

I. ESPAÑA

EL ACCESO A LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS: EL MARCO JURIDICO Y LA PRACTICA ADMINISTRATIVA (*)

Por

LUIS POMED SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO CONSTITUCIONAL: 1. *El acceso a la documentación administrativa como derecho de configuración legal. Su vinculación con otros derechos constitucionales.* 2. *El artículo 105.b) de la Constitución formula un principio. Consecuencias que se derivan.*—III. LOS PRIMEROS DESARROLLOS: LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL Y LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL: 1. *El acceso a la documentación administrativa en el Derecho local.* 2. *El tratamiento de la cuestión en la legislación sobre patrimonio histórico.*—IV. EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. ¿DESARROLLO O LIMITACIÓN DEL DERECHO?: 1. *Las dos caras de la moneda. La inadecuación del texto legal como telón de fondo de la problemática suscitada por el artículo 37.* 2. *Objeto y ámbito de ejercicio del derecho.* 3. *Breves consideraciones sobre algunas de las limitaciones y excepciones recogidas en el artículo 37 LAP:* A) *La intimidad de las personas y los documentos de carácter nominativo. ¿El artículo 37.3 como verdadera regla general?* B) *Las informaciones que afecten a la Defensa Nacional o a la Seguridad del Estado, la técnica de las materias reservadas. Los actos políticos como exención de todo control.* C) *Investigación de los delitos y materias conexas.*—V. EL RETORNO A LOS PLANTEAMIENTOS APERTURISTAS POR INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL.—VI. ALGUNAS ACOTACIONES MARGINALES SOBRE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA. UN DERECHO SIN GARANTÍAS EFECTIVAS.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN

La tensión entre el secretismo y la transparencia como principios informadores del actuar de los poderes públicos puede considerarse una constante histórica. Una constante en la que se observa un paulatino decantamiento en favor del segundo de los principios mencionados, fruto de la evolución de las condiciones sociopolíticas en las que desarrollan sus ac-

(*) Texto de la ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación de Archiveros de Andalucía, celebrado en Sevilla entre los días 31 octubre y 2 noviembre 1996. Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento a los profesores Fernando LÓPEZ RAMÓN y Gerardo GARCÍA ALVAREZ por su paciente y fructífera lectura del original, que se vio considerablemente enriquecido por sus aportaciones. La responsabilidad por el resultado es, por supuesto, exclusivamente mía.

tividades esos mismos poderes públicos. Veamos el reflejo de esa evolución en una serie de textos entresacados de nuestra propia historia legislativa.

No resultará ocioso comenzar recordando cómo la Constitución de Bayona —texto que, con todas sus limitaciones y carencias, es ilustrativo de un sentir, de una forma de actuar propia de la época— declaraba secretas todas las sesiones de Cortes, al tiempo que condenaba como acto de rebeldía cualquier publicación que de las mismas se hiciese por medio de impresiones o carteles. Nada menos que el legislativo, representación del reino en la teorización tradicional, de los ciudadanos en la visión de los revolucionarios franceses (art. 14 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 agosto 1789), se refugiaba en el secreto, ocultando celosamente sus deliberaciones.

Descendamos un poco y centrémonos en las actuaciones de la Administración pública. Tres son las normas que quisiera traer a colación por representar, en su misma sincronía, una adecuada muestra de la diversidad de soluciones aportadas por el ordenamiento. En primer lugar, el «Reglamento sobre el modo de proceder los Consejos provinciales en los negocios contentiosos de la Administración», aprobado por RD 1 octubre 1845. En el Capítulo II de su Título Segundo, dedicado a la *vista del proceso*, hallamos el artículo 42, donde se contiene la afirmación del principio de publicidad, al establecerse que *la vista de los pleitos será á puerta abierta, fuera de los casos en que la publicidad pueda dar ocasion á que se perturbe el orden*, exigiendo en todo caso previo acuerdo del Consejo para la celebración de cualquier pleito *á puerta cerrada*. La publicidad como principio de actuación de la Administración en su vertiente contenciosa. En oposición a ello, primacía del secretismo de la Administración en su variante gubernativa, llegando incluso a la parcela de la organización administrativa más próxima a los ciudadanos, la Administración local. En efecto, el artículo 65 de la Ley 8 enero 1845, de «Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos», disponía que éstos *celebrarán á puerta cerrada sus sesiones, excepto aquellas en que se traten de los alistamientos y sorteos para el servicio militar*. Criterio similar regía para las Diputaciones Provinciales, pues, según el artículo 45 de su «Ley de Organización y Atribuciones», también de 8 enero 1845, las sesiones de las mismas habían de desarrollarse *siempre á puerta cerrada, excepto en los casos especiales determinados por las leyes*. Si bien es cierto que en uno y otro caso se procedía al levantamiento del acta correspondiente de la sesión, también lo es que, al menos por lo que se refería a las Diputaciones Provinciales, la legislación sectorial podía introducir excepciones al principio, pero lo que aquí interesa no es tanto examinar el alcance efectivo de estas excepciones cuanto recordar el principio, la regla general de actuación.

Convendrá que nos preguntemos a continuación por el criterio vigente en el Derecho preconstitucional, que es tanto como interrogarnos por la situación frente a la que reacciona la Constitución misma. Una lectura pretendidamente aséptica de determinadas normas promulgadas en la segunda mitad de la década de los sesenta arrojaría unos resultados que cabe calificar de satisfactorios. Así, el artículo 7 de la Ley 14/1966, de 18 marzo, de Prensa e Imprenta, proclamaba el *derecho a obtener información oficial*;

igualmente, el Preámbulo de la Ley 9/1968, de 5 abril, de Secretos Oficiales, se abría con esta encomiable declaración: *es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publicidad de la actividad de los Organos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos*. Palabras plenamente suscribibles treinta años más tarde y que parecen dibujar un panorama de libertad y transparencia informativa que, bien lo sabemos, estaba lejos de existir. Las limitaciones estructurales del régimen, la generalidad y vaguedad con que se definían aquellos supuestos en los que cabía la clasificación de materias (art. 2 de la Ley de Secretos Oficiales), el elevado número de órganos de la Administración a los que de manera definitiva o provisional se otorgaba potestad clasificatoria (art. 4 de la misma Ley), la excesiva facilidad con que se recurría al trámite de la clasificación para los más variados supuestos, cuando no al silenciamiento puro y simple sin necesidad de declaración (GÓMEZ REINO, 1976, y S. MARTÍN-RETORTILLO, 1975), y, en fin, la ausencia de un sistema de garantías mínimamente trabado hacían de tan grandilocuentes declaraciones puro papel mojado, cuando no muestra del más burdo cinismo.

Es contra esta trivialidad de las palabras de la Ley contra la que reaccionó el primer Parlamento democráticamente elegido, enfrentándose al problema en un doble frente. Así, de una parte, como una cuestión acaso menor si se compara con la tarea principal que ocupó la atención y centró las tareas de aquellas Cámaras, procediendo a una reforma a fondo de la Ley de Secretos Oficiales (L. MARTÍN-RETORTILLO, 1979). Reforma que se centró en los aspectos más criticables y criticados de la Ley, cuyo contenido se modificó profundamente.

De otro lado, afirmando con las cautelas debidas la transparencia como principio informador de la actuación de los poderes públicos constituidos. Se predica así la publicidad de las sesiones plenarias del Congreso y del Senado *salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento* (art. 80 Const.). Publicidad igualmente de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial, estrechamente vinculada a la oralidad del procedimiento, salvaguardándose en todo caso otros valores y bienes constitucionalmente relevantes, lo que se confía exclusivamente al legislador (art. 120 Const.). Por último, el círculo se cierra con el mandato dirigido al legislador para que regule *el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, con las debidas cautelas, claro es, concretadas en la *seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas* —art. 105.b) Const.—. Precepto que si, de un lado, se sitúa en el contexto de una tendencia en favor de la transparencia administrativa perceptible en el Derecho comparado (ahí están para demostrarlo las legislaciones nórdicas, estadounidense, francesa y, más recientemente, italiana), de otro, sale al paso decididamente de una forma de entender las relaciones entre el poder y los ciudadanos que, habituales en el régimen franquista, resultan sencillamente incompatibles con la constitucionalización de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 Const.).

Como fácilmente puede apreciarse, no ha sido pequeño el camino recorrido desde el secretismo inspirador de la Constitución de Bayona hasta la decidida apuesta por la transparencia plasmada en nuestra actual Norma Suprema. En el bien entendido que con la proclamación constitucional del principio no quedaban solventadas todas las dificultades, sino que la articulación técnica de la solución clara y tajantemente adoptada reclamaba la presencia de una voluntad política sostenida de avanzar por ese, permítaseme continuar con la expresión, camino allanado desde la más alta instancia normativa.

Pues bien, se tiene la sensación de que esa voluntad política no siempre ha existido. El tema ha sido objeto de tratamiento legislativo desde diversas ópticas —régimen local, legislación sobre patrimonio histórico, procedimiento administrativo—, sin que el desarrollo legal del artículo 105.b) Const. merezca en su conjunto un juicio enteramente positivo. Es más, parece que la transparencia de la Administración sea una idea que va perdiendo fuerza conforme se asienta definitivamente el régimen constitucional y que sólo resurge en toda su plenitud impulsada por factores exteriores (así, en relación con el medio ambiente y como efecto inducido por el Derecho comunitario europeo, como habremos de ver).

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL

Como ya se ha indicado con anterioridad, la Constitución española de 1978 contiene una decidida apuesta en favor de la transparencia de los poderes públicos. En nuestra Carta Magna la democracia es sí participación de los ciudadanos en el gobierno de los asuntos públicos, pero también control del poder, retomando así la añeja proclamación del artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme a la cual *la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público*.

No por casualidad, el texto constitucional dedica su Título IV al Gobierno y a *la Administración*. Se trata de un conjunto de preceptos en los que predomina la veste garantista, comenzando por la caracterización de la Administración como un ente vicarial, servidor de los intereses generales (art. 103.1 Const.) y concluyendo, por lo que ahora interesa, con el sometimiento de esta persona jurídica a la fiscalización judicial y afirmando el derecho de indemnidad (art. 106 Const.). Entre medio, el artículo 105 Const., cuyos tres apartados presentan el denominador común, al decir del Tribunal Supremo, del aseguramiento de la participación ciudadana y de la transparencia de las estructuras burocráticas administrativas.

Nos detendremos brevemente a examinar la naturaleza del precepto y contenido, partiendo en primer lugar de su caracterización como un derecho de configuración legal estrechamente vinculado con otros derechos y valores constitucionales. Seguidamente analizaremos su vertiente principal y las consecuencias que de ella se derivan.

1. *El acceso a la documentación administrativa como derecho de configuración legal. Su vinculación con otros derechos constitucionales*

La teoría de los derechos fundamentales en España se ha decantado de forma prácticamente unánime por reservar esta denominación a aquellos derechos reconocidos en la Constitución dotados de unas determinadas garantías de índole procesal. Consecuentemente, y en línea con lo dispuesto en el artículo 53.2 Const., hablamos de derechos fundamentales para referirnos exclusivamente a aquellos proclamados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29). Se trata, en su conjunto y siendo conscientes de las salvedades que en buena lógica deben hacerse, de auténticos *derechos de libertad*, cuyo desarrollo ha de llevarse a cabo por Ley Orgánica (art. 81), que en todo caso ha de respetar su contenido esencial (concepto con el que se alude a la reconocibilidad del derecho y a la salvaguardia de la eficacia del derecho en la regulación, STC 11/1981, de 8 abril) y para cuya defensa se dispone tanto de un cauce procesal preferente y sumario (por el momento, articulado en la Ley 62/1978, de 26 diciembre) como de la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional (vía de recurso reconocida también, por razones eminentemente históricas, al derecho a la objeción de conciencia, art. 30.2 Const.).

Un escalón por debajo de estos derechos se encontrarían los recogidos en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título I (arts. 30 a 38). El artículo 53 Const. establece para ellos una reserva de Ley —de Ley ordinaria, adviértase—, con respeto igualmente a su contenido esencial. Pero carecen, no obstante, de vías privilegiadas de defensa, reconduciéndose ésta a los cauces procesales normales.

Finalmente, el Capítulo III del Título I enuncia esencialmente —y sin perjuicio de la proclamación de determinados derechos subjetivos— los «principios rectores de la política social y económica» (arts. 39 a 52). Baste decir, en relación con los mismos, la ausencia de toda referencia a su contenido esencial, ciñéndose su eficacia a lo recogido en el artículo 53.3 Const., a cuyo tenor *el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios (...) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, para concretar en la esfera procesal que sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*. Referencia a la jurisdicción ordinaria que excluye, claro es, al Tribunal Constitucional, por lo que pueden ser invocados como causa de inconstitucionalidad de una Ley e incluso como argumento adicional en los recursos de amparo.

Obvio es advertir que el artículo 105.b) Const. se encuentra extramuros de este triple escalón de preceptos constitucionales. Lo que no emepece para que, como tendremos ocasión de ver más adelante, presente una íntima trabazón con algunos derechos fundamentales muy cualificados y con determinados principios rectores de la política social y económica.

Es la Ley la que convierte el contenido del precepto en un auténtico de-

recho subjetivo, identificando a sus titulares, estableciendo las obligaciones correspondientes de las Administraciones públicas, disponiendo de los cauces procedimentales y procesales necesarios para su plena efectividad, sancionando en su caso las hipotéticas contravenciones. En el bien entendido que no existe una entrega incondicionada al legislador de este derecho, sino que existe un sentido claro y diáfano en el artículo 105.b) Const., que, si bien no puede equipararse al contenido esencial de los derechos fundamentales, establece, no obstante, algunos límites a la libertad de configuración de que dispone la Ley (EMBED IRUJO, 1994).

El artículo 105.b) Const. no representa a estos efectos ningún supuesto excepcional. Antes al contrario, a lo largo del articulado del texto constitucional se contienen un buen número de enunciados normativos de derechos constitucionales cuyo grado de complitud no es equivalente al de los denominados derechos fundamentales *stricto sensu*. Se trata en todos los supuestos de enunciados normativos de derechos constitucionales directamente vinculados con la clave de bóveda de la Carta Magna, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 Const.) en el contexto conformador de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 Const.). Precisamente porque el grado de integración o complitud de esos enunciados de derechos constitucionales es variable, encontramos en ocasiones un emplazamiento al legislador para que complete las lagunas existentes, de las que fueron plenamente conscientes los propios constituyentes. Tal es el sentido último del artículo 53.3 Const. y el de la propia cláusula de transformación de la realidad social (art. 9.2 Const.), que, referido específicamente al Capítulo III del Título I, puede muy bien proyectarse sobre otros preceptos del texto constitucional. Piénsese, sin ir más lejos, en el reconocimiento de la pluralidad lingüística de España que se formula en el artículo 3 Const.; también aquí hay un emplazamiento al legislador —en este caso al legislador *estatutario*— para que, sin merma de otros derechos —no hay derechos ilimitados, aunque todos los derechos fundamentales puedan ser caracterizados como derechos absolutos en cuanto oponibles *erga omnes*—, dote del mayor grado de efectividad a este componente ínsito en la personalidad cuyo libre desarrollo se pretende garantizar por nuestra Ley Suprema.

La referida conexión de enunciados normativos de derechos constitucionales con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como *telos* constitucional nos conduce inevitablemente al estudio de la vinculación entre el derecho de acceso a la documentación administrativa y otros derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica. Utilizando la expresión que ha hecho fortuna en la dogmática alemana, podríamos indicar que el artículo 105.b) ha sido caracterizado las más de las veces como una «disposición satélite» de concretos derechos fundamentales.

Dos han sido los propósitos perseguidos con ello. De una parte, incrementar los cauces, las garantías procesales del derecho de acceso a la documentación administrativa. Sabiendo en todo caso que aquél debe repre-

sentar un papel subordinado, que se planteará como un argumento *a fortiori* y sólo en muy contadas ocasiones como el núcleo de la hipotética decisión judicial (EMBID IRUJO, 1994). De otra, abordar el examen del sentido y contenido del artículo 105.b) Const. desde la óptica de la unidad sistemática y conceptual del texto constitucional. Desde esta segunda perspectiva las consecuencias son, sin duda, más modestas, pues únicamente se considera al artículo 105.b) como «norma adscripta» de derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, a la vista del caso concreto, complete la esfera jurídica protegida por el derecho fundamental desde una fundamentación iusfundamental correcta (ALEXY, 1993).

La adscripción más común a un derecho fundamental se ha referido a los postulados de la participación contenidos en el artículo 23 Const. (MARTÍN MATEO, 1994; SÁNCHEZ MORÓN, 1979, y POMED SÁNCHEZ, 1989) y al derecho a la información y libertad de expresión, proclamados en el artículo 20.1 Const., apartados *d)* y *a)*, respectivamente (SAINZ MORENO, 1980; MESTRE DELGADO, 1993, y POMED SÁNCHEZ). Sin que hayan faltado tampoco interesantes propuestas doctrinales que lo vinculan con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 Const. (MESTRE DELGADO, quien deduce de esta adscripción una considerable extensión de la esfera de titulares activos del derecho) o, desde una perspectiva más amplia, viendo en él una técnica de control difuso del actuar administrativo (SÁNCHEZ MORÓN, 1991). De igual forma y sin perjuicio de estas diversas adscripciones, que en todo caso no convierten el derecho de acceso a la documentación administrativa en un derecho fundamental por las razones antes expuestas, cabría llamar la atención acerca de la estrecha interconexión que se produce en no pocas ocasiones entre el artículo 105.b) Const. y el mandato dirigido por el artículo 44 Const. a los poderes públicos para que promuevan y tutelen el acceso a la cultura, *a la que todos tienen derecho*. Vertiente especialmente patente en la regulación llevada a cabo desde la legislación de patrimonio histórico (ALEGRE AVILA, 1992).

2. *El artículo 105.b) de la Constitución formula un principio. Consecuencias que se derivan*

El artículo 105.b) Const. no agota toda su virtualidad, en tanto que enunciado normativo de un derecho constitucional, en la posible eficacia inmediata que pueda tener en virtud de su adscripción a un derecho fundamental, completando el enunciado normativo iusfundamental; tampoco en su faceta de derecho de configuración legal, de donde puede deducirse un mandato inmediato al legislador para que lleve a cabo la delimitación técnica de este derecho. Antes bien, el artículo 105.b) Const. recoge igualmente un principio constitucional. Y ello en una doble vertiente, con importantes consecuencias prácticas.

De un lado, el artículo 105.b) Const. formula un principio objetivo de funcionamiento de las Administraciones públicas (EMBID IRUJO, 1994, y

POMED SÁNCHEZ, 1989). En este sentido, aparece íntimamente cohonestado con el postulado de la eficacia del actuar administrativo (art. 103.1 Const.). Eficacia que bien puede traducirse, de hecho deberá hacerlo en numerosos ámbitos de la vida social, en la implicación de los ciudadanos en la consecución de los objetivos atribuidos a las Administraciones Públicas, dando así lugar a fenómenos de participación orgánica o funcional. Pero, al mismo tiempo, la eficacia de la Administración conoce su verdadera piedra de toque en la aparición de la conflictividad, tanto da a estos efectos que la misma se formalice o no jurídicamente. Conflictividad que acaso pueda reducirse en la medida en que los ciudadanos afectados por la decisión administrativa puedan conocer las razones que han conducido a la formación de la voluntad de la Administración actuante.

Desde una perspectiva analítica, la consideración del artículo 105.b) Const. como un principio constitucional representa la negación de su configuración como regla de derecho fundamental. Con ALEXY (1993), podemos diferenciar en el contenido de los derechos constitucionales los dos componentes a que nos referimos. Distinción que resulta especialmente útil en la medida en que pone de manifiesto hasta qué punto los principios incluyen un mandato de optimización más marcado que en las reglas de derecho fundamental; el principio debe ser realizado en función de las posibilidades jurídicas y reales (lo que pone de manifiesto su importante componente axiológico, consustancial a las formulaciones principiales), en tanto que la regla se cumple o no se cumple (prima aquí el aspecto deóntico). Asimismo, por lo que se refiere a las técnicas de resolución de conflictos: la regla queda exceptuada, inaplicada, en tanto que el principio presenta un grado variable de cumplimiento en función de las circunstancias, careciendo en todo caso de un contenido de determinación de los principios contrapuestos y de las posibilidades fácticas de realización del principio. Por decirlo en los términos del autor alemán, los principios son *razones prima facie* del ordenamiento, en tanto que las reglas son *razones definitivas*.

Esta segunda perspectiva conduce, obviamente, a una determinación de los límites del principio, en tanto que pautas de realización que si bien toma en cuenta las limitaciones propias de los derechos fundamentales, las trasciende. Así, cualquiera que deba ser la conclusión a alcanzar respecto de los límites de los derechos fundamentales y su grado de concreción normativa, parece cierto que, en el caso de los enunciados normativos de derechos constitucionales que integran fundamentalmente principios, el legislador estará habilitado para imponer no sólo las limitaciones expresamente identificadas por la Norma Suprema, sino también aquellas otras que resulten precisas para la protección de otros derechos y valores constitucionalmente amparados. En el bien entendido que su precisa identificación deberá hacerse sin merma de su contenido indisponible y de acuerdo con el principio de proporcionalidad (en su doble componente de necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*).

A la vista de cuanto llevamos dicho acerca del tratamiento constitucional del derecho de acceso a la documentación administrativa, podemos pa-

sar a abordar su concreto desarrollo legislativo. Interesa esencialmente averiguar hasta qué punto se ha respetado ese contenido indisponible y si la ponderación de intereses y principios constitucionales se ha llevado a cabo con pleno respeto a la efectividad del derecho.

III. LOS PRIMEROS DESARROLLOS: LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL Y LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

A la hora de enjuiciar el desarrollo legislativo del derecho de acceso a la documentación administrativa en el ordenamiento postconstitucional es preciso ser conscientes de la limitada relevancia de la cuestión en el momento constituyente. Otros eran los problemas que centraban la atención prioritaria del pueblo español. No se trata con ello de minusvalorar la cuestión; tampoco de volver la vista atrás buscando culpabilidades imposibles. La edificación de un nuevo modelo de Estado asentado sobre cimientos bien diferentes de los que habían sustentado al régimen autocrático precedente exigía una concentración de esfuerzos evidentes. La tarea comenzada con la aprobación del texto constitucional de 1978 no estaba por eso ni mucho menos concluida. Era preciso hacer efectivos sus postulados básicos, estableciendo una justicia constitucional, avanzando por la que ya entonces se atisbaba brumosa senda del Estado autonómico, articulando, en fin, la separación de poderes.

Todo ello contribuye a explicar el tratamiento marginal recibido por el artículo 105.b) de la Constitución. Un tratamiento que se iniciara con las Leyes 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRRL), y 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE). En el bien entendido que no se trataba de concretar el derecho reconocido en el antecitado precepto constitucional, debe hacerse notar los planteamientos aperturistas que informan ambas normas, en vivo y sorprendente contraste con la posterior Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante, LAP), que se presentará como auténtico desarrollo del derecho en cuestión.

1. *El acceso a la documentación administrativa en el Derecho local*

Como es bien sabido, la Constitución española de 1978 procedió a una profunda reordenación de la distribución territorial del poder. De una parte, reconoció el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2); de otra, extendió a municipios y provincias esa autonomía «para la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137). Con prudencia exquisita, nuestra Ley Fundamental omitió toda caracterización de la autonomía de que gozan estas últimas entidades, lo que no ha sido óbice para que doctrina y jurisprudencia constitucional hayan convenido en importar la categorización de la misma como «garantía institucional».

Concluida en lo sustancial la puesta en marcha del Estado autonómico con la aprobación de los últimos Estatutos en febrero de 1983 (sin perjuicio de recordar el proceso de reforma de los Estatutos de las CC.AA. «de vía lenta» que, iniciado con los Acuerdos Autonómicos de febrero de 1992 y que tras la Ley Orgánica 9/1992, de 23 diciembre, concluyó con las Leyes Orgánicas de 24 marzo 1994, por las que se incorporaban a los textos de dichos Estatutos las competencias transferidas por la mencionada Ley Orgánica 9/1992 y se «regularizaba» la situación de la Comunidad Valenciana), parecía llegado el momento de proceder a hacer efectiva la autonomía de los Entes Locales. Labor que, en virtud de la referida configuración de tal autonomía como garantía institucional, incumbía prioritariamente al legislador ordinario.

No parece necesario ponderar la magnitud que reviste la proclamación al máximo nivel normativo de la autonomía municipal. Igualmente, su consideración como garantía institucional representaba un auténtico emplazamiento al legislador para que afrontara el reto de romper la secular tendencia al vaciamiento de las competencias locales, paradójicamente fomentada por las rotundas afirmaciones de plena autonomía municipal (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1957). Procedía hacer operativa, efectiva, la autonomía local, huyendo de las grandes declaraciones y articulando un sistema de relaciones interadministrativas que, puesto al día, garantizara cuando menos las capacidades de actuación de los Entes Locales en aquellas esferas que afectaran a los intereses municipales.

Al mismo tiempo, la Administración local representa un marco privilegiado para calibrar la realización de los postulados participativos y de transparencia de las estructuras burocráticas contenidos en la Constitución. Su misma proximidad a los ciudadanos, la afectación inmediata a la esfera de intereses de éstos e incluso la tradición histórica (piénsese en el sistema de Concejo abierto) explican esa tendencia a la democracia vecinal. Cabía, en consecuencia, esperar una primera regulación del derecho en este ámbito «ciudadano» por definición.

Regulación que, con todas sus limitaciones, se contiene en el Capítulo IV del Título IV, dedicado a la «información y participación ciudadanas», de la meritada LRBRL. Capítulo que se abre con una proclamación, principio y mandato a las Entidades locales del máximo interés. En efecto, de acuerdo con el artículo 69.1:

«Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.»

Precepto de indudable relevancia puesto que emplaza a las Corporaciones locales a hacer reales y efectivos los principios constitucionales de participación y transparencia. Y lo hace, nótese bien, en términos deliberadamente amplios, más allá del derecho a la participación en la gestión municipal y a la obtención de información reconocidos a los vecinos por el artículo 18.1.b) y e) LRBRL, respectivamente.

Amplitud en la configuración del destinatario de estas funciones municipales que se reitera en el artículo 70.3 LRBRL, donde los ciudadanos aparecen revestidos ya de una posición jurídica sustantiva, titulares de un auténtico derecho:

«Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, letra b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada.»

Precepto que contrasta, desde su mismo comienzo, con la limitación recogida en el artículo 18.1.ª) LRBRL —parece conveniente insistir en este punto— de la titularidad del derecho. Si en este último precepto el derecho de acceso a la documentación administrativa se reconoce únicamente a los vecinos, en el artículo reproducido se amplía a los ciudadanos. No interesa detenerse ahora a analizar los extremos, las zonas de incertidumbre que el propio concepto de ciudadano evoca; lo que importa es subrayar esta consciente ampliación de la esfera de legitimados activos para el ejercicio del derecho, plenamente consecuente con los postulados constitucionales. ¿Hubiera podido sostenerse la inconstitucionalidad de la LRBRL por contener una restricción no justificada de los titulares del derecho? ¿Hubiese debido procederse a un *aggiornamento* del concepto de vecino a los efectos cuando menos de ejercicio de este derecho, como ha sucedido, sin ir más lejos, con la noción misma de ciudadano? Son preguntas que deben quedar, afortunadamente, sin respuesta en virtud del artículo 70.3 LRBRL.

Precepto, decía, consecuente con lo establecido en el artículo 105.b) de la Constitución, a cuya literalidad se conforma. Tal vez en exceso; pues ¿cabe pensar que la denegación de acceso a la documentación administrativa contenida en los archivos y registros administrativos locales pueda fundamentarse en la afectación negativa a la seguridad y defensa del Estado? La respuesta parece obvia, salvo quizá que se entienda que inciden en ese valor constitucional los expedientes relativos al llamamiento a filas de los «mozos», o la documentación elaborada para la declaración de un municipio como «zona desnuclearizada». Distinto sería el caso de la excepción relativa a la «averiguación de los delitos» en la medida en que bajo esta última expresión se entiendan comprendidas también las faltas penales y, a su través, las sanciones administrativas (MESTRE DELGADO, 1993).

Con todos sus defectos, el artículo 70.3 LRBRL presentaba, en consecuencia, una serie de componentes positivos que entroncaban con el tratamiento constitucional de la transparencia administrativa. Sin embargo, es de ver que para el ejercicio del derecho el precepto se remitía con carácter general a lo que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, letra b),

de la Constitución. Primaba, por tanto, una vez más, el componente principal de este precepto, ante la ausencia de una adecuada regulación de los términos en que el citado derecho subjetivo había de ser ejercido.

En el bien entendido que no ha faltado un cierto desarrollo de esos términos. Al menos por lo que se refiere a dos grupos específicos: los miembros de las Corporaciones Locales y las asociaciones constituidas para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos (art. 72 LRRL). Régimen específico contenido en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre.

El primero de los supuestos de acceso privilegiado a la documentación administrativa trae causa de la peculiar naturaleza de las Entidades locales, en las cuales el órgano de representación ciudadana se inserta en la propia estructura organizativa de la Entidad, consecuencia de su configuración tradicional como Corporaciones. Por decirlo en términos sencillos, los representantes políticos en estas Entidades no sólo controlan la acción del «Gobierno municipal», sino que participan activamente en la gestión y, en su consecuencia, deben disponer del adecuado caudal de información que asegure el acierto de las decisiones. Es por esta razón que el artículo 16 ROF articula una fórmula especial de acceso a *los expedientes, libros y documentación en general* de que dispongan las Entidades locales. Fórmula especial inspirada en la libertad de acceso a la documentación —tanto la concluida, letra *a*), como la integrante de los expedientes sometidos a sesión, letra *d*), pues en este caso la única limitación lo es de lugar y plazos—, la prohibición de que en ningún caso la documentación salga de las dependencias administrativas —letra *b*)— y el deber de guardar reserva *en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada (...) para su estudio* (art. 16.3).

En relación con las asociaciones vecinales, más que de un régimen privilegiado de acceso a la documentación municipal, cabe hablar de un derecho a recibir determinadas informaciones. Derecho reconocido en el artículo 234 ROF en relación con la convocatoria de órganos colegiados municipales que celebren sesiones públicas en las que se traten cuestiones relacionadas con el objeto social de la entidad, las resoluciones y acuerdos que en los mismos supuestos adopten los órganos municipales —letra *a*)— y con las publicaciones editadas por el Ayuntamiento que resulten de interés para la asociación, atendido su objeto social —letra *b*)—.

2. *El tratamiento de la cuestión en la legislación sobre patrimonio histórico*

Una de las constantes más destacadas en la regulación de los archivos en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la primacía tradicional de los

postulados históricos y conservacionistas (SÁNCHEZ BLANCO, 1990). Este hecho se ha traducido en un olvido constante de lo administrativo, pero también en una atención secundaria al derecho de acceso a la documentación en ellos contenida; acceso en todo caso condicionado a la concurrencia de un interés cualificado en la persona del solicitante.

Asimismo, se aprecia un tratamiento conjunto de las bibliotecas y de los archivos, acaso influido por la común atribución de su gestión al altamente cualificado Cuerpo facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos. Este tratamiento supuso una consideración elitista de los archivos y el consiguiente olvido de los archivos provinciales y municipales. Circunstancias todas ellas particularmente apreciables en el Reglamento de Archivos del Estado, aprobado por Decreto de 22 noviembre 1901. Comienza el citado Reglamento delimitando su ámbito de aplicación desde una perspectiva estrictamente orgánica, coincidente con aquellos archivos gestionados por el Cuerpo antes mencionado (art. 1). Dicha perspectiva conducía necesariamente a una suerte de congelación del número de archivos del Estado existentes, como claramente pone de manifiesto la clasificación de éstos en generales, regionales y especiales (art. 2), a la que debe sumarse la clara vocación elitista a que antes se hacía referencia.

«Se considerarán como Archivos generales los que contengan documentos referentes a la Nación en general, y su valor histórico y su número sean de gran importancia. Son Archivos generales el Histórico Nacional, el Central de Alcalá de Henares, el de Simancas y el de Indias.

Pertenecen a la segunda clase los que contienen documentos que se refieren a una sola región o a uno de los antiguos reinos de España. Son de esta clase el de la Corona de Aragón, el de Valencia, el de Galicia y el de Mallorca.

En la tercera clase hállanse comprendidos los que pertenecen a un Centro, instituto o dependencia de la Administración activa, considerándose tales el Archivo de la Presidencia del Consejo de Ministros y los de los Ministerios de Estado, de Gracia y Justicia, de Hacienda, de Gobernación, de Agricultura y Obras Públicas y de Instrucción Pública y Bellas Artes, el de la Dirección general de la Deuda, los universitarios y los provinciales de Hacienda.»

En otro orden de cosas, el Capítulo VII del Reglamento regulaba el régimen de acceso a la documentación contenida en estos archivos, bajo la elocuente denominación «De la Biblioteca y sala de lectura pública», cuyo contenido se inspiraba manifiestamente en el Capítulo IV, «Lectura pública», del Reglamento de Bibliotecas Públicas del Estado, aprobado por Real Decreto de 18 octubre 1901. Así, baste mencionar la prohibición de entrada en la sala *a los lectores con libros suyos* (art. 113.1). Pero, al margen del arcaísmo que caracterizaba al régimen de acceso a la documentación contenida en los archivos, lo que ahora interesa destacar es la desconfianza

misma con que se observaba tal pretensión. Una desconfianza de la que es buena muestra el artículo 126:

«La persona que por primera vez desee consultar un manuscrito, deberá declarar en la papeleta del pedido el fin con que lo pide, esto es, si para copiarlo, extractarlo, confrontarlo con otro manuscrito o impreso, o simplemente estudiarlo.

El que pida en consulta un manuscrito por encargo ajeno tendrá también la obligación de anotar en la papeleta aquellas noticias, además del nombre, patria y profesión del mandante.

Si el peticionario se negare a dar con toda exactitud los referidos pormenores, el Jefe prohibirá que se le entregue el manuscrito pedido; además, aquél se obligará, bien a hacer donación al Archivo de un ejemplar del trabajo en que total, parcialmente o en extracto lo publique, bien a transmitir al Jefe del mismo la oportuna noticia, a fin de consignarla en el catálogo (...)

Como claramente se aprecia, importa sobre todo la conservación de la documentación contenida en el archivo, para lo que se establecen unas técnicas de control un tanto desproporcionadas. Preocupación conservacionista que se incorporó a la Ley de Defensa del Patrimonio Artístico Nacional —es innecesario aludir aquí a su impronta elitista—, de 13 mayo 1933, cuyo artículo 4 remitía a una ley especial la conservación de la riqueza bibliográfica y documental de España. Sin embargo, esta preocupación conservacionista no trascendió las más de las veces la letra impresa de la Gaceta o del Boletín Oficial, como demuestra la desaparición del Archivo de Alcalá, dando lugar, por otro lado, a normas marcadamente ineficaces, como el Decreto de 24 julio 1947, al que se alude muy negativamente en el Preámbulo de la Ley de Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, de 21 junio 1972 (nótese que la ley especial prevista en el art. 4 de la Ley de 1933 tardaría prácticamente cuatro décadas en ser promulgada).

Con antelación a la aprobación de esta Ley, se procedió a la creación del Archivo General de la Administración Civil mediante Decreto 914/1969, de 8 mayo, todavía en vigor. Este Decreto reguló el mecanismo de movilización de los fondos documentales administrativos desde los archivos departamentales hacia el Archivo General y su posterior transferencia al Archivo Histórico Nacional. El sistema, aparentemente objetivo —pues se basaba fundamentalmente en el paso del tiempo—, quebraba, no obstante, por dos causas. De una parte, el Subsecretario del Departamento podía excepcionar el principio general de transferencia de documentación al Archivo General, entre otros motivos, *cuando la índole de los documentos así lo aconseje* (art. 2.2). De otra, la remisión de documentación al Archivo Histórico Nacional debía fundamentarse en su valor histórico (art. 3.3).

En vano buscaremos en el Decreto de 1969 o en la Ley de 1972 referencia alguna al derecho de acceso a la documentación integrante del Tesoro Documental de la Nación o contenida en el Archivo General. A mayor abundamiento, respecto de ésta la única previsión relativa al acceso a la información viene referida al acceso de la propia Administración (art. 4 Decreto 914/1969).

La Constitución española de 1978 obligaba a una seria revisión de los planteamientos subyacentes a todo este conjunto de normas. En efecto, a partir de la Ley Fundamental no bastaba ya únicamente con asegurar la protección del patrimonio documental; era preciso desarrollar los principios recogidos en los artículos 44, 46 y 105.b) Const. y, en consecuencia, garantizar el acceso de los ciudadanos a ese patrimonio en tanto que parte integrante y consustancial de nuestra cultura común.

Esa revisión a fondo de anteriores planteamientos en la materia se llevó a cabo con la aprobación de la LPHE. La Ley parte de una noción potencialmente ilimitada de lo que deba ser considerado patrimonio histórico español, poniendo el acento no ya en los valores artísticos de los bienes, como era propio de los planteamientos elitistas informadores de la legislación preconstitucional, sino en su historicidad (ALEGRE AVILA, 1994) y extendiendo su régimen de protección a todo aquello que reúna el carácter de testimonio material dotado de valor de civilización, en la afortunada expresión acuñada por la dogmática italiana y recogida en lo sustancial por el artículo 1.2 LPHE. Visión amplia del patrimonio histórico que se combina con el establecimiento de regímenes especiales de protección para los bienes más relevantes, a través de su inclusión en el Inventario General de bienes muebles (arts. 1.3 y 26 LPHE) o de la correspondiente apreciación de su interés cultural (arts. 1.3 y 9 y ss. LPHE).

Amplitud en la caracterización del patrimonio histórico que se proyecta en la regulación del patrimonio documental en la LPHE (Título VIII), que, no obstante sus numerosas innovaciones, mantiene el tratamiento conjunto de los archivos y las bibliotecas. Amplitud en primer lugar referida al concepto mismo de documento, entendiéndose por tal *toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos* (art. 49.1), y que cobra toda su dimensión a la hora de identificar los bienes que integran el patrimonio documental. Así, de acuerdo con ese mismo artículo 49:

«2. Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.

3. Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado.

4. Integran asimismo el Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas.»

Esta delimitación del patrimonio documental responde a los principios básicos informadores del conjunto de la LPHE. De un lado, refleja la voluntad de abarcar prácticamente cualquier documento elaborado en España con un cierto valor de civilización; de otro, la historicidad de los documentos se nos presenta como el valor determinante de su inclusión en el patrimonio documental español.

Aun cuando, de acuerdo con su artículo 1.1, la LPHE tiene por objeto la *protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español*, la adecuación del texto legal al contenido del artículo 44 Const. exigía regular igualmente el acceso a la cultura. Regulación que, por lo que a nosotros ahora nos interesa, se contiene en el artículo 57.1 LPHE:

«La consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados por la Autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el Jefe del Departamento encargado de su custodia.

c) Los documentos que contengan datos personales de

carácter policial, personal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.»

Obsérvese que el artículo 57.1 LPHE disciplina el derecho de acceso al patrimonio documental generado por las entidades públicas, pero también por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, planteándose ciertos problemas en relación con el acceso al resto del patrimonio documental en los que ahora no interesa detenerse. Pues bien, lo primero que debemos destacar es la extensión del ámbito objetivo de aplicación del precepto y, consiguientemente, de ejercicio del derecho. En segundo término, el derecho de acceso no se predica únicamente de los documentos depositados en los archivos históricos, sino también de aquellos ubicados en los archivos centrales de los entes públicos. Finalmente, las causas de exclusión del ejercicio del derecho contenidas en el artículo 105.b) Const. no se configuran en la LPHE como una imposibilidad absoluta de acceso a la documentación, pues la prohibición de acceso puede ser excepcionada bien por autorización del órgano que clasificó la información como secreta o reservada, bien por el Jefe del Departamento encargado de la custodia en el supuesto de informaciones que puedan entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de los delitos —art. 57.1.b) LPHE—, bien, finalmente, porque medie el consentimiento de los afectados en el caso de informaciones *sensibles* en relación con su intimidad personal y familiar —art. 57.1.c) LPHE—. Como tendremos ocasión de ver seguidamente, la regulación del derecho de acceso a la documentación contenida en la LPHE resulta notablemente más avanzada que la dispuesta en el artículo 37 LAP.

La LPHE merece así una valoración claramente positiva desde la perspectiva del derecho que nos ocupa. Lo que no obsta para denunciar incumplimientos y desidias poco explicables. En primer lugar, las disposiciones legales relativas al patrimonio documental no han sido objeto de desarrollo reglamentario (el Real Decreto 111/1986, de 10 enero, de desarrollo parcial de la LPHE, modificado, a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 enero, por el Real Decreto 64/1994, de 21 enero, no regula específicamente esta parte del patrimonio histórico), ni tan siquiera cuando había un emplazamiento inequívoco a la Administración pública. En concreto, el artículo 57.2 LPHE ordenaba que *reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos*; pues bien, once años después de la promulgación de la Ley, únicamente el Ministerio de Asuntos Exteriores ha procedido, por Orden de 2 abril 1991, a dar cumplimiento a este expreso mandato legal. Re-

sulta claro que no es suficiente con la aprobación de una Ley para garantizar la plena efectividad de un derecho constitucional; es precisa la concurrencia de una voluntad sostenida que no parece existir.

IV. EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
COMÚN. ¿DESARROLLO O LIMITACIÓN DEL DERECHO?

La importancia que reviste la LAP en cuanto formula el «estatuto jurídico ordinario de los ciudadanos» ante las Administraciones públicas no parece precisar en estos momentos explicación alguna. Tampoco será necesario recordar la desconfianza, el recelo e incluso la franca animadversión con que fuera recibida esta tercera codificación del procedimiento administrativo por amplios sectores de nuestra doctrina. Y es que, en efecto, la LAP es una Ley técnicamente muy deficiente, que no responde a los principios en los que afirma inspirarse y que sólo muy limitadamente asegura a los ciudadanos un tratamiento común ante las Administraciones públicas, como demanda el artículo 149.1.18 Const., título competencial en que se ha amparado el legislador estatal para elaborarla.

Con todos sus defectos, la LAP es desde hace algún tiempo Derecho vigente, lo que obliga a sus analistas a intentar hacerla operativa, a reducir sus zonas de penumbra, con la vista siempre puesta en la realización de los principios constitucionales que informan la organización y el funcionamiento de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico, proclamados en el artículo 103 Const. Tarea en ocasiones enormemente compleja, como sucede en el caso del artículo 37 LAP, que representa un auténtico paso atrás en la tendencia aperturista y en pro de la transparencia administrativa inaugurada con la Constitución española de 1978.

1. *Las dos caras de la moneda. La inadecuación del texto legal como telón de fondo de la problemática suscitada por el artículo 37*

El punto 9 del Preámbulo de la LAP se abre con una aseveración un tanto críptica. Así, al referirse al Título IV del articulado de la Ley, afirma que bajo la rúbrica «De la actividad de las Administraciones Públicas» *contiene una trascendente formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, además de los que les reconocen la Constitución y las leyes*. No resulta fácil saber a ciencia cierta en qué consiste la trascendencia de la formulación aludida en el Preámbulo y que se contiene esencialmente en el artículo 35 LAP, habida cuenta de que la mayor parte de los derechos proclamados en él habían sido ya reconocidos por la legislación anterior a la LAP y su ejercicio cotidiano distaba mucho de resultar problemático. A mayor abundamiento, las escasas novedades aportadas a este respecto por la LAP o bien carecen de toda efectividad —cual sucede

con el derecho mencionado en el art. 35.f)— o bien resultan difícilmente conciliables con las exigencias lógicas que se derivan del precepto constitucional de que traen causa —es el caso, como tendremos ocasión de ver, de la regulación del derecho de acceso a la documentación administrativa, art. 35.h), desarrollado por el art. 37—.

Avanzando algo más en la lectura del citado punto 9 del Preámbulo se nos asegura que la LAP *regula el acceso a la información de los archivos y registros administrativos, conforme a lo establecido en el artículo 105.b) de la Constitución*. De ser ello cierto, la LAP habría venido a desarrollar el mencionado precepto del texto constitucional, con una evidente vocación de *lex consumens*. Sin embargo, lo primero que llama la atención al tratar de hallar reflejo en la parte dispositiva de la Ley de este ambicioso propósito es su radical desmentido. En efecto, el derecho de acceso a la documentación administrativa se reafirma en el artículo 35.h) *en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras Leyes*. De la trascendencia a la modestia no ha mediado ni tan siquiera un paso; como no podía ser de otro modo, la LAP no pretende agotar el desarrollo legislativo del derecho de acceso a la documentación administrativa.

Sin embargo, esa misma modestia de planteamientos alcanza en ocasiones niveles difícilmente explicables. Hasta el punto de que se ha podido afirmar acertadamente que el artículo 37 LAP debe verse, más que un precepto de aplicación generalizada, una *norma de referencia general* (EMBID IRUJO, 1994). Referencia a la baja, podría añadirse, pues el artículo 37 LAP contiene un progresivo cercenamiento del derecho de acceso con extremos de dudosa constitucionalidad.

Así, el artículo 37.1 dispone que el derecho de acceso a la información administrativa podrá ejercerse en relación con los documentos integrados en los expedientes correspondientes a procedimientos finalizados a la fecha de la solicitud. Sin perjuicio de volver más adelante sobre este punto, entiendo, frente a lo sostenido por algún sector de la doctrina (en especial, PARADA VÁZQUEZ, 1993), que la delimitación del objeto del derecho no contradice en modo alguno las previsiones constitucionales y es plenamente conforme con el artículo 105 Const.

Más adelante, el artículo 37.2 reserva exclusivamente a los afectados el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas. Previsión, como bien puede verse, notablemente más restrictiva que la contenida en el artículo 57.1.c) LPHE, pues ni tan siquiera mediante consentimiento expreso del afectado cabrá acceder a esta documentación cuando se contenga en los archivos y registros a los que sea de aplicación, que ésta es otra de las grandes dudas que plantea el precepto, el artículo 37 LAP. Se ignora así un interesante y valioso antecedente legislativo que en modo alguno podía considerarse —al margen ahora de toda la problemática que pueda suscitar la renunciabilidad al ejercicio de los derechos fundamentales— que afectaba al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

En esa línea de progresiva limitación, auténtico cercenamiento cabe decir, del derecho de acceso, llegamos al apartado 3 del artículo 37, según

el cual la legitimación para consultar *documentos de carácter nominativo* —expresión que el legislador no se cuida de definir, lo que hubiera sido harto deseable dada su potencial expansividad— requiere, de un lado, que la información que dichos documentos contengan pueda *hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos* y, de otro, la concurrencia en el solicitante de un *interés legítimo y directo*. En el bien entendido que el derecho nunca podrá ser ejercido respecto de los expedientes de carácter sancionador o disciplinario.

La limitación del derecho que lleva a cabo el artículo 37 LAP alcanza su cénit en el apartado 4, que por su expresividad creo oportuno reproducir:

«El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.»

Hasta donde se puede alcanzar, cabe concluir que en los apartados anteriores se establecen tres derechos: de acceso a los documentos integrados en un expediente concluido, de rectificación de datos inexactos y de acceso a la documentación precisa para hacer valer otros derechos de los ciudadanos. Pues bien, atendiendo exclusivamente a la literalidad del artículo 37.4, la Administración podría denegar no sólo el acceso generalizado, sino los supuestos privilegiados *cuando prevalezcan razones de interés público* (se prescinde ahora, obviamente, de toda referencia a los artículos 14 a 17 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal; en adelante, LORTAD). ¿Se convierte así el interés público en una suerte de cláusula de orden público que impide incluso el ejercicio de los derechos fundamentales? Lo dispuesto en el artículo 37.4 LAP es tanto más preocupante cuanto que en el siguiente apartado se enumeran cinco materias respecto de las cuales en ningún caso podrá ejercerse el derecho, dándose así a entender que las *razones de interés público* operan más allá de esas causas expresamente identificadas. A mayor abundamiento y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.4 *in fine*, cuando concurra alguno de los supuestos mencionados en el artículo 37.5 no será precisa la motivación para denegar el acceso. Conclusión claramente absurda que debe salvarse acudiendo al artículo 54.1 LAP.

Sobre las limitaciones anteriores viene a incidir el artículo 37.6, que remite a sus disposiciones específicas el acceso a determinadas informaciones. Incidencia que puede conducir a situaciones absurdas por demás. Es el caso de la información que afecta a la seguridad y defensa del Estado. De acuerdo con el artículo 37.5.b), los expedientes que contengan información sobre la misma quedan excluidos del ámbito de objeto del derecho. Sin embargo, paradójicamente, el artículo 37.6.a) dispone que el acceso a

los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas se regirá por sus disposiciones específicas. En puridad, lo que la lectura conjunta de ambas disposiciones da a entender es que no pueden consultarse expedientes —por cierto, ¿el objeto del derecho no eran los documentos contenidos en expedientes?— que contengan información sobre la seguridad y defensa del Estado, pero sí, de conformidad con sus disposiciones específicas, aquellos en los que se recojan informaciones clasificadas, pues así lo establece, bien que con carácter excepcional, el artículo 57.1.b) LPHE. La paradoja adquiere aquí ribetes de auténtico absurdo.

Finalmente, por si todas las limitaciones anteriores no fueran suficientes, el artículo 37.7 LAP menciona, con carácter general, otras dos realmente sorprendentes:

«El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.»

Dicho de otro modo, no es la estructura burocrática de la Administración la que está llamada a adoptar las soluciones organizativas precisas para la efectividad del derecho subjetivo que nos ocupa, sino que son los titulares de éste los que se supeditan a la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. Curiosa e innovadora interpretación de las nociones de eficacia y servicio público, que se completa con la exigencia de precisa identificación de los documentos —advírtase que cuando se trata de limitar el derecho el art. 37 LAP utiliza a su conveniencia los términos documentos o expedientes— a consultar. Sobre el tema tendremos ocasión de volver más adelante, tratando de apuntar una interpretación más acorde con el contenido del derecho. Baste por ahora subrayar lo que literalmente se dice en el precepto examinado.

Es cierto, por otra parte, que esta exigencia no opera para los solicitantes que reúnan la condición de ser *investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante* (art. 37.7) y que la Administración debe publicar periódicamente una relación de documentos obrantes en su poder sujetos a un régimen especial de publicidad por *afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares* (art. 37.9). Pero no lo es menos que, de una parte, no se alcanza a comprender en qué consiste ese interés histórico científico o cultural relevante ni quién es el órgano legalmente facultado para su valoración y, de otra, que, amén de faltar toda determinación de la periodicidad a que se refiere el apartado 9, hasta la fecha no se tiene noticia del cumplimiento de este mandato dirigido a las Administraciones públicas.

Para explicar la concurrencia de tantas y tan graves deficiencias en el artículo 37 LAP se ha apuntado (PARADA VÁZQUEZ, 1993) la existencia de

tres causas. Una primera haría referencia a la filosofía que anima al precepto: *y es que en el fondo detrás de tanta cautela lo que realmente se percibe es el miedo, un miedo enfermizo, no al conocimiento directo personal por los ciudadanos de los expedientes administrativos, sino un pánico antidemocrático a la actividad investigadora de los medios de comunicación social.* En el bien entendido que el artículo 37.6 LAP permite alcanzar resultados distintos a los que este autor entiende que inspiraron el precepto. Así, no parece descabellado incluir dentro del interés cultural acreditado exigido para el acceso a determinadas informaciones aquel esgrimido por el denominado *periodismo de investigación* si, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a transmitir información *veraz* —art. 20.1.d) Const.— exige una cierta labor de contraste de los datos y la Administración está sujeta a la Constitución (art. 9.1 Const.) y, en especial, a los derechos fundamentales y libertades públicas, dada su naturaleza estructural del Estado de Derecho que la Norma Suprema inaugura y la obligación que, en su condición de poder público, le alcanza para hacer reales y efectivas esas libertades que concretan los derechos fundamentales (art. 9.2 Const.).

Una segunda razón, de orden metodológico, llevaría a apreciar hasta qué punto la Ley francesa 78-753, de 17 julio, de medidas para la mejora de las relaciones entre la Administración y el público y diversas disposiciones de orden administrativo, social y fiscal, ha servido como fuente de inspiración al legislador español. No es preciso subrayar aquí hasta qué punto esta Ley francesa, integrante de un paquete normativo más amplio, supuso un cambio sustancial en los usos y actitudes de la Administración francesa. Lo que resulta más discutible es la importación que de su contenido se ha hecho a nuestro ordenamiento, no sólo porque la Constitución francesa de 1958 carece de un precepto semejante a nuestro artículo 105.b) Const., sino, sobre todo, porque dicha importación ha servido para, en una lectura difícilmente conciliable con el principio de transparencia que recoge este último precepto citado, incrementar las esferas excluidas del ejercicio del derecho. Así, la referencia a los documentos de carácter nominativo contenida en el artículo 37.3 LAP es una trasposición mimética del artículo 6 bis de la Ley francesa, incorporado al texto legal por la Ley 79-587, de 11 julio, de motivación de los actos administrativos, con la significativa diferencia de que en la Ley francesa se pretende garantizar que ni tan siquiera por motivos de protección de la vida privada, del secreto médico, comercial o industrial pueda negarse el acceso a la documentación a los sujetos interesados. Se trata, en definitiva, de ampliar el ámbito de ejercicio del derecho, no de reducirlo, como sucede en el artículo 37.3 LAP.

Un último motivo de política legislativa, contundentemente expresada por el citado autor en estos términos: *ningún sentido tiene, pues, que una Ley sobre Régimen Jurídico y el Procedimiento Administrativo Común dictada para regular la actividad de los procedimientos vivos, no terminados, acabe reglamentando el acceso a los ya terminados, a los difuntos y enterrados, dejando sin regular lo primero que es el objeto precisamente de la Ley.* En efecto, resulta cuando menos discutible que la LAP fuera el vehículo legislativo más adecuado para desarrollar el artículo 105.b) Const., a pesar de

que muy acreditadas voces de nuestra doctrina defendieran desde un primer momento esta opción. La óptica propia de esta Ley desenfoca notablemente el tratamiento de la cuestión, como puede apreciar cualquier lector atento del artículo 37 LAP. La decisión del legislador no se explica ni por el deseo de proporcionar un tratamiento conjunto al artículo 105 Const. ni por motivos competenciales. En relación con los problemas competenciales y dejando ahora al margen el sorprendente hecho de que una Ley sobre Administraciones Públicas incumpla los requisitos mínimos derivados de una concepción formal de lo básico, cabe preguntarse si una Ley estatal *ad hoc* o, en su defecto, una Ley sobre archivos no hubiera podido ampararse, al menos a los efectos que aquí interesan, en el artículo 149.1.1.^a Const.

Descrito a grandes rasgos el contenido del artículo 37 LAP, conviene que nos detengamos en el análisis de algunos de los extremos más complejos del mismo. No se trata con ello de agotar la problemática que el precepto ofrece, sino de concretar las ideas ya expuestas y alcanzar una valoración de conjunto.

2. Objeto y ámbito de ejercicio del derecho

Aun cuando el artículo 105.b) Const. emplace al legislador para que regule el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, parece indudable que el sentido de este precepto no es otro que el de garantizar el derecho de acceso a la información contenida en unos y otros. Información plasmada en un soporte documental, debiendo tener presente la amplia definición de documento que suministra en nuestro Derecho el artículo 49.1 LPHE, sustancialmente reproducida por el artículo 37.1 LAP:

«Los ciudadanos tienen derecho de acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud.»

Adviértase que el precepto reproducido distingue, en la delimitación del ámbito objetivo de ejercicio del derecho de acceso, entre registros —sin mayores matizaciones— y documentos integrados en expedientes y concluidos y depositados en los archivos administrativos. Pues bien, existen en el ordenamiento jurídico español definiciones con pretensiones de generalidad de lo que deba entenderse por documentos (art. 49.1 LPHE), archivos (art. 59.1 LPHE: *son archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos...*) y expediente (art. 164.1 ROF: *constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las di-*

ligencias encaminadas a ejecutarla), pero se carece de una definición de Registro.

Carencia que el artículo 38 LAP —justamente dedicado a los *registros*— no ha colmado en modo alguno. Antes bien, consecuentemente con el objeto mismo de la LAP, que viene constituido, en palabras de PARADA VÁZQUEZ, por los *procedimientos vivos, no terminados*, este precepto se centra en la regulación de los registros generales de entrada y salida de documentos, olvidando la existencia de un número elevado de registros especiales que persiguen finalidades distintas a las de aquéllos (SAINZ MORENO, 1991). Registros públicos especiales a los que no alcanza la aplicación del artículo 37, por excepcionarlos expresamente el apartado 6.e), siempre que *su uso esté regulado por una Ley. A sensu contrario*, aquellos otros que hayan sido creados mediante normas de rango reglamentario o respecto de los cuales su Ley de creación no regule su uso se someten a las previsiones contenidas en el artículo 37 LAP. En tales casos, lo que el artículo 37.1 viene a disponer es la no exigencia de que la documentación cuya consulta se solicita corresponda a expedientes ya concluidos y esté depositada en el archivo, pues la esencia misma de los registros públicos consiste en la gestión de información viva, susceptible de producir efectos en el tráfico jurídico.

Se ha cuestionado (PARADA VÁZQUEZ, 1993) la limitación del ejercicio del derecho de acceso a la documentación integrante de expedientes ya concluidos, queriendo ver en ello la *amputación de un derecho constitucional protegido* por los artículos 105.b) y 20 Const. Remitiéndome ahora a la interpretación que en su momento se apuntará del artículo 37.6 LAP, convendrá advertir en todo caso que esta limitación no parece contradecir lo dispuesto en el artículo 105.b) Const. No se olvide que los principios inspiradores del artículo 105 Const. son los de transparencia y participación. Participación que exige *prima facie* la afectación en la esfera jurídica de los ciudadanos o de las asociaciones —apartado a)— o la posesión de un interés —apartado c)—. En consecuencia, cabe concluir que el propio artículo 105.b) Const. impone esta limitación, a salvo en todo caso de la calificación concreta del interés y de la posible existencia de acción pública en determinados sectores del ordenamiento. Por lo demás, entiendo que el apartado 6 del artículo 37 LAP permite excepcionar esta regla en determinados supuestos cualificados.

De igual forma, no parece que deba existir obstáculo alguno para afirmar el derecho de acceso a la documentación que, por falta de profesionalidad en la confección de los expedientes administrativos, no figure incorporada a un determinado expediente, habida cuenta de que *allegans propriam turpitudinem non auditur*. Por la misma razón, habremos de coincidir en la indiferencia de que la terminación del procedimiento a los efectos al menos del artículo 37.1 LAP tenga lugar mediante resolución expresa o por silencio administrativo, tanto más cuanto que no debe confundirse finalización del procedimiento (regulada en los arts. 87 y ss. LAP) con firmeza del acto.

Una última consideración sobre el objeto del derecho de acceso a la in-

formación administrativa. Según hemos convenido, debe entenderse referido a los documentos en poder de la Administración. Ahora bien, ello no puede llevar a una rigidez y un formalismo que vacíen el contenido del derecho, de tal forma que cuando el artículo 37.7 LAP exige la identificación individualizada de los documentos no puede pensarse que el particular deba conocer todos aquellos datos que permitan dicha individualización (ubicación, número de expediente, páginas que comprende el documento...), sino que más bien lo que se excluye es una petición indiscriminada por bloques o conjuntos de materias, de suerte que en la lectura del precepto en cuestión deberá ponerse el acento no tanto en la exigencia de identificación precisa de los documentos cuanto de los expedientes en que figuran.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación del artículo 37 LAP, no es fácil apuntar una respuesta clara y concluyente. Existen en nuestro ordenamiento dos regulaciones del derecho con pretensiones de generalidad contenidas en los artículos 57 LPHE y 37 LAP. La elucidación del régimen jurídico aplicable a los diferentes archivos pretende ser resuelta por el artículo 37.6.g) LAP —nótese que esta Ley no ha introducido modificación alguna en el artículo 57 LPHE, lo que explica la existencia del problema—, disponiendo que se regirá por su normativa específica la consulta de los fondos documentales existentes en los *Archivos Históricos*. Es lo cierto, sin embargo, que la LPHE no se limita a disciplinar el derecho de acceso a la documentación contenida en estos archivos históricos, sino que alcanza a toda la información tramitada, depositada y registrada en los *Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho público* —art. 57.1.a) LPHE—.

A esta dualidad de soluciones legales corresponde igualmente una dualidad de interpretaciones doctrinales. De un parte, DA SILVA OCHOA (1993), tras lamentar que la LPHE no se hubiera referido exclusivamente a los Archivos General e Histórico, sostiene que éstos se regirán, en todo caso, por el artículo 57.1 LPHE, porque sólo a ellos les son de aplicación los plazos que regulan el derecho de acceso. Frente a esta tesis, EMBID IRUJO postula la limitación de las regulaciones de la LPHE a los Archivos Históricos, no sólo por la literalidad del artículo 37.6.g) LAP, sino también porque la especificidad del documento histórico puede justificar un tratamiento distinto que se contendría en la LPHE.

Personalmente, me inclino por la primera de las soluciones mencionadas, toda vez que la LAP parte de un concepto de Archivo Histórico que debe buscar en la LPHE. Esta opción se fundamenta no sólo en las razones esgrimidas por DA SILVA OCHOA, sino porque acaso la referencia del artículo 57.1.a) LPHE a los *Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público* no deba ponerse en relación con el Decreto 914/1969, de creación del Archivo General de la Administración, y entender que los Archivos centrales a que se alude en dicho precepto son los Archivos departamentales (con lo cual el ámbito de aplicación del artículo 37 LAP quedaría limitado a los archivos de cada dependencia, hipótesis que salvaría, dicho sea de paso, no pocos de los problemas que la aplicación del precepto pue-

de suscitar). Nótese que los Archivos centrales corresponden a las *entidades de Derecho Público*, con lo que es posible apurar la hipótesis de que en ellos se deposite la documentación elaborada por la totalidad de los órganos integrantes de cada una de las personas jurídico-públicas a que se alude y no únicamente la correspondiente a cada uno de los Departamentos en que funcional y orgánicamente se divida. Una interpretación que pretenda ser respetuosa con el sentido de los conceptos empleados por el artículo 57.1 LPHE en otros textos de nuestro ordenamiento conduciría, por lo demás, a situaciones un tanto inexplicables y poco acordes con las pretensiones globalizadoras del precepto, al limitar su aplicabilidad a la Administración no territorial en virtud del artículo 2.2 LAP.

3. *Breves consideraciones sobre algunas de las limitaciones y excepciones recogidas en el artículo 37 LAP*

La sistemática del artículo 37 LAP resulta extremadamente simple: a partir de la afirmación de lo que aparentemente es la regla general, la existencia de un derecho de acceso a la documentación administrativa, se van enumerando supuestos excluidos del ejercicio del derecho. No obstante, una atenta lectura del precepto arroja el sorprendente resultado de que la regla general resulta ser justamente la negación del derecho y lo excepcional su hipotético ejercicio.

Como ya se ha destacado anteriormente, en el artículo 105.b) Const. prima el componente principal del derecho constitucional que de forma mediata reconoce. Esto se traduce en la caracterización del mismo como un derecho de configuración legal, estando sometido el legislador en el ejercicio de su función de desarrollo al mandato de optimización. Interpretación que legitimaría al legislador para llevar a cabo la delimitación del contenido del derecho en contraste con otros bienes y valores constitucionales y no sólo, por tanto, con otros derechos constitucionales, con independencia de su naturaleza fundamental. Esta amplia libertad del legislador tiene su límite en el ya referido mandato de optimización, que no puede dar lugar, como ha ocurrido en el artículo 37 LAP, al puro y simple vaciamiento del derecho. La gravedad de esta conclusión, que se impone incluso apurando las posibilidades de interpretación acordes con la Constitución, exige un análisis minucioso de las más importantes excepciones al ejercicio del derecho establecidas por el mencionado precepto. Para dicho análisis bastará servirse de las limitaciones expresamente identificadas por el artículo 105.b) Const.: intimidad de las personas, seguridad y defensa del Estado y averiguación de los delitos, y contrastarlas con el significado que adquieren en el artículo 37 LAP.

A) *La intimidad de las personas y los documentos de carácter nominativo. ¿El artículo 37.3 como verdadera regla general?*

Entre los supuestos excluidos constitucionalmente del ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa figuran aquellas informaciones que afecten a la intimidad de las personas. Limitación que trae causa del reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 Const.). Por el momento, no interesa tanto discernir si el concepto de intimidad a los efectos del artículo 105.b) se corresponde con el del derecho fundamental mencionado o presenta un mayor alcance cuanto recordar sucintamente algunas de las principales conclusiones que en torno al contenido del derecho fundamental caben deducir de la jurisprudencia constitucional y de la legislación vigente en el momento de aprobarse la LAP.

En relación con la jurisprudencia constitucional, importa destacar tres aspectos. En primer lugar, en los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional habidos hasta el momento de elaborarse la LAP, reiterados en lo sustancial por alguna Sentencia posterior, se subraya la existencia de injerencias legítimas en el ámbito de intimidad cuando medien imperativos de interés público (SSTC 110/1984, de 26 noviembre, en relación con la inspección tributaria; 37/1989, de 15 febrero, respecto de las actuaciones judiciales, y 172/1990, de 12 noviembre, en conexión con el derecho a comunicar y recibir información veraz). Igualmente, la jurisprudencia constitucional insiste una y otra vez en la doble exigencia de necesidad (STC 172/1990) y proporcionalidad (SSTC 110/1984 y 37/1989) de dichas injerencias. Para concluir, el contenido de las Sentencias mencionadas, posteriormente ratificado en este punto por la STC 142/1993, de 22 abril (examinada por EMBID IRUJO, 1994, en relación con 37.2 LAP), permite concluir que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar impide en todo caso reconstruir la imagen de la persona a partir de los datos así obtenidos.

A su vez, de la legislación vigente en el momento de aprobarse la LAP quisiera traer a colación dos normas de especial interés a los efectos de determinar el contenido esencial del derecho, cuando menos en relación con la captación de información por las Administraciones públicas. Se trata de la Ley 12/1989, de 9 mayo, de la Función Estadística Pública, y de la ya mencionada LORTAD. Pues bien, de la lectura conjunta de ambas (en especial, de los arts. 11.2 Ley Estadística y 7 LORTAD) se infiere que el núcleo infranqueable para la Administración pública viene representado por las informaciones que puedan poner en peligro la efectividad del derecho reconocido en el artículo 16.2 Const. a no declarar sobre la ideología, religión o creencias personales, así como aquellas otras susceptibles de producir una discriminación injustificada a los efectos del artículo 14 Const.

Tal era —y en lo sustancial sigue siendo— el tratamiento recibido por el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en nuestro ordenamiento. Con todas sus luces y sus sombras, debe subrayarse, sin embar-

go, junto con el ya sabido carácter no limitado del derecho, la existencia de unas informaciones no accesibles para la Administración pública y la prohibición de que, en todo caso, con las informaciones recogidas pueda formarse una imagen acabada de las personas.

Con lo dicho, la virtualidad del artículo 37.2 LAP, que limita el derecho de acceso a la documentación relativa a la intimidad de las personas a los titulares de dicha documentación, adquiriría pleno sentido y resultaba por lo demás acorde con el texto constitucional. Algún sector de la doctrina (PARADA VÁZQUEZ, 1993) ha sostenido la inconstitucionalidad del precepto en cuanto que la Administración *no tiene por qué tener datos íntimos, que la intimidad de las personas es una barrera que no pueden franquear los funcionarios*. Sin embargo, convendrá no olvidar que el propio artículo 105.b) Const. menciona a la intimidad de las personas como un límite al derecho de acceso a la información administrativa y que la existencia de una serie de datos (aquellos conectados con los arts. 14 y 16.2 Const.) no accesibles para la Administración no supone identificar la intimidad con esos solos datos. Otra cosa sería reducir el contenido del derecho a la intimidad, lo que no parece ser el propósito.

Sentado lo cual, hemos de detenernos brevemente a examinar el contenido del artículo 37.3, dado que los términos utilizados en el mismo pueden vaciar totalmente de contenido el derecho de acceso a la documentación. Como se recordará, dispone este precepto que:

«El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.»

La constitucionalidad del precepto ahora reproducido parece más que discutible. Se trata de una transcripción incompleta y desafortunada del ya citado artículo 6 bis de la Ley francesa 78-753, que introduce una categoría ajena a nuestro Derecho, la de documentos nominativos. Entendido en su literalidad, el artículo 37.2 LAP convierte el ejercicio del derecho de acceso en una pura entelequia. En puridad, salvo algunos de los documentos contenidos en los expedientes confeccionados para la elaboración de disposiciones de carácter general, todos los documentos de la Administración tienen carácter nominativo. Cabría tal vez apuntar la hipótesis de que el legislador haya intentado incorporar a la LAP, con escasa fortuna en cualquier caso, la jurisprudencia constitucional relativa a la prohibición de obtener una imagen acabada de las personas que conculque el derecho a la intimidad. Sin embargo, amén de que el propio precepto se encarga de desmentir esta hipótesis, la solución adoptada resulta innecesaria si se contrasta con el artículo 37.7 LAP.

No es éste el único motivo que permite albergar dudas en torno a la constitucionalidad del precepto. Así, se establece el secreto en todo caso de los expedientes sancionadores y disciplinarios, algo que ni tan siquiera existe en el proceso penal. No se trata de defender la publicidad de los procedimientos sancionadores en este momento, lo que se pretende es llamar la atención de que esa prohibición opera sobre expedientes ya terminados (art. 37.1 LAP). Si de limitar la publicidad administrativa en estos supuestos se trataba, ¿no hubiera sido suficiente con exigir la firmeza de la sanción?

Para concluir, el artículo 37.3 LAP contiene una aparente ampliación de la legitimación para el ejercicio del derecho de acceso que, amén de no ser tal, no se compadece con la evolución de la regulación del procedimiento administrativo. De este modo, reconoce dicha legitimación no sólo a los afectados por la información, sino también a *terceros que acrediten un interés legítimo y directo*. Sorprende la resurrección del interés directo, tanto más cuanto que es prácticamente el único supuesto en que se exige en todo el articulado de la LAP. Pero todavía sorprende más que la exigencia del interés *legítimo y directo* cuando de lo que se trata es de hacer valer la información para el ejercicio del derecho. Hemos de dar la razón aquí a PARADA VÁZQUEZ (1993) cuando sostiene que el artículo 37 LAP, al menos en este punto, está pensado como una barrera al ejercicio de la profesión periodística y, más concretamente, al periodismo de investigación.

- B) *Las informaciones que afecten a la Defensa Nacional o a la Seguridad del Estado, la técnica de las materias reservadas. Los actos políticos como exención de todo control.*

El artículo 105.b) Const. excluye del ejercicio del derecho de acceso aquellos documentos que puedan afectar a la seguridad y defensa del Estado. Este supuesto de exclusión se ha reconducido por el legislador a dos regulaciones diferentes. Así, el artículo 37.5.b) LAP prohíbe el acceso a los *expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado*, en tanto que el artículo 37.6.a) LAP remite a su legislación específica el acceso a los *archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas*.

Con esta dualidad de regímenes, el artículo 37 LAP parece pretender abarcar la totalidad de informaciones atinentes a la seguridad y defensa del Estado. A mayor abundamiento, si se parte de un concepto omnicompreensivo de la defensa nacional, como es el manejado por el artículo 2 Ley Orgánica 6/1980, de 1 junio, por la que se aprueban los criterios básicos para la Defensa Nacional y la Organización Militar (*disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional...*), prácticamente no existe ningún ámbito

de la vida social que no se vea implicado en la Defensa Nacional. De este modo, si no fuera suficiente el artículo 37.3 LAP, una interpretación como la apuntada por el propio legislador serviría para excluir el ejercicio del derecho en la mayoría de los supuestos.

Por esta razón se ha propuesto (MESTRE DELGADO, 1993) conectar la referencia a la seguridad y defensa del Estado con los supuestos en los que cabe declarar los estados de excepción y sitio; esto es, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, *cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo* (art. 13.1) y *cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios* (art. 32.1).

Esta interpretación del concepto pone el acento en la existencia de un peligro grave e inminente para el ordenamiento constitucional —que acoge y da sentido al resto de los bienes y valores protegidos— y resulta por ello más adecuada a la teleología del artículo 105.b) Const. que la utilización del artículo 2 LODN. Sin perjuicio de reconocer que presenta el defecto de referirse únicamente a situaciones coyunturales y marcadamente excepcionales, cuando pueden existir supuestos en los que la protección del ordenamiento constitucional aconseje la extensión temporal del secreto.

Más discutible resulta que el artículo 37.5.b) LAP haya erigido sobre la excepcionalidad del uso de la técnica de las materias clasificadas la generalidad en la exclusión de toda información recogida en un expediente sobre Defensa Nacional o Seguridad del Estado. Puede afirmarse que cuando el constituyente introdujo la mención a la seguridad y defensa del Estado como causa de exclusión del ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa estaba pensando únicamente en los documentos clasificados. En tal sentido, baste recordar que la reforma de la Ley 9/1968, de 5 abril, de Secretos Oficiales, llevada a cabo mediante la Ley 48/1978, de 5 octubre —es decir, por las propias Cortes Constituyentes—, redujo los supuestos de informaciones a los que podía ser de aplicación dicha técnica, de tal suerte que la referencia originaria contenida en el artículo 2 a *la seguridad del Estado, los intereses fundamentales de la nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional* se limitó a los casos que pudieran poner en riesgo *la seguridad y defensa del Estado*. Cabe así poner en tela de juicio la adecuación del artículo 37 LAP al artículo 105.b) Const. en tanto en cuanto procede a una interpretación excesivamente expansiva de la seguridad y defensa del Estado como causa de exclusión del ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa.

Por su parte, el uso de la técnica de las materias clasificadas plantea dos problemas íntimamente trabados de determinación de la naturaleza jurídica del acto clasificatorio y de relaciones entre poderes. A este respec-

to, cabe pensar que nos hallamos ante un ejemplo paradigmático de acto político en su tradicional consideración como causa de inadmisión de un hipotético recurso contencioso y no ya, en la consideración más reciente de los actos políticos o de gobierno, como supuesto de discrecionalidad reforzada. Lo cual, por cierto, haría ocioso todo intento de delimitación conceptual de los supuestos en los que los órganos legalmente habilitados para ello pueden ejercer la facultad de calificación (art. 5 LSO). Sucede, sin embargo, que para que dicha causa de inadmisibilidad opere es requisito imprescindible que el órgano que haya ejercido esta facultad —tal y como es calificada por la LSO— haya sido el Consejo de Ministros —art. 2.b) LJ—, siendo así que también la Junta de Jefes de Estado Mayor ostenta habilitación legal para ese ejercicio (art. 4 *in fine* LSO), de tal suerte que la calificación del acto dependerá del órgano que lo dicta. Conclusión un tanto insatisfactoria, toda vez que no cabe ver aquí la actuación de una competencia constitucional, lo que resultaría radicalmente incompatible con su compartición entre un órgano constitucional —el Gobierno— y un simple órgano administrativo y con la existencia de una atribución legal expresa de la misma.

Con independencia de todo ello, ha de notarse el hecho de que los actos políticos o de gobierno aparecen configurados en el artículo 37 LAP como un supuesto autónomo de exclusión del ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa. Concretamente, de acuerdo con el artículo 37.5.a), dicho derecho no podrá ser ejercido respecto de los expedientes *que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sometidas a Derecho Administrativo*.

El precepto parece referirse, conviene insistir en este punto, a la figura de los actos políticos. Pero su propia literalidad trasciende ese discutido ámbito de exención de control por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para abarcar a la totalidad de las *competencias constitucionales* (y estatutarias, debemos leer) *no sometidas a Derecho Administrativo*. Lo que supone, entre otras consecuencias, vaciar de todo contenido el artículo 129.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que ordena conservar toda la documentación manejada en el procedimiento de elaboración de reglamentos y Anteproyectos de Ley —indudable *competencia constitucional* del Gobierno (art. 87.1 en relación con el 97 Const.)— que *ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación*. A mayor abundamiento, no resulta tarea nada fácil la precisa delimitación de esas competencias constitucionales y estatutarias de los Gobiernos puesto que ni la Constitución ni los Estatutos utilizan esta expresión, no siendo posible rellenar esta laguna de nuestro ordenamiento acudiendo al artículo 12 LAP, pues lo característico de las mismas consiste, justamente, en su no sometimiento al Derecho Administrativo.

Cabe preguntarse, por otro lado, si a la exención de control jurisdiccional para este tipo de actuaciones debe añadirse, sin mayores matizaciones, la exclusión de cualesquiera otros controles. La división de poderes tiene

sus exigencias; nadie lo discute. Lo que parece un tanto cuestionable es que, en los términos utilizados en el artículo 37.5.a) LAP, deba anudarse a esta excepción de fiscalización la regla del secreto.

C) *Investigación de los delitos y materias conexas.*

El tercero de los supuestos constitucionalmente excluidos del ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa viene referido a aquella que afecte a la averiguación de los delitos. MESTRE DELGADO (1993) ha sostenido que la referencia a los delitos podría completarse con las faltas penales y, a su través, con las sanciones administrativas, de tal suerte que el expediente sancionador quedaría excluido del principio de publicidad. La interpretación parece sugestiva, pero creo que, aplicada correctamente la exigencia de posesión de un interés legítimo, la cuestión queda resuelta.

Es tal vez en este punto donde el artículo 37 LAP se muestra más acorde con el texto constitucional. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 37.5.c), el derecho no puede ser ejercido respecto de los expedientes *tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se están realizando*. La exigencia de una afectación negativa al propósito perseguido en este tipo de expedientes merece una valoración a todas luces positiva. Lo que no supone olvidar que el artículo 37.3 vacía de contenido las buenas intenciones aquí reflejadas.

La interpretación de esta causa de exclusión del ejercicio del derecho suele conectarse con la figura del secreto sumarial (SAINZ MORENO, 1990, y MESTRE DELGADO, 1993). Perspectiva sustancialmente correcta pero que no resuelve la totalidad de los problemas que se pueden suscitar en la práctica. Así, ninguna duda cabe del carácter reservado de las informaciones recogidas por la Administración —debe entenderse que la policial— en el curso de las actuaciones tendentes a la averiguación de los delitos. Tampoco plantean problemas aquellos casos en los que las Fuerzas de Seguridad actúen como policía judicial, pues en estos supuestos no estamos ante una actividad de la Administración pública, sino del Poder Judicial.

Es de prever que el problema surgirá cuando los expedientes ya finalizados sean requeridos por el juez penal como prueba documental. En este caso, la Administración no ha llevado a cabo ninguna actividad dirigida a la averiguación de un delito, por lo que una interpretación apegada a la literalidad del artículo 37.5.c) LAP llevaría a concluir la posibilidad de ejercicio del derecho. Ocurre, sin embargo, que con la remisión de los expedientes la Administración que los custodia ha perdido ya el dominio sobre los mismos (con independencia de que se hayan guardado copias del expediente), por lo que la resolución de la petición de acceso a esa documentación escapa a la esfera de decisión de la Administración al haberse trasladado al juez penal.

La solución aquí propuesta puede parecer incompatible con cuanto vengo diciendo, pero entiendo que es plenamente adecuada a las exigencias constitucionales, a la caracterización del artículo 105.b) Const. esencialmente como un principio y al mandato de optimización, en relación con la efectividad de otros bienes y valores constitucionalmente relevantes —y parece que la eficacia de las actuaciones judiciales, el respeto al secreto del sumario dispuesto por los órganos jurisdiccionales competentes y las garantías del proceso deben merecer esta calificación— que incorpora.

V. EL RETORNO A LOS PLANTEAMIENTOS APERTURISTAS POR INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

A la vista de cuanto se ha dicho en relación con el artículo 37 LAP, cabe concluir que este precepto representa un paso atrás en la optimización del principio recogido en el artículo 105.b) Const. Sin embargo, debe hacerse notar que en fecha reciente se ha producido una cierta recuperación de lo que podríamos denominar el *espíritu constitucional* con la aprobación de la Ley 38/1995, de 12 diciembre, sobre derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.

Conviene advertir, no obstante, que la citada Ley no es el resultado de una decisión libérrimamente adoptada por el legislador nacional, sino que responde a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias del Derecho comunitario europeo. Un Derecho que viene mostrando su creciente preocupación por asegurar el principio de transparencia como fórmula que coadyuve a salvar lo que se ha dado en llamar el *déficit democrático* de la ahora Unión Europea. Esta preocupación alcanzó su coronación con la incorporación al Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) de una *declaración relativa al derecho de acceso a la información*, donde la Conferencia

«(...) estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración. La Conferencia recomienda, por consiguiente, que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las Instituciones».

El tema fue tratado en el Consejo Europeo de Edimburgo (diciembre de 1992), donde los Jefes de Estado o de Gobierno, profundizando en los planteamientos establecidos en el Consejo Europeo de Birmingham (octubre de 1992), se congratulaban por las medidas adoptadas por la Comisión en el ámbito de la transparencia, al tiempo que proponían una serie de soluciones que aseguren la efectividad de este principio en relación con los trabajos del Consejo, el papel que representa y el acceso a la legislación co-

munitaria. Dentro del plazo dispuesto para ello, el 5 mayo 1993 la Comisión elaboró la Comunicación a que hacía referencia la Declaración anexa al TUE. A fin de no hacer excesivamente agotadora esta exposición de las decisiones adoptadas por las Instituciones comunitarias en relación con el principio de transparencia, baste recordar para concluir que el Consejo Europeo de Copenhague (junio 1993) volvió a pronunciarse sobre la cuestión.

Juntamente con estos pronunciamientos de naturaleza eminentemente política y con la elaboración de la comunicación prevista en la Declaración anexa al TUE, la realización del principio de transparencia ha cobrado especial protagonismo en el marco de la política ambiental comunitaria. Lo que se ha traducido en la adopción de dos textos jurídicos: con alcance general, la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 junio 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, y la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 mayo 1991, sobre tratamiento de aguas residuales urbanas, cuyo artículo 16 contiene un régimen de acceso más flexible incluso que el previsto en la Directiva de 1990.

La determinación de la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento a esta última Directiva dio lugar a un cierto forcejeo entre las autoridades españolas y las comunitarias (MARTÍN MATEO, 1994). Ese forcejeo se ha saldado con la aprobación de la ya citada Ley 38/1995, que representa una auténtica confesión de la insuficiencia del marco legal existente en nuestro país para el ejercicio del derecho de acceso y, en particular, del artículo 37 LAP.

Confesión que parece confirmarse si se contrastan las previsiones de la Ley 38/1995, de una parte, y del artículo 37 LAP, de otra. Así, por lo que se refiere a la titularidad del derecho, ésta se extiende a la totalidad de las *personas físicas o jurídicas, nacionales de uno de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo o que tengan su domicilio en uno de ellos* (art. 1.1). Adviértase que, en línea con el contenido de la Directiva comunitaria de 1990, no sólo se reconoce el derecho a los ciudadanos de la Unión (arts. 8 y ss. TUE), sino que se amplía a todos los *ciudadanos del Espacio Económico Europeo* e incluso, siempre que medie reciprocidad, a los ciudadanos de terceros Estados (art. 1.2).

Ampliación del sujeto activo del derecho respecto de lo dispuesto en el artículo 37 LAP a la que corresponde igualmente una extensión, bien que de manera indirecta, del sujeto pasivo. En este sentido, el artículo 2.2 impone a los *empresarios, individuales o sociales, que gestionen servicios públicos relacionados con el medio ambiente* la obligación de facilitar a la Administración titular del servicio la información que les solicite a los efectos de que ésta pueda cumplir con las obligaciones determinadas en esta Ley.

Los supuestos excluidos de ejercicio del derecho de acceso se recogen en el artículo 3.1. No interesa en estos momentos tanto examinar el alcance contenido de los nueve supuestos allí enumerados cuanto destacar la existencia de una previsión que, paradójicamente, no figura en el artículo 37 LAP. En efecto, el artículo 3.2 dispone que *las Administraciones públicas facilitarán la información ambiental que sea posible separar de la relacio-*

nada con los asuntos señalados en el apartado 1. Si el objeto del derecho no son propiamente los expedientes administrativos, sino los documentos que en ellos se contienen, no se alcanza a comprender por qué no se ha previsto con carácter general una solución como ésta, que la lógica más elemental parece demandar y sobre cuya conformidad con la teleología del artículo 105.b) Const. no creo que pueda existir duda alguna.

A diferencia de lo previsto en el artículo 37.1 LAP, la Ley 38/1995 no exige que los documentos integren un expediente ya terminado, sino únicamente que esos documentos no se encuentren inconclusos en el momento de formular la solicitud (art. 3.3). En este caso —y siempre de conformidad con el Derecho comunitario europeo— ha primado la consideración de los componentes participativos que inevitablemente incorpora la función pública de protección medioambiental, sin que esta ampliación del objeto del derecho deba suscitar dudas acerca de la conformidad del artículo 37.1 LAP al marco constitucional.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley 38/1995 contiene una serie de previsiones en punto a los plazos de que dispone la Administración para resolver las solicitudes, los efectos de la inactividad administrativa y el sistema de recursos que, inexplicablemente, faltan en el artículo 37 LAP. De acuerdo con el apartado primero del mencionado precepto, el plazo máximo para resolver las solicitudes será de dos meses *a partir del día de la fecha en que aquellas hayan tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente.* En el supuesto de que no recayera resolución expresa, que en todo caso deberá ser motivada (art. 4.2), *la solicitud se entenderá desestimada* (art. 4.1 *in fine*). En cuanto al sistema de recursos, el artículo 4.3 establece que estas resoluciones agotan la vía administrativa, por lo que queda abierta la puerta para acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La lectura de este precepto nos enfrenta con uno de los aspectos más vidriosos del tema que nos ocupa: las garantías del derecho.

VI. ALGUNAS ACOTACIONES MARGINALES SOBRE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA. UN DERECHO SIN GARANTÍAS EFECTIVAS

En el momento de abordar la efectividad práctica del derecho de acceso a la documentación administrativa es preciso partir de una consideración insoslayable relativa a la modestia del mismo. No estamos, ciertamente, ante uno de los *temas centrales* del Derecho público de nuestros días; tampoco, conviene advertirlo, ante un supuesto caracterizado por la conflictividad jurídicamente formalizada. Son realidades de todos conocidas, pero que no eximen de un análisis de las garantías del derecho en cuestión, pues acaso debamos llegar a la conclusión de que la razón última de la escasa conflictividad habida hasta la fecha sea la ausencia de unos cauces adecuados para su eficacia y protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro sistema de garantías procesales está diseñado para asegurar la efectividad de los llamados derechos de la *primera generación*, de los dere-

chos de libertad, pero no responde a las necesidades que presentan los denominados derechos de prestación de la *tercera generación*. Acaso en la incapacidad del ordenamiento jurídico para proporcionar un cauce adecuado a las demandas sociales crecientes de actuación de los poderes públicos quepa ver una de las causas de la quiebra del Estado social. Con estas reflexiones como telón de fondo debemos analizar los mecanismos garantizados, si es que los hay, del derecho de acceso a la documentación administrativa.

Comenzaré con una reflexión muy marginal. Si algo caracteriza a la LAP es su elevado grado de desconfianza hacia aquellos servidores públicos llamados a aplicarla. Inexplicablemente, los funcionarios no han de dotar de pleno contenido a las disposiciones de la Ley por la interiorización de sus postulados, sino para evitar el cúmulo de amenazas de sanciones disciplinarias, exigencias de responsabilidad, etc., que pesan sobre ellos. Cuestión distinta es que esas responsabilidades sean efectivamente exigidas, que se actúen los mecanismos disciplinarios, toda vez que ello llevaría consigo la paralización de nuestras Administraciones públicas. Pues bien, no deja de resultar un tanto sorprendente que prácticamente en el único supuesto donde los funcionarios quedan libres de esa amenaza generalizada es el derecho de acceso a la documentación administrativa. A mayor abundamiento, el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero, y con él la totalidad de los reglamentos autonómicos en la materia, no tipifican como falta disciplinaria la obstaculización del ejercicio de este derecho, sino, antes al contrario, la inobservancia del deber de sigilo, siempre y cuando se cause *perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio*. Por contra y de manera no menos sorprendente, el artículo 542 del nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, 23 noviembre, castiga con la pena de inhabilitación de uno a cuatro años a la autoridad o funcionario público que, *a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes*. No es el momento de abordar una interpretación exhaustiva del precepto en cuestión, pero sí de advertir acerca del riesgo de *penalización* del Derecho administrativo que esta y otras disposiciones del Código encierran; un Código que, al menos formalmente, parece lejos de inspirarse en el principio de intervención mínima del Derecho penal.

Pasando ya al sistema ordinario de garantías, habrá que comenzar indicando que la solicitud de acceso deberá presentarse ante el órgano o Administración pública que ostente la custodia del documento o expediente, que puede no coincidir con aquel o aquella que lo elaboró. También con carácter marginal, debemos dejar constancia de que, por fortuna para el particular, resultará inhabitual la utilización de algunos de los registros generales a que se refiere el artículo 38.4 LAP para la presentación de la solicitud. De otro modo el cómputo de los plazos comienza desde la fecha de entrada en los registros del órgano competente (arts. 48.4, segundo párrafo, LAP y 4.1 Ley 38/1995) y, toda vez que el órgano no está obligado a acusar recibo de la recepción de la solicitud, el ciudadano difícilmente sabría

en qué momento concreto ha transcurrido el plazo para resolver. Dicha solicitud habrá de reunir los requisitos recogidos en el artículo 70.1 LAP y deberá ser resuelta por escrito (art. 55.1) por el encargado del registro correspondiente. Muy bien pudiera suceder, de hecho será lo normal, que la solicitud revista forma oral y sea contestada de igual modo. Dos son en tal caso las posibilidades que se le ofrecen al solicitante: o bien recurre la hipotética denegación, sabiendo en todo caso que no existe constancia de la misma y suponiendo al ciudadano interesado sabedor del sistema de recursos que cabe contra este particular acto administrativo, o bien reitera por escrito la petición, lo que pudiera dar lugar a la inadmisibilidad de esta segunda petición o, alternativamente, a su tramitación como recurso contra la primera denegación.

A falta de una norma de procedimiento expresa, el plazo de que dispone la Administración para resolver es de tres meses (art. 42.2 LAP), salvo en el supuesto de informaciones medioambientales, donde el artículo 4.1 Ley 38/1995 reduce ese plazo a dos meses. Cualquiera de los dos plazos se me antoja excesivamente largo y representa ya de por sí una auténtica denegación del derecho. En el supuesto de que transcurra dicho plazo sin que recaiga resolución expresa, el silencio debe entenderse, excepto en el caso de las informaciones medioambientales (art. 4.1 Ley 38/1995), positivo, lo que obligaría al ciudadano a solicitar la correspondiente certificación de acto presunto (art. 44 LAP), verdadera denuncia de mora que reabre para la Administración los plazos para resolver, en este caso durante veinte días hábiles. Puede ocurrir, no obstante, que transcurridos esos veinte días hábiles la Administración no haya expedido la correspondiente certificación y el ciudadano, deseoso de hacer valer su derecho, se enfrente a una inactividad material de la Administración.

En tal caso, la respuesta que le ofrece el ordenamiento es la interposición de un recurso contencioso-administrativo, en el supuesto de que el acto agote vía, lo que no será habitual, salvo en materia medioambiental (art. 4.3 Ley 38/1995), o de un recurso ordinario ante el superior jerárquico, que a su vez dispone de otros tres meses para resolver, con lo que en los supuestos más frecuentes habrán transcurrido ya unos siete meses desde la primera solicitud sin que el particular haya podido consultar la documentación. La interposición del recurso contencioso-administrativo plantea varias dudas. La primera de ellas, determinar si a la solicitud de certificación de acto presunto debe añadirse el escrito de comunicación previa —arts. 110.3 LAP y 57.2.f) LJ— en los casos de que el acto agote vía; piénsese que no cabe acudir a la vía procesal de la Ley 62/1978. El Tribunal Constitucional ha configurado la omisión de la acreditación de haber presentado la comunicación previa como un defecto subsanable (STC 76/1996, de 30 abril, FJ 7.º), por lo que el Tribunal Contencioso-Administrativo competente deberá otorgar plazo de diez días para la subsanación del defecto (art. 129 LJ). Pero ¿qué sucede en el supuesto de que no se subsane el defecto o se haga fuera de plazo?; ¿el incumplimiento de un mero defecto formal, la falta de presentación de un nuevo escrito —nótese que llevamos un mínimo de dos— ante la Administración actuante debe con-

vertirse en causa de denegación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva?

En el supuesto de que el Tribunal competente acordase la admisión a trámite del recurso contencioso-administrativo, reclamará el expediente administrativo (art. 61.1 LJ). ¿Qué expediente, el correspondiente al acto administrativo que se impugna como se deduce del citado artículo 61.1 LJ o aquel en que figura la documentación cuya consulta no se ha facilitado? Supuesto que entendamos lo primero, la remisión carece de sentido, excepción hecha de las materias clasificadas, pues no proporciona al Tribunal elemento alguno de juicio. Sin embargo, si optamos por la segunda solución, estamos ante un supuesto sorprendente de finalización del proceso por satisfacción *intraprocesal* de la pretensión, dado que el sentido de la reclamación del expediente no es otro que entregarlo al demandante para que éste deduzca la demanda (art. 67.1 LJ), lo que dará lugar, obviamente, al desistimiento.

De salvarse este escollo, lo que no resulta tarea fácil, el proceso continuará su sustanciación hasta concluir con la correspondiente Sentencia. Pues bien, en la actualidad la duración normal de un proceso contencioso-administrativo viene a ser en nuestro país de unos tres años. Lapso que puede elevarse hasta los ocho o nueve años en el supuesto de que contra dicha Sentencia se interponga recurso de casación, posibilidad de que disponen las partes, toda vez que en estos casos la cuantía del recurso será por lo común indeterminada, y hasta unos catorce si, además, se interpusiere recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando violación de algún derecho fundamental. Si a ello añadimos los siete meses que, como mínimo, se han consumido hasta abrir el cauce judicial, las cifras arrojan un resultado que viene prácticamente a coincidir con el traslado de la documentación a los archivos históricos (art. 3.1 Decreto 914/1969), con lo que su consulta se facilita notablemente.

La situación resulta sencillamente absurda. Para salvarla podrían haberse apurado algunas soluciones alternativas a la formalización judicial del conflicto, como podría ser la creación de una Administración Independiente en la materia (MESTRE DELGADO). Ciertamente, la solución estaba al alcance del legislador, toda vez que de manera casi paralela a la tramitación de la LAP se produjo la aprobación de la LORTAD, que erige la Agencia de Protección de Datos. Hubiera sido deseable que se aprovechara la ocasión y que, dando mayor alcance a las competencias de la Agencia pero aprovechando su propia existencia, se le asignara la resolución de los conflictos —al menos con carácter potestativo y salvada siempre la competencia de los órganos jurisdiccionales— a que pudiera dar lugar la aplicación del artículo 37 LAP. Al no haberse hecho así, el derecho queda vaciado de contenido, sin garantías efectivas y afectada la seguridad jurídica, en la medida en que la interpretación del artículo 37 LAP queda al albur de los encargados de los diversos archivos y registros existentes en las más de siete mil Administraciones actuantes en nuestro Derecho.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Existen diversos estudios generales sobre el principio de transparencia en la actuación de los poderes públicos y el derecho de acceso a la documentación administrativa elaborados con anterioridad a la promulgación de la Ley 30/1992, 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Entre ellos destacaré únicamente los siguientes: Fernando SAINZ MORENO, «Secreto e información en el Derecho Público», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coordinador), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo III, págs. 2863 a 2981, 1991, Civitas, Madrid, donde puede encontrarse, además, una exhaustiva y rigurosa clasificación de los registros públicos existentes en nuestro ordenamiento; del mismo autor, *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 24 (1980), págs. 119 y ss.; José Manuel CASTELLS ARTECHE, *El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 10 (1984), págs. 135 y ss., y Luis Alberto POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, 1989, INAP, Madrid.

Tras la Ley 30/1992, deben mencionarse los estudios de Juan Francisco MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos —Análisis del artículo 105.b) de la Constitución—*, 1993, Civitas, Madrid, que trasciende los límites de la Ley en cuestión, y Antonio EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, 1994, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, pág. 83 y ss., así como «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (directores), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993, Tecnos, Madrid, págs. 99 y ss., también de mayor alcance del que parecen dar a entender su ubicación y las propias palabras del autor en la Introducción a la primera de las obras citadas.

Desde otras perspectivas, convendrá no olvidar la fuerte carga ideológica con que se ha planteado en muchas ocasiones la dicotomía secreto/transparencia en el actuar de los poderes públicos, hasta el punto de concebirse el secreto profesional como una derivación del impulso de poderío propio del sistema de dominación legal-burocrática en la conocida formulación de Max WEBER, *Economía y Sociedad*, cito por la edición en español de 1984 del Fondo de Cultura Económica, Méjico, pág. 179 y *passim*, donde, además, se contienen indispensables reflexiones en torno a la opacidad del aparato burocrático.

El estudio de la situación existente en el Derecho preconstitucional demanda, inexcusablemente, la lectura de Enrique GÓMEZ REINO, *El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 8 (1976), págs. 120 y ss. La referencia a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO debe entenderse

hecha al prólogo de su obra *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, 1975, Tecnos, Madrid.

La cita de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO remite, claro es, a su libro *En los albores de la democracia*, 1979, Guara Editorial, Zaragoza, pág. 77, donde se recogen sus intervenciones como Senador destinadas a lograr una profunda reforma de una ley a la que calificara como *vestigio odioso de un pasado a superar*.

Las referencias a la dogmática alemana de los derechos fundamentales están tomadas del excelente trabajo de Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Adviértase que la denominación de «disposiciones satélites correspondientes» es de F. KLEIN, cuyos planteamientos se estudian en pág. 65 del citado estudio. La referencia a la tesis defendida por Ramón MARTÍN MATEO debe entenderse hecha a su trabajo *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, 1994, Trivium, Madrid, págs. 163 a 199. Las citas de Miguel SÁNCHEZ MORÓN lo son por sus estudios *El principio de participación en la Constitución*, en el núm. 89 de esta REVISTA (1979), págs. 171 y ss., y *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, 1991, Instituto de España/Espasa-Calpe, Madrid, págs. 69 y ss. Finalmente, por lo que hace a la vinculación de los artículos 44 y 105.b) Const., es imprescindible la consulta de Juan Manuel ALEGRE AVILA, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 1994, Ministerio de Cultura, Madrid, y *El ordenamiento estatal del Patrimonio Histórico Español: principios y bases de su régimen jurídico*, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núms. 255-256 (1992), págs. 599 y ss.

En torno al vaciamiento de competencias locales, vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales del régimen local*, 2.^a ed., 1986, Instituto García Oviedo, Sevilla; en especial, su estudio sobre «El servicio público del gas», auténtico «tema testigo» en este punto. Resulta obligada igualmente, la cita de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO *et al.*, *Descentralización administrativa y organización política*, 1973, Alfaguara, Madrid; particularmente la «Aproximación histórica» que, elaborada por el propio Sebastián MARTÍN-RETORTILLO y Enrique ARGULLOL, integra el primer tomo de la obra y el trabajo de Javier SALAS, «El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre la Administración local y la del Estado», págs. 297 y ss. del segundo tomo. La estatalización de las competencias locales originarias ha sido una constante en nuestro Derecho público que afecta a las más diversas materias, como puede verse *ad exemplum* en la primera parte del estudio de Santiago MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios públicos sanitarios*, 1995, Alianza, Madrid.

Por lo que se refiere al tratamiento tradicional de los archivos en nuestro Derecho público, resulta oportuna la lectura de Angel SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema de archivos: de las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 65 (1990), págs. 359 y ss., quien pone el acento en las insuficiencias de esta regulación, pero también en las carencias de las reformas emprendidas en el Derecho postconstitucional.

Para el análisis del artículo 37 LAP, además de los trabajos ya mencionados de Antonio EMBID IRUJO y Juan Francisco MESTRE DELGADO, deben verse en especial los comentarios a dicho precepto de Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 1993, Marcial Pons, Madrid, págs. 154 y ss., y Juan Carlos DA SILVA OCHOA, «Derechos de los ciudadanos, con especial referencia a lenguas y acceso a registros», en Benigno PENDAS GARCÍA (coordinador), *Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, 1993, Praxis, Madrid, págs. 318 y ss.

Una panorámica del derecho de acceso a la documentación administrativa en el Derecho francés puede obtenerse con la lectura del trabajo de Bénédicte DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'Administration et les administrés*, 1993, París, LGDJ, págs. 501 y ss.

En el examen de la Ley 38/1995, de 12 diciembre, que regula el derecho de acceso a la documentación administrativa, he manejado los estudios ya citados de Ramón MARTÍN MATEO y Antonio EMBID IRUJO. Las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo relativas a la transparencia de las instituciones comunitarias pueden consultarse en «Boletín CE», núm. 12-1992, pág. 7 y *passim*; la comunicación de la Comisión se recoge en «DOCE», Serie C, núm. 156, de 8 junio 1993; las conclusiones del Consejo Europeo de Copenhague están tomadas de «Boletín CE», núm. 6-1993, pág. 15 y *passim*.

