec.mcc.ac.uk/WoPEc/data/Papers/erpqueensp0022.html>. Recientemente, también, DE LEEUW, Magdalena E. "The regulation on public access to European Parliament, Council and Comisión documents in the European Union: are citizens better off", en *European Law Review*, vol. 28, n°. 4, julio de 2003, págs. 324-348.

¹¹ 2. En este sentido, en una multiplicidad de decisiones, en muchos casos estimuladas por el Defensor del Pueblo Europeo en 1996, comenzaron a adoptarse normas por otras instituciones y órganos comunitarios. Así, ya a finales de 1997 catorce instituciones y órganos adoptaron o acordaron que lo harían sus normas de accesos. Sólo el Tribunal de Justicia Europea no adoptó su normativa en razón de su particular actividad y naturaleza. La mayoría de estas normas son muy similares a las de la Comisión y el Consejo, salvo la más restrictiva del Banco de Inversiones. Estas normativas en principio han de ir adaptándose a la nueva norma de 2001, si bien, pueden también permanecer en la medida en la que ya respeten sus "principios". Como con acierto se ha apuntado, aunque el artículo 255 no afecta a todos, ni su desarrollo en el Reglamento de 2001, la lógica impone una normativa coherente, sobre la premisa de que la documentación pasa con facilidad de una a otra agencia, órgano o institución. De otra parte, pese a que

A este último respecto cabe ya adelantar que el artículo 49 del Proyecto de Constitución y el apartado 1 del artículo III-305 vienen a suponer una consagración importante de la transparencia desde el punto de vista de su expansión horizontal vertical. De este modo, y de ser aprobada la Constitución con este tenor, el Reglamento de 2001 ("Ley europea" en el nuevo sistema de fuentes) pasaría a regir también para toda institución, órgano y organismo, sin perjuicio de las adaptaciones en la normativa interna. De ser así, ello lleva a pensar en una reforma del Reglamento actualmente vigente para adaptarlo a las especificidades que puedan requerir cada una de las instituciones, órganos y agencias y dotar de cobertura las mismas.

De otro lado, por cuanto a la expansión vertical del acceso en los tradicionalmente opacos comités, grupos y comitología, de incuestionable importancia en la dinámica real de funcionamiento de la Unión¹², considerados tradicionalmente como uno de los ámbitos más opacos y absolutamente alejados de cualquier percepción ciudadana¹³. Al respecto los avances jurisprudenciales y normativos han sido significativos¹⁴

su contenido normativo es difuso, debe recordarse que la exigencia de una Unión tan abierta como sea posible (art. 1 TUE) es de aplicabilidad general .

¹² Al respecto, no sin la necesidad de entrar en matizaciones, por todos cabe remitir a quien una de las máximas autoridades en comités y comitología, Christian Joerges, quien en diversos de sus trabajos desde 1997 parece interpretar el fenómeno de la comitología bajo el ideal habermasiano (inicialmente en JOERGES, Christian, y NEYER, Jurgen, "From intergovernmental bargainig to deliberative political process: The constitutionalization of comitology", 1997), 3 *European Law Journal*, págs. 273 y ss. De sus múltiples trabajos cabe remitir al multidisciplinar y colectivo estudio JOERGES, Christian y VOS, Ellen (eds.), *EU: Committes: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999. El mismo incluye 18 contribuciones del todo valiosas.

¹³ En este sentido, por ejemplo, Dryberg afirma que "sin exagerar, se puede decir que los comités constituyen un gran elementos de oscuridad en la organizaiición de la Comunidad." Así, en DYRBERG, Peter, "Current issues in the debate on public access to documents", en *European Law Review*, 1999, 24(2), 157-170, pág, 167.

¹⁴ Un paso central en aras de su transparencia se dio con la Decisión 1999/468, de 28 de junio de 1999, que reemplazaba a la antigua Decisión 87/373/CEE, de 13 de julio de 1987. Del mismo modo, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) de 19 de julio de 1999, en el Asunto T-188/97, Rothmans International BV contra Comisión. La misma se anuló la decisión de la Comisión que anuló el acceso a documentos del Comité del Código aduanero. El Tribunal, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera), de 10 de octubre de 2001, asunto T-111/00, British American Tobacco International (Investments) Ltd, contra Comisión en § 38 reiteró los mismos argumento.

Por cuanto la vinculación de los comités a la institución ya en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1998 en el Caso Case C-263/95, Alemania contra la Comisión el Tribunal anuló una decisión de la Comisión porque el comité que la adoptó vulneró las normas de procedimiento.

II. La transparencia en los diferentes estadios del proceso constituyente

El "tren" de la emergencia del derecho de acceso y la transparencia en el ámbito de la Unión Europea no se ha parado, ni mucho menos en su reconocimiento en los tratados y el desarrollo normativo en el Reglamento de 2001 y las normas internas de las instituciones, órganos y agencias. El siguiente acto en esta representación se expresa en dos instrumentos decisivos: la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 y el Proyecto de Constitución de la Unión Europea de julio de 2003. Estos dos marcos de referencia expresan la verdadera emergencia política y jurídica de la transparencia y en concreto del derecho de acceso en la integración, a través de su fundamentalización y constitucionalización.

1) Transparencia en la Carta y en su integración en la Constitución por la CIG

En la Carta se da un reconocimiento directo en el artículo 40 del "Derecho de acceso a los documentos"¹⁵:

"Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Dado que este derecho es el reconocido en el artículo 255 del TCCE, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 52, se aplicará en las condiciones determinadas por el Tratado."

Y cabe señalar, que en el ámbito del proceso constituyente, este artículo –con el resto de la carta- ha pasado a engrosar el Proyecto constitucional, al haberse integrado la Carta en su parte III. No obstante, cabe significar que en la última versión de redacción de Tratado constitucional (Artículo II-42) se dispone que:

"Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene

¹⁵ Cabe remitir a la excelente página del Parlamento relativa a la Carta, en concreto respecto del derecho de acceso. En la misma se encuentran todos los trabajos y discusiones preparatorias y deliberatorias del texto finalmente adoptado, así como toda la normativa internacional vinculada y la jurisprudencia comunitaria. Ver, http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art42/default_en.htm

"Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De "valor en alza" a derecho fundamental?" Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte"-

De este modo, constituyendo una de las pocas modificaciones significativas de la Carta, se ha extendido y simplificado el reconocimiento de este derecho en la última versión del texto constitucional conocida a partir de los trabajos de la CIG¹⁶.

2) Transparencia en el Anteproyecto y los Proyectos de la Convención y de la CIG

Del resto del "Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" de más de tres cientos artículos¹⁷, y siguiendo la encomienda de Laeken la transparencia vuelve a ser un elemento basilar¹⁸. En este sentido, cabe operar un seguimiento del desarrollo de este principio en la evolución del dicho Tratado.

Así, en el Anteproyecto de Tratado Constitucional, de 28 de octubre de 2002¹⁹ se incluía un Título VI, "De la vida democrática de la Unión" que contenía cinco artículos de los que sólo se citaba su tema, a saber: "Principio de igualdad democrática de los ciudadanos" (artículo 33); "principio de democracia participativa" (artículo 34); "Ley electoral

¹⁶ Como último documento al respecto, cabe tener en cuenta el texto del *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa tras las adaptaciones de redacción y jurídicas del Grupo de expertos jurídicos de la CIG*, Así en el documento de la CIG de Bruselas, 25 de noviembre de 2003 (26.11) CIG 50/03

¹⁷ El Proyecto de Constitución se entregó al Presidente del Consejo Europeo en Roma el pasado 18 de julio de 2003, y fue adoptado por consenso por la convención el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. Sus Partes I y II del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa fueron entregadas al Consejo Europeo reunido en Salónica el 20 de junio de 2003.

El texto que se sigue es el dispuesto en el sitio Europa, por la Secretaría de la Convención Europea, Bruselas, 18 de julio de 2003, (OR. fr), CONV 850/03 (n.º docs. prec.: CONV 820/1/03 REV 1, CONV 847/03, CONV 848/03=)

¹⁸ Bajo la pretensión de un acercamiento al ciudadano, en particular en el segundo apartado del Anexo, ("Retos y reformas en una Unión renovada") se iniciaba con la afirmación de que "La Unión debe llegar a ser más democrática, transparente y eficaz", con "tres desafíos fundamentales": ¿cómo acercar a los ciudadanos y, en primer lugar, a los jóvenes al proyecto europeo y a las Instituciones europeas? ¿Cómo estructurar la vida política y el espacio político europeo en una Unión ampliada? ¿Cómo hacer que la Unión se convierta en un factor de estabilidad y en un modelo en el nuevo mundo multipolar? En su sistema de cuestiones abiertas se decía:

"Para conseguir una mayor transparencia ¿deben ser públicas las sesiones del Consejo, al menos cuando el Consejo actúa en su calidad de legislador? ¿Debe el ciudadano tener mayor acceso a los documentos del Consejo?"

¹⁹ Anteproyecto de Tratado Constitucional, Secretaría de la Convención Europea, Bruselas, 28 de octubre de 2002, (OR. fr), CONV 369/02 elaborado por el Praesidium, para presentación en la sesión plenaria del 28 de octubre de 2002. El mismo mismo constituía un "esqueleto" articulado pero no completado de lo que entonces se calificaba de "Tratado constitucional".

"Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De "valor en alza" a derecho fundamental?" Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

uniforme para la elección al Parlamento Europeo" (artículo 35); "Transparencia de los debates legislativos de la Unión" (art. 36) y "Reglas de votación de las Instituciones de la Unión" (art. 37).

Del principio de democracia participativa se concretaba²⁰ que "Las Instituciones garantizarán un elevado grado de transparencia que permita a las distintas formas de asociación de los ciudadanos participar en la vida de la Unión." Ya concretamente en el ámbito de la transparencia, del artículo 36 se decía que "establece la norma de la publicidad de las deliberaciones legislativas del Parlamento Europeo y del Consejo, en su forma legislativa."

Ya en el texto del Proyecto de Constitución de julio de 2003, en su prefacio se dice que "Convención ha hallado respuestas a las preguntas planteadas en la Declaración de Laeken" y "propone medidas para aumentar la democracia, la transparencia y la eficacia de la Unión Europea impulsando la aportación de los parlamentos nacionales a la legitimidad del proyecto europeo, simplificando el procedimiento decisorio y haciendo más transparente y comprensible el funcionamiento de las instituciones europeas".

La referencia a la transparencia se da también en el "Preámbulo" del Proyecto, al afirmarse el "convencimiento de que la Europa ahora reunida... desea ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública".

En la Primera Parte del texto se incluye el Título VI, "De la vida democrática de la Unión", que ahora ocupa los artículos 44 a 51: igualdad democrática (art. 44); democracia representativa (art. 45), democracia participativa (art. 46); interlocutores sociales y diálogo social autónomo (art. 47); Defensor del Pueblo Europeo (art. 48), así como protección de datos (art. 50) y Estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales (art. 51).

El artículo 49 de este Título se intitula "Transparencia de los trabajos de las instituciones de la Unión", y finalmente²¹ dispone que:

"1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, organismos y agencias de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.

²⁰ Así, en la parte "B" del Anteproyecto, que incluía una "breve exposición del texto", pág. 8.

²¹ El texto de todas las treinta y seis enmiendas presentadas a este precepto (antiguo artículo 36 del Anteproyecto) puede seguirse en <http://european-convention.eu.int/Docs/Treaty/pdf/36/global36.pdf> (21/8/2003).

2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo de Ministros en las que éste examine o adopte una propuesta legislativa ("proyecto de acto legislativo", en la última versión).

3. Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, organismos y agencias de la Unión, en las condiciones establecidas en la Parte III [artículo 40 de la Carta de los derechos fundamentales, ya visto], cualquiera que sea la forma en que estén elaborados dichos documentos.

4. Los principios generales y los límites que regularán, por motivos de interés público o privado, el ejercicio del derecho a acceder a dichos documentos se fijarán mediante leyes europeas.

5. Cada institución, organismo o agencia mencionado en el apartado 3 establecerá en su reglamento interno las disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con la ley europea prevista en el apartado 4."

Por último, reflejando algunas modificaciones, en la última versión de la Conferencia Intergubernamental se dispone que:

"1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, organismos y *agencias* (ahora *organismos*) de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.

2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo *de Ministros* (ahora, simplemente Consejo) en las que *éste examine o adopte una propuesta legislativa* (ahora "delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo").

3. Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tendrá derecho, en las condiciones establecidas [ahora "por la Constitución"] en la Parte III, a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos [ya no "agencias"] de la Unión, cualquiera que sea su soporte (antes "la forma en que estén elaborados dichos documentos").

4. Los principios generales y los límites que regularán, por motivos de interés público o privado, el ejercicio del derecho a acceder a dichos documentos se fijarán mediante leyes europeas.

5. Cada institución, órgano y organismo (ya no "y agencia mencionado en el apartado 3") establecerá en su reglamento interno las disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con la ley europea prevista en el apartado 3."

Asimismo, hay que tener en cuenta también el artículo III-305, ya mencionado²²:

"1. Las instituciones, órganos y organismos (ya no "agencias") de la Unión garantizarán (ya no "reconocen la importancia") de la transparencia de sus trabajos, y definirán en sus reglamentos internos, en aplicación del artículo I-49, las disposiciones específicas relativas al acceso del público a los documentos. El Tribunal de Justicia (ahora "de la Unión Europea") y el Banco Central Europeo estarán sujetos a las disposiciones del apartado 3 del artículo I-49 y *del presente artículo*" [se añade] cuando ejerzan funciones administrativas.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo (ya no "de Ministros") velarán por que se hagan públicos los documentos relativos a los procedimientos legislativos [y se añade] en las condiciones establecidas por la ley a que se hace referencia en el apartado 4 del artículo I-49."

De igual modo, se reiteran diversas referencias a la transparencia y apertura en el artículo 45 (apartado 3^o, principio de apertura)²³ y, en particular, en el artículo 46 vinculado a la "democracia participativa"²⁴

²² Parte III, "De las políticas y el funcionamiento de la Unión", Título VI, "Del funcionamiento de la Unión", Capítulo I "Disposiciones institucionales", Sección 4, "Disposiciones comunes a las instituciones, organismos y agencias de la Unión".

²³ Artículo 45: Principio de democracia representativa

1. El funcionamiento de la Unión se basa en el principio de la democracia representativa.

2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros por sus gobiernos, que serán responsables ante los parlamentos nacionales elegidos por sus ciudadanos.

3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

4. Los partidos políticos de dimensión europea contribuyen a la formación política de la

conciencia europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.

²⁴ Artículo 46: Principio de democracia participativa

“Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De “valor en alza” a derecho fundamental?” Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

por cuanto al “diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.” (apartado 2) y en tanto que se dispone que “Al objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.” (apartado 3).

A la vista de lo dispuesto en estos preceptos, se puede significar en general que la transparencia se conecta constitucionalmente con la garantía de “la buena gobernanza” y “la participación de la sociedad civil”. Destaca obviamente la afirmación de la necesidad de publicidad de las sesiones del Consejo de Ministros en su actividad (“examine o adopte”) legislativa. Ello no es sino expresión de la reciente regulación del Reglamento del Consejo de la Unión Europea, aprobado por Decisión del Consejo de 22 de agosto de 2002, 2002/682/CE, Euroatom que incluyó la publicidad del Consejo tras la expresa indicación del Consejo Europeo de Sevilla de 2002. Dichas querencias se reflejaron en el artículo 8 de dicho nuevo Reglamento, relativo a las “deliberaciones del Consejo abiertas al público y debates públicos”, así como el artículo 9 sobre la “Publicidad de las votaciones, explicaciones de voto y actos”. Con ello parece ponerse fin a lo que en 1995 la parlamentaria Elmar Brok afirmaba:

“a veces tengo el sentimiento de que sólo quedan dos cuerpos legislativos que no se reúnen en público, cuyas actas no se publican y el comportamiento de cuyos miembros siguen siendo secreto, que son el Congreso del Pueblo de Pekín y el Consejo de Ministros de Bruselas. Pero a veces incluso el Congreso del Pueblo permite entrar a los periodistas.”²⁵

1. Las instituciones de la Unión darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de acción de la Unión.

2. Las instituciones de la Unión mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

3. Al objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.

4. Podrá pedirse a la Comisión, por iniciativa de al menos un millón de ciudadanos de la Unión procedentes de un número significativo de Estados miembros, que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen requiere un acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de la Constitución. Las disposiciones relativas a las condiciones y procedimientos específicos por los que se regirá la presentación de esta iniciativa ciudadana se establecerán mediante leyes europeas.

²⁵ BROK, Elmar, en AA.VV. *Seminario sobre apertura y transparencia en las instituciones europeas* (celebrado en Bruselas en 1995), Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996, págs. 19 y ss.

"Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De "valor en alza" a derecho fundamental?" Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza, noviembre de 2002

Por cuanto al derecho de acceso, como ya se ha adelantado, el texto actual y combinado de estos preceptos extiende este derecho al ámbito de todas las instituciones, órganos y agencias, ya no restringiéndolo al Parlamento, Consejo y Comisión como en el artículo 255 TCE, artículo 40 de la Carta (también integrado en la Constitución) y el actual Reglamento de 2001.

III. Una reflexión final sobre la constitucionalización de la transparencia y el acceso

Ha sido básicamente desde el debate jurídico desde donde se han centrado los análisis sobre la naturaleza del derecho de acceso a los documentos, como "simple" derecho –reconocido por los tratados- o como principio general del ordenamiento jurídico comunitario y derecho fundamental.

Todo hay que decir que la trascendencia de estas consideraciones no es excesiva tan siquiera desde el estricto punto de vista jurídico en virtud de la situación actual normativa²⁶. La jurisprudencia comunitaria ha eludido enfrentar directamente la cuestión, inclinándose al fin por no considerar el derecho de acceso, todavía, como fundamental²⁷. Aunque la mayoría de la doctrina afirma –y en muchos casos *desea*- que sí nos encontramos ya ante un derecho fundamental y un principio general del Derecho comunitario²⁸, lo más razonable es pensar que no lo es, de momento²⁹.

²⁶ Entre otros, PEERS, Steve, "From Maastricht to Laeken:... cit. pág. 31 duda de la trascendencia de la cuestión. En este sentido, Nâome, aun cuestionándose la importancia de la cuestión (pág 190), considera que quizá algunas de las decisiones habidas en la jurisprudencia podrían haber variado de considerarse el acceso como derecho fundamental. Así en los casos Carlsen (donde se creó una nueva excepción de interés público), Hautala (en la que se considero de forma limitativa el volumen de los documentos o en el caso Brighina (con relación a la jerarquía de fuentes), las decisiones podrían haber variado con la consideración del acceso como derecho fundamental (pág. 192). NAÔME, Caroline, "The Case-Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on Transparency... cit.

²⁷ Esta huída se apreciaba con claridad en los casos Holanda/Consejo, Hautala e Interporc II, en particular si se tiene en cuenta la importancia concedida a la cuestión por los Abogados Generales (Tesauro y Légere). Éstos introducían en el debate la naturaleza jurídica de este derecho, pasando un *testigo* al Tribunal que no recogió. En especial, tras la aprobación de la Carta, el Tribunal de Justicia ignoró la cuestión en Hautala y el de Primera instancia en el caso Petrie, donde se afirmaba de forma inequívoca la necesidad de interposición legislativa respecto del derecho de acceso a los documentos reconocido en el artículo 255 CE. Finalmente, cabe señalar que en la reciente sentencia de julio de 2003 que termina la sucesión de casos Interporc, el Tribunal de Justicia²⁷ ratifica la sentencia apelada (§ 43) "por no existir en la fecha en la que se adoptó la decisión controvertida un principio o una normativa general de Derecho comunitario que previera expresamente que la Comisión no estaba facultada para adoptar, en ejercicio de su facultad de organización interna, la regla del autor" siendo de aplicación, entonces, la Decisión 94/90.

²⁸ Curtin apuesta por que se considere derecho fundamental, siguiendo a BOVENS, *De digitale rechtsstaat: beschouwingen over informatiemaatschappij en Rechtsstaat* (1999, Samsom, Alphen aan de Rijn) que afirma que las fundamentaciones de este

Obviamente, si se considera el acceso como derecho fundamental éste gana fuerza jurídica. Ello se traduce en las prácticas de las instituciones y la jurisprudencia en una restricción considerable de la interpretación de sus límites en conflictos con otros bienes o derechos protegibles por la vía de excepción. Asimismo, su consideración de principio general y derecho fundamental refuerza su posición con relación a las instituciones, órganos y agencias, puesto que habrán de garantizar este derecho aun sin la referencia expresa a ellos en el artículo 255 TCE, al considerarse éste no como la constitución del derecho, sino como la expresión de este derecho fundamental.

A la vista del ya imparable tren de la fundamentalización y constitucionalización de la transparencia y el acceso, la discusión sobre su naturaleza parece que sólo es cuestión de tiempo. Serán las prácticas de las instituciones, órganos y agencias, las resoluciones de

derecho requieren su reconocimiento como derecho fundamental CURTIN, Deirdre M. "Citizens' Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital *Passepartout?*", cit. págs. 8 y 41.)

Nieto Guerrero afirma, sin mayores argumentos, que el derecho de acceso es un derecho fundamental, fundamento mismo del principio democrático y de la soberanía popular NIETO-GUERRERO LOZANO, Ana M^a, "Luces y sombras del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, marzo/ abril de 2002, nº 218, págs. 81-102, pág. 102.

Cerrillo considera directamente a la transparencia en sí como principio general del Derecho comunitario, esto es, fuente interpretativa, integradora y parámetro de validez de los actos. CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente. El derecho de acceso a la documentación administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.págs. 57 y ss.

También lo considera así DAVIS Roy W. "Public access to community documents: a fundamental human right?", *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 3 (1999) N° 8; disponible en <http://eiop.or.at/eiop/texte/1999-008a.htm> (2003).

Dedica su estudio básicamente a analizar los fundamentos de este derecho a fin de captar si tales bases permiten considerarlo como un bien universal digno de la consideración de derecho fundamental.

Asimismo, según es referido en otros estudios, O'NEILL, "The right of access to Community held documentation as a general principle of EC law", 4 *European Public Law* (1998), pág. 403 afirma que se trata de un principio general.

²⁹ En este sentido, comparto el estudio monográfico de Broberg, quien analiza las consecuencias que la consideración de principio general se derivan (pág. 194). A su juicio queda claro que el artículo 255 no pretendía introducirlo como principio, pero puede llegar a serlo, si bien, de momento no lo considera así (pág. 197) y su inclusión en la Carta antes de su virtualidad jurídica y siguiendo la jurisprudencia tampoco lo permite (pág. 198). La conclusión final es no hay base para considerar que es un principio general, y todo parece ser cuestión de tiempo que sea reconocido explícitamente como principio general ante la "gradual constitucionalización" (pág. 204). BROBERG, Morten P., "Acces to documents: a general principle of community law, en *European Law Review*, 2002, págs. 194-205.

los tribunales quienes confirmen jurídica y políticamente si estamos ante algo tan fundamental. Pero será, sobre todo, el ejercicio efectivo del derecho de acceso y la transparencia en Europa las que permitan vislumbrar si de verdad, nos encontramos ante algo tan decisivo y fundamental para el desarrollo democrático de la Unión Europea, tal y como se quiere hacer ver.

Sin que sea lugar ahora de mayores consideraciones³⁰, creo que la aclamación de la transparencia forma parte de un intento de legitimación democrática de la Unión, forjado a través de una más que dudosa concepción de una democracia participativa de corte corporativo. La transparencia parece emanar como *ungüento mágico* con el que *frotando* a la Unión se resuelven todos sus males. La transparencia habría de hacer sencilla y comprensible a la Unión y Comunidad europeas, con sus ininteligibles normas y procedimientos decisionales. La transparencia habría de sanar sus formas de actuar a través de grupos de trabajos, comités de expertos y la comitología, abriendo las puertas a la participación e influencia en los mismos, como consagrados ámbitos de génesis de voluntad en esta tecnocracia europea. La transparencia no acabaría con la burocracia y la tecnocracia, pero haría que sus formas de actuar y sus decisiones fuesen más "democráticas". O al menos, es lo que se predica. La transparencia y su tránsito a la apertura son las herramientas y premisas básicas en la apuesta por una democracia participativa, asociativa y deliberativa supranacional donde todos los afectados e interesados pueden participar e influir en la toma de decisiones.

Cabe alertar en todo caso sobre su concepción como nuevo derecho fundamental y constitucionalización, así como la atracción que puede suscitar su relativa novedad: este fenómeno puede cegar a quienes ante la brillantez de esta nueva estrella de la gobernanza europea olvidan que la transparencia es, ni más ni menos, un instrumento que por sí sólo, alejado de sus finalidades, poco vale. Y todo hay que decir que, hoy por hoy, la transparencia se proclama en la Unión Europea sin su necesario complemento, el reconocimiento de derechos concretos de participación³¹, siendo, además, que el modelo

³⁰ Que en diversos trabajos de los mencionados he tenido ocasión de exponer con mayor profundidad.

³¹ Particularmente esta observación debe agradecerse a la visión externa operada por la norteamericana FROST, Amanda, "Restoring Faith in Government: Transparency Reform in the United States and the European Union", en *European Public Law*, vol. 9, Issue 1, 2003, págs. 87-104.

de democracia participativa propuesto es, cuanto menos dudoso³². Que la transparencia resulta en principio una virtud de los poderes públicos, no cabe duda, que no puede hacerse de ella la palanca legitimadora de éstos, tampoco. Transparencia sí, pero siempre como instrumento, complemento y suplemento y siempre que no desvíe la atención y la energía de otros enfoques superadores de los déficits democráticos de la Unión Europea igual o más importantes.

³² Al respecto, mi trabajo, "A propósito del dudoso modelo participativo propuesto para la Unión Europea y el papel legitimador atribuido a la transparencia", publicada en las Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, Sevilla, 3-5 de diciembre (Mesa: La Constitución europea), publicado en cd rom y disponible en <http://www.us.es/cidc/>, de próxima publicación en papel.