

**TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO AUTONÓMICO:
UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL**

TRANSPARENCY AND PARTICIPATION IN THE REGIONAL LAW: A
CONSTITUTIONAL ANALYSIS

AUTOR: Catalina Ruiz-Rico Ruiz

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén,

Correo electrónico crrico@ujaen.es

Resumen: El actual estado de la transparencia y la participación en el ámbito autonómico responde a la inacción del legislador estatal y a la jurisprudencia constitucional, con efectos dilatorios de su regulación. No obstante, la progresiva consolidación de instrumentos autonómicos orientados a la información pública y la participación ciudadana tiende a impulsar la calidad democrática. El contenido de este estudio se centra en el análisis de la legislación autonómica de transparencia y participación desde una perspectiva constitucional a través de nuevos derechos establecidos por el legislador autonómico. El desarrollo de la investigación se ha vertebrado en torno a la problemática constitucional de la normativa autonómica sobre transparencia y participación, respecto de la esfera subjetiva, su marco aplicativo, límites y garantías.

Palabras Clave: Calidad democrática. Participación ciudadana. Transparencia, Derechos.

Abstract: The present state of transparency and participation in the autonomous response to the inaction of state legislator and constitutional jurisprudence, with dilatory effects of regulation. However, the progressive consolidation of regional instruments aimed at public information and citizen participation tends to boost the quality of democracy. The contents of this study focuses on the analysis of regional legislation for transparency and participation from a constitutional perspective through new rights established by the regional legislature. The development of the research was structured around the constitutional issue regional regulations on transparency and participation, for the subjective sphere, its application framework, limits and guarantees.

Key words: Democratic quality. Citizen participation. Transparency, Rights, Autonomic State

1. Introducción

Ante un panorama estatal deficientemente estructurado en torno a cauces institucionales de transparencia y participación ciudadana, desprovisto de bases políticas y jurídicas de autoregeneración del sistema democrático, se ha iniciado un proceso activo de incorporación de mecanismos legales de información pública y colaboración ciudadana en el Estado autonómico¹. Como respuesta a las actuales disfunciones del sistema democrático y al deterioro institucional, desde el derecho autonómico se introducen fórmulas correctoras y de control social mediante el impulso jurídico de la transparencia y participación ciudadana². El interés jurídico en la mejora de la calidad democrática se manifiesta a través de la proliferación de nuevos derechos e instrumentos autonómicos con una dimensión y problemática constitucional.

2. Aproximación constitucional a la transparencia

En principio, la configuración autonómica del derecho constitucional a la información pública previsto en el artículo 105 b) CE plantea un análisis de la problemática relativa a la competencia del legislador autonómico para regularlo anticipándose incluso a la legislación del Estado, así como su legitimidad para alterar los perfiles constitucionales del mismo.

En particular, la transparencia autonómica trasciende el acceso a los archivos y registros expandiendo el ámbito aplicativo de la información pública aunque paralelamente introduce restricciones y límites diversos de los previstos constitucionalmente. La asunción en la esfera autonómica de una concepción reductiva de información pública, tasada sin una base constitucional y acotada por límites ajenos a la Constitución, tiende a desfigurar el contenido del artículo 105 CE.

Desde otra perspectiva constitucional, las posibles desigualdades jurídicas entre ciudadanos de Comunidades Autónomas en el acceso a la información pública por divergencias en las condiciones, límites o garantías del ejercicio de este derecho, pueden

¹Según la STC 161/1988, de 20 de septiembre, la participación permite a los ciudadanos comunicarse con el poder público, y potencia la interrelación entre los Parlamentos y los ciudadanos, coopera a que los parlamentarios conozcan las preocupaciones de la sociedad a la que representan, así como las demandas políticas y las opiniones de los individuos y de los actores sociales.

²Destaca SUBIRATS, (1997): “Democracia, participación y eficiencia”, *Revista de Servéis Personáis Locáis*, núm. 6, pág. 3

vulnerar el artículo 138 CE en materia de igualdad de derechos y obligaciones. Al margen de la problemática constitucional y deficiencias imputables a la legislación autonómica de transparencia en su aplicación jurídica desarrollada en los siguientes epígrafes.

2.1. Reflexión sobre su problemática constitucional

La intensa proliferación de leyes autonómicas de transparencia precediendo a una normativa estatal sobre esta materia, genera susceptibilidades en torno a su constitucionalidad ante el riesgo de colisión con las previsiones del legislador básico. Por esta razón, la respuesta del legislador autonómico se ha retrasado en determinadas CCAA mientras en otras se ha optado por la remisión a la ley estatal en las disposiciones sobre transparencia actualmente aprobadas para eludir conflictos constitucionales.

La configuración de la transparencia y de la información como principios administrativos fundamenta un posible desarrollo autonómico como criterio de optimización en la organización y funcionamiento de la administración autonómica. Su transversalidad se proyecta además sobre las competencias autonómicas exclusivas facultando constitucionalmente al legislador autonómico para la aplicación de la transparencia e información pública en su propia esfera competencial.

Ambos principios presentan una dimensión horizontal respecto de las competencias propias de las Comunidades Autónomas, que fundamenta su aplicación en el ámbito de la administración autonómica. En sentido opuesto, el TC ha establecido recientemente (STC 243/2012, de 17 de diciembre de 2012) que conforme a su doctrina el artículo 149.1.1a “no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento”. También la competencia autonómica en materia de información pública deriva de la propia Jurisprudencia constitucional, proclive a su naturaleza como derecho de configuración legal. La legitimidad del legislador autonómico para regular la transparencia se sustenta en la admisibilidad constitucional de un derecho de información pública configurado legalmente por las CCAA y en desarrollo de sus propias competencias.

Al respecto, el reconocimiento de un derecho autonómico de información pública en los Estatutos de Autonomía de última generación constitucionaliza las leyes autonómicas de

transparencia, especialmente sobre materias asumidas por las Comunidades Autónomas y como un criterio informador de la administración autonómica. Sin que la previsión autonómica del procedimiento administrativo en las leyes de transparencia permita cuestionar la constitucionalidad de las mismas por posible afectación de esta competencia estatal. El riesgo de conflicto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas por este motivo se reduce en base a la prevalencia de las competencias sustantivas sobre las formales o procedimentales. En consecuencia, si una Comunidad Autónoma ha asumido competencias legislativas en un determinado sector o ámbito material, también le compete a ella establecer las normas procedimentales oportunas para el desarrollo de la actividad administrativa en ese ámbito.

Por esta razón, el alcance de la legislación estatal básica sobre transparencia aparece reducido y las Comunidades Autónomas legitimadas para establecer un régimen de información pública con un amplio margen de maniobra. Aunque la Constitución y los Estatutos de Autonomía constituyen el marco jurídico del legislador autonómico para regular la transparencia e información pública, primando sobre la legislación estatal aplicable especialmente si esta última incorpora exigencias, límites o restricciones imprevistos constitucional y estatutariamente.

En particular, la posible denegación de información pública en base a la motivación de la solicitud que el Proyecto estatal de Ley de Transparencia considera “opcional” implica una penalización al titular sin respaldo constitucional ni estatutario.

Al margen de que la legislación autonómica de transparencia puede superar el mínimo básico al regular la información pública, adoptando un garantismo superior al del Estado en la protección de este derecho. La posibilidad de que las Comunidades Autónomas en la esfera de sus competencias y de la administración e instituciones autonómicas dispongan en sus leyes de transparencia una protección más efectiva de la información pública, no presenta en principio dudas sobre su constitucionalidad, pese a una posible desadaptación de la legislación básica.

Desde otra perspectiva, el interés público como vertebrador de la transparencia en el proyecto de ley estatal y en la normativa autonómica de transparencia puede distender los posibles conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre las respectivas regulaciones. La interpretación en un sentido más favorable al interés

público y en consecuencia, al derecho de información de los ciudadanos, resulta acorde con la legalidad y la Constitución, sin que deba prevalecer en todo caso la legislación básica en el supuesto de que sus términos y aplicación resultasen más restrictivos.

En realidad, el actual Proyecto de ley estatal de Transparencia no garantiza una tutela superior de la transparencia y de la información pública respecto de determinadas Comunidades Autónomas con normativa propia, en cuestiones como derechos o límites. Esta posibilidad implica que la legislación básica sólo puede actuar como un *mínimum* a cumplir por el Derecho autonómico para evitar desigualdades en el acceso de los ciudadanos a la información pública que vulneren la Constitución.

Sin embargo, la prelación de ciertas leyes autonómicas de transparencia a la normativa estatal básica así como un diverso desarrollo por las Comunidades Autónomas, tiende a generar desigualdades en el acceso a la información pública. Paralelamente, las diferencias en la delimitación por el legislador autonómico de los conceptos de transparencia e información pública también puede desembocar en un trato desigual entre ciudadanos de las Comunidades Autónomas.

En concreto, mientras el Anteproyecto andaluz de Ley de Transparencia considera información pública los contenidos o documentos veraces que obren en poder de cualquiera de las personas y entidades obligadas y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, otras Comunidades Autónomas únicamente definen la información pública como la que obra en poder de la Administración sin exigir que haya sido elaborada o adquirida por ésta o ni siquiera previamente tratada, incluyendo también la que no se encuentra en poder de la Administración pero sí bajo la autoría o propiedad de otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas o funciones públicas (siempre que haya sido generada u obtenida en el ejercicio de su actividad pública o para el ejercicio de una actividad pública).

Desde esta última perspectiva, se amplía considerablemente la extensión jurídica de la información pública, reduciendo simultáneamente el ámbito y derecho de confidencialidad de ciertas entidades privadas en el marco autonómico. La diversidad autonómica propiciada por el distinto alcance del derecho de información pública quiebra derivativamente la igualdad establecida para el acceso a los archivos y registros

públicos cuestionando su constitucionalidad. No obstante, el riesgo de desigualdades en la aplicación autonómica del derecho a la información pública puede reducirse notablemente si la legislación estatal básica establece un elevado nivel de transparencia, dificultando su mejora desde el ámbito autonómico y la posibilidad de regulaciones divergentes. Aunque la remisión a la normativa estatal en las leyes autonómicas de transparencia o la espera a su aprobación amortiguan las desigualdades y su posible inconstitucionalidad, aunque responda posiblemente a una renuncia deliberada por las CCAA de sus competencias ante la ausencia de un verdadero interés en juridificar la transparencia.

2.2. Aspectos constitucionales desde una perspectiva subjetiva

El acceso a los registros y archivos públicos se reconoce a los ciudadanos en el artículo 105 b) CE, determinando el marco subjetivo intangible en la configuración legal de este derecho por el legislador autonómico. Aunque la precisión del concepto de ciudadano puede restringir los términos del texto constitucional en los supuestos en que se identifica con el hecho de relacionarse con la administración (Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra), considerando que los interesados en la transparencia e información pública no pueden someterse a esa condición jurídica.

Respecto de la legitimación pasiva, la regulación autonómica se centra principalmente en el deber de información de la administración autonómica sin implicar a las instituciones salvo en el ejercicio de sus funciones administrativas. En esta línea, el Anteproyecto de Ley de Transparencia de Andalucía incluye en un apartado independiente al Parlamento respecto a las administraciones, reduciendo la aplicación de la transparencia institucional al ejercicio de sus funciones de carácter administrativo (artículo 3.2). La exención de las instituciones autonómicas del ámbito aplicativo de la transparencia por el legislador autonómico no se adapta plenamente al artículo 105 b) CE, considerando que la inaccesibilidad a los archivos y registros institucionales puede vulnerar este precepto.

Por otra parte, la salvaguarda de espacios de opacidad institucional en las leyes autonómicas de transparencia responde al principio de autonomía de las instituciones y en particular de cada Parlamento. Sin embargo, la asunción legal de la transparencia

como un principio general irreductible al ámbito estrictamente administrativo fundamenta su aplicación también por las instituciones. En este sentido, el artículo 11.2 de la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra dispone que “ a estos efectos, siendo el principio de transparencia un principio general, cualquier excepción al mismo o cualquier limitación han de venir impuestas por una norma con rango de ley e interpretarse en su aplicación de forma restrictiva”.

Por lo que el principio de transparencia habría de interpretarse en un sentido *pro informationem* incluso en el ámbito institucional o parlamentario y sin reducirse al ejercicio de funciones administrativas. El control social de las instituciones y la recepción por las mismas de fondos públicos justifica su legitimación pasiva a efectos de transparencia, sin que la autonomía institucional pueda interferir la aplicación de un principio transversal. Aunque la autonomía institucional y parlamentaria prevalece sobre un deber de transparencia y sólo excepcionalmente se establece un deber de promoción de la transparencia por las instituciones. En concreto, la Disposición adicional cuarta de la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra dispone que *las distintas instituciones de la Comunidad Foral de Navarra adoptarán en su propio ámbito de competencias, en el plazo de un año, medidas de transparencia y participación y colaboración ciudadanas conforme a los principios y previsiones contenidos en la presente Ley Foral.*

Tampoco la naturaleza privada de ciertas entidades (partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, asociaciones, instituciones, otras entidades representativas de intereses colectivos y otras entidades sin ánimo de lucro) debería primar sobre el principio de transparencia y del deber de información respecto de las subvenciones y ayudas públicas recibidas (artículo 5 Anteproyecto Ley de Transparencia Pública de Andalucía). Pero las legislaciones autonómicas se limitan a regular una transparencia voluntaria de estas entidades privadas limitada a la publicidad activa sin un derecho de información de los ciudadanos ni siquiera sobre el destino de los fondos públicos recibidos.

Por último, desde una perspectiva subjetiva, determinadas leyes autonómicas incorporan la igualdad constitucional mediante su previsión en la publicidad activa y en el acceso a la información de ciertos colectivos en situación de desigualdad, adoptando una posición garantista frente a la discriminación indirecta. Destaca, al respecto el

Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen gobierno de Euskadi (artículo 5), en relación a la publicidad activa y accesibilidad, facilitando la información exponiéndola en medios de fácil acceso y tratamiento libre, *removiendo los obstáculos existentes que impidan tal acceso a los colectivos en situaciones de mayor desigualdad o alejados tradicionalmente de las instituciones, con respecto a las limitaciones contempladas en la legislación vigente*. También el artículo 4 de la Ley 4/2011, DE 31 de marzo, de la Buena Administración y Buen Gobierno de Baleares señala que en el ejercicio de este derecho se tienen que respetar los principios de igualdad, universalidad y accesibilidad, con especial atención al acceso a la información por las personas con discapacidades.

2.2. Ámbito objetivo de la transparencia: un enfoque constitucional

La proyección del artículo 105 CE en la esfera autonómica ha ramificado el derecho de acceso a los archivos y registros en una pluralidad de subderechos cuyo contenido difiere entre Comunidades Autónomas. Al respecto, destaca especialmente la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra reconociendo una amplia gama de derechos de información pública relativos a la obtención, asesoramiento, asistencia en la búsqueda, conocimiento de sus derechos por los ciudadanos y a conocer los motivos por los cuales no se les facilita la información, total o parcialmente, y también aquéllos por los cuales no la obtienen en la forma o formato solicitados (artículo 5). En otra línea jurídica más austera el Proyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía sólo incorpora un derecho a la publicidad activa, a la información y a resolución motivada de la administración.

No obstante, estos subderechos prácticamente no implican una aportación significativa al derecho de información pública pues podrían presuponerse o considerarse integrados en este último, presentando escasa relevancia jurídica. Al margen de las garantías para su exigibilidad reducidas fundamentalmente a la vía judicial y su remisión al procedimiento administrativo común.

El planteamiento constitucional del ámbito aplicativo de la transparencia se centra en determinar si la ampliación objetiva por el legislador autonómico legitima el establecimiento de requisitos o condiciones imprevistos por la Constitución. La

redimensión autonómica del artículo 105 b) CE interfiere en la aplicación de este precepto incorporando exigencias a la información pública en general imprevistas en el mismo. Como el presupuesto de que la información haya sido elaborada o adquirida previamente en el ejercicio de las funciones administrativas o competencias funcionales. Sin perjuicio de que este requisito imposibilita además el acceso a la información pública derivada de excesos o abusos de poder aun constanding en archivos o archivada documental o informáticamente, supuestos estos últimos que podrían encontrar cobertura constitucional mediante una interpretación extensiva y actualizada de la referida norma.

La posibilidad de que el derecho constitucional de información resulte restringido por la normativa autonómica de transparencia deriva de la indiferenciación entre el acceso a los archivos o registros y a otros documentos públicos por el legislador autonómico. La construcción objetiva de la información pública engloba en el ámbito autonómico los archivos y registros con el riesgo de perturbar la regulación constitucional. En particular, el criterio de relevancia exigido a la información en ciertas leyes autonómicas de transparencia para su accesibilidad pública adolece de base constitucional. En esta línea, la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra regula la obligación de difundir de forma permanente *aquella información pública más relevante para garantizar la transparencia de la actividad de la Administración Pública*. La subordinación de la información pública a la relevancia y a su estimación como tal por la administración se desmarca también del texto constitucional introduciendo una discrecionalidad discutible. Sin perjuicio de que estas exigencias adicionales a la información pública contravienen el principio autonómico de transparencia basado en que toda la información pública es accesible y sólo puede ser retenida para proteger otros derechos e intereses legítimos de acuerdo con la Ley (artículo 6 Anteproyecto Ley de Transparencia Pública de Andalucía).

También la exigibilidad de que la información pública, incluida la que conste en archivos y registros deba ser cierta y exacta, procedente de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia (artículo 5 Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen gobierno de Euskadi) desfigura en cierta medida el derecho de información constitucional no sujeto a este cúmulo de presupuestos administrativos.

Desde esta perspectiva, las desigualdades entre Comunidades Autónomas respecto a los condicionantes impuestos para el acceso a la información pública presenta derivaciones constitucionales por la ausencia de uniformidad en la aplicación del artículo 105 b) CE. En este sentido, mientras unas leyes autonómicas de transparencia requieren la previa elaboración en el ejercicio de las funciones administrativas, veracidad y atención a la cadena de custodia para facilitar información pública, otras como la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura reconocen la accesibilidad incluso respecto a la información sin tratar para potenciar *su accesibilidad en tiempo real e inmediatez*.

Aunque no sólo la subordinación de la información pública a condicionantes diversos por las leyes autonómicas de transparencia intensifican la desigualdad en la aplicación del artículo 105 CE, sino también por la remisión efectuada a *la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad* (artículo 9 Anteproyecto Ley de Transparencia Pública de Andalucía). Su condición de normas mínimas determina que cada Comunidad Autónoma pueda mejorar el nivel de accesibilidad a la información pública aun a costa de distanciarse de las demás y generar ciertas desigualdades entre los ciudadanos. En esta línea, el artículo 17.3 del Anteproyecto de Ley de transparencia Pública de Andalucía establece que el Consejo de Gobierno y las entidades locales en su ámbito podrán ampliar reglamentariamente las obligaciones de publicidad contempladas en el presente título.

Esta posición implica que el legislador autonómico opta por la autorregulación en materia de transparencia y el voluntarismo jurídico eludiendo de este modo la exigibilidad de la información pública por los ciudadanos en ciertos aspectos. Al respecto, el artículo 21 del citado Anteproyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía sólo dispone que *las Entidades locales procurarán la publicidad de las sesiones plenarias*, sin imponerles una obligatoriedad jurídica y reconduciendo la transparencia al ámbito parajurídico de la responsabilidad social pública.

Desde otro prisma, las legislaciones autonómicas de transparencia convergen en un ámbito objetivo tasado y tipificado en relación al contenido de la información pública. El legislador autonómico pormenoriza las materias que pueden ser objeto de transparencia imposibilitando de este modo que los ciudadanos reclamen información pública atípica no regulada. Por lo que al margen de los límites explícitos a la

información pública también su configuración tasada puede impedir la accesibilidad, favoreciendo zonas herméticas a la transparencia. La posibilidad de información pública inaccesible a los ciudadanos por pertenecer a un espacio intermedio no cubierto legalmente por el derecho de información ni por la publicidad activa, interfiere negativamente en la transparencia de la administración e instituciones autonómicas.

En esta esfera de opacidad se incluyen los procesos de decisiones públicas que permanecen inaccesibles a los ciudadanos aun cuando pueda justificarse su interés público. Por esta razón y con el fin de evitar la denegación de solicitudes de información pública en base a una regulación deliberadamente tasada de la transparencia, habría sido conveniente introducir cláusulas abiertas en la legislación autonómica en términos similares a los previstos en el artículo 13 de la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra admitiendo “cualquier otra información pública que se considere de interés para la ciudadanía”.

Con carácter general, el ámbito objetivo de la transparencia en el marco autonómico se estructura en torno a la información institucional y organizativa, de relevancia jurídica, sobre altos cargos y máximos responsables de entidades, sobre planificación, sobre relaciones con la ciudadanía, de gestión administrativa, presupuestaria o económica. Desde la normativa autonómica pueden verificarse aspectos sin cobertura legal en el marco del derecho de información pública aunque paradójicamente, el legislador sólo lo reconoce implícitamente para la publicidad activa. Así, el Anteproyecto Ley Transparencia Pública de Andalucía señala que *la admisión de que la enumeración aun siendo exhaustiva puede quedar superada por la realidad y el interés ciudadano y también que en aras de una mayor transparencia en la actividad del sector público andaluz se fomentará la inclusión de cualquier otra información pública que se considere de interés para la ciudadanía, incluyendo aquella información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia* (artículo 17). Aunque como establece esta última disposición no sólo la publicidad activa debería abarcar las informaciones públicas solicitadas con más frecuencia sino también las denegadas provisional o definitivamente. De igual modo que las excepciones al derecho de información pública que restringen el ámbito aplicativo de la transparencia deberían ser a su vez “exceptuables” si prevalece el interés público, en términos similares a los dispuestos

para los límites de la información pública. Se permitiría entonces la accesibilidad incluso a supuestos vetados a la información pública por ciertas leyes autonómicas, como las circulares e instrucciones internas de la administración y a la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre órganos o entidades administrativas.

Por último, las leyes autonómicas de transparencia pretenden conferir publicidad a cuestiones hasta ahora reservadas y de máximo interés ciudadano en la actualidad como las retribuciones de altos cargos y las indemnizaciones percibidas por su cese (artículo 64 de la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra Navarra, artículo 14.2 Ley de Gobierno Abierto de Extremadura...). Sin embargo, el hermetismo en la adopción de las decisiones sobre retribuciones o cesantías y la desinformación ciudadana respecto de sus pormenores aun permanece en el Estado autonómico, con cierto riesgo de que la normativa de transparencia contribuya incluso a legitimar posibles privilegios políticos.

2.4. Límites y garantías en las leyes autonómicas de transparencia y sus derivaciones constitucionales

En torno a los límites y garantías previstos en las normas autonómicas de transparencia se suscitan cuestiones constitucionales derivadas de la competencia de las CCAA para alterar los términos de la información pública en la Constitución. En realidad, esta desadaptación comienza en la legislación estatal básica de transparencia que se aparta del propio texto constitucional y en consecuencia, influye en el desacomodo de las correspondientes leyes autonómicas a los límites y garantías constitucionales de la información pública.

Al respecto, mientras la Constitución únicamente prevé como límites en el acceso a la información pública de los archivos y registros la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, el Proyecto estatal de Ley de Transparencia establece restricciones por causar perjuicio a las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la

tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales. la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

La perturbación de los límites constitucionales se verifica por la exigencia de un perjuicio para que operen los establecidos en el artículo 105 CE, como también por incorporar restricciones no previstas en esta disposición, al margen de ampliar la información pública más allá de los archivos y registros. Sin embargo, algunos de estos límites pueden suponer desde una perspectiva constitucional vulneración de las competencias autonómicas, como los relativos a las funciones administrativas de vigilancia e inspección o la defensa ambiental. El artículo 23 del Anteproyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía establece que el derecho de acceso a la información pública sólo podrá ser restringido o denegado en los términos previstos en la legislación básica.

Por otra parte la descoordinación de las leyes autonómicas de transparencia con el proyecto estatal pendiente de aprobación respecto de los límites en el acceso a la información pública, imposibilita la unificación en esta materia.

En este sentido, el artículo 9 del Anteproyecto Ley Transparencia y Buen Gobierno Euskadi no incluye como límite la protección ambiental; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura reitera los límites estatales agregando una referencia explícita al secreto fiscal salvo los que son competencia exclusiva del Estado y remite a la legislación estatal (artículo 16); la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra contiene una cláusula genérica refiriéndose a los límites impuestos por la legislación foral, estatal o comunitaria (artículo 11).

Como límite de la información pública en la esfera autonómica se incluye el interés público, erigiéndose en parámetro para dirimir los conflictos entre derechos. La posible colisión de la transparencia con ciertos derechos fundamentales ha de resolverse ponderando el interés público que puede prevalecer sobre la protección de datos o la intimidad. Aunque el legislador autonómico no se pronuncia sobre la privacidad de los

cargos y responsables públicos en caso de conflicto con el derecho de información pública, y la anteposición del interés público proyectando a este campo la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad de los sujetos públicos.

Paralelamente, las excepciones a la información pública en el ámbito autonómico tampoco resultan coincidentes pues no siempre se regulan en los mismos términos dentro del mapa autonómico. En concreto, el legislador autonómico no se muestra unánime para exceptuar las informaciones que tengan carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre órganos o entidades administrativas.

Respecto de la temporalidad de los límites o restricciones y la posibilidad de revisión de los mismos sólo se prevé por determinadas leyes autonómicas y ni siquiera se regula en el Proyecto estatal de Ley de transparencia. Así destaca el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen gobierno de Euskadi incorporando el deber de la administración de reactivar de oficio el procedimiento siempre y cuando desaparezca la causa que justificó la aplicación de la excepción denegatoria de la petición de información (artículo 12).

En relación con las garantías de la información pública en las leyes autonómicas de transparencia, suelen remitir a la legislación básica del Estado sin apenas una especial aportación. Sólo excepcionalmente el legislador autonómico refuerza la protección estatal en materia de transparencia como la Ley foral 1/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra que regula expresamente un recurso al Defensor del Pueblo.

No obstante, entre las deficiencias de la normativa autonómica en relación a las garantías pueden destacarse la ausencia de previsión de acciones colectivas para la tutela del interés público que fundamenta la transparencia y también de un deber de conservación de la documentación para cumplir los fines de información pública con sanciones en caso de incumplimiento. Sobre la falta de un régimen sancionador, el legislador autonómico podría haber regulado multas coercitivas en términos similares a los previstos para los supuestos de desatención a los requerimientos de la administración por entidades privadas, en el supuesto de infracción por la Administración de sus deberes de información y publicidad activa o por no responder

dentro de plazo.

El recurso a la vía judicial para garantizar la transparencia y acceso a la información pública no resulta satisfactorio y por esta razón deberían haberse ampliado las funciones de las Agencias autonómicas de transparencia atribuyéndoles poder coercitivo y sancionador, carácter vinculante a sus decisiones, así como la posibilidad de resolver las solicitudes denegadas, los conflictos entre derechos y la ponderación de los límites.

3. La dimensión constitucional de los derechos autonómicos de participación directa

El estancamiento del derecho a la participación directa en los asuntos públicos responde a una interpretación del artículo 23 CE por el Tribunal Constitucional, inamovible durante las tres últimas décadas ³. Desde esta doctrina constitucional, la participación representativa ha eclipsado prácticamente la participación ciudadana sosteniendo que son los representantes políticos “quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos”. La desfundamentación del derecho de participación directa y la pérdida de su autonomía respecto de la modalidad representativa deriva de una línea jurisprudencial basada en una interpretación que puede considerarse *contra libertatem* por sus efectos obstruccionistas en la aplicación de este derecho fundamental. En tales términos, la STC 75/1985, de 21 de junio destaca que “la norma contenida en el art. 23.1 resulta inseparable de la del art. 23.2 cuando se trata, como aquí ocurre, de una petición de amparo deducida por representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta defender también el derecho mismo de los ciudadanos a participar a través de la institución de la representación en los asuntos públicos” (SSTC 10/1983, de 21 de febrero, y 32/1985, de 6 de marzo) ⁴.

Este planteamiento del TC ha contribuido a su vez a que la democracia representativa se retroalimente a costa de la participación directa de los ciudadanos y esta última

³A propósito, vid., ALGUACIL GÓMEZ, J.(2004): “La democracia participativa como estrategia para la gestión relacional”, *Intervención Psicosocial*, pág. 291, al reconocer una quinta generación de derechos definidos por el derecho de todo ciudadano a decidir subsidiariamente sobre los asuntos que le afectan, sobre los asuntos públicos (democracia participativa).

⁴ En esta línea, la STC 107/2001, de 23 de abril, confirma que “la privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo no sólo menoscaba su derecho de acceso, sino simultáneamente el de participación en los asuntos públicos de los ciudadanos, que resultaría huero si no se respetase el primero”.

permanezca como una modalidad participativa excesivamente residual⁵. En consecuencia, la función de control político permanece reservada a la representación política como resulta entre otras, de la STC de 14 de octubre de 1988 manifestando que *esta conexión que se produce, en casos como el presente, entre las normas contenidas en los dos números del art. 23 de la Constitución permite reconocer, de manera clara, que el sentido y alcance de la queja deducida no es otro que el de reclamar amparo frente a lo que se estima ser impedimento ilegítimo en el ejercicio de una tarea de control político, ciertamente inherente al concepto mismo que encarna en nuestras asambleas electivas*⁶.

Paralelamente, la atribución de excepcionalidad a la participación ciudadana por el Tribunal Constitucional ha imposibilitado su normalización jurídica como reconocen las SSTC 103/2008 de 11 septiembre RTC\2008\103 admitiendo que la participación «normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo» (STC 119/1995, de 17 de julio [RTC 1995, 119] , F. 3) y que en los “casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que «priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 76/1994) [F.J. 3] ⁷.

En esta línea, el Tribunal Constitucional viene considerando que los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios

⁵Vid., CONTRERAS CASADO (1997), “Parlamento y Participación directa de los ciudadanos”, Universidad de Zaragoza, pág. 230, el Estado democrático no puede ser más que parlamentario o representativo con algunos mecanismos complementarios de participación directa...

⁶VELASCO, “Deliberación y Calidad de la democracia” (2010), Revista “Claves de razón práctica”, núm. 167,, págs. 36-43, al referirse a los derechos de participación política –tanto en su vertiente activa como pasiva– deben estar debidamente protegidos, pues son esenciales para el desarrollo de la ciudadanía democrática (al menos en su dimensión específicamente política). Pero la participación ciudadana no se limita a la esfera de la política oficial. Por ello mismo, la noción de democracia deliberativa, asume un enfoque político de doble vía: por un lado, el nivel de la política institucionalizada y, por otro, las actividades y luchas políticas de los movimientos sociales y de la sociedad civil, que conforman la cultura política del entorno de las instituciones . .

⁷ Según el TC las modalidades –representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general» (STC 119/1995, F. 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales”.

previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquéllos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras. La Jurisprudencia constitucional reconoce que no existen otros cauces participativos distintos de la elección de los miembros de las Cortes Generales y de la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución (STC 51/1984).

Sin embargo, desde la esfera autonómica comienza a superarse la excepcionalidad atribuida por la doctrina constitucional al derecho de participación a través de múltiples instrumentos y derechos participativos. La actual tendencia autonómica resulta especialmente prolífica en cuanto a estos últimos si bien a costa de la imperceptibilidad de su dimensión constitucional. Pero la configuración legislativa de la participación directa desde el marco autonómico no puede ensombrecer su dimensión constitucional, aunque la legislación ordinaria regule cuestiones como las condiciones de ejercicio o los efectos ⁸.

En principio, el Tribunal Constitucional considera que la participación presenta una triple vertiente como principio rector de las políticas públicas, derecho fundamental y derecho subjetivo. Con base a esta doctrina jurisprudencial, derivada a su vez del mandato constitucional del artículo 9.2 CE sobre el deber de los poderes públicos de “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural”, el legislador autonómico se ha inclinado por la categoría de principio. Aunque la STSJ Cataluña de 28 de mayo de 2004 admite que la participación ciudadana no se detiene “únicamente en el ámbito etéreo de los principios, sino que viene a estar encarnada en auténticas disposiciones normativas, incluso plasmadas al máximo nivel normativo”

En el escenario autonómico, la participación se desarrolla desde el artículo 9.2 CE conformando su raíz constitucional como principio en detrimento de su categoría de derecho fundamental o incluso subjetivo-constitucional. No obstante, esta posición resulta difícilmente conciliable con la traslación a la ley autonómica de la literalidad del

⁸Según ELVIRA PERALES, A. (2007): “El control de las Asambleas autonómicas a través de los ciudadanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, pág. 317, hay que recordar que el derecho de participación política es un derecho de configuración legal, por lo tanto, el catálogo de supuestos de participación no es un catálogo cerrado sino, por el contrario, abierto a los sistemas de participación que pueda arbitrar el legislador

artículo 23 CE reconociendo un derecho expreso “a participar en los asuntos públicos”. Los Estatutos de última generación reproducen los términos literales de la participación como derecho fundamental previstos en el artículo 23 CE y su contenido íntegro, si bien prescinden de su categoría como derecho fundamental o subjetivo y sólo reconocen su condición de principio. Esta posición resulta manifiestamente incoherente con la aceptación por el legislador autonómico de un derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos puesto que la redacción no coincide con el artículo 9.2 CE, sino en realidad con la del artículo 23 del texto constitucional.

A raíz de este planteamiento, emergen cuestiones relacionadas con los derechos de participación en el ámbito autonómico, y en particular sobre la posibilidad de derecho paraconstitucionales y fundamentales en las Comunidades Autónomas.

Al respecto, la participación se constituye en el plano estatutario y jurisprudencial como un derecho de configuración legal que posibilita la admisión de *numerus apertus*, fundamentando derechos atípicos o híbridos. En los textos estatutarios se faculta un desarrollo legislativo de la participación directa mediante derechos y procesos participativos innovadores, ante una *voluntas legislatoris* proclive a la flexibilidad.

En particular, el Estatuto de Andalucía considera competencia exclusiva de la Junta de Andalucía el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad Autónoma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum; el Estatuto aragonés incluye en el ámbito competencial de la CCAA las consultas populares, que, en todo caso, comprende el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad Autónoma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de la regulación del referéndum y de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución»; el Estatuto catalán también atribuye competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo

previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución” (artículo 122); la legislación valenciana regula una cláusula abierta proclive al *numerus apertus* admitiendo que “los derechos de participación ciudadana podrán también ser ejercidos, en los términos que se establezcan por cada Conselleria o departamento de la Generalitat, a través de otros mecanismos, canales o medios de contacto o comunicación electrónica, en especial los vinculados al uso de la televisión digital, la movilidad y los demás emergentes que puedan surgir como consecuencia de los avances tecnológicos (art. 42.2)”.

Paralelamente, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia a través de la superación de la doctrina constitucional, ha admitido el ejercicio de la participación ciudadana mediante “múltiples mecanismos que van, desde la creación de órganos territoriales de gestión desconcentrada como instrumentos para canalizar la participación ciudadana, hasta la consulta popular a la que se refiere el artículo 71 de la Ley 7/85, pasando claro está, por el derecho del ciudadano a la obtención de la información que considere oportuna sobre aspectos de la vida local, siempre evidentemente dentro de los cauces legales” (STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2003).

Por otra parte, el desarrollo de las competencias autonómicas junto a la regulación de derechos estatutarios permite ampliar el espectro de la participación ciudadana. En este sentido, el artículo 29 del Estatuto de Cataluña admite que *los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a promover la convocatoria de consultas populares por parte de la Generalitat y los Ayuntamientos, en materia de las competencias respectivas, en la forma y las condiciones que las leyes establecen*. También el Decreto 76/2009, de 5 de junio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 11/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, faculta para que *los derechos de participación ciudadana podrán también ser ejercidos, en los términos que se establezcan por cada Conselleria o departamento de la Generalitat, a través de otros mecanismos, canales o medios de contacto o comunicación electrónica...* (art. 42.2).

También la configuración legal de cauces, instrumentos y procesos participativos en el espacio autonómico implica la apertura indirecta hacia derechos derivados de participación. Así se manifiesta en la regulación autonómica de la consulta popular

reconociéndose un derecho de los ciudadanos a promoverla *sobre cuestiones de interés general relacionadas con las competencias de su comunidad, y cuya convocatoria pueda corresponder al gobierno autonómico -así como a los ayuntamientos-*(art. 29.6 EACat, 15.2 EAIB, 11.5 EA CL, 30.1 EA And).

En suma, la participación como derecho estatutario abierto fundamenta la admisión de derechos autonómicos participativos a través de cauces diversos como las competencias autonómicas, los derechos estatutarios y los procesos participativos autonómicos. No obstante, a propósito de esta posible multiplicidad de derechos de participación surge la cuestión acerca de derechos fundamentales derivados en el espacio autonómico por adaptación al artículo 23 CE y a los presupuestos del TC basados en el llamamiento al cuerpo electoral para el ejercicio del poder político.

En la esfera autonómica, los Tribunales Superiores de Justicia adoptan la jurisprudencia constitucional confirmando que "para determinar si estamos o no ante un derecho de participación política, encuadrable en el art. 23.1 CE, habrá que atender, no sólo a la naturaleza y forma del llamamiento, sino también a su finalidad: sólo allí donde la llamada a la participación comporte, finalmente, el ejercicio, directo o por medio de representantes, del poder político -esto es, sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder- estaremos en el marco del art. 23.1 CE y podrá, por consiguiente, aducirse el derecho fundamental..." (STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2011).

En concreto, las consultas populares refrendarias convocadas por las Comunidades Autónomas conforme a la Constitución y su legislación de desarrollo, podrían integrarse en el ámbito aplicativo del derecho fundamental de participación. Su adaptación a los presupuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional basados en la convocatoria con autorización del Estado y llamamiento a los electores sobre un asunto que implique ejercicio del poder político, implica el cumplimiento de requisitos necesarios para su calificación como derecho fundamental, aunque sea en el plano autonómico. Como admite la STC 79/1989, *de no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional.*

A sensu contrario, la ausencia de cualquiera de estas exigencias legales desembocaría en una modalidad participativa intermedia, las consultas populares no refrendarias, cuya constitucionalidad depende de la asunción de los límites competenciales y de la no

vulneración oblicua de las normas constitucionales.

En efecto, los derechos de participación atípicos constitucional, estatutaria y legalmente pueden encontrar cobertura jurídica siempre que no vulneren ninguna norma ni el espíritu constitucional o de las disposiciones aplicables, a modo de fraude. La jurisprudencia constitucional impone como límite al derecho a participar directamente en los asuntos públicos, que *como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso...* (STC 76/1994, F. 3)⁹. Sin embargo, no se prohíben constitucionalmente otros derechos participativos autonómicos, locales, ni figuras híbridas o derechos desfigurados, pudiendo cuestionarse la admisibilidad de las mismas cuando su pretensión final sea defraudar la Constitución o la legalidad vigente.

No obstante, los derechos de participación y los instrumentos participativos en el marco autonómico suelen ejercitarse previa vocación administrativa, por lo que el legislador autonómico transfigura su naturaleza como derecho frente al poder político a simple concesión graciosa desde el poder público autonómico mediante un llamamiento a los ciudadanos o por solicitud de los mismos. Al respecto, la STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 5, había señalado que el art. 29.1 CE reconoce un derecho *uti cives* que permite dirigir, con arreglo a la ley a la que se remite la Constitución, peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado.

En la esfera autonómica, se pronuncia en términos idénticos la STSJ de Navarra de 22 de junio de 2001, afirmando que *en base a ésta normativa legal citada es claro, a juicio de la Sala, que tales consultas populares están previstas como una posibilidad o facultad que se otorga a los Alcaldes para realizarla, si lo estiman conveniente, pero no como una derecho que puede ser exigido por el ciudadano por integrar parte del contenido esencial del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos tal y como se recoge en el artículo 23-1 de la Constitución.*

La discrecionalidad administrativa en relación a la participación ciudadana no se limita a la convocatoria y a la elección de los procesos participativos sino que se extiende a los sujetos participantes y a las materias participables. En consecuencia, el derecho de

⁹ “Lo contrario, lejos de satisfacer las exigencias de la soberanía popular, supondría la imposibilidad misma de la existencia del ordenamiento, a cuya obediencia todos –ciudadanos y poderes públicos– vienen constitucionalmente obligados (art. 9.1 CE)” (STC 76/1994, F. 3).

participación ciudadana se somete en el plano autonómico no sólo a un proceso de desjuridificación sino de desconstitucionalización. El riesgo de restricciones en relación al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del derecho de participación ciudadana deriva de decisiones administrativas discrecionales. Sin que esta posibilidad haya sido abordada por la jurisprudencia que se limite a las leyes y reglamentos disponiendo que *si establecen vías demasiado estrechas que en la práctica hagan imposible o muy dificultoso la participación real en asuntos públicos, podría cuestionarse la constitucionalidad de las leyes o reglamentos* (STSJ de 20 de junio de 2007 y la STS de 10 de marzo de 1989)

3. 2. La fundamentalización del derecho de participación ciudadana

En la actualidad, el panorama de la participación ciudadana adolece de cauces institucionales estatales para su ejercicio motivado por el monopolio de la representación política y una jurisprudencia constitucional inmovilista. Al margen de la debilidad de los procesos participativos existentes que se limitan a ofrecer información, y permitir sugerencias a los ciudadanos sin promover la toma de decisiones de la sociedad civil ni ejercer un control político.

Ante esta situación *infraconstitucional* del derecho de participación directa, la evidencia empírica demuestra que el recurso a los derechos de reunión, manifestación o a la libertad de expresión se presenta como una salida para intentar de algún modo participar espontáneamente en los asuntos públicos. Paradójicamente, la participación ciudadana *directa* se viene ejerciendo *indirectamente* a través de los derechos fundamentales de reunión, manifestación y libertad de expresión, reconociéndose por la propia jurisprudencia constitucional que *otros derechos fundamentales pueden actuar como “cauce del principio democrático participativo* (STC 170/2008, de 15 de diciembre)¹⁰.

A raíz de un panorama desprovisto de mecanismos institucionales para participar, la experiencia demuestra que se viene produciendo una desviación de su ejercicio al

¹⁰Vid., CORONA FERRERO (1997): “*El derecho de petición ante el parlamento: proceso normativo*”, Universidad de la Rioja, pág. 235, el derecho de petición tiene algo de libertad de expresión como derecho a opinar

espacio público y a las redes sociales. En particular, el recurso al ejercicio de los derechos de reunión y manifestación surge ante la impotencia ciudadana para participar en los asuntos públicos. Mediante una vía oblicua como el ejercicio de otros derechos fundamentales que *se imponen por su eficacia inmediata y directa* (SSTC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5; 66/1995, de 8 de mayo, FJ 2), la participación se fundamenta o se refundamenta como derecho.

Las libertades de reunión, manifestación y expresión amortiguan la imposibilidad real de ejercitar el derecho de participación, actuando como válvula de escape en la práctica. En realidad, la debilitación del derecho de participación y su desfundamentación desde las tesis del Tribunal Constitucional viene determinando la conflictividad en los espacios públicos y las redes sociales, por tratarse de los escasos ámbitos donde los ciudadanos los ciudadanos pueden ejercer su libertad participativa.

Aunque la interpretación *pro libertate* de aquellos derechos fundamentales no trasciende ni se propaga al derecho de participación ciudadana del artículo 23 CE contrarrestando la doctrina jurisprudencial restrictiva en torno a este último ¹¹. Si bien la participación directa ejercitada a través de derechos fundamentales de reunión o manifestación, tiende a beneficiarse de las garantías de estos últimos sin necesidad de cumplimentar las exigencias adicionales por el Tribunal Constitucional al artículo 23 para dotarse de la protección reforzada del artículo 53.2 CE. No obstante, resulta ciertamente paradójico que tratándose la participación de un derecho fundamental sólo pueda ser garantizado mediante un procedimiento preferente o sumario y el recurso de amparo a través de otros derechos fundamentales.

3.3. Problemática constitucional en torno al ámbito subjetivo de los nuevos derechos y procesos autonómicos

¹¹Además, no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (favor libertatis: SSTC 66/1995, de 8 de abril, FJ 3; 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 7; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2; 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2; 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2). Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "que ha defendido una interpretación estricta de los límites al derecho de reunión fijados en el art. 11.2 CEDH, de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STEDH caso Sidiropoulos, de 10 de julio de 1998, § 40)" (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 6).

Las restricciones subjetivas y posibles discriminaciones en el ejercicio de derechos autonómicos de participación reclaman un análisis de constitucionalidad en los términos que se exponen a continuación.

3.3.1. Restricciones subjetivas de la participación en el espacio autonómico

Desde una perspectiva constitucional, no sólo puede cuestionarse la democracia representativa no participativa sino también la democracia participativa no representativa ¹². Las desigualdades y discriminaciones subjetivas en el ejercicio de los derechos emergentes de la legislación autonómica presenta una relevancia derivada de su posible inconstitucionalidad.

La afectación del derecho de igualdad en el ejercicio de la participación ciudadana presenta un impacto constitucional a través de las restricciones subjetivas, desigualdades y discriminaciones. Las leyes autonómicas restrictivas de la titularidad en materia de participación sin justificación objetiva, razonable y proporcionada, como también las regulaciones neutras ajenas a las desigualdades reales de los ciudadanos con derecho a participar en asuntos públicos, traspasan el límite de constitucionalidad.

En particular, el requisito autonómico de inscripción previa en un registro para la intervención en procesos participativos puede cuestionarse desde una óptica constitucional. La exigencia administrativa de una inscripción constitutiva para ejercer el derecho de participación implica una restricción en la titularidad y ejercicio del derecho fundamental de participación. Desde una óptica subjetiva, la desconexión entre los derechos autonómicos participativos y el derecho fundamental de participación no encuentra acomodo en el texto constitucional. La configuración legal de los derechos autonómicos facultando a la Administración para seleccionar los sujetos intervinientes en procesos y derechos participativos, puede plantearse en términos de constitucionalidad..

Paralelamente, las desigualdades entre individuos y entidades en el caso de que el legislador autonómico les atribuya derechos de participación diversos e incluso prive a

¹²...*nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal*" (STC 1981).

los ciudadanos de intervenir en procesos participativos a título individual, presenta una dimensión constitucional. En especial, considerando que algunas Comunidades Autónomas priman la participación sesgada en ciertos asuntos públicos, indirecta, colectiva, sectorizada y profesionalizada a través de agentes sociales.

En principio, el artículo 23 CE solo prevé la participación directa individual de los ciudadanos y mediante sus representantes políticos aunque el derecho autonómico ha desarrollado la modalidad participativa a través de entidades y asociaciones. Sin embargo, la exclusión de ciudadanos de la participación institucional así como la atribución de derechos participativos sólo a las asociaciones e instituciones plantea cierto dilema constitucional. La institucionalización autonómica de la participación colectiva no puede fundamentar la exclusión de los ciudadanos o un tratamiento desigual entre individuos y grupos, ni siquiera por razón de la complejidad o especialidad de la materia ¹³.

En términos generales los Estatutos de Autonomía atribuyen a los ciudadanos una participación alternativa, individual o colectiva y en consecuencia, una legitimación jurídica dual para ejercer este derecho. El artículo 15 del Estatuto de Baleares dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a participar de forma individual o colectiva en la vida política, económica, cultural y social de la Comunidad Autónoma; el artículo 9.4 Estatuto valenciano y el Estatuto catalán se refieren a la participación directa o a través de entidades asociativas. No obstante, predomina en los textos estatutarios y en la legislación autonómica de desarrollo un interés por canalizar institucionalmente las demandas participativas ciudadanas a través de entes colectivos (instituciones y entidades ciudadanas) y la promoción participativa de los agentes sociales.

Entre la legislación autonómica proclive a la participación a través de entidades o agentes sociales, destacan la ley 17/2008, de 29 de diciembre, de Galicia que limita el derecho de participación a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia y organismos públicos (artículo 5); la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León sobre la necesidad de promover y

¹³ A propósito, vid., BRUGUÉ/FONT/GOMÁS (2003), Participación y democracia: asociaciones y poder local, Universidad Autónoma de Barcelona, considerando que así, en primer lugar, a pesar de la importancia que retóricamente se asigna a la participación de los actores de la sociedad civil, la práctica de la participación estratégica en España parece caracterizada por el dominio de los actores públicos y la debilidad de los civiles.

facilitar “en iguales términos y con idéntico fin la participación de las entidades de iniciativa social, de los agentes sociales y de las instituciones, potenciando su implicación en los asuntos sociales. Las normativas autonómicas excluyentes de la participación individual en ciertas parcelas de los asuntos públicos pueden adquirir transcendencia constitucional a través de la vulneración de la igualdad y del espíritu del artículo 23 CE.

Sin embargo, el desequilibrio participativo entre grupos y ciudadanos puede derivar en desigualdades difícilmente justificables desde el texto constitucional. Ante esta posibilidad, determinadas leyes autonómicas han abordado la necesidad de igualar los derechos de participación de individuos y entidades, como la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana estableciendo que *la Administración Pública de la Comunidad Autónoma adecuará sus estructuras administrativas para que el derecho de participación ciudadana pueda ser ejercido, tanto individual como colectivamente, de forma real y efectiva; la Ley navarra declarando que la participación ciudadana se materializará, por una parte, a través del ejercicio individual de los derechos de las personas residentes y, por otra, a través de la realización de procesos participativos, que se articulan en las fases de información, debate, conclusiones, difusión, y evaluación y en los que intervienen tanto las personas residentes como las entidades ciudadanas.*

Al margen de la igualdad, la problemática de las entidades ciudadanas y asociaciones también deriva de su posible actuación como lobbys presionando a la administración y poderes públicos con objeto de alcanzar sus fines particulares. La ausencia de control jurídico sobre las entidades ciudadanas en la regulación autonómica sin exigir requisitos que garanticen transparencia en sus relaciones con la administración no evita el riesgo de su instrumentalización para influir en las decisiones públicas y políticas.

Desde esta perspectiva, el derecho de participación conecta con el principio de transparencia como reconoce la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2003 admitiendo que “no debe perderse de vista que el derecho de participación ciudadana, y en concreto a través de la vertiente de petición y efectiva obtención de la información correspondiente, contribuye a fortalecer el principio de transparencia que se proyecta como elemento esencial exigible de toda actuación administrativa”.

Esta concatenación entre participación y transparencia resulta extensible al derecho de

información, de modo que desde un punto de vista subjetivo debe existir una coordinación entre los mismos. La titularidad de los derechos de información y participación ha de ser coincidente como manifiesta el artículo 6 de la Ley canaria de Fomento de la Participación Ciudadana al regular el derecho de información para los procesos de participación y garantizándolo a todas las personas residentes sobre los procedimientos de decisión que se encuentren en tramitación, dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico. La ruptura del tracto sucesivo entre la información previa a la participación y entre los titulares de ambos derechos, carece de justificación objetiva considerándose que los sujetos legitimados para informarse también habrían de estarlo para participar. Por lo que la interrupción secuencial informativa participativa sin razonabilidad o proporcionalidad puede plantearse a efectos constitucionales.

No obstante, la correlación entre los derechos de información y participación se manifiesta con más frecuencia en la esfera de la representación política que en la participación directa. Así resulta de la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de mayo de 2001, señalando que “al margen de lo que en principio haya derecho a exigir, la Sala entiende que también forma parte del derecho de información incluido en el de participación política el derecho a la entrega de los documentos cuya entrega se ha concedido por autoridad competente para ello.

3.3.2. Aspectos constitucionales de su ámbito aplicativo

En relación al objeto del derecho fundamental de participación, la Constitución adopta una posición amplia extendiéndose a los asuntos públicos sin distinciones (artículo 23), aunque a propósito de la iniciativa legislativa popular admite como excepciones los derechos fundamentales, materias tributarias, internacionales y la prerrogativa de gracia¹⁴. En paralelo, la Jurisprudencia constitucional comprime la esfera objetiva de la

¹⁴MARTÍN NUÑEZ, (2008): “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental”, *Revista catalana de Dret Public*, núm 37, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política, el Tribunal traslada esta interpretación restrictiva del concepto asuntos públicos, identificado con la participación estrictamente política, a la participación directa. Aunque son escasas las ocasiones que ha tenido el Tribunal para pronunciarse al respecto, en todas se constata esta concepción restrictiva del derecho de participación que se ve reducida en sus manifestaciones

participación ciudadana excluyendo “determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, queda reservado a la mediación de los representantes políticos» (STC 76/1994, de 14 de marzo). En particular, la STC 31/2010, de 28 de junio reduce el ámbito aplicativo de la Ley catalana 4/2010, de 17 de marzo, de Consultas Populares por vía de Referéndum, disponiendo que las consultas referendarias promovidas en el ámbito autonómico y municipal, de tipo consultivo, han de promover la voluntad del cuerpo electoral sobre cuestiones políticas de especial trascendencia.

La literalidad del artículo 23 CE cede ante la reinterpretación del concepto de “asuntos públicos” por el Tribunal Constitucional considerando que los derechos de participación directa *sólo tienen el alcance que deriva del ordenamiento vigente, y debe aceptarse igualmente que...el hecho de que ese ordenamiento excluya determinadas materias de la iniciativa legislativa popular no vulnera ningún principio ni regla constitucional.*¹⁵

A raíz de esta doctrina jurisprudencial, el problema radica en determinar si la prohibición objetiva prevista para la iniciativa legislativa popular afecta a otras figuras o derechos participativos o debe interpretarse restrictivamente por su carácter prohibitivo. Al respecto, si el constituyente hubiera optado por un criterio restrictivo en relación al derecho de participación directa, lo hubiera establecido con carácter general o particular al regular concretos derechos de participación.

Sin embargo, la ausencia de límites constitucionales expresos por razón de la materia a salvo de la iniciativa legislativa popular, fundamentaría una interpretación amplia y receptiva a la participación sobre asuntos políticos sin restricciones en la esfera autonómica. Incluso cabría plantear la posibilidad de participar en aspectos relacionados con los derechos fundamentales, o temas tributarios e internacionales a través de otras modalidades participativas diversas de la iniciativa legislativa popular. Aunque algunas propuestas tienden a la reforma constitucional para facultar la participación en relación a derechos fundamentales o a iniciativas que se estén tramitando en el Parlamento como la presentada desde el Parlamento asturiano. Respecto de esta reforma constitucional

políticas de extensión y definición territorial y de alcance general, como ahora el referéndum consultivo previsto en el artículo 92 CE

¹⁵ A propósito, véase la STC 119/1995, F. 4.

planteada en el Parlamento asturiano con objeto de profundizar en la democracia directa, se pretende eliminar las limitaciones respecto del contenido de los asuntos en la iniciativa legislativa popular y que las convocatorias de los referéndums tengan carácter vinculante. En concreto, la reforma del artículo 87.3 de la Constitución, que hoy impide la presentación de una proposición de ley promovida por la ciudadanía si afecta, entre otras materias, al régimen electoral general o al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas. Según esta iniciativa “la vigente redacción de este precepto veta una iniciativa popular, aunque sea respaldada por millones de personas, si se refiere a materias tan relevantes en un sistema democrático como la educación, el régimen electoral, la huelga, las libertades de reunión, expresión y asociación, el Código Penal o la regulación de la tutela judicial efectiva”. La pretensión de que en un sistema democrático las personas destinatarias de las normas jurídicas puedan dialogar con el legislador, al menos en la forma de petición sujeta a reglas sustanciales y formales, informa esta propuesta en relación a materias política, social o económicamente más sensibles.

Contrariamente a lo sostenido por la STC 51/1984, que tras reconocer que el art. 23.1 C.E. garantiza un derecho cuyo ejercicio requiere la intervención del legislador, confirma que este precepto no garantiza «un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición»

En el marco autonómico, esta posibilidad no sería inviable atendiendo a aquellos derechos estatutarios que constituyen una duplicidad de los constitucionales, como los de igualdad o educación. Desde una óptica objetiva, la participación autonómica podría abordar los derechos estatutarios y su desarrollo pero también extenderse a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Los títulos competenciales autonómicos como parte del bloque de constitucionalidad fundamentan los derechos y procesos participativos sobre estas materias ¹⁶. No obstante, la participación sobre materias exclusivas de las Comunidades Autónomas no resulta cuestionable a nivel constitucional si bien respecto de las compartidas podrían suscitarse conflictos de

¹⁶Destaca CASTEL GAYÁN, S.: “Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿hacia una democracia participativa?”, Revista Catalana de Derecho Público, considerando que será la futura legislación autonómica sobre consultas populares, cuya aprobación y desarrollo forman parte de la lista de competencias asumidas en los Estatutos de última generación (26), la que determinará las condiciones y régimen jurídico concreto, teniendo en cuenta que la autorización para la convocatoria de estas consultas por vía de referéndum es competencia exclusiva del Estado a tenor del artículo 149.1.32 CE’78.

competencia entre el Estado y aquéllas.

Pero no sólo las competencias actúan como límite objetivo de la participación en el ámbito autonómico sino también de las facultades de decisión de los órganos, aunque nada impide desde una perspectiva constitucional renunciar a las mismas y al monopolio de poder que detentan los responsables públicos. La discrecionalidad administrativa respecto del ámbito objetivo de la participación puede fundamentar la renuncia del derecho, penetrando en el campo de la responsabilidad social pública.