

## BON GOVERN, TRANSPARÈNCIA I RENDICIÓ DE COMPTES. REFORÇANT I COMPLETANT LA LEGITIMITAT DEMOCRÀTICA DELS PODERS PÚBLICS\*

Elisenda Malaret\*\*

### Resum

Aquest treball té per objecte l'anàlisi dels conceptes de bon govern, transparència i rendició de comptes. Es tracta d'examinar si el recurs a aquestes nocions respon a uns canvis estructurals en la política legislativa adoptada els darrers anys mitjançant textos com la Llei 19/2013, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i la Llei 19/2014, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. El treball mostra com la irrupció d'aquestes nocions respon a la necessitat d'incrementar la legitimitat del govern, en tant que instància diferenciada de l'Administració pública. Les noves regles pretenen garantir de manera eficient la integritat i la rendició de comptes del govern envers els ciutadans. El treball evidencia com s'ha produït un canvi en l'objecte i l'abast dels principis de publicitat i responsabilitat inherents a la democràcia; el bon govern es diferencia en el seu objecte de la bona administració, i la transparència també suposa un canvi de perspectiva en relació amb la publicitat. L'objecte de l'article és subministrar un marc teòric per a la interpretació de les reformes legislatives i examinar quins són els canvis d'ordre teòric i conceptual que guien el nou marc jurídic de relacions entre els poders públics i els ciutadans.

Paraules clau: legitimitat; bon govern; transparència; integritat; rendició de comptes

### GOOD GOVERNANCE, TRANSPARENCY AND ACCOUNTABILITY. REINFORCING AND ADDING TO THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF PUBLIC AUTHORITIES

#### Abstract

*The object of this work is the study of the concepts of good governance, transparency and accountability. The aim is to determine whether the use of these notions derives from structural changes in the legislative policies adopted in recent years, by means of acts such as Act 19/2013 on transparency, access to public information and good governance, and Act 19/2014 on transparency, access to public information and good governance. The work shows how the emergence of these concepts responds to the need of increasing the government's legitimacy as a different entity form public administration. The new rules are aimed at guaranteeing, in an efficient manner, integrity and accountability of governments in front of citizens. The work sheds light on the fact that there has been a change in the object and scope of the principles of publicity and responsibility, inherent to democracy; good governance is different in its object to good administration and transparency also means a change of perspective from the concept of publicity. The object of the article is to offer a theoretical framework to interpret the legislative reforms and examine the theoretical and conceptual changes that guide the new legal framework of relations between public authorities and citizens.*

*Key words: legitimacy; good governance; transparency; integrity; accountability.*

\* Aquest treball constitueix la versió escrita i ampliada de la ponència presentada al XIII Seminari Conjunt de l'Institut Alemany de Recerca per a l'Administració Pública i l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, celebrat a Speyer els dies 28 i 29 de juny de 2017, amb el títol *Transparència en l'espai europeu d'Administració pública*. Agraïxo als assistents a aquest seminari les consideracions formulades durant el debat posterior, que he intentat recollir en la versió final.

\*\* Elisenda Malaret, catedràtica de dret administratiu a la Universitat de Barcelona. Autora de més de 90 publicacions, és membre de l'European Public Law Organization (EPLO), de la International Society of Public Law i de la xarxa europea Public Contracts in Legal Globalization (PCLG). Facultat de Dret, avinguda Diagonal, 684, 08034 Barcelona. [elisenda.malaret@ub.edu](mailto:elisenda.malaret@ub.edu).

Article rebut el 23.11.2017. Avaluació cega: 09.12.2017 i 11.12.2017. Data d'acceptació de la versió final: 15.12.2017.

**Citació recomanada:** MALARET, Elisenda. «Bon govern, transparència i rendició de comptes. Reforçant i completant la legitimitat democràtica dels poders públics». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (desembre 2017), p. 23-47, DOI: [10.2436/rcdp.i55.2017.3062](https://doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3062).

## Sumari

### Introducció

- 1 Un context de crisi econòmica i política que afavoreix l'adopció de mesures de reforma
- 2 Bon govern vs. bona administració: una distinció necessària, una parella conceptual deutora de la diferenciació entre govern i administració
  - 2.1 Sobre els orígens de l'expressió «bon govern» i la pertinència de la seva consideració actual
  - 2.2 Els canvis en la concepció del poder executiu, l'emergència de la distinció Govern-Administració pròpia del model burocràtic o weberianà i el seu posterior reforçament per l'impacte de la nova gestió pública
- 3 Els grans trets de la transformació: de la publicitat limitada als interessats a la transparència perquè els ciutadans puguin exercir la rendició de comptes
  - 3.1 La síntesi dels canvis
  - 3.2 Publicitat vs. transparència: de la publicitat dels tràmits a la transparència de l'activitat en el seu conjunt
- 4 Consideracions finals. La rendició de comptes com a finalitat última

## Introducció

Pierre Rosenvallon, un dels més reconeguts especialistes en la història de les institucions públiques i les seves mutacions actuals, va publicar el 2015 la quarta monografia sobre les transformacions de les democràcies contemporànies: *Le bon gouvernement*.<sup>1</sup> No és fruit de l'atzar el recurs a la noció esmentada. L'expressió «bon govern» apareix de manera recurrent en l'actualitat, tant en les anàlisis efectuades per la literatura acadèmica —econòmica i politològica, fonamentalment, però també en altres camps de les ciències socials— i en el dret positiu, com en algunes de les lleis més innovadores en matèria de transparència, tal com mostren en el seu encapçalament mateix.

Així, el terme «bon govern» apareix expressament en el títol de textos de referència: la Llei de bases 19/2013, de 9 de novembre, sobre transparència, accés a la informació pública i bon govern, la Llei catalana (de desenvolupament) Llei 19/2014, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i la Llei aragonesa 5/2017, d'1 de juliol, d'integritat i ètica pública dedica un capítol als “Codis de bon govern”. Es tracta de textos legals ambiciosos quant als canvis que pretenen introduir en la mesura que no es limiten a introduir nous drets dels ciutadans de manera puntual, sinó que imposen pautes i obligacions de fer per als actors que elaboren les polítiques públiques; per això, l'àmbit d'aplicació no es limita a l'Administració pública quant a instància d'implementació de les polítiques públiques, sinó que s'adreça molt especialment a les instàncies governamentals. Són precisament aquests àmbits els que estan especialment requerits per les mesures més innovadores en matèria de transparència i responsabilitat, atès que la nova reglamentació dels conflictes d'interès —que pretén anar més enllà del règim tradicional d'incompatibilitats, encara que sense gaire encert pràctic— i de publicitat de les agendes —encara que molt limitada, ja que la referència només apareix de manera explícita en la llei catalana— només afecten aquests actors.

Si tenim en compte les teories institucionalistes que demostren que la qualitat del govern és una de les variables clau per explicar la baixa corrupció i tenim en compte que les lleis esmentades s'han adoptat en el marc d'estratègies per lluitar contra la corrupció, aleshores podem entendre que la referència «al bon govern» no és fruit de l'atzar o no respon a una moda. Durant temps, les reformes a Espanya, i també a Catalunya, més o menys ambicioses, s'han concentrat en l'àmbit de les administracions públiques, de les seves estructures, procediment i règim jurídic,<sup>2</sup> partint de la premissa que disposar d'una bona administració, d'una burocràcia weberiana, era fonamental per a la qualitat de vida i el progrés econòmic i social; aquest model trobava el seu complement en la teoria de la lluita contra les immunitats del poder<sup>3</sup> que considerava la discrecionalitat com a una distorsió a reduir o limitar. Potser l'èxit d'aquesta concepció, que arranca de les reformes introduïdes a partir de l'adopció del paquet de lleis administratives adoptades a finals dels cinquanta del segle passat i que s'intensifica amb els canvis introduïts a partir de la Constitució de 1978, ens permet explicar per què la corrupció és en el nostre entorn un fenomen que ha impactat l'esfera política, ha implicat responsables polítics, siguin electes o nomenats per raons de confiança, i, en canvi, només de manera marginal ha afectat funcionaris.

Les lleis esmentades s'ocupen de les instàncies, dels òrgans que elaboren les polítiques públiques, i estableixen mesures per evitar —i en el seu cas controlar— els conflictes d'interessos i reforçar les incompatibilitats durant i també després de l'exercici del càrrec, i també obliguen a fer públiques les agendes (encara que molt limitadament) per conèixer les reunions i els contactes que poden influir en la formulació de les polítiques. En aquest sentit, també es poden considerar algunes disposicions legals que pretenen incidir únicament i exclusivament en el règim d'incompatibilitats i prevenció dels conflictes d'interessos dels alts càrrecs,<sup>4</sup> és

1 París: Editions du Seuil.

2 E. MALARET. «La modernisation administrative en Espagne: entre l'élan de la réforme de l'État et la discontinuité de la réforme de l'administration». *RFDA*, 25-2 (2009).

3 E. GARCIA DE ENTERRIA. «La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo». *RAP*, 38. I, posteriorment com a llibre, en l'editorial Civitas, Madrid, 1974 (1983, 3<sup>a</sup> ed.).

4 Com la Llei 3/2015, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració general de l'Estat, o la Llei valenciana 8/2016, d'incompatibilitats i conflictes d'interès de persones amb càrrecs públics no electes.

a dir, tots els que són nomenats seguint un criteri de confiança política,<sup>5</sup> encara que en l'esfera central sigui necessària la condició de funcionari.<sup>6</sup>

Aquest treball pretén posar en relleu com l'emergència del concepte de «bon govern» és adequada en el marc de la nova reglamentació sobre integritat, transparència i responsabilitat, i com és pertinent el recurs a aquests concepte, diferenciant-lo del camp de la bona administració. Avancem ja que segurament la manca de delimitació clara dels dos àmbits orgànics i funcionals explica les mancances de l'actual estat del dret positiu.

## 1 Un context de crisi econòmica i política que afavoreix l'adopció de mesures de reforma

La transparència i la rendició de comptes tenen el seu fonament en el principi democràtic;<sup>7</sup> per aquesta consideració, entenem que incideixen directament en l'esfera governativa més que en l'àmbit de l'administració pública i, com veurem, la distinció entre un i l'altre espai són elements rellevants en l'ordre constitucional. La transparència i la rendició de comptes configuren regles i procediments que han adquirit una significació i rellevància creixent en permetre reforçar els elements essencials del constitucionalisme democràtic. Constitueixen peces bàsiques de les transformacions contemporànies de l'estat de dret propi de la democràcia. És cert que es trobaven ja presents en els textos fundacionals, ja que no es pot desconèixer el contingut de la Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà de 1789, en la qual ja s'afirmava que «tots els ciutadans tenen el dret de constatar, per ells mateixos o mitjançant els seus representants, la necessitat de la contribució pública, de consentir-la lliurement, de seguir la seva utilització...» (article 14), així com «la societat té el dret de demanar comptes a tot agent públic de l'administració (article 15). Però, també és cert que les seves potencialitats no s'han desplegat de manera decidida fins a finals del segle XX en la majoria d'ordenaments jurídics dels països occidentals; amb l'excepció notòria de Suècia, que des de 1766 disposa d'una llei sobre llibertat de premsa que no sols proclamava la llibertat d'expressió, sinó que també establia el dret d'accés dels ciutadans als documents públics, establint per primer cop un lligam entre el dret a la informació i el dret d'accés als documents públics. Caldrà esperar alguns segles per retrobar aquest vincle de nou en la jurisprudència del TEDH.<sup>8</sup>

Ens hauríem de preguntar quins han estat els factors que han propiciat la demanda creixent i imparable de transparència i rendició de comptes. Certament, la recessió econòmica dels darrers anys ha colpejat fortament les nostres societats i ha generat una creixent desigualtat que sembla qüestionar no només els equilibris socials i econòmics construïts durant les dècades posteriors a la Segona Guerra Mundial (quan els països europeus varen construir o desenvolupar, en el seu cas, les institucions de l'estat de benestar), sinó també els fonaments polítics de les societats democràtiques. Una crisi econòmica, que en desplegar-se en un context com l'actual, caracteritzat per la intensificació de la globalització i de la mundialització dels intercanvis, així com pel finançament de l'economia i l'augment desbocat de les desigualtats en els països occidentals,<sup>9</sup> ha exacerbat el malestar i la desafecció; l'erosió de la cohesió social pot arribar a posar en qüestió la democràcia<sup>10</sup> (com ja havia succeït en el passat arran de la Gran Depressió). La recessió econòmica i la manca de respostes consistents i adequades per part de les institucions europees —i molt especialment

5 Encara que la Llei 3/2015 esmenti el «principi d'idoneïtat» com a criteri que s'hauria de tenir present per als nomenaments.

6 Com expressament estableix la Llei 50/1997, del Govern. Sobre els fonaments constitucionals de la funció directiva i també la tipologia de directius públics, vegeu JIMENEZ ASENSIO, R. «*Altos cargos y directivos públicos*. Oñati: IVAP, 1996; i, més tard, JIMENEZ ASENSIO, R. *Directivos públicos*. Oñati: IVAP, 2006.

7 SOMMERMANN, K. P. «La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho», en GARCÍA MACHO, R. (ed.). *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2010. I després també GARCÍA MACHO, R. «*Ordenación económica transparente en el derecho público nacional y europeo*». A: GARCÍA MACHO, R. (COORD.). *Ordenación y transparencia económica en el derecho público y privado*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

8 El TEDH ha admès en determinades circumstàncies la vinculació del dret d'accés als documents públics amb la llibertat d'expressió i d'informació, ja que entén que els poders públics no poden interferir amb la funció de la premsa —i d'altres organitzacions— en una societat democràtica com a garant del debat públic; els poders públics no poden ingerir-se i impedir l'accés a la informació, ja que això implicaria una restricció il·legítima de la recollida d'informació inherent a la llibertat d'informació (Sentència TEDH afer Társaság a Szabadságjogokért c Hungria, 14 d'abril de 2009).

9 PIKETTY, T. *L'économie des inégalités*. París: Ed. La Découverte, 2008.

10 STIGLITZ, J. *El precio de la desigualdad* (trad. en llengua castellana). Madrid: 2014.

a l'àrea de l'euro— varen contribuir a agreujar la situació i a retardar la sortida de la crisi;<sup>11</sup> i posteriorment quan la crisi del deute sobirà va esclatar, les reformes dissenyades<sup>12</sup> i les polítiques instrumentades han tingut un efecte que es podria qualificar de pervers, ja que si bé han mostrat les mancances i debilitats dels poders públics nacionals per governar en l'actualitat l'economia, tampoc no han permès enfortir de manera decidida el projecte polític que la integració europea suposa.

En aquest ordre de consideracions, sembla pertinent preguntar quina instància assegura la prevalença de l'interès general, especialment, enfront de les grans empreses de la nova economia i els diferents fons financers.<sup>13</sup> I si aquesta instància, quan proposa reformes legals, formula polítiques públiques i adopta decisions, ho fa efectivament garantint l'interès general. Unes preguntes que estan en l'origen de les propostes relatives a la garantia de la traçabilitat de les normes que s'introdueixen en els textos legals.<sup>14</sup>

Aquestes mancances han generat un ampli qüestionament de la legitimitat dels poders públics; una crisi de legitimitat que es vincula també a la incapacitat dels poders públics —limitats encara massa sovint en els seus marcs territorials nacionals— per adoptar respostes adequades i consistents amb els reptes que la complexitat de les nostres societats contemporànies suscita.

En aquest entorn, a Espanya l'aparició de nombrosos casos de corrupció,<sup>15</sup> especialment en l'àmbit de la contractació pública<sup>16</sup> —i que han incidit molt especialment en càrrecs governatius autonòmics i locals—<sup>17</sup> i de finançament irregular dels partits polítics, han convertit el debat sobre la integritat dels dirigents polítics en una preocupació central del debat públic, com mostren les diferents enquestes del CIS o els indicadors de percepció de transparència internacional.<sup>18</sup> Més enllà de l'aprofitament o l'abús de la posició de poder que s'ocupi per obtenir beneficis propis i/o guanys privats, que caracteritzen la corrupció —segons les definicions més compartides en l'àmbit internacional—,<sup>19</sup> determinades pràctiques com les anomenades «portes giratòries»,<sup>20</sup> és a dir, la possibilitat de passar del sector públic al sector privat, són especialment

11 MALARET, E.: «La malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision. Pour un constitutionnalisme économique européen ouvert». A: AA.VV.: *Le droit public et la crise économique*. Atenes: European Public Law Organization, 2013.

12 Vegeu sobre el marc jurídic dissenyat per reforçar la integració econòmica i monetària, RUIZ TARRIAS, S. *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europa*. Cizur Menor: Civitas: Thomson Reuters, 2016; i BALAGUER CALLEJON, F.; AZPITARTE SANCHEZ, M.; GUILLÉN LÓPEZ, E.; SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (dirs.): *La reforma de la gobernanza económica europea y el progreso de la integración política*. Cizur Menor: Thomson Reuters: Aranzadi, 2017.

13 Encara que no es pugui comparar el poder de les empreses amb els dels països, ja que la capacitat d'influir és diferent, pot ser útil fixar-se en les dades que subministra un estudi de *Global Justice Now*, en què compara la facturació de les grans empreses amb les xifres consignades en els pressupostos públics. Així, una dada que pot ser il·lustrativa és la següent: 69 de les 100 principals entitats econòmiques del món són empreses i només 31 països.

14 Vegeu el Reglament del Parlament europeu.

15 Una relació de casos en «La huella de la corrupción en España», *El País*, 16 de novembre de 2016. En aquest reportatge, en què es relacionen els casos més importants del període democràtic, s'aprecia com la corrupció ha afectat nombroses instàncies governamentals dels diferents nivells territorials. Vegeu també AA.VV.: *La corrupción en España: Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Ed. Atelier, 2016.

16 MALARET, E.: «El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia». *RDA*, 15 (2016); també, CERRILLO, A. «Las compras abiertas y la prevención de la corrupción». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 15 (2016); i GIMENO FELIU, J. M. «Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública». *REALA*, 7 (2017). I sobre una perspectiva de caire internacional: OCDE. *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z* (traducció en llengua castellana) Madrid: INAP, 2010.

17 LAPUENTE, V. (coord.). *La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia*. Madrid: Ed. Alianza, 2016.

18 Sobre la distinció entre dades objectives i percepció de la corrupció, vegeu VILLORIA, M.; JIMENEZ, F. «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», *REIS*, 138 (2012). Des de 2013 i fins al darrer trimestre de 2017, segons el CIS, la corrupció constituïa la segona causa de preocupació dels ciutadans espanyols i els informes de Transparency International. Vegeu el CIS [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos\\_html/TresProblemas.html](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html), i TRANSPARENCY INTERNATIONAL: [http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla\\_sintetica\\_ipc-2016.pdf](http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf)

19 Vegeu el programa mundial de la ONU contra la corrupció i l'informe de lluita contra la corrupció a la UE de 2014. Vegeu també una aproximació a les diferents caracteritzacions en CERRILLO MARTINEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2014.

20 Vegeu MALEM SEÑA, J. F. «La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales». *RVAP*, 104-II (2016).

qüestionades<sup>21</sup> —encara que cal recordar que el legislador ja fa anys va establir determinades limitacions i molt senyaladament va imposar un termini d'incompatibilitats *ex post*—,<sup>22</sup> especialment quan una deficient institucionalitat o una manca de regles adequades pot propiciar que en la interrelació entre actors públics i agents privats es produeixin conflictes d'interessos.

Preocupa, també, i molt, la influència de determinats interessos sobre el procés decisor, l'existència de grups que de manera més o menys pública poden condicionar a través de diferents vies la capacitat de formular i instrumentar polítiques públiques; fenòmens que suposen una privatització del que és públic i que, en el context polític i econòmic abans esmentat generen un efecte de desafecció ciutadana que propicia el retorn «dels xamans».<sup>23</sup>

Aquest ventall de problemes ha generat controvèrsies sobre les limitacions dels models de govern i d'administració pública, així com sobre les mancances dels formats actuals de legitimitat dels poders públics. Com ja fa anys varen indicar alguns coneguts experts en corrupció, aquesta patologia és un símptoma d'un problema més profund: l'absència de «bon govern» o de «qualitat del govern»<sup>24</sup> i, per tant, cal millorar la qualitat del govern, la qualitat de les institucions en general i, per això, cal introduir regles clares i efectives de transparència, garantir l'exercici responsable del poder i assegurar la rendició de comptes.

En les democràcies del nostre entorn, la legitimació del sufragi és una condició necessària però no suficient i, per això, en l'entorn actual caracteritzat per una gran complexitat, cal explorar noves vies de legitimació. En aquest sentit, cal reforçar, mitjançant el reconeixement de nous drets i la creació de nous instruments, la legitimitat dels poders públics. En aquest context, idees, valors i principis que estaven latents en el dret públic adquireixen una força renovada i una major centralitat: la transparència, la imparcialitat, l'exigència de justificació o motivació, la renovada afirmació de les garanties procedimentals i la rendició de comptes reforcen les garanties substantives que són corol·lari de l'extensió dels drets. La necessitat de posar fi als abusos de poder, a l'apropiació privativa del que és públic, és imprescindible per recuperar la confiança i garantir que els governs i les administracions compleixen amb eficàcia la seva missió de servir amb objectivitat els interessos generals.

En el darrer quart del segle passat, Bobbio ja es plantejava si era irremediable la degradació dels règims democràtics, quan, en canvi, el nombre d'aquests havia augmentat enfront de les dictadures (amb la caiguda del sistema soviètic). En la seva anàlisi de les transformacions, assenyalava el caràcter necessàriament dinàmic de la democràcia, com la mateixa idea de transformació li és consubstancial; i, com el que sovint es presenta com a confrontació entre els ideals dels pares fundadors (les promeses inicials no mantingudes) i la realitat, eren, des del moment inicial, il·lusions o esperances que xocaven amb obstacles no previstos.<sup>25</sup> Alguns dels elements que eren objecte d'anàlisi pel gran autor italià en aquella època ara tornen a aparèixer amb més força si cal, i sobretot adquireixen una nova dimensió o faceta: la persistència d'un «poder invisible» al costat o a sobre del «poder visible», ara al·ludim als mercats financers, «l'oligarquia», ara parlem de les elits allunyades (i a vegades dels experts),<sup>26</sup> la «representació dels interessos», ara tenim el pes dels grups d'interès —que cal ordenar i racionalitzar. Aleshores ja assenyalava que, si bé la democràcia es pot definir de moltes maneres, cap pot desconèixer la visibilitat o transparència del poder; la democràcia es podia definir

21 Recordem que a escala europea el primer cas que va generar una gran controvèrsia fou el protagonitzat pel membre de la Comissió Europea, el comissari Bangemann, que va deixar el seu càrrec com a comissari responsable de les telecomunicacions —i promotor de la política de liberalització de les infraestructures en aquest àmbit— per anar al Consell d'Administració de Telefònica, un dels grans operadors del sector (juliol de 1999).

22 Vegeu especialment la Llei 5/2006, de prevenció dels conflictes d'interès, per mitjà de la que també es va crear la primera oficina de conflictes d'interès; aquesta llei ha estat derogada i substituïda per la Llei 3/2015.

23 Vegeu LAPUENTE, V. *El retorno de los chamanes. Los charlatanes que amenazan el bien común y los profesionales que quieren salvarnos*. Madrid: Ed. Siglo XXI, 2015.

24 Vegeu, per exemple, LAPUENTE, V. «El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzada». *DA*, 286-287 (2010).

25 Vegeu el conjunt de treballs recollits en el llibre *El futuro de la democracia* (edició en llengua castellana). Esplugues de Llobregat: Plaza Janes ed., 1985.

26 Que analitza, COLOMER, J. M. *El gobierno mundial de los expertos*. Ed. Anagrama, 2015.

com el «govern del poder públic en públic»,<sup>27</sup> el govern les accions del qual es produïen *au grand jour*, (a la llum del sol, diríem nosaltres, utilitzant una expressió corrent en la literatura nord-americana). I, com BOBBIO recordava, «públic» té dos significats: un que es pot oposar a privat, i l'altre que s'oposa a secret; la qual cosa ens permet entendre per què ja en la filosofia grega i, més tard, en la Il·lustració sempre es troba un lligam estret entre democràcia, transparència i control.

Però si en l'esfera de les idees el lligam ha estat sempre present, en canvi, la seva traducció pràctica ha estat molt més limitada, i molt especialment en l'àmbit del govern en sentit estricte. La publicitat de la llei i el caràcter públic dels debats parlamentaris són exigències presents des del primer constitucionalisme i, així, també les trobem en la Constitució espanyola de 1978 (article 80). En canvi, malgrat l'augment del poder que es concentra en l'executiu, no trobem el mateix amb relació al procés de presa de decisions dels governs, que és en bona mesura encara secret, ja que aquest és el caràcter que hauran de tenir i conservar les seves deliberacions,<sup>28</sup> i només són públics els acords que es formalitzen jurídicament i que requereixen la seva publicació en el diari oficial. I pel que fa a les administracions públiques, la Constitució es remet a la llei per regular l'accés als expedients administratius i l'audiència dels «interessats» (article 105). Si bé la publicitat s'ha anat obrint camí progressivament, a mesura que el procediment administratiu adquiria centralitat com a institució pròpia i específica del dret administratiu<sup>29</sup> i molt especialment en superar la visió merament garantista de l'accés a l'expedient administratiu —com a instrument de la tutela judicial— i configurar la totalitat del procediment com un àmbit per fer aflorar la informació i com un espai de diàleg entre els diferents interessos.<sup>30</sup>

De nou, ara veiem com l'exigència de transparència sorgeix amb força com una resposta a una certa crisi de la democràcia representativa. Apostar per la transparència en l'actuació dels poders públics, per l'obertura del procés de presa de decisions, hauria de garantir una major participació i un control més intens, i reforçar la legitimitat, l'eficàcia i la responsabilitat envers els ciutadans. Tenir l'obligació de retre comptes, d'explicar-se, serveix no solament a l'interès general, sinó que contribueix també a prendre millors decisions. Aquesta perspectiva guia el desenvolupament de la legislació que ha conegut un procés de creixement continuat en l'accés a la informació pública; si bé aquesta ampliació no ha estat sempre sostinguda en l'àmbit del dret administratiu espanyol i malgrat les bases que es varen establir en la LRJPAC de 1992, el canvi només s'ha desencadenat a partir de la Llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern de 2013, que ha tingut en l'ordenament jurídic de Catalunya el seu complement en la Llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern de 2014. La informació i el debat reforcen no sols la legalitat, sinó també, i molt, la legitimitat i l'eficàcia del procés d'adopció de decisions en la seva totalitat; si bé, en determinats supòsits per garantir l'eficàcia del procés decisor, serà necessari protegir determinats espais de deliberació i molt especialment les consultes internes.<sup>31</sup>

Les referències a la construcció de l'àgora, d'un espai públic de debat i deliberació, recorren de nou la literatura internacional<sup>32</sup> i, per això, també la transparència s'afirma de la mà de la llibertat d'expressió i del dret a la informació.<sup>33</sup> Per tal que l'opinió pública<sup>34</sup> pugui exercir la seva funció requereix de la informació, conèixer els arguments, els criteris, les dades utilitzades; en definitiva, disposar d'una informació equivalent

27 Vegeu especialment el text *La democracia y el poder invisible*, pàg. 108 i ss.

28 Article 5.3 de la Llei 50/1997, del Govern (de l'Estat), relatiu a les deliberacions; la mateixa regla s'aplica a les comissions delegades del govern (article 6.5); article 18.4 sobre el contingut de les actes de les sessions.

29 Sobre les funcions del procediment i el desplaçament de l'eix d'atenció de l'acte cap al procediment, vegeu especialment, MALARET, E. *El régimen jurídico administrativo de la reconversión industrial*. Madrid: Ed. Civitas, 1991.

30 Vegeu especialment, BARNÉS, J. «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas». BARNÉS, J. (coord.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Ed. Derecho Global, 2006.

31 Vegeu Sentència TJUE d'1 de juliol de 2008, C-39/05 i C-52/05.

32 Segurament una de les obres més rellevants en el debat actual GORDON ASH, T. *La libertad de palabra: Diez principios para un mundo conectado* (edició en llengua castellana). Barcelona: Ed. Tusquets, 2017.

33 De nou, GORDON ASH, T. *La libertad de palabra*. Op.cit. I també en el dret administratiu espanyol, GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*. Sevilla: Ed. Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Derecho Global, 2011.

34 Sobre el procés històric de formació de l'opinió pública, l'obra clau és HABERMAS, J. *L'espace public* (en la versió en llengua francesa). París: Ed. Payot, 1992.

a la dels òrgans de l'administració; la qual cosa no necessàriament suposa que tots els informes requerits hagin de ser necessàriament publicats.<sup>35</sup>

Governar «sota la llum del sol» segons la metàfora coneguda, obrir els poders públics, suposa explicitar els actors que han intervingut —tant públics com privats—, mostrar com i quan han intervingut i subministrar les dades, les raons, els arguments que condueixen a l'adopció de les polítiques, i les decisions. La publicació de la informació de què disposen cobreix de manera creixent àmbits tradicionalment allunyats del coneixement dels ciutadans. Per comprendre l'abast de les transformacions en curs, aquests darrers anys pot ser útil retener el debat relativament recent sobre la conveniència o no de publicar les actes del Consell de Govern del Banc Central Europeu —ja que fins aleshores s'aplicava la regla de la confidencialitat—,<sup>36</sup> i així, seguint les pautes de la Reserva Federal dels EUA,<sup>37</sup> aquest debat es va tancar amb la publicació de les actes del BCE el 19 de febrer de 2015, la primera de les quals es corresponia a la sessió del seu Consell de Govern de 22 gener de 2015. Es tracta de l'exemple més significatiu dels canvis en curs, atès que tradicionalment la política monetària ha constituït una excepció legalment prevista per l'exercici del dret d'accés.<sup>38</sup>

És en aquest nou context que la idea de «bon govern» ha reaparegut amb força; la retrobem en determinats textos legals en companyia de la transparència, la participació i la rendició de comptes, i després hi tornarem. En l'entorn temporal que hem esmentat abans, en el marc dels canvis institucionals que s'han produït les darreres dècades —i als quals ens referirem després—, la idea de bon govern adquireix tota la seva rellevància i significació.

Per això, des de l'adopció del Tractat d'Àmsterdam, la Unió Europea explicita la seva voluntat de «prendre les decisions de la forma més oberta i propera als ciutadans que sigui possible». Aquesta idea de *govern obert* reflecteix de manera molt sintètica el significat i l'abast que la transparència té per a la democràcia, més enllà del que el recurs a les tecnologies de la informació faci possible.

L'objecte de la article és subministrar un marc teòric per a la interpretació de les reformes legislatives que han introduït canvis en el dret públic. No pretenem abordar qüestions vinculades a l'aplicació de la llei, sinó examinar quins són els canvis d'ordre teòric i conceptual que guien el nou marc jurídic de relacions entre els poders públics i els ciutadans, propiciat per la legislació sobre transparència, accés a la informació pública i bon govern adoptada a partir de 2013, i que suposen un salt qualitatiu i van més enllà dels canvis en les relacions entre administracions públiques i ciutadans que des dels anys noranta del segle XX s'han anat dibuixant —i que en el l'ordre jurídic espanyol es reflectien en la Llei de règim jurídic i procediment administratiu comú de 1992 i, molt especialment, en els enunciats referits als drets dels ciutadans.<sup>39</sup>

Si no fos perquè la proposta formulada por Kuhn sobre la idea de paradigma —i del paper dels canvis de paradigma en les revolucions científiques— s'ha banalitzat els darrers anys en el camp del dret —fent perdre la seva pertinència com a mètode per entendre l'estructuració de les respostes als nous fets plantejats—, potser ens podríem plantejar si, efectivament, estem davant la necessitat d'obrir el pas a una nova manera d'entendre i sobretot de construir les relacions entre poders (públics, només?) i ciutadans.

En aquest sentit, entenem que pot ser pertinent examinar i caracteritzar el sentit i l'abast d'un ventall de conceptes que sovint apareixen de manera amalgamada i sense un significat precís. En tot cas, aquest és un

---

35 Vegeu article 70.4 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les administracions públiques, en el qual s'estableix que «no forma part de l'expedient administratiu la informació que tingui caràcter auxiliar o de suport, com ara [...] notes, esborranys, opinions, resums [...], llevat que es tracti d'informes, preceptius i facultatius, sol·licitats abans de la resolució administrativa que posi fi al procediment».

36 Una regla pròpia dels governs i típica dels òrgans col·legiats de les administracions independents que inicialment havien seguit les pautes pròpies del secret que caracteritza les deliberacions governamentals, vegeu articles 5.3 i 6.3 de la Llei 50/1997, del Govern.

37 Que publica en un primer moment un resum i, transcorreguts sis anys, es publica la transcripció íntegra de les deliberacions, vegeu [www.federalreserve.gov](http://www.federalreserve.gov). Aquesta publicació és clau per poder conèixer els fonaments i les raons de la política monetària instrumentada per la FED.

38 Sobre les excepcions imperatives regulades en el dret europeu, vegeu GUICHOT, E. *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*. *Op.cit.*, pàgs. 140 i seg. I en la jurisprudència, Sentència del Tribunal de Primera Instància, 27 de novembre 2007, afer *A. Pitsiorlas vs. Consejo de la UE y BCE*.

39 EMBID, A. *Los derechos de los ciudadanos*. Madrid: INAP, 1992.



procés que només ens pot permetre avançar en el coneixement si el practiquem de manera oberta i dialogada. Per això, pot ser especialment útil en el context en què es produeix aquest treball.

Entenem que les nocions emprades ja expressen canvis en les relacions entre els ciutadans i els poders públics; encara que no sempre els legisladors hagin estat encertats en els termes utilitzats, i han generat per tant, més confusió que certesa.

Per això, en els apartats següents examinarem un parell de conceptes i ho farem de manera dicotòmica i amb un abast no equivalent.

## **2 Bon govern vs. bona administració: una distinció necessària, una parella conceptual deutora de la diferenciació entre govern i administració**

### 2.1 Sobre els orígens de l'expressió «bon govern» i la pertinència de la seva consideració actual

Com hem indicat abans, ens podem preguntar per què en els darrers temps la idea de «bon govern» ha reaparegut amb força, i per què sovint la trobem tant en els estudis acadèmics<sup>40</sup> com en la legislació, acompanyant la transparència, la participació i la rendició de comptes. Quin sentit té recuperar aquest terme? Què ens aporta en el context actual? Per respondre a aquestes qüestions pot ser útil recordar, en primer lloc i de manera molt breu, quan, com i per què es construeix el concepte; per després, en un segon moment, presentar els eixos de l'evolució i els canvis en l'estructura i funcions del poder executiu, la transformació de la manera de conceptualitzar les relacions entre govern i administració, així com prendre en consideració elements del context temporal en què ens trobem.

Seguint Rosenvallon,<sup>41</sup> podem identificar els seus orígens en la filosofia medieval. En aquell moment, en la baixa edat mitjana quan es comença a produir la concentració de poder en les mans de prínceps i monarques, els filòsofs es plantegen quines han de ser les virtuts i els talents dels bon governants. El caràcter unipersonal de l'exercici del poder i la seva concentració varen portar a considerar la rellevància de les virtuts del governant en l'exercici del poder; sols d'aquesta manera es podien construir les limitacions necessàries, donades les mancances institucionals pròpies del sistema.

És en aquest món que trobem el conegut fris de la Sala dels Nou en el Palau Comunal de Siena, l'Al·legoria del Bon Govern, i també del Mal Govern.

Aquest fris presideix actualment el portal del Consell de Transparència i Bon Govern (CTBG),<sup>42</sup> creat per la Llei 19/2013, per garantir el respecte de les obligacions de publicitat, el dret d'accés a la informació pública i l'observança de les disposicions sobre bon govern (article 34).

Ja podem avançar que, el títol II de la llei, denominat «Bon govern», inclou un conjunt molt heterogeni de disposicions, també és cert que la delimitació de l'àmbit d'aplicació s'efectua seguint les pautes esmentades anteriorment. Encara que també és cert que pot induir a confusió el fet que sota aquesta rúbrica apareixen una tipologia d'infraccions —amb les sancions corresponents— en matèria de gestió economicofinancera que tenen més a veure amb el que estableix per la legislació pressupostària i/o d'estabilitat financera que amb la bona gestió dels cabals públics.

Per veure l'especificitat de les exigències que el legislador ha vinculat al bon govern, cal prendre en consideració l'àmbit d'aplicació, ja que aquest es refereix a l'esfera governativa i incorpora explícitament els membres del Govern (de l'Estat o de les comunitats autònomes i els ens locals),<sup>43</sup> actualment limitat als que tenen la condició de ministres i al segon esgraó en sentit ampli (secretaris d'estat i alts càrrecs) que,

---

40 Vegeu, per exemple, VILLORIA, M.; JIMENEZ, F. «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos». *REIS*, 138 (2012).

41 ROSENVALLON, P. *Le bon gouvernement* (2015).

42 [http://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/consejo/agenda/2017/01/31.html](http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/consejo/agenda/2017/01/31.html)

43 Article 25.

recordem, fins ara no té la consideració legal de Govern, entès com a equivalent a Consell de Ministres,<sup>44</sup> però que res no exclou que ho puguin tenir en un futur,<sup>45</sup> donat que la Constitució no limita la composició del Govern a la condició de ministres (article 98.1).

Sí que sembla més consistent i sobretot coherent amb la idea de bon govern que, com ja hem mencionat, s'acostuma a vincular amb la transparència, la participació i la rendició de comptes, l'enunciat de principis generals que es formulen en la mateixa norma, on més enllà dels principis comuns amb l'Administració pública (eficàcia, economia i eficiència en la satisfacció de l'interès general), es presta especial atenció a l'exigència de mantenir «una conducta digna», actuar amb la «diligència deguda», respectant el principi d'imparcialitat «de manera que es mantingui un criteri independent i aliè a tot interès particular» i assumint «la responsabilitat de les decisions i actuacions pròpies i dels organismes que dirigeixen, sens perjudici de les altres que fossin legalment exigibles» (article 26.2).<sup>46</sup> Una relació de principis que fins ara es consideraven propis de l'Administració pública i que mostra els canvis que s'estan produint en l'esfera governativa i la preocupació creixent per garantir en el moment de l'elaboració de les polítiques —no en la fase posterior d'execució— que la presa de posició, i si s'escau, d'adopció de les decisions no estigui «contaminada», «capturada» o influenciada per grups d'interès o els interessos particulars de determinats agents. En aquest sentit de considerar la necessitat que les autoritats es regeixin per una valoració pròpia de les necessitats i els equilibris pertinents, cal recordar com el TEDH va entendre que no s'havia respectat la proporcionalitat i, per tant, s'havia interferit en el dret —al respecte a la vida privada i familiar sancionat en l'article 8 del CEDH—, en adoptar una decisió per part del secretari d'estat corresponent sense disposar d'un estudi propi o encarregat a una entitat independent de la interessada;<sup>47</sup> aquesta mancança impedia considerar que s'hagués atès degudament la finalitat d'interès general que legitima la limitació del dret.

És cert que la majoria d'autors (politòlegs) que han intentat caracteritzar la noció de «bon govern» destaquen que a priori és molt imprecisa; sobretot si s'aborda a partir d'una determinada teoria sobre les funcions i tasques de l'estat, ja que aleshores es planteja si també cal incorporar el compromís amb la justícia social i la redistribució. Altres, en canvi, entenen que la perspectiva ha de ser més limitada, prenent en consideració només el recurs a instruments i estructures que fomenten l'economia, l'eficàcia i l'eficiència. Finalment, altres s'inclinen per un concepte més precís que té en compte fonamentalment l'exigència d'instruments, processos i estructures que incentivin la transparència, la integritat, la rendició de comptes, la participació i la imparcialitat. Un concepte més operatiu que en comptes de posar en el centre de la reflexió les virtuts dels governants, emfatitza la importància de les institucions i les regles i que podria coincidir amb el que enuncia la LTAIBG, especialment, si en comptes de limitar-se a les *virtuts* hagués apostat més decisivament per la creació d'institucions més consistentes amb les exigències proclamades i no concretades. No sembla que l'atribució genèrica de fins vinculats amb el bon govern al Consell de la Transparència i el Bon Govern sigui una camí adequat.

En tot cas, existeix un cert consens en considerar que només l'última accepció, és a dir, la que fa referència a les institucions i les regles, és pertinent a l'efecte de dotar d'una significació precisa el «bon govern».<sup>48</sup>

44 Segons el que estableix la Llei 50/1997, d'organització, competència i funcionament del Govern.

45 Una primera apertura sembla que s'inicia amb la previsió que «a les reunions del Consell de Ministres hi podran assistir els secretaris d'estat i excepcionalment també els alts càrrecs quan siguin convocats» (article 5.2), incorporat a la Llei del Govern per la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic.

46 Vegeu en la mateixa direcció l'article 55 de la Llei catalana 19/2014, que estableix expressament com a principis d'actuació: i) la transparència de les activitats oficials, dels actes i decisions relacionats amb la gestió dels assumptes públics i de llur agenda oficial; ii) la imparcialitat en la presa de decisions, amb garantia de les condicions necessàries per a una actuació independent i no condicionada per conflictes d'interessos.

47 Sentència TEDH *Hatton and others vs UK*. Vegeu MARSAL, M. «Una Constitució en evolució: control de los poderes públicos y protección de los derechos humanos en el reino Unido. A propósito de la sentencia del TEDH Hatton and Others vs. UK». A: MONTORO, M. J. (coord.). *La Justicia administrativa*. Barcelona: Atelier, 2003.

48 Vegeu VILLORIA, M. dins VILLORIA, M.; WENCES, M. I. (coord.). *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2010; aquest autor havia examinat anteriorment amb deteniment els processos de transformació de les administracions públiques iniciats en la dècada dels vuitanta dins *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: MAP, 1996.

Rosenvallon mostra com, en les democràcies occidentals, s'ha produït una profunda transformació d'aquella part del poder executiu que ha suposat un reforç dels presidents —si tenen funcions que van més enllà de les representatives— o dels primers ministres (o presidents de govern). En aquest context, derivades del personalisme que acompanya cada cop més les dinàmiques electorals, les qualitats personals compten; en l'època de les democràcies parlamentàries, el que era rellevant eren els programes. Ara, en canvi, la qualitat dels actors polítics, la seva personalitat i el seu estil han adquirit una gran centralitat en el procés electoral. Les *virtuts* tornen a tenir una consideració. Són condició necessària, encara que siguin insuficients. Per això, ara trobem establert per la legislació el que configura els principis ètics dels alts càrrecs i, la seva conducta, també està disciplinada per codis.<sup>49</sup>

Creiem que, per delimitar millor el bon govern, per veure què aporta aquest concepte i quines mancances pretén cobrir que fins aleshores estaven mal ateses, és pertinent identificar la bona administració. Sovint s'utilitzen com a sinònims, com si fos només una qüestió de *modes* o corrents de llenguatge.

De manera molt breu i sintetitzant, ja que els orígens i el significat de la bona administració han estat abastament tractats,<sup>50</sup> indicarem una referència de dret positiu clau i el seu contingut essencial.

El dret a la bona administració previst en l'article 41 de la Carta dels drets fonamentals de la UE (desenvolupat pel Codi de bona conducta administrativa) ha estat considerat pel TJUE com l'expressió d'un conjunt de drets subjectius;<sup>51</sup> i en la mateixa direcció, també en diferents estatuts d'autonomia de la darrera generació, el de Catalunya molt especialment,<sup>52</sup> com a fórmula de síntesi d'un conjunt de drets dels interessats en els procediments administratius formalitzats: una renovada concepció de l'exigència de motivació (en el sentit d'explicitar les raons que condueixen a adoptar una determinada decisió i per què en el context de referència aquesta és la millor)<sup>53</sup> i de l'audiència, del caràcter contradictori del procés i del seu necessari reflex en la decisió final. Unes exigències que, òbviament, despleguen tot el seu significat i abast en els supòsits d'exercici de potestats discrecionals.

El bon govern no és un mer afegit a la bona administració, no és una redundància, sinó que té un objectiu diferent, té un altre camp: un àmbit que fins fa poc semblava propi de la política i fora del dret, en tot cas, fora del dret administratiu; atès que el Govern, com a tal, no com a òrgan que també compleix funcions administratives, només estava regulat per la Constitució i, si s'escau, els reglaments parlamentaris i els usos propis de les cambres.<sup>54</sup>

En els moments inicials de l'adopció del *Llibre blanc de la governança*, alguns autors ja varen posar en relleu que els principis de bona governança no eren iguals que els de bona administració, ja que aquests darrers només eren aplicables a l'Administració i, en canvi, els altres eren aplicables a altres actors de la xarxa relacional.<sup>55</sup> Els principis de bona governança no eren només aplicables als poders públics, ja que calia aplicar-los a la resta d'actors que intervenien en el procés.<sup>56</sup> Per això, la bona administració era condició necessària però no suficient per a la bona governança.<sup>57</sup> Al nostre parer, aquesta perspectiva tan àmplia no es pot desvincular del debat sobre la representativitat de les institucions europees i les seves mancances des del punt de vista de la legitimitat democràtica.<sup>58</sup>

49 Vegeu l'enunciat del capítol 1, del títol V, «Del bon govern», de la Llei catalana 19/2014.

50 BOUSTA, R. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. París: L'Harmattan, 2010; PONCE, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

51 Sentència TGUE de 26 de febrer de 2013.

52 MANCILLA I MUNTADA, F. *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració*. Barcelona: IEA, 2014.

53 BOUSTA, R. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. *Op. cit.*

54 L'escassa densitat normativa de la Llei del govern i el seu contingut bàsicament orgànic no són referències suficients.

55 Vegeu especialment, PONCE, J. «Dret, bona administració i bona governança». A: CERRILLO, A. (coord.). *Governança i bona administració a Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2007.

56 CERRILLO, A. *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: INAP, 2005.

57 PONCE, J. *Dret, bona administració i bona governança*. *Op. cit.*

58 BAR CENDÓN, A. «El Libro Blanco: La gobernanza europea y la reforma de la Unión». *GAPP*, 22 (2001).

Ara, en canvi, ens situem en una altra perspectiva que té quelcom en comú amb l'anterior, en la mesura que també es tracta de centrar-se en el moment d'impuls i definició de les polítiques públiques, però aquesta operació ja no la du a terme una instància privada de soca-rel de legitimitat democràtica, ja que els governs la tenen, encara que sigui de manera indirecta a través de l'origen parlamentari que té la seva formació. En el constitucionalisme modern, el Govern és precisament el centre i l'impulsor de l'activitat política.<sup>59</sup>

I per això, ara el legislador ha començat a adoptar tot un conjunt de disposicions destinades a assegurar que també en aquest òrgan es respectin els principis inherents a la democràcia, com la transparència; però no només aquest, ja que, com hem indicat, hi ha altres mancances que han emergit i, per això, cal garantir la integritat, evitar els conflictes d'interessos i vetllar per la transparència en la formulació de les polítiques públiques. I tot un conjunt de disposicions que tenen com a destinatari específic els membres del govern i els alts càrrecs, és a dir, aquells que responen a designacions de caire polític i no a criteris de professionalitat, com el mèrit i l'experiència. Aquests alts càrrecs, malgrat que no responen a una legitimitat meritocràtica, sinó basada en la confiança política, també han de garantir el principi d'objectivitat, tal com expressament estableix la Llei 8/2016, de la Comunitat Valenciana.

## 2.2 Els canvis en la concepció del poder executiu, l'emergència de la distinció Govern-Administració pròpia del model burocràtic o weberian i el seu posterior reforçament per l'impacte de la nova gestió pública

En les construccions primigènies del dret administratiu, l'Administració no tenia substantivitat pròpia, era el simple braç executor de la llei; govern i administració constituïen un conglomerat: el *poder executiu*. En aquest context, l'administració no tenia un espai propi de decisió ni unes tasques específiques i, per tant, operava amb la més absoluta opacitat. La publicitat no era necessària en la mesura que no es reconeixia l'existència d'una esfera pròpia de l'administració i, si es produïa una vulneració dels drets i llibertats, aleshores intervenia el jutge. Aquesta era la instància de garantia dels drets, uns drets que en els seus inicis també eren limitats en el seu abast.

Progressivament, s'ampliaren les funcions assignades a l'administració pública, especialment a partir del moment en què ja no es limita a les tasques pròpies de la policia i el manteniment de l'ordre públic, sinó que comença a prestar serveis públics. El canvi en les tasques pròpies de l'administració, que anirà creixent a mesura que avança el segle XX, anirà acompanyada d'un reconeixement de l'existència de la discrecionalitat en l'apreciació de l'interès general. Paral·lelament, també es va incrementar l'extensió i abast del control jurisdiccional de l'administració pública. L'augment de tasques i la seva creixent complexitat estan en l'origen de la segona onada de garanties, encara que en aquells moments inicials estan directament vinculades a la idea de defensa i tutela judicial efectiva; ja que aquest és el sentit d'una visió molt restrictiva i limitada de l'exigència de motivació i de l'audiència en el procediment, entesos com a requisits formals i limitats als interessats, encara que el cercle d'aquests s'anirà ampliant progressivament per la jurisprudència per possibilitar un control més elevat.

Aquesta concepció restrictiva de la motivació i de l'audiència va mostrar les seves limitacions com a garanties substancials per permetre equilibrar els requeriments lligats a l'efectivitat de la tutela judicial amb el reconeixement de la discrecionalitat en l'apreciació de l'interès general.<sup>60</sup> El legislador, de manera creixent, ha configurat les decisions complexes, les decisions que afecten un nombre indeterminat de subjectes, com a decisions no vinculades per mandats legals de caràcter condicionat sinó de caire finalista<sup>61</sup> —com succeeix sovint en el dret públic de l'economia, el medi ambient o l'urbanisme—, i en aquest entorn legal el procediment ha anat adquirint una nova significació. El procediment s'ha configurat com un espai institucional per a l'intercanvi d'informacions i valoracions formulades per un conjunt més o menys heterogeni d'interessos, per a l'aportació d'estudis i informes de diferents òrgans i institucions públiques de

59 SOLOZABAL, J. J. «El estatuto normativo del gobierno y su configuración efectiva». A: ARAGÓN REYES, M.; GÓMEZ MONTORO, A. J. (coord.). *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Madrid: CEC, 2005.

60 BELTRÁN DE FELIPE, M. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid, 1993.

61 MALARET, E. *El Régimen Jurídico-Administrativo De La Reconversión Industrial*. Madrid: Civitas, 1991; I Posteriorment, BACIGALUPO, M. *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura Normativa, Control Judicial Y Límites Constitucionales)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

diferent significació —administracions territorials o especialitzades.<sup>62</sup> En aquests supòsits, el procés de presa de decisions és fonamental, com també és determinant el subministrament de les raons, la fonamentació o justificació i l'explicació circumstanciada, és a dir, feta en relació amb les circumstàncies del cas o del fet concret. La fiscalització judicial es concentrarà aleshores en l'anàlisi de la racionalitat de la decisió. L'ampliació tant de la participació, quant a la tipologia de formats mitjançant els quals s'instrumenta, com quant a la capacitat d'aportar documents i fer propostes que hauran de ser tingudes en compte —és a dir considerades, encara que sigui per ser descartades—, com del nombre i tipus d'interessats en el procediment, ha donat lloc en el dret administratiu francès al que s'ha caracteritzat com a «democràcia administrativa».<sup>63</sup> una construcció teòrica controvertida, però que permet il·lustrar la recerca de mecanismes complementaris a la democràcia representativa.

En aquest context i en el marc del procés d'ampliació del control judicial, adquireix sentit el debat sobre els denominats «actes polítics»<sup>64</sup> del govern —és a dir, quan no actua com a òrgan superior de l'administració— i la seva progressiva limitació i reducció a l'esfera de les relacions entre poders constitucionals, les relacions internacionals i aquelles altres decisions que no estiguin reglades;<sup>65</sup> en definitiva, i per simplificar, queda exclòs tot allò que és propi del govern com a instància política i que no té incidència directa en els drets.<sup>66</sup> El control judicial evidencia en aquest àmbit les seves limitacions; no és una qüestió de deferència sinó de respecte a la distribució constitucional de funcions.

Atès que no és procedent el control judicial de la formulació i la proposta de polítiques públiques, cal plantejar altres vies de control i obrir noves formes de responsabilitat o rendició de comptes. És aquí on despleguen la seva eficàcia les exigències de transparència per garantir la integritat i la imparcialitat, i possibilitar el control i la rendició de comptes.

La diferenciació entre govern i administració, que hem vist que va aparèixer en un segon moment, constitueix el fonament teòric del model de funció pública entès precisament com a sistema d'accés i carrera del personal basat en els principis d'igualtat i mèrit, contraposat al de confiança —base del model de *spoil system* precedent.<sup>67</sup> Una distinció que, actualment, politòlegs i economistes que s'han endinsat en aquest camp acostumen a vincular a un baix nivell de corrupció i també a menys desafecció, per tant, a una millor qualitat de govern i a un millor rendiment de la democràcia representativa.

En l'ordenament jurídic espanyol, aquesta distinció és present, atès que està expressament recollida en la Constitució de 1978, un text que, fruit del seu temps, dedica un capítol sencer al Govern i l'Administració. «El Govern dirigeix l'Administració», el Govern respon davant el Congrés de Diputats. En aquest marc constitucional, la legitimitat de l'Administració s'incardina en la denominada «cadena de legitimitat democràtica»,<sup>68</sup> pròpia de les democràcies representatives; en aquest esquema tradicional, l'Administració és l'aparell servicial del Govern i la seva legitimitat deriva del compliment de la llei, del ple sotmetiment a la llei i al dret (segons els expressius termes de l'article 103 CE). L'increment de tasques es desenvolupa en el marc de les finalitats i condicions establertes pel legislador,<sup>69</sup> encara que la relació amb el legislador no és homogènia, ja que els mandats poden ser condicionats o finalistes —cosa que suposa un marge molt diferent

62 MALARET, E. *El régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. *Op. cit.*

63 Vegeu, a tall il·lustratiu, els conjunts d'estudis publicats en el número monogràfic *La démocratie administrative*, de la RFAP (2011), 137-138.

64 Segons la terminologia emprada per la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956.

65 O, per reprendre la conceptualització legal, aquells elements no reglats dels actes administratius, segons l'article 1.2 de la LJCA de 1998.

66 Sense menystenir la construcció sobre el doble caràcter del govern, en qualitat d'òrgan constitucional i òrgan superior de l'administració.

67 PRATS, J. «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público». *DA* (1995) 241-242.

68 Aquest concepte procedeix de la teoria de BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (en llengua castellana). Madrid: Editorial Trotta, 2000.

69 BACIGALUPO, M. *La discrecionalidad administrativa... op. cit.*

per la decisió administrativa.<sup>70</sup> Entenem que aquesta perspectiva és ara insuficient per descriure els canvis que s'estan produint en l'ordenament jurídic.<sup>71</sup>

Aquesta distinció entre govern i administració és molt present en els sistemes institucionals nòrdics.<sup>72</sup> En altres entorns institucionals, s'ha vist reforçada i sovint exacerbada per la irrupció del model *managerial* impulsat pel *new public management* (NPM).<sup>73</sup> Les reformes guiades per aquesta concepció han suposat la introducció d'una notable autonomia de gestió per a les organitzacions, especialment en aquells sectors en què s'opera amb importants recursos econòmics i financers; una autonomia de gestió que s'havia d'acompanyar d'una professionalització dels directius. La distinció principal-agent inherent al model ha implicat sovint la contractualització de la relació que anteriorment responia al model jeràrquic.<sup>74</sup> Si bé cal indicar que aquest model no ha quallat en el sistema institucional espanyol,<sup>75</sup> ja que els càrrecs directius de les denominades «agències» (que podem trobar en les diferents administracions públiques, estatals, autonòmiques o locals) responen a nomenaments de caràcter polític i, sovint, és directament el secretari d'Estat o el conseller de la comunitat autònoma corresponent qui assumeix la responsabilitat; i, l'altra eina clau, el contracte programa o un tipus de document de relació equivalent ha anat desapareixent progressivament. La proliferació d'organismes i la variada tipologia d'aquests introdueixen un nou factor crític en la lluita per garantir la integritat i la rendició de comptes.

J. Prats va mostrar les febleses i les limitacions del NPM —molt lligat als moviments de privatització i de crítica a la gestió pública— tot reivindicant un altre tipus d'aproximació que sintetitzava amb la noció de governança.<sup>76</sup> Una idea també present en el conegut *Llibre blanc sobre la governança de la Unió Europea*, que apostava decididament per incrementar la legitimitat de l'acció pública —especialment de la UE— mitjançant la millora de la interacció amb els ciutadans, les empreses i les ONG, incorporant els principis democràtics de transparència i participació a les exigències d'eficàcia, eficiència i economia. Les crítiques a la manca de legitimitat democràtica de les institucions europees ha trobat una resposta en la incorporació de la transparència, la participació, el diàleg i l'intercanvi d'informació. La democràcia administrativa ha anat a socórrer la manca de democràcia representativa?

Com a síntesi d'aquestes evolucions, podem assenyalar que la configuració de les relacions entre govern i administració constitueixen un marc estructural en què sovint coincideixen, en el mateix espai i temps però en diferents sectors, supòsits de neta separació i supòsits en què la diferenciació no sempre és nítida pel cúmul de decisions que es concentren en les esferes governamentals.

La distinció entre govern i administració també apareix com a inherent a la distinció entre política i tècnica, i té el seu correlat en la diferenciació de legitimitat, democràtica vs. professional; té un sentit i una fonamentació constitucional, però aquesta distinció és certament complexa.<sup>77</sup>

El que sí que és cert és que la impossibilitat d'operar sempre i en tots els camps o sectors de l'activitat pública amb una diferenciació radical entre govern i administració, la constatació de la transformació de les tasques

70 Recentment, RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

71 Una visió més convencional de la informació administrativa al ciutadà en un dels primers treballs que en la doctrina espanyola es va ocupar de la informació, TORNOS, J.; GALAN, A. (coord.). *Comunicación pública*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

72 ZILLER, J. *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*. París: Editorial Montchrestien.

73 Una anàlisi de les reformes implementades en diferents àmbits de l'administració pública, seguint aquesta orientació en FABRE GUILLEMANT, R. *Les réformes administratives en France et en Grande Bretagne. Centres de responsabilité et agences d'exécution*. París: Editorial L'Harmattan, 1998.

74 CHEVALLIER, J.; ROUBAN, L. *La réforme de l'état et la nouvelle gestion publique : mythes et réalités*. París: Ed. ENA, 2003; AA.VV.: *Les agences : une nouvelle gestion publique?* París: La Documentation Française, 2013.

75 Vegeu un intent d'avançar en aquesta direcció en la Llei 28/2006, d'agències estatals per a la millora dels serveis públics, actualment derogada per la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, sense que les seves potencialitats s'hagin desplegat mai.

76 *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: INAP, 2005.

77 RODRIGUEZ PONTÓN, F. J. «Gobierno, política y Administración: elementos de debate para las Administraciones independientes». *Autonomías, RCDP*, 29 (1999).

de l'administració, la seva ampliació i creixent complexitat (amb el medi ambient i l'economia com a sectors de referència i la planificació com a forma d'intervenció), han permès evidenciar l'increment de l'àmbit de la discrecionalitat o, dit en altres termes, de l'esfera decisional no vinculada directament pel legislador; tot un conjunt de factors que han conduït a situar el focus en el govern. Una significació del govern, de la seva capacitat per formular polítiques públiques, de la seva rellevància en la iniciació dels processos decisoris que en les reformes recents ha començat a tenir una traducció pràctica mitjançant la introducció de noves regles en matèria de transparència i integritat, i molt menys o gens en l'àmbit de la rendició de comptes.

En efecte, si el govern dirigeix l'administració,<sup>78</sup> els ciutadans han de conèixer i tenen dret a saber com i per què opera d'una determinada manera i, per això, la legislació està ampliant l'àmbit d'aplicació de certs principis que fins fa poc semblaven reservats a l'esfera administrativa; una delimitació pràctica i operativa, per molt que haguéssim insistit sobre el caràcter de la distinció orgànica i funcional<sup>79</sup> i que cal preservar.

### 3 Els grans trets de la transformació: de la publicitat limitada als interessats a la transparència perquè els ciutadans puguin exercir la rendició de comptes

#### 3.1 La síntesi dels canvis

Constatant els canvis operats pel nou marc legal, podem identificar els elements més rellevants: i) la recuperació de la imparcialitat i el servei a l'interès general —enfront dels interessos privats de qualsevol naturalesa—, i per això la rellevància de la regulació dels grups d'interès (inscripció en un registre<sup>80</sup> i traçabilitat de les seves aportacions, suggeriments, comentaris o informacions); ii) la integritat i la prevenció dels conflictes d'interès —declaració de béns i activitats, codis de conducta<sup>81</sup> dels alts càrrecs,<sup>82</sup> règim estricte d'incompatibilitats *ex post* per un període de temps determinat (2 anys); iii) la transparència de l'activitat i molt especialment del procés de presa de decisions (considerat des d'una perspectiva de conjunt) i prestant especial consideració a la fase prèvia de l'exercici de la potestat reglamentària i, òbviament, a la fase d'elaboració posterior,<sup>83</sup> el doble contingut de la transparència, com un deure de l'administració, la publicitat activa i un dret dels ciutadans, el dret d'accés a la informació pública —és a dir, a tota la informació en poder de l'administració (no necessàriament produïda per aquesta, ja que és possible que senzillament s'hagi limitat a recopilar-la—<sup>84</sup>sense que calgui justificar els motius ni acreditar un interès; iv) la participació ciutadana<sup>85</sup> en el procés

78 Com va evidenciar ja fa temps mostrant els canvis que suposava en la concepció del poder executiu, LÓPEZ GUERRA, L. «Funciones del Gobierno y dirección política». *DA*, 215 (1988).

79 BILBAO UTRILLOS, J. M. «La dirección de la administración civil y militar por el gobierno de la nación» A: ARAGON REYES, M.; GOMEZ MONTORO, A. J. (coord.). *El Gobierno. Op.cit.*

80 Obligatori, Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i Decret Llei 1/2017, de 14 de febrer, pel qual es crea i regula el Registre de grups d'interès de Catalunya, o, bé, voluntari segons l'acord de la CNMC.

81 Sobre les raons per l'exigència de codis ètics, vegeu PONCE, J. «Códigos éticos y códigos de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales». A: VILLORIA, M.; FORCADELL, X. (coord.). *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*. Editorial Tecnos, Diputació de Barcelona.

82 Acord GOV/82/2016, de 21 de juny, pel qual s'aprova el Codi de conducta dels alts càrrecs i personal directiu de l'Administració de la Generalitat i de les entitats del seu sector públic, i altres mesures en matèria de transparència, grups d'interès i ètica pública. L'article 55.3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, estableix un mandat al Govern per elaborar un codi de conducta dels seus alts càrrecs que concreti i desenvolupi els principis ètics i les regles de conducta d'acord amb les quals han d'actuar.

83 ARAGUÀS, I. *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*. Barcelona: Atelier, 2016.

84 Aquestes distincions estan molt presents en el dret administratiu francès des fa molt temps, vegeu MAISL, H. *Le droit des données publiques*. París: LGDJ, 1996; BRUGUIÈRE, J. M. *Les données publiques et le droit*. París: Litec, 2002.

85 L'interès de la UE en el discurs participatiu ve de lluny. Des de la problemàtica ratificació del Tractat de Maastricht en 1992 —que inclou un primer rebuig a Dinamarca i un resultat molt ajustat a França—, les institucions de la UE promouen la idea que els límits de la democràcia representativa en l'àmbit europeu —derivats, en part, de l'absència de partits o d'un espai públic supranacionals— podrien remeiar-se fomentant la participació dels ciutadans a través d'organitzacions o de forma directa. La primera referència de la Comissió al potencial legitimador dels contactes amb els grups d'interès és de 1992. Des de 1996 la Comissió promou l'organització de la societat civil en l'àmbit europeu fomentant la creació d'eines com la Plataforma Social Europea. Entre 2000 i 2001 es planteja expressament que la consulta a les organitzacions és una forma de democràcia participativa i que les associacions són un actor en el marc de la governança de les polítiques públiques europees. Més tard, es va introduir la referència a la democràcia participativa en el Tractat Constitucional que després es va traslladar al Tractat de Lisboa —ara ja no existeix un títol específic (actual article 11 «Les

d'elaboració de projectes de llei i de reglaments, dels plans estratègics i dels programes d'actuació;<sup>86</sup> v) la rendició de comptes i l'obligació de les diferents instàncies de govern d'explicar-se i justificar la seva conducta —mes enllà de la bona gestió financera—; de respondre, si escau, no solament pels danys causats; i de sotmetre's a avaluació.

Uns canvis que sintetitza bé el camí que hi ha entre el dret d'accés a la informació pública inherent a la llibertat d'expressió (de la legislació sueca del segle XVIII) i l'estratègia de *govern obert* (adoptada pel president Obama), i que després han replicat diferents governs.<sup>87</sup> Tot una transformació que expressa el canvi radical de les funcions del govern i l'administració i l'impacte que les noves tecnologies de la comunicació i informació han suposat.

Les fases de la transformació en els ordenaments jurídics del nostre entorn les podem sintetitzar breument:

A l'inici, en els anys vuitanta del segle passat, es va produir la irrupció de la publicitat en l'activitat de l'Administració pública, afermant de manera decidida l'ampliació dels *drets dels interessats*: i) dret d'audiència i accés als documents que integren el procediment administratiu; i ii) la motivació dels actes administratius, obligant a exterioritzar, a fer públiques —i, per tant, a racionalitzar— les raons que guien la decisió administrativa individual. Com hem indicat abans, aquesta ampliació dels drets opera en funció de la defensa o la garantia i l'efectivitat del dret a la tutela judicial. El dret a la bona administració en la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea, va expressar bé aquest estat de la qüestió.

Una fase de transició, la «democràcia administrativa», de la mà de l'ampliació de la participació, que en l'àmbit de les institucions europees adquireix precisament una connotació menys administrativa que la que podem trobar en l'entorn dels drets dels països membres,<sup>88</sup> tant pel que fa al cercle de persones com als formats (audiències públiques, informació pública, al·legacions obertes, «*débat public organitzat*») i generalització de l'accés als documents administratius sense necessitat d'acreditar un interès. Una transformació que va vinculada al canvi en la concepció del procediment i la motivació: ara es tracta d'aportar informació, fer aflorar interessos i posicions diverses, contradictòries també, que després obliguen a ponderar i raonar el perquè s'ha optat per una o altra solució.

El procediment d'elaboració de les disposicions reglamentàries és un dels àmbits en què aquestes exigències de major justificació han estat més desenvolupades,<sup>89</sup> lligades a la demanda de major qualitat com a forma indirecta d'incrementar la legitimitat de la intervenció pública. Unes exigències de millora de la qualitat reguladora,<sup>90</sup> vehiculada per la reglamentació que en aquest entorn ha tingut una forta rellevància, com a resultat tant de les polítiques europees de *better regulation*, com abans de les polítiques de desregulació.

Finalment, el procés d'ampliació de drets dels ciutadans ha fet un salt qualitatiu amb l'adopció de la perspectiva de bon govern i/o de govern obert (que encara que no són equivalents, presenten elements en comú), la qual suposa la incorporació de regles i d'institucions per impulsar la integritat, la transparència i la rendició de comptes; encara que algunes manifestacions incorporades en els textos legals puguin semblar excessos retòrics amb una més que discutible eficàcia pràctica.<sup>91</sup> I, també és cert que aquests canvis no

---

institucions donaran als ciutadans i a les associacions representatives, pels canals apropiats, la possibilitat d'expressar i intercanviar públicament les seves opinions en tots els àmbits d'actuació de la Unió. 2. Les institucions mantindran un diàleg obert, transparent i regular amb les associacions representatives i la societat civil.)

86 Introduïda inicialment en la Llei d'economia sostenible, vegeu MALARET, E. «Regulación económica, autoridades independientes y transparencia». A: GARCIA MACHO, R. (ed.). *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado. Op. cit.*

87 Vegeu títol VI «Del govern obert» de la Llei catalana 19/2014; seguint una tradició legislativa peculiar i característica de l'ordenament jurídic espanyol, el legislador ha explicitat, en una llei, un conjunt de principis que després han de guiar l'actuació dels diferents components del poder executiu i molt especialment a l'exercici de la potestat reglamentària.

88 Vegeu les diferents contribucions del número monogràfic de la *RFAP* (2011), 137-138.

89 ORTI FERRER, P. «Transparencia y buena regulación: el derecho de acceso a los expedientes normativos y la evaluación de impacto». A: CANALS AMETLLER, D. (coord.). *Datos: protección, transparencia y buena regulación*. Girona: Documenta Universitaria, 2016.

90 Vegeu una de les darreres aportacions a aquest àmbit, per una de les més reconegudes especialistes en la matèria, CANALS AMETLLER, D. «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación». *Op. cit.*, així com el treball de P. ORTI FERRER, citat en la nota anterior.

91 Vegeu, en aquest sentit, l'article 65 de la Llei catalana 19/2014, que estableix un conjunt de principis: i) els principis del govern



es presenten ni es recullen de la mateixa manera en els diferents ordenaments jurídics europeus, ja que generalment no es disposa de lleis que regulin de manera sistemàtica la transparència i, encara menys, les estratègies de bon govern.

### 3.2 Publicitat vs. transparència: de la publicitat dels tràmits a la transparència de l'activitat en el seu conjunt

En el context actual, caracteritzat per l'eclosió de l'adopció de lleis dites de transparència,<sup>92</sup> tant per l'Estat com per les diferents comunitats autònomes, sembla pertinent esbrinar si el recurs al terme «transparència» és indicatiu d'un canvi en l'abast de la publicitat, en les seves formes i en els subjectes afectats, o és només un indicador «que cap altre lema domina tant el discurs públic com la transparència», com diu Byung-Chul Han<sup>93</sup> i aleshores per mer mimetisme cal apuntar-se a aquesta tendència.

Són dues nocions equivalents? Són sinònimes? Què aporta la transparència? I per què s'ha convertit en una espècie de *mantra*,<sup>94</sup> enfront de la desconfiança creixent davant l'acció dels poders públics?

La publicitat s'oposa al secret. És la conseqüència de l'aplicació d'una regla?

La transparència té el seu contrari en l'opacitat. És el resultat d'una conducta?

Com s'ha posat en relleu altres cops, no es pot ignorar el doble significat de «públic»: per una banda, es refereix al que pertany a l'administració pública i, per l'altra, implica allò que és de coneixement públic.

Com expressen els diccionaris, la transparència és la qualitat de fer aparèixer la realitat en la seva integritat, «fer visible per tots», fer clar i evident el que fins aleshores era obscur. La transparència és la qualitat del que es deixa veure. Per això, no ens ha de sorprendre que en aquest marc s'utilitzin a vegades expressions com «governar a la llum del sol» o «obrir com si es tractés d'una casa de cristall». Per això, s'explica que la idea de transparència tingui *prima facie* una valoració positiva.<sup>95</sup> Encara que la transparència té òbviamment les seves limitacions, tant per raons vinculades a la protecció dels drets fonamentals (i molt assenyaladament la garantia de la intimitat i la protecció de dades personals),<sup>96</sup> com a la necessària defensa de béns i valors constitucionals com l'eficàcia del procés de presa de decisions. Per això, la pròpia exposició de motius de la Llei de 2013 estableix que el dret d'accés «*solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad*».

En el dret públic, des de molt aviat, la transparència s'associa a la lluita contra la corrupció i apareix com un instrument eficaç contra l'apropiació privada de recursos públics. Des d'aquesta perspectiva,

---

obert es fonamenten en el diàleg permanent (encara que sorprenentment aquest sembla que es vehicula entre Administració pública i ciutadans i no entre Govern i ciutadans); ii) la presa de decisions tenint en compte les necessitats manifestades pels ciutadans [sic]; iii) la participació i col·laboració en la definició de les polítiques públiques més rellevants, la transparència i la participació, iii) l'avaluació permanent de la gestió administrativa i dels processos de participació; i iv) el retiment de comptes i l'assumpció de responsabilitats.

92 Vegeu la presentació sistemàtica dels diferents textos legals a BARRERO, C.; DESCALZO, A.; GUICHOT, E.; HORGUÉ, C.; PALOMAR, A. (coord.). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014; CERRILLO, A.; PONCE, J. (coord.). *Transparencia, acceso a la información i bon govern a Catalunya. Comentaris de la Llei 19/2014, de 9 de desembre*. Barcelona: UOC-EAPC, 2015; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.; VALERO TORRIJOS, J. (coord.). *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público: acceso, uso y reutilización de la información administrativa*. Cizur Menor: Thomson: Aranzadi, 2014.

93 *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder, 2016.

94 És a dir, la seva invocació ja tindria un poder, permetria fer canviar les coses...

95 LATELIER, R. «Logros y frustraciones de la transparencia». A: LATELIER, R.; RAJVEC, E. (coord.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot, 2010.

96 FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *La protección de datos personales en las Administraciones Públicas*. Cizur Menor: Thomson: Civitas: APDCM, 2003; GUICHOT, E. *Datos personales y Administración pública*. Cizur Menor: Thomson: Civitas: APDCM, 2005, especialment, pàg. 272 i ss.

no pot sorprendre l'associació entre integritat i transparència que trobem en l'actualitat en els informes d'organitzacions internacionals com l'OCDE.<sup>97</sup>

Tots aquests elements els trobem presents en l'evolució del marc legal.

Com és prou conegut, des dels inicis del constitucionalisme, tant el procediment legislatiu (els debats i el seu resultat o producte, les lleis), com el moment essencial en el procediment judicial (els judicis i el seu resultat, les sentències) han estat organitzats sobre la base del principi de publicitat, i així també ho ha establert la Constitució (articles 80 i 120 CE). Encara que cal precisar que la Constitució garanteix la publicitat de les sessions plenàries, no la de les comissions, les quals depenen aleshores del que estableixi el reglament de cada cambra.

En canvi, l'activitat administrativa ha estat presidida fins no fa gaire temps pel principi de secret, amb la modulació o excepció del dret d'accés a l'expedient per part dels interessats i un dret d'accés ciutadà que, en estar residenciat en l'article 105 CE, ha comportat que alguns autors consideressin que tenia la naturalesa pròpia dels drets de configuració legal,<sup>98</sup> encara que recentment aquesta visió més reduccionista està sent desplaçada per l'evolució de la jurisprudència del TEDH, la qual ha admès, en determinades circumstàncies, la vinculació del dret d'accés als documents públics amb la llibertat d'expressió i d'informació, atès que els poders públics no poden interferir en la funció que compleix la premsa —i d'altres organitzacions— en una societat democràtica com a garants del debat públic. Els poders públics no poden fer ingerències ni impedir l'accés a la informació, ja que suposaria una restricció il·legítima de la recollida d'informació, que constitueix un dels elements inherents a la llibertat d'informació.<sup>99</sup>

Aquesta concepció és essencial per entendre l'ampli desplegament del contingut actual de la transparència, atès que estableix clarament el vincle que existeix entre accés a la informació pública i debat públic, i, també el control social de l'activitat dels poders públics. Precisament la funció social de la premsa és contribuir decididament a conformar l'agenda pública, a promoure el debat vigorós i a vigilar el poder.

La LRJPAC de 1992 va ampliar els drets enfront de les administracions públiques més enllà del procediment administratiu i, per emfatitzar aquest reforç, va utilitzar la noció de drets dels ciutadans; però, malgrat aquesta obertura, no va reconèixer de manera expressa ni el principi de transparència ni el de participació, que es varen incloure a la reforma de 1999. És cert que no és la llei el lloc en què cal formular els principis, ja que aquesta és una tasca més pròpia de la jurisprudència, però també és cert que una referència legal ajuda a interpretar en una determinada direcció els preceptes més concrets. La LRJPAC, en consonància amb la dicció del que estableix l'article 105 CE, es va limitar a regular un dret d'accés als expedients i als arxius administratius molt limitat, tant des de la vessant subjectiva —exigència de legitimació en amplis supòsits, en aquells que existien documents nominatius— com objectiva —ja que limitava els documents que formessin part d'un expedient finalitzat i arxivat—; i com que no es va crear una instància de garantia del dret d'accés,<sup>100</sup> el resultat ha estat la més absoluta ineficàcia del precepte.

La manca d'instruments precisos i també l'absència de reivindicacions ciutadanes, incloent-hi la premsa en aquesta feblesa, permet entendre per què l'ordenament jurídic espanyol ha trigat tant a incorporar principis que entenem que són inherents a l'estat de dret i a la democràcia. Caldrà esperar al 2013, amb l'adopció de la Llei de transparència, dret d'accés a la informació pública i bon govern, i les lleis corresponents de les comunitats autònomes, perquè efectivament s'introdueixi en el dret positiu espanyol la noció contemporània de «transparència», entesa en la doble vessant de publicitat activa, és a dir, l'obligació de l'administració de publicar un ampli ventall de documents en el seu poder, i de dret d'accés a la informació.

97 Vegeu, a tall il·lustratiu, CERRILLO, A. *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Cizur Menor: Aranzadi: Thomson: Reuters, 2014.

98 Des del primer moment l'anàlisi d'aquest precepte va donar lloc a dues concepcions: la primera es correspon amb la que més tard s'ha obert camí de la mà de la jurisprudència del TEDH, vegeu VILLAVERDE, I. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995; la segona responia a una lectura del precepte en clau de drets dels interessats al procediment i era més restrictiva, POMED, J. A. *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: INAP, 1989.

99 Sentència TEDH afer *Társaság a Szabadságjogokért c Hungria* (14 d'abril de 2009).

100 E. GUICHOT ha posat en relleu com existeix unanimitat doctrinal en la crítica a aquesta regulació, vegeu *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo, op. cit.*

Dos elements que són complementaris i que permeten fer avançar l'abast del que ha de ser públic i delimitar amb precisió el que, per contra, ha de ser reservat; un abast de la reserva que podria ser modulats en el temps, però encara no s'ha determinat en quin moment s'hauria de fer públic no només el que pugui tenir la condició de secret,<sup>101</sup> sinó també el que, transcorregut un termini, ja no té raó de conservar la condició de reservat, en vista que la finalitat de la no publicació ha perdut la seva raó de ser.

Aquesta dualitat caracteritza la transparència i constitueix la diferència amb la publicitat. En un primer cas, estarem parlant d'una regla que suposa que tota l'activitat amb caràcter públic es pot fer pública, i això afecta el conjunt d'activitats públiques. En canvi, la publicitat implica un conjunt determinat de tràmits, de moments del procediment.

L'àmbit d'aplicació de la transparència sembla que va més enllà de l'administració pública en sentit ampli<sup>102</sup> —encara que també s'introdueixen restriccions subjectives en relació amb l'abast de l'obligació—,<sup>103</sup> ja que s'estipula de manera expressa que s'aplicarà a tot un ventall d'institucions, com la Casa Reial, el Congrés dels Diputats, el Senat, el Tribunal Constitucional, el Consell General del Poder Judicial, el Defensor del Poble, el Tribunal de Comptes i les institucions autonòmiques equivalents (article 2.1.f). No obstant això, aquesta ampliació és relativa, ja que immediatament es precisa que només es produirà en la mesura que es tracti d'activitats subjectes al dret administratiu, és a dir, quan es tracti d'activitats materialment administratives; la qual cosa significa deixar fora les funcions pròpies o típiques de cada institució, ja que aquestes poden tenir un règim ad hoc de publicitat establert en la respectiva llei de creació. L'ampliació substantiva de l'àmbit d'aplicació és un dels trets rellevants del nou règim de la transparència, si bé cal precisar que el govern com a òrgan constitucional no apareix explícitament, segurament perquè la seva activitat subjecta al dret administratiu està expressament regulada en les diferents llistes de documents que es relacionen i que indicarem a continuació, ja que il·lustra bé el canvi de perspectiva operat amb el nou marc legal. Però abans cal explicar els elements essencials del nou model de transparència.

La publicitat activa obliga també altres instàncies que no són poders públics, però que són susceptibles de gestionar recursos públics de manera regular. Per això, s'estableix una regla general que no admet distincions pel que fa als partits polítics, els sindicats i les organitzacions empresarials. I, en canvi, les altres entitats privades només estan obligades en la mesura que rebin subvencions públiques significatives, la quantitat de les quals s'estableix expressament (article 3.b). En canvi, altres subjectes privats que també estan vinculats a l'Administració pública, en la mesura que presten serveis públics, exerceixen potestats públiques o siguin contractistes, només hauran de subministrar la informació a l'Administració pública en la mesura que aquesta la requereixi per satisfer obligacions legals (article 4).

És essencial determinar quin és el fonament de l'obligació legal de donar a conèixer els documents, ja sigui directament —com a publicitat activa—, ja sigui prèvia petició dels ciutadans —com a conseqüència de l'exercici del dret d'accés. La finalitat de la transparència permet determinar l'abast precís de les obligacions, concretar la tipologia i les característiques dels documents, en definitiva, és essencial en la interpretació. La transparència de la informació de què disposa l'Administració permet assegurar la participació i el control. Com estableix de manera expressa la Llei 19/2014, les institucions han de «publicar de manera periòdica i

101 En aplicació de la Llei sobre secrets oficials i la Llei 9/1968, de 5 d'abril, modificada puntualment el 1978 i que potser finalment es modificarà. Vegeu: [https://politica.elpais.com/politica/2016/11/28/actualidad/1480358972\\_843372.html](https://politica.elpais.com/politica/2016/11/28/actualidad/1480358972_843372.html)

102 Donat que s'aplica tant un criteri orgànic, que inclou, l'Administració General de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla i les entitats que integren l'Administració local; b) les entitats gestores i els serveis comuns de la Seguretat Social, així com les mútues d'accidents de treball i malalties professionals col·laboradores de la Seguretat Social; c) els organismes autònoms, les agències estatals, les entitats públiques empresarials i les entitats de dret públic que, amb independència funcional o amb una especial autonomia reconeguda per la llei, tinguin atribuïdes funcions de regulació o supervisió de caràcter extern sobre un determinat sector o activitat; d) les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades a qualsevol de les administracions públiques o que en depenen, incloses les universitats públiques, les societats mercantils en el capital social de les quals la participació, directa o indirecta, de les entitats que preveu aquest article sigui superior al 50 per 100; [...] h) les fundacions del sector públic que preveu la legislació en matèria de fundacions; i) les associacions constituïdes per les administracions, els organismes i les entitats que preveu aquest article, com formal. Les corporacions de dret públic, pel que fa a les seves activitats subjectes a dret administratiu”.

103 I aleshores s'opera amb el concepte restrictiu d'administració pública que només inclou les administracions territorials i les seves organitzacions instrumentals.

actualitzada la informació el coneixement de la qual sigui rellevant per garantir la transparència de la seva activitat relacionada amb el funcionament i el control de l'actuació pública» (article 5).

Així, les instàncies considerades «han de publicar informació relativa a les funcions que duen a terme, [...] els plans i els programes anuals i pluriennals en què es fixin objectius concrets, així com les activitats, els mitjans i el temps previst per a la seva consecució»<sup>104</sup> (article 6). També caldrà publicar «les directrius, les instruccions, els acords, les circulars o les respostes a consultes plantejades pels particulars o altres òrgans en la mesura en què suposin una interpretació del dret o tinguin efectes jurídics, o les memòries i informes que conformin els expedients d'elaboració dels textos normatius, en particular, la memòria de l'anàlisi d'impacte normatiu» (article 7).

Així mateix, s'haurà de publicar una sèrie de documentació que adquireix especial rellevància des de la perspectiva del control ciutadà i que relacionem, donat que és la de més transcendència pràctica a l'efecte de la rendició de comptes posterior. S'han de publicar «a) Tots els contractes, amb indicació de l'objecte, la durada, l'import de licitació i d'adjudicació, el procediment utilitzat per a la seva formalització, els instruments a través dels quals, si s'escau, s'ha publicat, el nombre de licitadors participants en el procediment i la identitat de l'adjudicatari, així com les modificacions del contracte. Igualment són objecte de publicació les decisions de desistiment i renúncia dels contractes. La publicació de la informació relativa als contractes menors es pot fer trimestralment. Així mateix, s'han de publicar dades estadístiques sobre el percentatge en volum pressupostari de contractes adjudicats a través de cadascun dels procediments que preveu la legislació de contractes del sector públic; b) la relació dels convenis i les comandes de gestió; c) les subvencions i les ajudes públiques concedides amb indicació del seu import, l'objectiu o la finalitat i els beneficiaris; d) els pressupostos, amb descripció de les principals partides pressupostàries i informació actualitzada i comprensible sobre el seu estat d'execució i sobre el compliment dels objectius d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera de les administracions públiques; e) els comptes anuals que s'hagin de rendir i els informes d'auditoria de comptes i de fiscalització per part dels òrgans de control extern que s'emeten sobre aquests; f) les retribucions percebudes anualment pels alts càrrecs i màxims responsables de les entitats incloses en l'àmbit de l'aplicació d'aquest títol. Igualment, s'han de fer públiques les indemnitzacions percebudes, si s'escau, en ocasió de l'abandonament del càrrec; g) les resolucions d'autorització o reconeixement de compatibilitat que afectin els empleats públics així com les que autoritzin l'exercici d'activitat privada al cessament dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat o assimilats segons la normativa autonòmica o local; i h) les declaracions anuals de béns i activitats dels representants locals» (article 8).

Per poder conèixer l'activitat i el funcionament dels poders públics i poder discutir, debatre, qüestionar i, en últim terme, controlar, cal que la informació es publiqui d'una manera clara, estructurada i entenedora per als interessats i, preferiblement, en formats reutilitzables (article 5). La informació ha de ser actualitzada —és a dir, la publicació ha de ser periòdica— i ha de ser objecte de publicació tota la que tingui caràcter rellevant o significativa, no la que sigui anecdòtica (com certs regals de preus insignificants que només pretenen generar «safareig»). Ha de ser presentada de manera clara, estructurada i intel·ligible i comprensible per als ciutadans.<sup>105</sup> És a dir, es pot entendre com un frau de llei, com una aplicació no acurada, com una patologia, bolcar molta informació ordenada de manera capritxosa per dificultar-ne el coneixement. La informació necessària és aquella que és pertinent, suficient i necessària. És precisament per guiar aquesta operació de fer públiques les dades i els documents, que cal tenir en compte la finalitat perseguida amb la transparència.

Per respondre a aquesta finalitat de generar coneixement per afavorir el debat i l'intercanvi d'opinions i de criteris, i també d'assegurar el control, el lloc on es publica és rellevant. No oblidem que una part important d'aquesta informació ja era objecte de publicitat prèvia, en els butlletins oficials de les administracions corresponents, però el format no garantia que estigués a l'abast d'un públic ampli. Ara, cal extreure precisament el públic destinatari i, per això, tant el lloc, les pàgines web o els portals institucionals, com la manera d'organitzar, són fonamentals per complir la finalitat.

<sup>104</sup> I apareix de nou la insistència en l'avaluació, però sense que els instruments necessaris s'hagin incorporat adequadament. Així s'estableix que «El seu grau de compliment i resultats han de ser objecte d'avaluació i publicació periòdica juntament amb els indicadors de mesura i valoració».

<sup>105</sup> Article 5 LTAIPBG.

Cal evitar en l'esfera pública «la tirania de la intimitat».<sup>106</sup> L'esfera pública no és un lloc d'exposició, és l'espai del que és comú, i per garantir aquest debat sobre el que és comú, per permetre l'efectivitat de la rendició de comptes dels poders públics, cal considerar tant les mancances, el que no està resolt adequadament en el nou marc legal, com les potencialitats que suposa la creació d'una instància ad hoc de control de l'Administració i garantia del dret d'accés.

La controvèrsia sobre la publicitat de les agendes dels alts càrrecs il·lustra molt bé els canvis que suposa el pas de la publicitat a la transparència i com aquesta té per finalitat conèixer els processos decisoris i identificar els subjectes que efectivament han participat encara que no sigui mitjançant els procediments formalitzats.<sup>107</sup> No es tracta de donar a conèixer dades irrellevants, només útils per a la *tafaneria* (per això cal evitar donar un excessiu protagonisme a regles de poca quantia), o quan no, per *tapar* el que és significatiu, que es pot haver produït fora dels despatxos oficials (en el reservat d'un restaurant). Cal que el públic pugui disposar de la informació sobre les qüestions controvertides d'interès general objecte de l'encontre, de l'intercanvi de parers, de dades, d'anàlisis. L'objectiu de l'accés del públic al coneixement i als documents en mans dels poders públics és «oferir als ciutadans la possibilitat de controlar d'una manera més eficient la legalitat de l'exercici del poder públic».<sup>108</sup>

Si la finalitat és el control, aleshores el principi o premissa de partida és el que estableix normalment la legislació dels altres ordenaments, el principi del més ampli accés possible a la informació, que suposa, correlativament, la interpretació restrictiva de les excepcions. Amb relació al contingut de les agendes, la finalitat de control també ha de guiar el contingut i l'abast de la informació disponible per al públic.

Com afirma l'exposició de motius de la Llei 19/2014, que s'ha tingut present en el criteri adoptat conjuntament per l'AEPD i el CTBG sobre la publicitat de les agendes:<sup>109</sup> «Només quan l'acció dels responsables públics se sotmet a escritori, quan els ciutadans poden conèixer com es prenen les decisions que els afecten, com es gestionen els fons públics o sota quins criteris actuen les nostres institucions podem parlar de l'inici d'un procés en què els poders públics comencen a respondre a una societat que és crítica, exigent i que demana participació dels poders públics [...]. Els ciutadans poden jutjar millor i amb més criteri la capacitat dels seus responsables públics i decidir en conseqüència». Doncs bé, en la mesura que la llei no estableix l'obligació de publicar les agendes (si bé algunes administracions tenen polítiques específiques en aquest camp, com la CNMC), es planteja la qüestió de si és possible conèixer la identitat de les persones que participen en les reunions.

Com indica en el seu portal el CTBG: «*Si bien es cierto que los contenidos de las agendas de los Altos Cargos no están afectados por el principio de publicidad activa de la Ley de Transparencia, no es menos cierto que las agendas sí constituyen, con carácter general, información que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información pública, ya que obran en poder de organismos públicos obligados por la Ley y han sido elaboradas o adquiridas en el ejercicio de sus funciones. Es decir, constituyen información pública a los efectos del artículo 13 de la Ley de Transparencia. La información referida a la actividad diaria de quienes dirigen, organizan y son responsables de la toma de decisiones contribuye a formar en la ciudadanía un mejor conocimiento de la actividad pública y con ello facilitan el escrutinio de quien la dirige, constituyendo además una buena práctica que cada vez aparece con más frecuencia entre los responsables de la actividad pública*». Com a conclusió, s'estableix un principi d'accés per als sol·licitants, i un deure de ponderar els noms dels assistents en funció de la seva responsabilitat.

106 Byung-Chul Han, *op. cit.*

107 Un estudi d'un conegut *think tank* de Brussel·les examinava la rellevància dels dirigents europeus (president BCE, ministre de Finances alemany Schauble, comissari europeu d'Economia, president del Govern italià de l'època M. Monti...) a partir de les agendes dels membres de l'administració Obama, amb qui s'havien entrevistat, amb qui parlaven per telèfon i quant temps durava la conversa, entre altres.

108 Com molt aviat va establir la Sentència del Tribunal de Primera Instància de la UE de 6 de juliol de 2006, afer *Franchet i Byk vs. Comissió*.

109 Criteri 2/2016, sobre informació relativa a les agendes dels responsables públics.

Encara que no cal descartar que l'obligació de fer públiques les agendes s'adopti com a regla general, sense que calgui sol·licitar-les, ja que aquest és el criteri que promou el CTBG.<sup>110</sup>

La llei catalana tampoc ho aborda directament i expressament, si bé hi ha una referència indirecta, sembla que ho plantegi com una obligació a càrrec dels grups d'interès que haurien de fer públics els contactes i les reunions en la inscripció registral actualitzada.<sup>111</sup>

En tot cas, avancem que l'anàlisi de la informació publicada fins ara en els portals de transparència corresponents posa en relleu grans mancances, atès que no es publiquen tots els encontres. Alguns d'aquests han transcendit per la premsa i no estan recollits en les dades públiques, tampoc s'identifica amb precisió el tema tractat —de la lectura dels supòsits publicats semblaria que el que és anecdòtic i protocol·lari ocupa el temps més rellevant—, ni el temps que ha durat la reunió, ni si hi ha hagut intercanvi de documents o estudis no publicats (en canvi, apareixen dades irrellevants). Cal recordar que en la tradició administrativa espanyola no hi ha costum de redactar informes o notes breus sobre aquestes reunions, per tant, tampoc es podria accedir a la informació d'aquesta manera indirecta, a diferència del que sí que succeeix a d'altres països i del que ja comencen a plantejar alguns mitjans de comunicació i associacions que vetllen especialment per la transparència.<sup>112</sup>

Com hem indicat abans, la Llei de secrets oficials encara és vigent. Caldrà revisar la determinació del temps necessari per a l'accessibilitat dels documents classificats com a secrets i també els criteris i les pràctiques per adaptar-les al nou entorn legal.<sup>113</sup> És concebible publicar passat un temps les actes dels diferents governs, un cop hagin desaparegut les condicions que requerien el deure de reserva? De fet, aquesta possibilitat ja s'ha obert camí en altres àmbits, com en la CNMC.<sup>114</sup>

La creació d'una instància administrativa de garantia del compliment de la llei ha estat fonamental.<sup>115</sup> El compliment per l'Administració general de l'Estat de les obligacions, tant de publicitat activa com de les derivades de l'exercici del dret d'accés, han contribuït a avançar en la transparència. Una dada resumeix el treball realitzat i les dificultats i és el nombre elevat de recursos plantejats pels diferents departaments ministerials contra decisions del mateix CTBG: des de la seva creació, el balanç és de dues mil reclamacions resoltes i, potser el més significatiu, quaranta-quatre recursos del Govern en els tribunals en contra de les seves resolucions.

Un cas resolt pels tribunals il·lustra la vigència de certes pràctiques: el cas sembla quasi un absurd, ja que la tipologia de documents sol·licitats haurien de ser, per la seva pròpia naturalesa, públics. Com estableix expressament la sentència: *«la información que se pide en la solicitud de acceso a información, hace referencia al proceso de implementación del primer Plan de acción, así como de planificación y creación del segundo Plan de acción de OGP, por lo que por la propia naturaleza del proceso de la Alianza para el Gobierno Abierto ya debería ser pública»*. La Sentència del Jutjat Central del CA de 6 d'abril de 2017 va resoldre que desestimava el recurs contenciós administratiu interposat pel Ministeri de la Presidència, enfront de la resolució de data 11-11-15 del Consell de Transparència i Bon Govern, la qual estimava parcialment la reclamació presentada el 10 de setembre de 2015, per Access Info Europe contra la resolució del mateix Ministeri i instava el mateix Ministeri a remetre, en el termini de quinze dies hàbils, la informació sol·licitada relativa a documents sobre l'estratègia de govern obert, ja que *«en el supuesto concreto que nos ocupa, esto es, en el caso de implementación y planificación de políticas y planes de acción, el conocimiento por*

110 Declaracions de la presidenta, *eldiario.es*, 10/12/2016.

111 Vegeu el treball d'A. CERRILLO en aquest mateix número de la revista.

112 Vegeu la petició d'Acces Info en relació amb les reunions prèvies per redactar la nova normativa sobre renovables i que va obtenir una resolució favorable del CTBG.

113 «Cientos de historiadores españoles y extranjeros urgen a desbloquear la reforma de la Ley de secretos oficiales (que data del franquismo). Los investigadores piden a los grupos parlamentarios que no dilaten el cambio de una norma obsoleta y antidemocrática», *El País* 24/5/2017.

114 El Consell de Transparència i Bon Govern ha obligat la CNMC a facilitar els ordres del dia del Ple des d'octubre de 2013, la qual inicialment no havia acceptat proporcionar aquests documents, però, un cop coneguda la resolució, ha anunciat que no recorrerà contra la decisió als tribunals, però que tampoc donarà a conèixer les actes al públic en general (*eldiario.es*, 19/09/2017).

115 Vegeu la contribució d'Oriol Mir en aquest mateix número de la revista.

*parte del público de la información de contenido sobre el mismo, remitida por los diferentes departamentos es esencial para entender el proceso. Esta información no sólo sirve de antecedentes y fundamento a la decisión, sino que es imprescindible para la rendición de cuentas sobre cómo se ha adoptado la decisión y qué criterios se han tenido en cuenta para tomarla».*

#### 4 Consideracions finals. La rendició de comptes com a finalitat última

Anteriorment, hem posat de manifest la rellevància de prendre en consideració les grans transformacions que s'han produït des de l'inici de segle XXI, per poder identificar amb més rigor el significat de la transparència com a eina destinada a reforçar la legitimitat dels poders públics i, molt especialment, del Govern, donat que per les administracions públiques (que ara cal considerar sempre en la seva pluralitat i heterogeneïtat), ja s'ha anat transformant progressivament el marc de relacions jurídiques amb els ciutadans, les empreses i les ONG.

El fet que la globalització i la integració europea suposessin una relativa pèrdua de capacitats de direcció de les instàncies nacionals obligava a replantejar els esquemes tradicionals de funcionament. Així mateix, la privatització, en el doble sentit d'externalització i transferència al sector privat d'activitats anteriorment públiques, també contribuïa poderosament a un qüestionament de les instàncies governatives.

És en aquest context social, econòmic, polític i institucional en què ha irromput un concepte, el de «rendició de comptes», que al·ludeix a una activitat que va més enllà del seu significat primigeni. En efecte, a l'inici, estava directament vinculat a la idea de presentació dels comptes, és a dir, de la part financera de l'acció pública i, en aquest entorn institucional originari, també al·ludia a la responsabilitat; però ara ja no és només comptable.

Malgrat l'ambigüitat del terme «rendició de comptes», fruit de la seva irradiació a partir del concepte anglès d'«*accountability*», aquesta operació no es pot concebre actualment només des de la seva vessant financera; ja que no es tracta només d'examinar com s'han utilitzat els mitjans econòmics posats a disposició<sup>116</sup> (per realitzar aquesta tasca era i és essencial disposar de la informació de manera completa),<sup>117</sup> sinó que es tracta de conèixer l'activitat en el seu conjunt.<sup>118</sup>

I per això, l'avaluació de les polítiques públiques<sup>119</sup> es configura com una peça essencial del procés de rendició de comptes; i com succeeix des dels seus inicis en l'àmbit del control econòmic i financer,<sup>120</sup> aquesta funció s'ha de realitzar per part d'una instància diferent i separada de la que ha adoptat la política o ha pres la decisió corresponent per evitar el possible conflicte d'interessos que es podria produir si fos un òrgan depenent (la «contaminació»). Tanmateix, la pràctica de l'avaluació encara no està generalitzada i sobretot el seu estatus jurídic i la seva inserció en el marc institucional encara presenten greus febleses en aparèixer encara com un component excessivament voluntarista i conjuntural.<sup>121</sup> Per això, cal introduir efectivament de manera

116 El Tribunal de Comptes és l'òrgan suprem fiscalitzador dels comptes i de la gestió econòmica i exerceix per delegació de les Corts Generals la tasca d'examen i comprovació del compte general de l'Estat (article 136 de la Constitució). Es pot trobar la mateixa idea en els diferents estatuts d'autonomia de les comunitats autònomes i en les respectives lleis dels òrgans de fiscalització.

117 L'article 7 de la Llei orgànica del Tribunal de Comptes, estableix que «*El Tribunal de Cuentas podrá exigir la colaboración de todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que estarán obligadas a suministrarle cuantos datos, estados, documentos, antecedentes o informes solicite relacionados con el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional. El Estado y demás entidades integrantes del sector público sujetas a control del Tribunal de Cuentas deberán facilitarle la información económico y financiera que les soliciten con ocasión de la tramitación de los procedimientos de control*».

118 Vegeu les diferents contribucions publicades en el número monogràfic *Rendre des comptes, Rendre compte*, de la RFAP, 160 (2016).

119 Vegeu les diferents contribucions publicades en el número monogràfic *L'évaluation des politiques publiques: état (s) de l'art et controverses*, de la RFAP, 148 (2013).

120 Vegeu article 136.3 de la Constitució i l'article 5 LOTrC.

121 Vegeu la peculiar forma institucional d'IVALUA, creat com a consorci, la relació d'entitats fundadores que ja posen en relleu algunes febleses, inicialment, el Departament d'Economia de la Generalitat, la Diputació de Barcelona, la Universitat Pompeu Fabra, la Fundació Jaume Bofill i, més endavant, el Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya, i el Consell Interuniversitari de Catalunya, així com els avatars de l'Agència Estatal d'Avaluació de les Politiques Públiques i la Qualitat dels Serveis (AEVAL), creada per la Llei 28/2006, de 18 de juliol, d'agències estatals per a la millora dels serveis públics, durant un temps somorta i,

regular i sostinguda l'avaluació, cal institucionalitzar-la, cal que el legislador se la prengui seriosament i la imposi com a obligació legal, i també cal que defineixi l'estatus jurídic de la instància que l'ha de realitzar per evitar certes captures (dels actors involucrats) o certes pràctiques de secret (no publicació dels informes corresponents). Una obligació d'avaluació que també ha d'incloure la component normativa de les polítiques públiques,<sup>122</sup> els resultats de l'aplicació i l'execució de les lleis i reglaments,<sup>123</sup> per conèixer en quina mesura s'han obtingut els resultats pretesos;<sup>124</sup> una pràctica que a Catalunya s'ha iniciat amb l'informe anual que, sobre l'aplicació de la Llei 19/2014, ha de realitzar el Síndic de Greuges.<sup>125</sup> Disposicions legals que inicialment — en el seu procés d'elaboració— haurien de ser objecte d'anàlisi des de la perspectiva de la determinació del seu impacte regulador,<sup>126</sup> s'hauria de disposar de la informació pertinent, dels coneixements necessaris per mesurar i valorar de manera racional les mesures projectades, així com les alternatives possibles,<sup>127</sup> seguint les millors pràctiques i els principis de bona regulació.<sup>128</sup> Unes exigències d'avaluació que s'infereixen de la clàusula d'estat de dret i que suposen l'exigència de participació, de consultes per obtenir informació, i opinions dels potencialment afectats.<sup>129</sup>

La rendició de comptes significa explicar i justificar la conducta enfront d'una determinada instància que pot formular preguntes i adoptar mesures com a conseqüència de la conducta observada i constatada. La seva execució pràctica es tradueix en una diversitat de mecanismes i formats.

Per això, és condició necessària la transparència en el fer, en l'activitat, en els processos decisoris dels poders públics. La transparència i la rendició de comptes tenen un objecte comú: la informació. La informació que s'ha de subministrar als ciutadans. Però aquesta operació que suposa una desintermediació no es pot fer en detriment dels mecanismes tradicionals de responsabilitat política del govern. La informació per assegurar la rendició de comptes també s'ha de vehicular a través de les institucions apropiades, mitjançant els canals institucionals que tenen precisament com a funció pròpia la intermediació entre govern i ciutadans. Els parlaments i les assemblees locals s'han de dotar dels mecanismes adequats per al compliment efectiu i eficient de la seva missió institucional, dotant-se dels mitjans necessaris per la realització de la seva funció constitucional, creant oficines de control pressupostari i oficines d'avaluació, entre altres. Encara que al final el destinatari últim dels informes i de la informació tractada i analitzada és el públic, el conjunt dels ciutadans.

La transparència està al servei de la participació i del control i, per això, cal garantir l'efectivitat d'aquest a través del coneixement, la il·lustració i la formació de l'opinió pública; aquesta finalitat ha de guiar la pràctica del subministrament d'informació i la determinació del seu contingut i abast. Com hem vist, la transparència suposa proporcionar informació clara i significativa sobre com i per què es prenen les decisions, cosa que

---

finalment, va deixar d'estar operativa com a conseqüència de la dissolució per Reial Decret 769/2017, de 28 de juliol, i les seves funcions assumides per la Secretaria d'Estat de Funció Pública, a través de l'Institut per l'Avaluació de Polítiques Públiques i la Direcció General de Governança Pública.

122 Vegeu l'obra de MONTORO, M. J. *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*. Barcelona: Atelier, 2001; i més tard, domènech, G. «El seguimiento de las normas y actos jurídicos». *RAP*, 167 (2005).

123 Vegeu l'article 130 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú de les administracions públiques.

124 Articles 25 i 28 de la Llei 50/1997, del govern, modificada per la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic.

125 D'acord amb el que estableix l'article 93.1 de la mateixa Llei i que es va iniciar amb l'informe publicat l'any 2016 i que ha tingut continuïtat amb el que s'ha publicat l'any 2017 i que es pot trobar a la web institucional corresponent.

126 El Reial Decret 1083/2009, pel qual es regulava la memòria d'impacte normatiu, va introduir l'exigència d'aquest document, si bé el seu resultat ha estat molt poc satisfactori i la denominada «memòria» s'ha convertit en un document que s'afegeix a l'expedient com un tràmit merament formal, sense cap contingut que respongui a les exigències d'anàlisi i aportació de dades que són pròpies d'aquests tipus de pràctica; segurament part de les mancances deriven del fet que no es va determinar ni el procediment ni la metodologia i, si bé inicialment es va encomanar la seva realització a l'AEVAL, aquesta mai va arribar a realitzar aquesta tasca; el reglament esmentat ha estat substituït recentment pel Reial Decret 931/2017 i la coordinació dels nous plans nacionals normatius i la proposta d'informe anual d'avaluació normativa s'ha encomanat a una junta de planificació i avaluació normativa (Reial Decret 286/2017, de 24 de març).

127 Vegeu un bon estat de la qüestió en AUBY, J. B.; PERROUD, T. (coord.). *La evaluación de impacto regulatorio* (trad. en llengua castellana). Sevilla: INAP: Derecho Global, 2013.

128 Que ara recull l'article 129 de la LPAC, encara que no esmenta explícitament l'exigència d'una avaluació prèvia d'impacte.

129 Article 133 LPAC.



implica que aquesta informació afecti també el destí dels recursos públics. Per garantir una estricta rendició de comptes, cal que el parlament es doti dels instruments i dels mitjans necessaris perquè els ciutadans puguin tenir informació.

Recuperar la confiança ciutadana requereix repensar els procediments de formulació de polítiques públiques i de presa de decisions garantint una distribució equitativa de la informació entre tots els participants, perquè aquests també puguin disposar d'uns altaveus equivalents: la qual cosa potser ens pot fer repensar les garanties d'integritat i servei a l'interès general, de manera que no només es preservi la imparcialitat i l'objectivitat, sinó que també es garanteixi l'aparença que es produeixen aquestes condicions.

La llibertat de premsa és essencial en una societat democràtica. La premsa ha d'informar sobre totes les qüestions d'interès general, i també sobre els informes, les dades, els comentaris i els encontres que han estat presents en l'elaboració de les polítiques públiques i en la seva implementació. També el públic té dret a rebre aquesta informació de manera directa i sense la intermediació dels mitjans de comunicació, atès que la transparència permet garantir una participació més elevada dels ciutadans en el procés de presa de decisions i reforça la legitimitat, l'eficàcia i la responsabilitat dels poders públics envers els ciutadans. Assegurar la rendició de comptes, la responsabilitat dels poders públics i el control dels ciutadans contribueix a reforçar la democràcia i totes les institucions necessàries per al seu desenvolupament, així com el respecte als drets fonamentals.