

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS COMO
OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO PREVISTO POR
EL ARTICULO 105 B) DE LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA**

LEONOR RAMS RAMOS

DIRECTORES:

Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Prof. Dr. D. Tomás Cano Campos

Junio, 2008

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| PARTE I. PERSPECTIVAS INTERNACIONALES YCOMUNITARIAS | |
| DEL DERECHO DE ACCESO..... | 11 |
| CAPITULO 1. EL DERECHO DE ACCESO EN LOS ESTADOS UNIDOS.. | 11 |
| I. Los orígenes del derecho de acceso en los Estados Unidos..... | 11 |
| II. El fundamento constitucional del derecho de acceso en los Estados Unidos..... | 16 |
| III. La regulación federal del derecho de acceso en los Estados Unidos..... | 20 |
| 1. Caracteres generales de la regulación y procedimiento de acceso..... | 27 |
| 2. Sujetos del derecho de acceso regulado en la <i>Freedom of Information Act</i> | 29 |
| 3. Las excepciones previstas por la norma..... | 32 |
| A) Materias clasificadas por razones de defensa nacional o política exterior..... | 34 |
| B) Materias relacionadas con la normativa interna de personal y procedimientos de las Agencias..... | 37 |
| C) Materias excluidas de acceso por Ley..... | 38 |
| D) Materias relativas al secreto comercial..... | 39 |
| E) Documentos internos de las Agencias..... | 41 |
| F) Expedientes que contengan datos de carácter personal..... | 43 |
| G) Documentos relativos a la aplicación de las Leyes (<i>law enforcement</i>)..... | 44 |
| H) Información financiera, geofísica y geológica..... | 45 |
| 4. Las exclusiones..... | 46 |
| 5. Los recursos..... | 49 |
| IV. El objeto del derecho de acceso..... | 50 |
| 1. Los documentos federales de obligatoria publicación..... | 50 |

| | |
|---|----|
| 2. El problema de la determinación del objeto del derecho de acceso: el “documento de agencia” (<i>agency record</i>)..... | 52 |
| A) Los caracteres del documento (<i>record</i>), según la Jurisprudencia..... | 53 |
| B) El necesario carácter documental de los “ <i>agency records</i> ”..... | 56 |
| C) La necesaria vinculación entre el documento y la Agencia para su consideración como “ <i>agency records</i> ”..... | 58 |
| a) La creación o custodia del documento..... | 59 |
| b) El control efectivo del documento..... | 60 |
| c) La vinculación por la materia: que se trate de competencias propias de la agencia..... | 62 |
| CAPITULO 2. EL DERECHO DE ACCESO EN LA UNIÓN EUROPEA.... | 65 |
| I. Evolución del derecho de acceso en la Unión Europea..... | 65 |
| 1. El Reglamento de acceso a los archivos históricos de las Comunidades Europeas..... | 67 |
| 2. Las Resoluciones del Parlamento Europeo y la interpretación restrictiva de la Comisión Europea del acceso a los documentos..... | 72 |
| 3. El Tratado de Maastricht y el Código de Conducta del Consejo y de la Comisión..... | 76 |
| 4. La aplicación del Código de conducta y el valor normativo del mismo..... | 79 |
| A) Los instrumentos jurídicos de aprobación del Código de Conducta por el Consejo y la Comisión..... | 79 |
| B) El régimen de excepciones previsto por el Código de Conducta... 86 | |
| 5. La intervención del Defensor del Pueblo..... | 89 |
| II. La regulación actual del derecho de acceso..... | 92 |
| 1. El artículo 255 TCE introducido por el Tratado de Ámsterdam..... | 92 |
| 2. El Reglamento n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Caracteres generales de la nueva regulación..... | 97 |

| | |
|--|---------|
| 3. El sistema de excepciones al ejercicio del derecho de acceso en el Reglamento n.º 1049/2001..... | 99 |
| A) Las excepciones de carácter imperativo..... | 102 |
| B) Las excepciones cuya aplicación exige una ponderación de intereses..... | 104 |
| C) Las excepciones cuya aplicación exige un doble test de ponderación..... | 109 |
| 4. El procedimiento de acceso a los documentos de las instituciones..... | 111 |
| 5. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea..... | 114 |
| III. El objeto del derecho de acceso..... | 120 |
| 1. El objeto del derecho de acceso a los archivos históricos de las Comunidades Europeas..... | 121 |
| 2. La Declaración n.º 17 aneja al Acta final del Tratado de Maastricht y el objeto del derecho de acceso en el Código de Conducta..... | 127 |
| 3. El objeto del derecho de acceso en el Reglamento n.º 1049/2001, de 30 de mayo de 2001..... | 135 |
| A) La definición de documento..... | 136 |
| B) La supresión de la “regla de autor” y el nuevo régimen de los documentos de terceros..... | 139 |
| a) El acceso a los documentos de terceros en poder de las Instituciones comunitarias..... | 139 |
| b) El acceso a los documentos comunitarios en poder de los Estados miembros..... | 146 |
| C) Los documentos “sensibles”..... | 150 |
| PARTE II. EL DERECHO DE ACCESO EN ESPAÑA..... | 153 |
| CAPITULO 3. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS..... | 153 |
| I. La necesidad del estudio de la naturaleza jurídica del art. 105 b) CE..... | 153 |
| II. La elaboración del art. 105 b) CE..... | 156 |
| 1. La legislación anterior a la Constitución..... | 156 |

| | |
|--|-----|
| 2. La elaboración del artículo 105 de la Constitución Española..... | 160 |
| A) La Ponencia Constitucional..... | 160 |
| B) El Borrador del Anteproyecto de Constitución..... | 162 |
| C) La presentación del Anteproyecto y los votos particulares de los Ponentes..... | 166 |
| D) La fase de enmiendas al Anteproyecto..... | 167 |
| E) El Informe de la Ponencia..... | 168 |
| F) La tramitación del Proyecto en Congreso y Senado..... | 169 |
| G) La aprobación del Texto Constitucional y sus primeras Repercusiones..... | 172 |
| III. Las posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del derecho acceso del art. 105 b) CE..... | 175 |
| 1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979..... | 178 |
| 2. El derecho de acceso como derecho subjetivo de configuración legal. | 189 |
| 3. El derecho de acceso como derecho instrumental de otros derechos fundamentales: en concreto, como expresión del derecho a la información contenido en el art. 20.1 d) CE..... | 196 |
| 4. El art. 105 b) CE como precepto constitucional declarativo de principios..... | 207 |
| IV. La necesidad de una nueva perspectiva de análisis del art. 105 b) CE... | 212 |
| 1. El valor normativo de la Constitución en relación con el art. 105 de la misma..... | 215 |
| A) La heterogeneidad normativa de los preceptos constitucionales | 216 |
| B) La situación del art. 105 CE entre los preceptos constitucionales. | 218 |
| 2. La interpretación del art. 105 CE..... | 221 |
| A) Interpretación desde la perspectiva literal y lógico-gramatical..... | 221 |
| B) La interpretación sistemática, axiológica y teleológica del precepto..... | 226 |
| a) La interpretación sistemática de los tres apartados del art. 105 CE..... | 226 |
| b) La interpretación sistemática del art. 105 CE dentro del Título IV “Del Gobierno y de la administración”..... | 227 |

| | |
|---|-----|
| c) Los elementos axiológicos presentes en el art. 105 CE: | |
| los principios de transparencia y de participación..... | 228 |
| a') El principio de transparencia..... | 230 |
| b') El principio de participación..... | 241 |
| 3. La eficacia jurídica del art. 105 CE..... | 248 |

CAPÍTULO 4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARCHIVOS

| | |
|---|-----|
| ADMINISTRATIVOS..... | 257 |
| I. La necesidad de delimitar los archivos administrativos como objeto del derecho de acceso..... | 257 |
| II. El Patrimonio Documental..... | 262 |
| 1. La determinación del patrimonio documental por la Ley del Patrimonio Histórico Español..... | 262 |
| 2. El patrimonio documental de las Comunidades Autónomas..... | 269 |
| 3. El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónoma en materia de patrimonio documental..... | 274 |
| 4. Los archivos administrativos como parte del patrimonio documental.. | 278 |
| III. El concepto de archivo..... | 281 |
| 1. La definición de archivo..... | 282 |
| 2. Los archivos frente a otras instituciones documentales: bibliotecas y fondos documentales y colecciones de documentos..... | 284 |
| 3. La finalidad de los archivos como elemento definitorio de los mismos: su diferenciación de los registros administrativos..... | 290 |
| IV. El régimen jurídico aplicable a los archivos..... | 298 |
| 1. El reparto de competencias en materia de archivos..... | 299 |
| A) La determinación de los archivos de titularidad estatal..... | 304 |
| B) La determinación de los archivos de titularidad autonómica..... | 306 |
| 2. Archivos administrativos y archivos históricos..... | 309 |
| A) La distinción entre archivos administrativos e históricos en la legislación preconstitucional..... | 310 |
| B) La distinción entre archivos administrativos e históricos tras la aprobación de la Constitución Española de 1978..... | 317 |

| | |
|--|-----|
| 3. Los sistemas archivísticos: tipos y fases de archivo..... | 320 |
| A) La fase de Archivo de gestión o de oficina..... | 323 |
| B) La fase de Archivo Central..... | 325 |
| C) La fase de Archivo Intermedio..... | 327 |
| D) La fase de Archivo Histórico..... | 329 |
| 4. El ciclo vital de los documentos: las fases activa, semiactiva e inactiva o histórica..... | 329 |
| 5. Las particularidades de los archivos electrónicos..... | 331 |
| V. El sistema español de archivos..... | 337 |
| 1. El sistema archivístico estatal..... | 337 |
| A) La normativa aplicable..... | 340 |
| B) Los centros de Archivo..... | 342 |
| C) Los órganos del sistema archivístico..... | 344 |
| 2. Los sistemas archivísticos de las Comunidades Autónomas..... | 347 |
| A) La normativa aplicable..... | 347 |
| B) Los centros de Archivo..... | 349 |
| C) Los órganos de los sistemas archivísticos autonómicos..... | 351 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO 5. EL CONCEPTO DE REGISTRO ADMINISTRATIVO Y SU DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTROS REGISTROS..... | 353 |
| I. La necesidad de delimitar el concepto de registro administrativo respecto de otros registros..... | 353 |
| II. La búsqueda de una noción única de registro..... | 357 |
| III. La imposibilidad de una noción única de registro: la clasificación en “registros jurídicos” y “registros administrativos”..... | 360 |
| 1. La tesis de una única naturaleza administrativa de los registros..... | 365 |
| 2. La tesis de una distinta naturaleza jurídica para cada tipo de registro...369 | |
| 3. Conclusión parcial sobre la naturaleza jurídica de los registros..... | 371 |
| IV. Distinción entre “registros administrativos” y “registros jurídicos”..... | 373 |
| 1. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por razón de su naturaleza..... | 374 |

| | |
|--|-----|
| 2. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por su finalidad..... | 379 |
| 3. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por sus efectos y publicidad..... | 384 |
| 4. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por la actividad del Registrador o responsable del registro | 392 |
| 5. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por el acceso a los mismos..... | 394 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 6. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO I: LOS SUJETOS..... | 397 |
| I. Los sujetos activos del derecho de acceso..... | 397 |
| 1. El concepto de ciudadano como titular del derecho de acceso a archivos y registros administrativos en el art. 105 b) CE..... | 397 |
| A) El concepto de ciudadano en la Constitución Española..... | 398 |
| B) El concepto de ciudadano en el art. 105 b) CE..... | 402 |
| 2. El concepto de ciudadano en la LRJAP..... | 411 |
| A) La determinación de los titulares de los derechos frente a la Administración: “administrados” o “ciudadanos”..... | 411 |
| B) La elección legislativa del término “ciudadanos” para designar a los titulares de los derechos del art. 35 LRJAP..... | 414 |
| 3. Los sujetos del derecho de acceso en el art. 37 LRJAP..... | 419 |
| 4. Algunos sujetos especiales del derecho de acceso..... | 425 |
| A) Sujetos cualificados del derecho de acceso..... | 425 |
| B) Los sujetos del derecho de acceso en el ámbito local..... | 428 |
| C) Los sujetos del derecho de acceso en la Ley del Patrimonio Histórico Español..... | 430 |
| D) Breve referencia a los sujetos activos del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente..... | 432 |
| 5. La legitimación exigida para el ejercicio del derecho de acceso..... | 433 |
| A) La legitimación exigida en el art. 37.2 LRJAP..... | 435 |
| B) La legitimación exigida en el apartado 3 del art. 37 LRJAP..... | 438 |

| | |
|--|-----|
| a) La determinación del interés legítimo y directo..... | 440 |
| b) La determinación jurisprudencial del “interés legítimo” | 443 |
| c) La determinación jurisprudencial del “interés directo”..... | 444 |
| d) La interpretación jurisprudencial de la legitimación exigida por el art. 37.3 LRJAP..... | 448 |
| II. Los sujetos pasivos del derecho de acceso..... | 451 |

CAPITULO 7. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO II:

SU DETERMINACIÓN POR EL OBJETO..... 459

| | |
|--|-----|
| I. Los archivos y registros administrativos como objeto del derecho de acceso: recapitulación..... | 459 |
| II. El derecho de acceso a los archivos administrativos..... | 463 |
| 1. El acceso a los documentos..... | 464 |
| A) La definición de documento..... | 464 |
| B) La definición de “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”..... | 470 |
| C) La determinación de los “documentos de carácter nominativo”... | 480 |
| 2. La necesidad de que los documentos se hallen incorporados a un expediente..... | 492 |
| 3. La necesaria terminación del procedimiento..... | 500 |
| A) La regulación por la LRJAP de la terminación de los procedimientos..... | 506 |
| B) El problema de los procedimientos terminados por silencio administrativo..... | 509 |
| C) El problema de la firmeza de los actos para declarar la terminación del procedimiento: los recursos administrativos y los actos que despliegan sus efectos a lo largo de un período de tiempo..... | 512 |
| D) El problema de los documentos que no forman parte de ningún procedimiento. | 514 |
| 4. La incorporación a los archivos administrativos..... | 515 |

| | |
|--|-----|
| A) El deber de la Administración de conservación y archivo de los documentos administrativos..... | 517 |
| B) Las consecuencias del incumplimiento de esta obligación..... | 520 |
| C) El problema de los documentos que se encuentran en las dependencias de las unidades administrativas o que obran en los “archivos de oficina”; en particular, las restricciones operadas por la Ley de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid..... | 524 |
| D) El problema del solapamiento entre regímenes jurídicos aplicables: las normas de acceso en la LPHE..... | 529 |
| III. El derecho de acceso a los registros administrativos..... | 539 |
| 1. El ámbito de aplicación del art. 37 LRJAP: la determinación de los registros cuyo régimen jurídico de acceso se establece en el mismo..... | 541 |
| 2. El régimen jurídico de acceso a los registros administrativos, previsto por el art. 37 LRJAP..... | 544 |
| A) La aplicabilidad de todos los apartados del art. 37 LRJAP al acceso a los registros: en particular, a aquéllos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas o documentos de carácter nominativo. Remisión..... | 546 |
| B) La tensión entre la finalidad de publicidad propia de los Registros y la necesaria protección de la privacidad derivada del art. 18.4 CE y la LOPD..... | 550 |
| IV. El procedimiento de acceso..... | 555 |
| 1. El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso..... | 555 |
| A) La iniciación del procedimiento..... | 557 |
| a) Requisitos generales de la solicitud de acceso..... | 557 |
| b) En particular, el requisito relativo al carácter individualizado de la petición..... | 559 |
| B) La tramitación del procedimiento. La determinación del órgano competente para resolver el procedimiento..... | 569 |
| C) La resolución del procedimiento..... | 573 |
| a) El plazo máximo de resolución del procedimiento..... | 573 |

| | |
|--|---------|
| b) El silencio administrativo en el procedimiento de acceso..... | 575 |
| c) La motivación de las resoluciones denegatorias en el procedimiento de acceso..... | 580 |
| 2. El acceso directo a los archivos y registros administrativos y el derecho a obtener copias y certificados de los documentos..... | 582 |
| A) Las copias y certificados de los documentos que obran en los archivos administrativos..... | 588 |
| B) Las notas simples y certificados de los asientos registrales..... | 591 |
| C) Las limitaciones al derecho de obtención de copias y certificaciones..... | 592 |
| CAPITULO 8. LOS LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO..... | 595 |
| I. El desarrollo legislativo por la LRJAP de los límites y exclusiones al derecho de acceso previstos por el art. 105 b) CE..... | 595 |
| II. Los límites al derecho de acceso establecidos en el art. 37.4 LRJAP.... | 603 |
| III. Las exclusiones de acceso previstas por el apartado 5 del art. 37 LRJAP..... | 612 |
| 1. Los expedientes que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las CCAA, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho administrativo..... | 612 |
| 2. Los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado..... | 620 |
| 3. 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 estén realizando..... | 628 |
| 4. Los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial..... | 633 |
| 5. Los expedientes relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria..... | 641 |
| IV. Las remisiones a regímenes específicos..... | 647 |

| | |
|---|-----|
| 1. Archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas. Remisión..... | 648 |
| 2. Documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes..... | 649 |
| 3. Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral..... | 656 |
| 4. Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública..... | 659 |
| 5. El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley..... | 666 |
| A) El Registro Civil..... | 668 |
| B) El Registro Central de Penados y Rebeldes..... | 671 |
| C) Otros Registros públicos excluidos por el art. 37.6.e) LRJAP.... | 674 |
| 6. El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local..... | 677 |
| 7. La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos..... | 681 |
| RECAPITULACIÓN FINAL..... | 687 |
| CONCLUSIONES..... | 703 |
| BIBLIOGRAFÍA GENERAL..... | 715 |
| ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA..... | 735 |
| ÍNDICE DE ABREVIATURAS..... | 743 |

INTRODUCCIÓN

I

El derecho de acceso a la información pública ha ido cobrando una gran relevancia en la comunidad internacional durante los últimos años, hasta el punto de que se han dictado numerosas leyes de acceso.

La razón de ser de este importante desarrollo del derecho de acceso en el ámbito internacional es su consideración como instrumento fundamental para la garantía de la transparencia de la actuación de los poderes públicos, tanto en los nuevos Estados, o en las democracias emergentes, como en las organizaciones supraestatales, como la Unión Europea, que buscan una mayor legitimidad democrática a través del impulso de la transparencia de sus actuaciones, siendo el derecho de acceso una de las fundamentales vías utilizadas para ello.

La transparencia, como instrumento de control de la actuación de las Administraciones y organizaciones públicas, se erige, por tanto, como principio fundamental, que trae causa, directamente, del principio democrático y que encuentra, en el derecho de acceso, uno de sus más importantes instrumentos. No obstante, la virtualidad jurídica del derecho de acceso va más allá de la realización de este principio de transparencia, pues, al conferir a los ciudadanos un verdadero derecho subjetivo, les permite exigir de las Administraciones Públicas la puesta a su disposición de gran cantidad de información que éstas manejan en el ejercicio de sus competencias, permitiéndoles así no sólo poder controlar la actuación de dichas Administraciones, sino que coadyuva asimismo a la tutela de sus

derechos e intereses legítimos cuya defensa se logra, en muchos, casos, a través del acceso a la información sobre los mismos que dichas organizaciones poseen.

En el ámbito español, en el que se centra el presente estudio, el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos tuvo un temprano reconocimiento a través de su consagración como derecho constitucional en el art. 105 b) de la Constitución Española (CE) de 1978. Hasta entonces, se habían hecho tímidas proclamaciones del principio de transparencia -Ley de Prensa de 1966- o del principio de publicidad -Ley de Secretos Oficiales de 1968-, sin consecuencias jurídicas relevantes, a pesar de establecer una obligación de información de las Administraciones Públicas.

Su declaración como derecho constitucional, hecho sin precedentes en nuestro entorno legislativo hasta el momento, no tuvo sin embargo las consecuencias que serían de desear tras la proclamación de un derecho de tal enjundia, pues poco después de la entrada en vigor del nuevo Texto Constitucional, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de octubre de 1979, diferiría el posible ejercicio de este derecho hasta que su desarrollo legal le otorgara eficacia jurídica directa como derecho subjetivo.

No obstante, como veremos, no faltaron las voces que lo consideraban como un derecho con todos los elementos necesarios para su reconocimiento -sujetos, objeto y límites-, cuya eficacia no podía quedar diferida al arbitrio del legislador y, sobre todo, las que clamaban por el reconocimiento a través del art. 105 b) CE de un principio general de actuación de las Administraciones Públicas, el principio de transparencia, que como tal no necesitaba de ningún desarrollo normativo para tener plena eficacia, como el resto de principios que presiden la actuación de los poderes públicos en general -previstos por el art. 9 del Texto Constitucional- y de las Administraciones Públicas en concreto -art. 103 de la Constitución-.

En todo caso, las dudas sobre la eficacia jurídica y la plena aplicabilidad de este derecho –y de los principios que se encuentran en su fundamento– se disiparon tras la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), que proclama el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos como derecho subjetivo de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas en su art. 35 h) y que se desarrolla, previéndose las formas de ejercicio del mismo, en el art. 37 de la misma Ley.

Muchos e importantes estudios doctrinales se han hecho de este derecho¹, tanto en su vertiente constitucional como legislativa, por eminentes administrativistas de nuestro país, desde su consagración en la Constitución española y, sobre todo, tras su desarrollo legislativo, de entre los que se puede señalar un punto en común: la crítica generalizada por el desarrollo legislativo de este derecho, llevado a cabo en una Ley, como es la LRJAP, que también ha sido objeto de numerosas e importantes críticas, en un único artículo de carácter restrictivo y caracterizado por una deficiente técnica legislativa.

La razón de ser del presente trabajo se justifica por varios motivos: la mayoría de los estudios doctrinales llevados a cabo tras la aprobación del desarrollo legislativo del derecho de acceso en la LRJAP se limitaron, como es lógico, a la exégesis del artículo que lo regula, sin poder contrastarlos con una jurisprudencia que ha tardado en llegar. Más de quince años después de la aprobación del art. 37 LRJAP, ya podemos considerar que existe una doctrina jurisprudencial consolidada en bastantes de los aspectos de esta norma, aunque no en todos: de un lado, no puede afirmarse que exista unidad en las respuestas dadas por los Tribunales a los conflictos que se han planteado, entre otras razones porque la mayoría de los litigios acaban su

¹ *Vid. in fine*, la amplia bibliografía sobre el tema.

periplo judicial en los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, siendo pocas las ocasiones –que tendremos oportunidad de analizar en profundidad-, en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, algunas de ellas con muy poca fortuna, como la primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre el asunto, de 16 de octubre de 1979 y cuya consecuencia fue que no pudiera ejercerse el derecho constitucional hasta 13 años más tarde de su proclamación. A pesar de la falta de unanimidad en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el derecho de acceso, existe ya un número suficiente de Sentencias relativas a algunos de los elementos del derecho –como la legitimación subjetiva necesaria, o los requisitos temporales para su ejercicio- que permiten llevar a cabo un estudio más completo su régimen jurídico y su aplicación por las Administraciones Públicas y Tribunales –si bien no hay aún jurisprudencia sobre todos los extremos de este derecho-.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que se han llevado a cabo importantes reconocimientos del derecho de acceso y del principio de transparencia en la Unión Europea, que sin duda afectan a España de manera muy directa, a través de Directivas de obligada transposición, como la relativa al acceso a la información medioambiental² o la referente a la reutilización de la información en el sector público³, recientemente transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico⁴, transposición que requiere un cuidadoso estudio del estado del derecho de acceso en nuestro país para saber si dichas normas pueden entenderse cubiertas por el reconocimiento general

² Directiva 2003/4/CE de 28 de enero de 2003, sobre acceso del público a la información ambiental.

³ Directiva 2003/98/CE, de 17 noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

⁴ A través de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, respectivamente.

del derecho de acceso o requieren de instrumentos más precisos y bastante más aperturistas, como parece ser el caso, al menos por lo que se refiere al derecho de acceso a la información medioambiental, que ha requerido su transposición a través de una Ley, puesto que la previsión general llevada a cabo por el art. 37 LRJAP resultaba claramente insuficiente como contexto jurídico para el derecho previsto por los legisladores comunitarios.

Por último, cobra especialmente importancia el estudio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en España, desde que existe un proyecto, en el seno del Consejo de Europa -del que el Reino de España es miembro-, de elaboración de un instrumento jurídico vinculante para todos los Estados miembros del Consejo y por tanto, exigible por los ciudadanos ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo, reconociendo y regulando el derecho de acceso a los documentos públicos, por lo que España tendrá que considerar si la regulación actual del derecho de acceso es suficiente a los efectos de cumplir los requisitos establecidos por la nueva normativa o si, por el contrario, es necesario reformarla dando cabida a nuevas realidades.

No han faltado en nuestra sociedad voces que abogan por la aprobación, como en la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico, de una Ley específica que regule el derecho de acceso –puesto que el art. 105 de la Constitución establece sin duda una reserva de ley en este sentido-, que supere las deficiencias de una normativa condensada en un único precepto legal, a todas vistas insuficiente y, en muchas ocasiones, inadecuado.

II

Dado que, como se ha señalado ya, la doctrina ha dedicado abundantes e importantes páginas al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, se ha querido aportar, en este trabajo, una perspectiva de

análisis distinta, que permita llevar a cabo un estudio si no más completo, al menos, que resulte complementario del resto de estudios monográficos existentes sobre el tema.

En este sentido, se ha llevado a cabo el estudio del derecho de acceso desde la perspectiva del objeto del derecho –único en nuestro entorno jurídico⁵-, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce, como en la mayoría de los casos, un derecho de acceso a los documentos o a la información, sino un derecho de acceso “a los archivos y registros administrativos”. La peculiar determinación del objeto del derecho de acceso que llevó a cabo la Constitución, mediatiza sin duda el ámbito de aplicación de este derecho subjetivo. Está claro que, como todos los derechos, la determinación de su contenido –más o menos extenso- viene dada, entre otras cuestiones, por la delimitación que las normas hagan de su objeto –así como, sin duda, por los límites que se establezcan al mismo y los requisitos subjetivos que se impongan-, pero en el caso del derecho de acceso esto resulta mucho más evidente que en otros, pues es su objeto el que determina la naturaleza intrínseca de dicho derecho: no es lo igual, por tanto, hablar de derecho de acceso a la información pública, que de derecho de acceso a los documentos administrativos o de derecho de acceso “a los archivos y registros administrativos”.

Por ello, se va a intentar llevar a cabo un análisis, lo más exhaustivo posible, del derecho de acceso primando el estudio de su objeto, la delimitación del mismo y su alcance –los capítulos 4 y 5 se dedican, respectivamente, a la definición y estudio del régimen jurídico de los archivos y registros administrativos-, para después poder aplicarlo al estudio general del régimen jurídico del derecho de acceso.

⁵ Salvo en el derecho portugués, cuyo derecho de acceso a los archivos y registros administrativos está tomado sin duda del art. 105 b) CE.

La metodología elegida para llevar a cabo este análisis del derecho de acceso se centra en el estudio del Derecho positivo existente, esto es, la normativa de acceso en nuestro ordenamiento jurídico, de la autorizadísima doctrina que la ha analizado y, sobre todo, de la jurisprudencia que se ha ido generando en los últimos años, resolviendo los conflictos jurídicos surgidos en el ejercicio del derecho de acceso por los ciudadanos y en la aplicación del art. 37 LRJAP por las Administraciones Públicas.

Se ha partido en esta tesis de un estudio de derecho comparado, por el que se analiza el derecho de acceso y su regulación en los Estados Unidos de Norteamérica, a través de la *Freedom of Information Act* (FOIA) de 1966 (capítulo 1). La razón de ser del estudio de este sistema y no de otro, radica en varios elementos que resultan especialmente útiles en relación con nuestro ordenamiento jurídico: en primer lugar, por ser uno de los que más tempranamente establecieron una estructura completa y acabada del derecho de acceso⁶, que sin duda fue un ejemplo esencial utilizado por los legisladores en España, tanto en la configuración de los requisitos de la legitimación activa establecidos por el *common law* -aunque después, como veremos, abandonados por el derecho positivo-, así como por la construcción de las excepciones relativas a la intimidad y protección de datos y otras muchas –defensa y seguridad y persecución de los delitos, como en el caso de la regulación constitucional de nuestro derecho de acceso, pero también de otras- y la aplicación que de las mismas han hecho los tribunales.

En segundo lugar, porque se trata de un derecho en constante evolución tanto legal como jurisprudencial –la última reforma de la FOIA ha sido recientemente adoptada-, a fin de ajustar las nuevas realidades tecnológicas, así como con la finalidad de transformar la cultura jurídica menos aperturista,

⁶ Aunque sin olvidar que el primer reconocimiento del mismo se llevo a cabo en Suecia en 1766.

a través de nuevos mecanismos de conciliación y de información en la Administración.

Pero es fundamentalmente relevante desde la perspectiva comparada con el sistema español por dos razones esenciales:

De un lado, por la configuración jurídica del derecho, cuyo fundamento se encuentra sin duda en las libertades reconocidas en las Declaraciones de derechos, primordialmente a través de la libertad de expresión y de prensa de la Primera Enmienda, pero sin que ello signifique -y así lo ha reiterado la jurisprudencia norteamericana a través de numerosas sentencias de su Tribunal Supremo- que le contagien su carácter de derecho o de libertad fundamental.

De otro, es también relevante teniendo en cuenta fundamentalmente la perspectiva de análisis elegida, por la configuración que en este Derecho se hace del objeto, puesto que, aunque se habla de derecho a la información – Ley de libertad de información, sería la traducción de *Freedom of Information Act*-, en realidad se trata de un derecho de acceso a los documentos: el acceso viene mediatizado por la existencia de un documento, un “*agency record*” que lo condiciona –es lo que la doctrina norteamericana ha denominado la cuestión del umbral “*the threshold question*”- porque el derecho de acceso se limita a estos documentos: esto es, información recogida en forma de documento, que pueda vincularse a una agencia.

Seguidamente, antes de entrar en el concreto estudio del derecho de acceso previsto en nuestro ordenamiento jurídico, se lleva a cabo el análisis del derecho de acceso en la Unión Europea (capítulo 2). La importancia del estudio de este Derecho está justificada no sólo porque España sea un Estado miembro de la Unión Europea y que el Derecho comunitario se integre en nuestro ordenamiento jurídico, sino que además cobra especial interés por la evolución que ha sufrido este derecho en un período de tiempo relativamente

corto, desde un reconocimiento cuasi inexistente, hasta el reconocimiento de un derecho positivo de acceso a la documentación de las instituciones y su inclusión como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que podría llegar a tener, dentro de poco, plena eficacia jurídica, si se ratifica el Tratado de Lisboa. El derecho de acceso ha sido utilizado, en el ámbito de la Unión Europea, como bandera en los intentos de dotar de mayor transparencia y, a través de ello, de mayor legitimidad, a un sistema que desde su origen adolece de un claro déficit de democracia.

También se tiene en cuenta, desde la perspectiva de análisis elegida, la evolución que se ha producido en el derecho de acceso respecto del objeto del mismo, los documentos comunitarios, cuyo margen de aplicación se ha ido ampliando paulatinamente, a través del reconocimiento del derecho de acceso respecto de más documentos –según las materias a las que se refieren y las instituciones que los poseen- y, fundamentalmente, por la interpretación jurisprudencial que los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas han hecho de las excepciones aplicables, de las que las instituciones comunitarias hacían un uso abusivo y que la jurisprudencia ha acotado, determinando la aplicación restrictiva de las mismas y la imposición de mayores controles, a través de juicios de ponderación entre los intereses públicos en juego, de su posible alegación para la denegación del derecho.

La segunda parte de este trabajo se centra, como se ha dicho, en el análisis del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos regulado en nuestro ordenamiento jurídico, desde la particular perspectiva de su objeto. Se parte para ello del análisis de la configuración constitucional del derecho (capítulo 3), teniendo en cuenta el proceso de su tramitación parlamentaria hasta su reconocimiento como derecho, a fin de concretar su naturaleza jurídica -cuestión que ha sido sumamente conflictiva entre los analistas del derecho de acceso-, así como la eficacia jurídica que debe

acordarse al art. 105 b) CE, que ha dado lugar a no pocas páginas de la doctrina administrativista.

Una vez determinadas la naturaleza jurídica y la eficacia del precepto constitucional por el que se consagra el derecho de acceso, se llevará a cabo la delimitación y análisis jurídico de todos sus elementos, así como el examen del régimen jurídico del mismo, a través del estudio pormenorizado de su objeto, los archivos y registros administrativos (capítulos 4 y 5, respectivamente), de sus sujetos (en el capítulo 6), del régimen jurídico del ejercicio del derecho teniendo en cuenta las particularidades, en función del objeto del acceso, que conlleva que el ejercicio del derecho se haga respecto de archivos o de registros administrativos (capítulo 7), para cerrar el estudio con los límites, excepciones y regímenes especiales del derecho de acceso (capítulo 8), todo ello teniendo en cuenta, como se ha dicho, no sólo el aporte que la doctrina ha hecho al estudio de esta cuestión a través de numerosos trabajos, sino también en especial, el análisis pormenorizado de la jurisprudencia de los distintos Tribunales de Justicia, así como del Tribunal Constitucional, que han ido concretando el alcance real de la limitada regulación que del derecho de acceso hace el art. 37 LRJAP.

PARTE I

**PERSPECTIVAS INTERNACIONALES Y
COMUNITARIAS DEL DERECHO DE ACCESO**

CAPÍTULO 1

**EL DERECHO DE ACCESO EN LOS
ESTADOS UNIDOS**

**I. LOS ORÍGENES DEL DERECHO DE ACCESO EN LOS
ESTADOS UNIDOS.**

Los orígenes del derecho de acceso a los documentos administrativos en los Estados Unidos se encuentran, según la mayoría de la doctrina norteamericana, en las libertades de expresión y de prensa, enunciadas por la Primera Enmienda, consideradas ya por los “Padres Fundadores” como la vía adecuada para garantizar el conocimiento de la actividad del gobierno, elemento indispensable para garantizar el correcto funcionamiento de una democracia. Apoyándose en las ideas sobre la necesidad de libertad de expresión, formuladas por filósofos como MILTON y LOCKE, previas a la Revolución americana, la formulación de esta idea tiene quizás su expresión más acabada –y, probablemente, la más citada por la doctrina que ha tratado el tema- en las palabras de James MADISON, uno de los Padres Fundadores:

*“a popular Government, without popular information, or a means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or Tragedy; or, perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance; And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives”*⁷.

La idea de que las libertades de expresión y de prensa resultaban esenciales para el control de los poderes públicos caló rápidamente en quienes llevaron a cabo la arquitectura de la democracia en los Estados Unidos: Thomas PAINE consideraba que en una democracia representativa la razón de toda acción gubernamental debe hacerse pública⁸. También Thomas JEFFERSON, aunque refiriéndose fundamentalmente a la libertad de prensa, consideraba a ésta como un mensajero de la información sobre el trabajo del gobierno y como una fuerza estabilizadora de la sociedad democrática⁹.

Estas ideas tuvieron su plasmación en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de Virginia, si bien parece claro que el reconocimiento del principio de transparencia o de un derecho específico de acceso a la información gubernamental no estaba en los planes de los Legisladores. Como señala DYK, “la historia evidencia que los Autores de la Constitución no pensaban en el reconocimiento implícito de la transparencia a través del reconocimiento de la libertad de prensa en la Primera Enmienda. De hecho,

⁷ “Un Gobierno del pueblo, sin información o los medios para acceder a la misma, es el prólogo de una farsa, de una tragedia o, tal vez, de ambas; el conocimiento siempre gobernará sobre la ignorancia; el pueblo que pretenda gobernarse a sí mismo, deberá armarse con el poder que da la información”. *Writings of James Madison*, G. Hunt ed., 1910.

⁸ Decía PAINE al respecto que: “Cada hombre es un propietario en el gobierno y, por ello, considera el comprenderlo, una parte esencial de su asuntos. Le interesa porque afecta a su propiedad. Examina los costes, y los compara con las ventajas; y, sobre todo, no debe de adoptar la esclava costumbre de seguir a los que en otros gobiernos se consideran líderes”.

⁹ SPLICHAL, S. *The impact of computer privacy concerns on access to government information*, Florida, 1993, pg. 66.

es poco probable que tuvieran alguna intención en este sentido”¹⁰, pues todo el procedimiento de la elaboración de la Constitución se llevó a cabo no sólo a puerta cerrada, con la exclusión de la prensa, sino bajo la obligación de mantener estricto secreto, prohibiendo a los delegados cualquier comentario con la Prensa sobre el procedimiento de elaboración de la Constitución¹¹.

Pero, si bien puede considerarse que el fundamento ideológico del derecho de acceso se encuentra en estas libertades, la elaboración del concepto legal del derecho de acceso a la información pública en los Estados Unidos deriva, sin duda, del *common law* inglés. El acceso a la información en manos del Gobierno era entendido inicialmente, no como un derecho general de los ciudadanos -o del público- para inspeccionar los documentos públicos, sino como un derecho basado en un interés personal y directo en una información específica, de manera que, como resume COHEN, se entendía que “la inspección servía a una finalidad útil y legítima y no con la mera finalidad de satisfacer la curiosidad de un individuo”¹².

Con esta interpretación inicial, este exiguo reconocimiento del derecho¹³ pasó al Derecho norteamericano, permitiéndose así el acceso individualizado a una información, normalmente en el ámbito de un proceso judicial, si bien

¹⁰ DYK, T. B., “Newsgathering, Press Access and the First Amendment”, 44 *Stanford Law Review*, 1992. “A pesar de ello –señala el autor- en la ratificación de la Convención de Virginia, Patrick HENRY hizo hincapié en la importancia de la transparencia y la apertura, argumentando que «el Congreso podría llevar a cabo los planes más viles y retorcidos bajo el velo del secreto. Las libertades del pueblo nunca han estado, ni podrán estar, seguras, cuando las acciones de sus legisladores les sean ocultadas»”.

¹¹ JORDAN, A., “The Right of Access: Is There a Better Fit than the First Amendment”, 57 *Vanderbilt Law Review*, 2004.

¹² COHEN, D. “The public’s right of access to government information under the first amendment”, 51, *Chicago-Kent Law Review*, 164, 1974-75, págs. 168-169.

¹³ Exiguo en comparación con el futuro desarrollo de dicho derecho en los Estados Unidos; no en relación con su reconocimiento por otros ordenamientos jurídicos –incluido el nuestro- como veremos.

bajo la exigencia de la acreditación de un interés personal -legítimo y directo-, para poder conocer la información solicitada.

Los Tribunales de justicia norteamericanos entendieron, como se resume en una inicial Sentencia del Tribunal de Kentucky, que “no existe en el Derecho común, un derecho de todos de inspeccionar documentos públicos o actas; ese derecho, si existe, depende totalmente de que esté establecido por una norma. Pero cada persona está autorizada (a inspeccionar documentos públicos) siempre que tenga un interés en los mismos de tal manera que sea la información contenida en el documento solicitado la que le permita mantener o defender una acción judicial”.

Poco a poco, las decisiones de los Tribunales de justicia norteamericanos fueron ampliando el concepto del derecho de acceso, expandiendo su reconocimiento y la posibilidad de inspección de los documentos públicos a todos los ciudadanos. En el caso de 1929 *Nowack v. Fuller, Aditor General*¹⁴, la Corte Suprema de Michigan sostuvo la existencia de un derecho general de acceso a los documentos públicos. Dicho Tribunal dictaminó que “si existe una regla en el *common law* inglés que deniega al público el acceso a los documentos públicos, esta regla repugna el espíritu de nuestras instituciones democráticas. El nuestro es un gobierno del pueblo”.

A pesar de que en este caso concreto se llevó a cabo una primera afirmación de un derecho de acceso reconocido para todos los ciudadanos, en general, siguió siendo una exigencia esencial para su ejercicio la acreditación de un interés legítimo y directo –de carácter especial y demostrables-, salvo que fuera el Fiscal General del Estado quien pretendiera dicho acceso. A través de ésta y de otras Sentencias, los Tribunales fueron transformando el derecho de acceso, desde sus orígenes ingleses, en un derecho de carácter general, reconocido para todos los ciudadanos, si bien no se eliminaría hasta

¹⁴ Citado por COHEN, *op. cit.* pág. 169.

mucho más tarde la necesidad de acreditar un interés directo para poder acceder a los documentos públicos.

No obstante, esta evolución jurisprudencial fue muy lenta y ciertamente contradictoria, puesto que, en algunos casos, determinados Tribunales llegaban a denegar el ejercicio del derecho de acceso, incluso después de que el mismo fuera objeto de reconocimiento a través del Derecho positivo¹⁵.

El reconocimiento del derecho de acceso se fue llevando a cabo, por tanto, además de jurisprudencialmente, a través de la legislación de los Estados y de las regulaciones de las Agencias gubernamentales, ampliando primeramente los intereses que permitían el acceso, individual, a determinados documentos. En algunos Estados dicho reconocimiento tuvo lugar tempranamente, pero limitado a algunos tipos concretos de información o documentación pública¹⁶, pero por lo general los Tribunales de justicia, en sus sentencias, limitaban este derecho ateniéndose a la necesidad de acreditación de un interés legítimo regulado por los Estados o por las Agencias federales.

Sin embargo, este reconocimiento paulatino del derecho de acceso ha estado limitado por otras razones jurídicas, puesto que además de los requisitos de carácter subjetivo establecidos por las normas y por la jurisprudencia, acotando las posibilidades de ejercicio del derecho de acceso, se unió, desde un primer momento, una limitación importantísima, en razón del objeto, derivada de la potestad gubernamental de excluir de acceso determinadas materias, a través de la clasificación de los documentos,

¹⁵ En el caso *McMullan v. Wohlgemuth*, cuya sentencia data de 1973, es decir, años después de la existencia tanto de la *Freedom of Information Act*, como de la Ley de acceso del Estado de Pennsylvania (la “Right to Know Act”), el Tribunal Supremo de Pennsylvania declaró que el derecho común de acceso “se limita únicamente a personas con un interés de carácter personal o real en la información a la que se pretende acceder”; citado por COHEN, pág. 184.

¹⁶ En 1903, por ejemplo, el Estado de Tennessee reconoció el interés general de los contribuyentes a acceder a la información sobre las finanzas de los gobiernos locales.

privilegio del Ejecutivo, que supone el secreto –y, por tanto, la imposibilidad de la comunicación de los documentos clasificados-, durante un largo período de tiempo, o hasta que se declare específicamente su desclasificación, como veremos.

II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO EN LOS ESTADOS UNIDOS.

Tanto la doctrina, como los solicitantes de acceso a la información gubernamental y gran parte de la jurisprudencia, han querido encontrar el fundamento del derecho de acceso en la Primera Enmienda constitucional¹⁷. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por su parte, aunque sí que ha reconocido que el derecho del público a conocer los asuntos públicos (*the public's right to know*)¹⁸ se encuentra incluido en la Primera Enmienda, no ha reconocido nunca específicamente un derecho constitucional de acceso a la información gubernamental. Dicho “derecho del público a conocer”, tal y como lo ha definido el Tribunal Supremo, engloba el derecho del público a recibir información sin interferencia del gobierno pero, aunque el Tribunal Supremo ha reconocido en numerosas ocasiones el derecho de los individuos a recibir información de quienes están dispuestos a darla –tanto el derecho del público a recibir información a través de la prensa¹⁹, como el derecho de

¹⁷ La Primera Enmienda a la Constitución norteamericana, introducida en 1791, establece que: “El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios”.

¹⁸ El “*public's right to know*” ha sido reconocido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en numerosas ocasiones.

¹⁹ Es famoso, en este sentido, el caso *Grosjean v. American Press co.* de 1936, por el que se consideró que el establecimiento de un impuesto a la tirada de los periódicos era una violación de la Primera Enmienda, ya que las libertades establecidas por la misma se referían al derecho natural de

la prensa a reunir información bajo la Primera Enmienda-, este derecho a recibir información ni es absoluto, ni implica una correlativa obligación del gobierno a proporcionar la información, por lo que no está tan claro que de ahí se derive el reconocimiento de un derecho constitucional de acceso a la información gubernamental cuyos titulares sean el público o los medios de comunicación.

Son varios los argumentos jurisprudenciales que llevan a dudar de la posible inserción del derecho de acceso –como derecho positivo- en la Primera Enmienda. En primer lugar, porque, como señala el Tribunal Supremo, las libertades de expresión y de prensa, que permiten la libre comunicación de información al público, no conllevan explícitamente un derecho correlativo a obtener dicha información.

Así, en el caso *Zemel v. Rusk*, el Tribunal Supremo declaró que “el derecho de expresión y de publicar no lleva consigo un ilimitado derecho a reunir información”²⁰. En el mismo sentido, en el caso *Pell v. Procunier*, el Juez del Tribunal Supremo STEWART declaró que la prensa tenía la libertad de reunir cuanta información pudiera, así como el derecho de publicarla, pero que, a pesar de ello, la prensa no podía esperar de la Constitución ninguna garantía de lograr dicho objetivo, puesto que no existe ningún derecho constitucional de acceso a una información concreta del gobierno o de requerir transparencia y apertura de la burocracia. Y, en el mismo sentido, se pronunció en el caso *Saxbe v. Washington Post Co.*.

Sin embargo, este mismo Juez del Tribunal Supremo, en su voto disidente en el caso *Branzburg v. Hayes*, declaró que “el colorario del derecho a publicar debe de ser el derecho a reunir noticias [...]. Sin libertad

los miembros de una sociedad organizada, de transmitir y adquirir información sobre sus intereses comunes.

²⁰ Aunque debe tenerse en cuenta que, en el caso concreto, la principal limitación para obtener el acceso era que la información requerida no estaba en manos del Gobierno.

para adquirir información, el derecho a publicar se vería comprometido de una manera que no se puede permitir. De acuerdo con esto, debe de existir un derecho a reunir noticias de una cierta entidad”.

En estas tres sentencias, se rechazó además, explícitamente, que la prensa pudiera tener ciertos privilegios, derivados del reconocimiento de la libertad de prensa en la Primera Enmienda. De esta manera, se deniega, en primer lugar, que de la misma se derive un específico derecho de acceso y, además, se rechaza que la prensa pueda tener una posición cualificada respecto de los ciudadanos. Afirma, en este sentido, la sentencia del caso *Branzburg v. Hayes*, que “la Primera Enmienda no garantiza a la prensa un derecho constitucional de carácter especial, que le permita el acceso a la información que no está disponible para el público en general”.

El Tribunal Supremo ha reconocido, por tanto, en varias ocasiones que la prensa no tiene un mayor derecho a reunir información que cualquier otro miembro de la sociedad y, de ello, parte de la doctrina deduce, *a contrario*, que debe considerarse que el derecho, al menos en lo que se refiere a la posibilidad por parte de los ciudadanos de reunir información, tiene cabida en la Primera Enmienda. Según COHEN, “las implicaciones de una decisión favorable o desfavorable a permitir el acceso de la prensa a la información por encima del acceso que se permite a los ciudadanos llegan muy lejos. La cuestión real en estos casos no es el derecho a reunir información, sino el derecho de los ciudadanos a acceder a aquella información que se encuentra bajo el total control y custodia del gobierno”²¹.

Sin embargo, esta posibilidad de reunir información –y comunicarla, en su caso- por la prensa o por los ciudadanos, no determina que de ello se derive un derecho positivo, que conlleve una correlativa obligación del Gobierno de poner dicha información en manos de los solicitantes. En 1977,

²¹ COHEN, *op. cit.*, pág. 183.

en la Sentencia del caso *Houchins v. KQED*, el Tribunal Supremo concluía que “no hay ninguna base perceptible para sostener la existencia de una obligación constitucional de revelar información [por el Gobierno] o para establecer un derecho de acceso a la información. [...] La Primera Enmienda no configura un derecho de acceso a la información gubernamental”.

En este sentido, uno de los argumentos fundamentales aducidos por quienes sostienen que no puede considerarse el derecho de acceso como parte de la Primera Enmienda es que la misma se limita a prohibir las posibles interferencias del Gobierno a las libertades de expresión y de prensa, pero sin establecer ninguna obligación positiva para el mismo ni, correlativamente, ningún derecho subjetivo de los ciudadanos. En este sentido, recuerda JORDAN que “puede discutirse que la Constitución y, especialmente, la Declaración de Derechos, contengan derechos subjetivos (*affirmative rights*). Hay dos tipos básicos de disposiciones en la Constitución de los Estados Unidos: 1) aquéllas que distribuyen las competencias y potestades entre el Gobierno federal y los estatales, y entre las distintas ramas del Gobierno federal y 2) aquéllas que establecen restricciones en el ejercicio de esas potestades, establecidas para proteger a los ciudadanos de los posibles excesos de poder del Gobierno. [...] Por tanto, si los constituyentes redactaron la Declaración de Derechos para establecer limitaciones a la acción gubernamental, en consecuencia no pudieron prever en la Primera Enmienda el reconocimiento de un derecho subjetivo de acceso. Es más, la Primera Enmienda protege la libertad de prensa, de cualquier ley que la coarte, lo que sugiere que la finalidad de la Primera Enmienda era más bien proteger de posibles coacciones e interferencias en la libertad de expresión, por parte del Gobierno, que el establecer la obligación del Gobierno de actuar de manera transparente”²².

²² JORDAN, A., *op. cit.* pág. 1358. En el mismo sentido, O’BRIEN afirma que “la Primera Enmienda no impone ninguna obligación de actuación por parte del Gobierno, dirigida a informar a

En definitiva, si bien es evidente que el derecho de acceso tiene su colorario y su fundamento en el reconocimiento de las libertades de expresión y de prensa, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no parece admitir que el derecho de acceso a la información gubernamental pueda ser un derecho fundamental incluido en la Primera Enmienda a la Constitución norteamericana. En este sentido, un derecho general de acceso sólo ha sido reconocido, como veremos a continuación, a nivel legislativo, a través de normas federales y estatales²³.

III. LA REGULACIÓN FEDERAL DEL DERECHO DE ACCESO EN LOS ESTADOS UNIDOS.

A nivel federal, el reconocimiento de un derecho general de acceso a la documentación pública no ha sido obra del Tribunal Supremo, sino del Congreso, que, como señala BLANTON, ha jugado un papel esencial desde el nacimiento de la República. “En la convención del Congreso de 1787 –dice el autor-, el destacado delegado James Wilson rechazó la idea de que cada cámara del Congreso propuesto tendría el poder discrecional de decidir cuáles secciones de su diario debían publicarse, aseverando que: «el pueblo

los ciudadanos o a reconocerles un derecho de acceso a los procedimientos de elaboración de las políticas públicas o sus actuaciones. En otras palabras, de la construcción jurídica de la Primera Enmienda se deriva la protección de la libertad de los individuos de comunicarse sin restricciones, pero no la libertad de solicitar y obtener información de fuentes gubernamentales y no gubernamentales”. O’BRIEN, D., “The First Amendment and the Public’s Right to Know”, 7 *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1980.

²³ En el mismo sentido se pronuncia POMED SÁNCHEZ, para quien “a diferencia de lo que sucede en la Ordenanza sueca de 1766, la I Enmienda de la Constitución, introducida por el *Bill of Rights* de 1791, en la que se garantiza el principio de libertad de prensa, no contiene ninguna previsión respecto del derecho a la información, limitándose por el contrario a garantizar el derecho a comunicar libremente ideas y opiniones; lo que pone de relieve la diferencia de fuentes en que beben uno y otro legislador”. POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, 1989, pág. 46 y ss.

tiene el derecho a saber qué hacen, o qué es lo que han hecho, sus agentes y la Legislatura no debería de ocultar sus procesos». Más de un siglo antes de que el Poder Ejecutivo creara el Registro Federal, el Congreso ya había establecido un Registro de Debates (*Register of Debates*) (1833). En 1860, el Congreso creó la Oficina Gubernamental de Imprenta (*Government Printing Office*, o GPO por sus siglas en inglés) responsable de publicar todo proyecto de ley, informe y procedimiento legislativo”²⁴.

Fue el Congreso, pues, el impulsor del derecho de acceso, cuyo reconocimiento a través de la *Freedom of Information Act* (en adelante, FOIA) de 1966, es el resultado de un proceso de racionalización de la burocracia iniciado en los años que median entre las dos Guerras Mundiales, con la aprobación de las leyes por las que se crean los Archivos Nacionales de Estados Unidos (*U.S. National Archives*), en 1934 y el Registro Federal (*Federal Register*) en 1935, mediante el cual se publicaban las acciones y reglamentos provenientes de las Agencias gubernamentales²⁵.

Este proceso de racionalización del sistema administrativo culmina con la aprobación, en 1946, a través de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*)²⁶ (en adelante, APA), en la que se lleva a

²⁴ BLANTON, T., “La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática”, en *Derecho Comparado de la Información*, núm.2, 2003.

²⁵ Recuerda BLANTON, en este sentido, “el famoso caso de 1934, en el que unos fiscales quedaron sumamente desconcertados al descubrir, en el momento de presentar su demanda ante la Corte Suprema, que su caso se basaba en un reglamento inexistente. Seis años después, cuando el Registro Federal ya había producido un estante completo de libros para documentar las acciones de las diversas Agencias federales, en 1941, el Congreso estableció el Código de Reglamentos Federales (*Code of Federal Regulations*), que constituye la compilación de las leyes y reglamentos vigentes”. BLANTON, *op. cit.* pág. 9.

Se está haciendo referencia a la sentencia del asunto *Panama Refining Co. v. Ryan*. Vid. comentario a esta sentencia en FOX, W. F. Jr., *Understanding Administrative Law*, 2.^a ed., Matthew Bender ed., 1992.

²⁶ *Administrative Procedure Act*, 5 United States Code § 1002 (1946).

cabo, por primera vez, una limitada regulación del derecho de acceso. Esta Ley, fundamental en el ámbito del Derecho Administrativo²⁷, reconocía el carácter público de los documentos reunidos y custodiados por las Agencias federales dependientes del poder ejecutivo²⁸. Sin embargo, aunque esta norma establecía un teórico derecho de acceso, la redacción de la misma, en unos términos excesivamente vagos²⁹, llevó a que las Agencias federales la utilizaran para denegar el acceso a los documentos en su poder, en lugar de facilitar el acceso a los mismos³⁰. La Ley permitía una amplia

²⁷ Así lo entendió la doctrina española. *Vid.*, al respecto, VILLAR PALASÍ, “La «Federal Administrative Procedure Act», de Estados Unidos”, en la *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 1, 1950, págs. 277 y ss. En este trabajo afirmaba el autor que “su trascendencia en cuanto al Derecho comparado es enorme por ser precisamente esta materia de perpetuo y gran interés y de continua evolución. La originalidad de la ley americana la hace junto a estas consideraciones, del máximo interés”.

²⁸ En este sentido, resumía VILLAR PALASÍ la regulación relativa a la información pública de la siguiente manera: “con excepción de las materias que exijan de suyo el secreto, toda cuestión relativa al organismo público deberá publicar en el *Federal Register* las descripciones de su propia organización, incluyendo las delegaciones del organismo hasta la cúspide su organización, especificando los lugares y procedimientos por los que el público pueda instar sus pretensiones. Deberá asimismo informar a este mismo público de los trámites que determinan su actividad con determinación de los recursos aplicables a los mismos. También se incluye en la necesidad de información pública las reglas sustantivas por las que se rige la actividad de cada organismo, así como los criterios internos adoptados respecto a la resolución de los expedientes. VILLAR PALASÍ, *op. cit.* pág. 279.

²⁹ La sección 3 del Acta de Procedimiento Administrativo, establecía que :

Salvo para los caso en que este implicada 1) cualquier función de los Estados Unidos que requiera secreto en defensa del interés público o 2) cualquier cuestión que se refiera exclusivamente al funcionamiento interno de una Agencia: [...]

c) Salvo que este dispuesto de otra manera por un estatuto, las cuestiones de carácter oficial, de acuerdo con las normas publicadas, se pondrán a disposición de las personas correcta y directamente afectadas salvo que la información se mantenga confidencial basado en una buena causa”. (*Save as otherwise required by statute, matters of official record shall in accordance with Publisher rule be made available to persons properly and directly concerned except information held confidential for good cause found*).

³⁰ CROSS, H., *The peoples right to know*, 1953.

discrecionalidad a las Agencias, que podían determinar qué información debía ser declarada secreta, por razones de interés público, y quedar por tanto exenta de ser puesta a disposición del público, convirtiéndose en una norma que llevó a arbitrarias y sistemáticas denegaciones de acceso por parte de las Agencias federales³¹, sin que existiera ningún mecanismo de recurso, ni judicial ni administrativo, ante la negativa de acceso³².

Esto llevó a que, en las décadas siguientes, se produjera un movimiento político y social a favor del establecimiento de una norma que garantizara el acceso a la documentación de las Agencias federales³³. Sólo después de 11 años de debates y de propuestas, tanto en el Congreso como en el Senado, se consiguió reformar la Ley de Procedimiento Administrativo, introduciendo la nueva *Freedom of Information Act* (FOIA)³⁴, aprobada en 1966 y que es la norma que, en la actualidad, regula el derecho de acceso a los documentos de las Agencias gubernamentales.

La finalidad esencial de esta norma, expresada por el Senado de los Estados Unidos, era la de “eliminar las lagunas jurídicas en la Ley de Procedimiento Administrativo, fomentando una filosofía general de completa apertura y transparencia de las Agencias”³⁵. También el Tribunal Supremo

³¹ Como señala al respecto BLANTON, “paradójicamente, la APA incluía una sección sobre información pública tan deficiente que, a pesar de haber sido incluida con la intención de dar paso a la apertura de los archivos estatales, en la práctica dejaba de cumplir su función adecuadamente debido a la amplia discrecionalidad que les concedía a los burócratas”. BLANTON, *op. cit.*, pág. 10.

³² Sobre la regulación actual del procedimiento administrativo y de las Agencias federales, *vid.* CARBONELL PORRAS y MUGA MUÑOZ, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, 1996.

³³ A la vanguardia del mismo se situó un abogado, Harold CROSS, a quien el Comité de libertad de información de la *American Society of Newspaper Editors* encargó un estudio de la cuestión del derecho de acceso. El estudio, publicado en 1953 supuso una influencia decisiva a la hora de regular el derecho de acceso.

³⁴ Publicada en el 5 *United States Code*, section 552, como parte de la *Administrative Procedure Act*.

³⁵ Citado por SPLICHAL, *op. cit.* pág. 88.

tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los objetivos de esta legislación, afirmando que la finalidad fundamental de la FOIA era asegurar una ciudadanía informada, pues ésta es vital para el funcionamiento de una sociedad democrática, necesitada de controles en contra de la corrupción, asegurándose así que los gobernantes rinden cuentas ante los gobernados.

La principal novedad que supuso la aprobación de la FOIA –además del reconocimiento por el Derecho positivo de la existencia efectiva de un derecho subjetivo de acceso- fue la supresión de la necesidad de acreditar un interés para acceder a la información en manos de las Agencias federales, por lo que el alcance de la norma es el más amplio posible: son accesibles todos los documentos públicos en manos de las Agencias (*agency records*), siempre que no queden excluidos por estar dentro del ámbito de aplicación de alguna de las nueve excepciones al acceso que prevé la norma.

Otra de las novedades fundamentales introducidas por la nueva regulación fue el desplazamiento de la carga de la prueba, respecto del ejercicio del derecho, que pasó a recaer sobre la Agencia, pues es ésta quien tiene que probar que la denegación de acceso se justifica en alguna de las excepciones previstas.

También se excluyó la necesidad de identificar el documento concreto al que se quería acceder, lo cual era harto complicado, bastando, a partir de la aprobación de la norma, con que en la solicitud de acceso se describiese razonablemente la información buscada, de manera que fuera posible su identificación.

La FOIA ha sido objeto de varias reformas siendo de mayor envergadura las modificaciones a la misma llevadas a cabo en 1974, provocada por carencias esenciales de la norma, como eran la falta de previsión de plazos para la puesta a disposición de los documentos solicitados y de sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de

entrega de los mismos, o la imposibilidad de acceso parcial a los expedientes cuando un documento de los mismos estaba excluido por aplicación de alguna de las excepciones. La denegación completa de los expedientes cuando sólo alguno de los documentos que lo conformaban quedaba afectado por alguna de las exclusiones era una práctica muy extendida entre las Agencias gubernamentales, que llevó a que en 1973 el Tribunal Supremo emitiera una resolución obligando a las Agencias a comunicar “porciones segregables” de documentos que de otra forma serían inaccesibles³⁶.

La reforma de 1974 supuso, entre otras cuestiones, la introducción de plazos de cumplimiento y la posibilidad de revisión judicial de las denegaciones de acceso por motivos de seguridad nacional, cuya instauración mereció el veto del Presidente de los Estados Unidos³⁷, que fue sin embargo invalidado por el Congreso -con una mayoría de más de dos tercios en el mismo y otra casi igual en el Senado-.

Igualmente relevante fue la reforma llevada a cabo en 1996 -por la llamada E-FOIA-, que supuso, además de la actualización de los procedimientos de acceso y de la puesta a disposición del público de los documentos gubernamentales adaptándolos a la era de la informática y de internet, la regulación por Ley del acceso a los registros electrónicos, sistemáticamente denegados por las Agencias, así como la ampliación de

³⁶ Como recuerda BLANTON, el Tribunal Supremo “al mismo tiempo señaló que la FOIA no contemplaba una revisión judicial en caso de que se tomara una decisión gubernamental de mantener el secreto por motivos de seguridad nacional. La resolución de la Corte atrajo la atención del Congreso aún más debido a que se emitió en el contexto de ocho años de obstrucción burocrática hacia la FOIA y en el preciso momento en que las noticias sobre bombardeos secretos en Camboya y las entradas forzosas en el *Watergate*, instrumentadas por la administración de Nixon en contra de sus opositores políticos, figuraban en primera plana. Dichos escándalos, arraigados en el secreto estatal, exhortaron al Congreso a actuar en favor de una mayor apertura”. BLANTON, *op. cit.* pág. 16.

³⁷ Por entender que era inconstitucional que un Tribunal de justicia pudiera anular una decisión del Ejecutivo de mantener el secreto por motivos de seguridad nacional, en virtud del privilegio del que dispone para clasificar documentos por esta razón.

plazos para responder a las solicitudes y la obligación de publicación de oficio, de determinados documentos de las Agencias, en un intento de resolver los problemas de los retrasos acumulados.

Sin embargo, después de más de diez años de aplicación de la E-FOIA los problemas de retrasos en la resolución de solicitudes de acceso se han intensificado, y otras medidas, como el establecimiento de “salas de lectura electrónicas” en las Agencias, o la publicación proactiva de documentación, siguen sin ser aplicadas, lo cual ha llevado a una reciente reforma, aprobada en diciembre de 2007, a través de la “*Openness Promotes Effectiveness in our National Government Act*” de 2007 o la “*OPEN Government Act*”, con la que se pretenden resolver los problemas que la E-FOIA no parece haber sido capaz de solventar.

A través de esta reforma se establece, entre otras cosas: la obligación del Congreso de revisar regularmente la FOIA, para mejorar el acceso y “garantizar que el Gobierno continúa siendo transparente y accesible al pueblo americano, basándose en el «derecho a saber» y no en la «necesidad de saber»³⁸; la ampliación del objeto del derecho de acceso: los documentos (*records*); la redefinición de los sistemas de tasas por acceso; el establecimiento de una Oficina de los Servicios de Información del Gobierno (*Office of Government Information Services*), entre cuyas potestades se encuentran la revisión de la actividad de las Agencias y la mediación en los conflictos entre éstas y los ciudadanos, como mecanismo básico para garantizar el correcto funcionamiento de las Agencias, en relación con las peticiones de documentos, y la posibilidad de recomendar, tanto al Presidente como al Congreso, los cambios que sean necesarios para la aplicación

³⁸ *Section 2 (6) OPEN Government Act: “Congress should regularly review Section 552 of title 5, United States Code (commonly referred to as the Freedom of Information Act), in order to determine whether further changes and improvements are necessary to ensure that the Government remains open and accessible to the American people and is always based not upon the «need to know» but upon the fundamental «right to know».*

efectiva de la FOIA; así como la designación de un responsable en cada Agencia (*Chief FOIA Officer*), responsable de garantizar el efectivo cumplimiento de la Ley³⁹.

1. Caracteres generales de la regulación y procedimiento de acceso.

La redacción literal de la FOIA supone que el principio que rige la misma es el de total transparencia y apertura⁴⁰: en principio, por vía de petición de acceso o por publicación de los mismos, todos los documentos de la Agencia deben ser accesibles al público en general⁴¹, salvo que se encuentren incluidos en una de las nueve excepciones que la norma prevé. En principio y, como ocurre en la mayoría de las legislaciones en la materia, dichas excepciones deben de interpretarse de manera estricta, permitiendo el mayor acceso posible a la información administrativa e, incluso, el acceso parcial a la información cuando sólo una parte de la misma esté afectada por alguna de las excepciones.

La Agencia, ante una solicitud -que debe hacerse de acuerdo con las normas de procedimiento publicadas por la misma estableciendo el tiempo, lugar y las tasas aplicables⁴²-, que describa razonablemente los documentos solicitados, debe resolver, concediendo o denegando el acceso en un plazo de 20 días hábiles, informando al solicitante, en caso de que la respuesta sea negativa, sobre los motivos en los que basa su decisión, así como sobre el

³⁹ *Vid.* sobre el proyecto de reforma operada por la *OPEN Government Act*, APFELROTH, J., “The Open Government Act: a proposed bill to ensure the efficient implementation of the Freedom of Information Act”, 58 *Administrative Law Review*, 2006.

⁴⁰ Como veremos más adelante, determinadas instrucciones e interpretaciones por parte del Fiscal General de los Estados Unidos han hecho que resulte discutible que el principio de total transparencia sea de aplicación.

⁴¹ Al objeto del derecho de acceso a la información previsto por la FOIA, nos referiremos ampliamente infra, en el apartado IV de este Capítulo.

⁴² Apartado (a)(3)(A) FOIA.

derecho del solicitante a recurrir al director o autoridad superior de la Agencia.

Uno de los mayores problemas que se generaron con la aplicación de la norma es el de los enormes retrasos que las Agencias han ido acumulando a lo largo de los años en sus pronunciamientos sobre solicitudes de acceso. El texto inicial del Acta, establecía que las solicitudes debían de ser contestadas sin demora⁴³. El incumplimiento sistemático de esta obligación llevó al Congreso –como ya se ha indicado- a modificar el tenor del artículo y establecer un plazo para considerar y responder a la petición del acceso de tan solo 10 días, sin que la medida tuviera ningún efecto al respecto. Algunas de las Agencias federales más importantes como el Departamento de Estado o el FBI llegaron a tener retrasos acumulados de años⁴⁴. La reforma de 1996, entre otras cosas, amplió el plazo a 20 días hábiles, lo cual, unido a la nueva obligación de las Agencias de hacer accesible determinados de sus documentos *on-line* se preveía que llevaría a la reducción de dichos plazos de espera, al determinar que mucha de la información solicitada podría consultarse en el acto. Sin embargo, la reforma no impidió que, en muchos casos, las solicitudes por escrito de acceso siguieran siendo contestadas con mucho retraso o, incluso, que no recibieran respuesta, -para lo cual la norma prevé la posibilidad de recurso⁴⁵-, situación que se espera cambiar con la reforma llevada a cabo por la *OPEN Government Act* de 2007⁴⁶.

⁴³ “*Promptly*” era el término específico utilizado por la norma en su redacción original. Como ya hemos señalado en el apartado anterior, la redacción original de la norma no preveía ningún plazo para la resolución de los procedimientos de acceso.

⁴⁴ TANKERSLEY, M. “How the electronic Freedom of Information Act amendments of 1996 update public access for the information age” en *Administrative Law Review* 421, 1998.

⁴⁵ *Vid., infra*, recursos.

⁴⁶ La reforma introduce un nuevo sistema de cómputo del plazo de 20 días para la resolución del procedimiento, así como la exención del cobro de las tasas previstas cuando la Agencia no resuelva en plazo, salvo en el caso de que se den las circunstancias excepcionales que permiten la ampliación del mismo. Apartados (a)(6)(A)(ii) y (viii) FOIA.

La Ley también prevé, en casos excepcionales y tasados, la posibilidad de la ampliación del plazo de 20 días, siempre que la Agencia encargada de tramitar la solicitud lo comunique por escrito y motivadamente, explicando las razones por las que se hace necesario un mayor tiempo para proporcionar o denegar el acceso al solicitante, así como la fecha en la que se prevé una resolución⁴⁷. En este caso, debe permitirse al solicitante la posibilidad de acotar o de limitar su solicitud, a fin de que la Agencia pueda cumplir los plazos previstos en la Ley o, al menos, acordar con el solicitante un plazo de tiempo inferior para entregar los documentos solicitados.

Asimismo y, en sentido contrario, la FOIA establece la obligación de las Agencias de regular procedimientos por los que -en circunstancias excepcionales determinadas por las mismas, o cuando el solicitante demuestre una necesidad probada-, pueda acelerarse el procedimiento de acceso de manera que los solicitantes obtengan los documentos requeridos en un plazo de 10 días.

2. Sujetos del derecho de acceso regulado en la *Freedom of Information Act*.

Como ya se ha señalado, uno de los más importantes avances aportados por la FOIA fue el reconocimiento generalizado del derecho de acceso a todas las personas, sin necesidad de la acreditación de un interés legítimo y directo para conocer la información solicitada.

La Ley establece, por tanto, como titulares del derecho de acceso al público en general, ya sean personas físicas o jurídicas, e independientemente

⁴⁷ La norma hace referencia a documentos que se encuentran en lugares alejados de la sede de la Agencia, casos en los que se debe de revisar mucha información para localizar los documentos solicitados, o cuando se deba de consultar con otras Agencias para resolver favorablemente al acceso (Apartado a) 6) B) iii) FOIA).

de su ciudadanía o lugar de residencia y sin necesidad, por tanto, de tener que acreditar ningún interés.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos –como el español- no se prevé ningún caso en el que se tenga que acreditar un especial interés subjetivo por razón de los documentos que se pretende acceder: sólo en el caso de que éstos se encuentren dentro del supuesto de hecho previsto para la aplicación de una excepción –en cuyo caso, la Agencia podrá determinar si deniega el acceso a los mismos, lo cual sólo podrá hacer en la parte en que se encuentren afectados por la excepción, garantizando el acceso parcial en todo aquello que no esté afectado, o si, a pesar de ello, los pone a disposición de los solicitantes en su totalidad⁴⁸-, podrá denegarse el acceso; en el caso contrario, cuando no sea de aplicación ninguna excepción, los documentos deberán comunicados a los solicitantes, sin necesidad de ningún otro requisito.

A pesar de que el sujeto activo del derecho de acceso es el público en general, la Ley otorga un trato preferencial –limitando las tasas que deben hacerse efectivas para la obtención de los documentos, cuando éstos se soliciten con fines no comerciales por instituciones científicas sin ánimo de lucro o de carácter educativo, siempre que la finalidad se encuadre en el ámbito de una actividad de investigación, de un lado, y cuando la solicitud se haga por un representante de un medio de comunicación⁴⁹, de otro. Puede considerarse, por tanto, que tanto los investigadores, como la prensa, son sujetos cualificados de este derecho.

⁴⁸ A la política de la aplicación de las excepciones nos referiremos ampliamente en el apartado siguiente.

⁴⁹ La reforma de la FOIA de 2007, incluye una amplia y detallada definición de quienes pueden considerarse representantes de los medios de comunicación (*representative of the news media*), incluyendo *any person or entity that gathers information of potential interest to a segment of the public, uses its editorial skills to turn the raw materials into a distinct work, and distributes that work to an audience*. Apartado (a)(4)(A)(ii) FOIA.

El sujeto pasivo del derecho son las Agencias Gubernamentales⁵⁰, definidas por la APA como “toda autoridad autónoma o delegada del Gobierno de los Estados Unidos con excepción del Congreso, los Tribunales o el Gobierno de las posesiones, territorios o el Distrito de Columbia. Salvo en lo afectante a la necesidad de pública información, la ley no comprende: los organismos compuestos por representantes de los partidos o representantes de las organizaciones de los mismos, que precluyan en sí mismos las discusiones que se pudieran plantear; los tribunales militares; las autoridades militares y navales en tiempo de guerra y sobre territorio ocupado; por último, las funciones que sólo competen en tiempo de guerra y que cesan al finalizar las hostilidades, así como lo relativo a determinadas disposiciones”⁵¹.

De manera que ya la Ley de Procedimiento Administrativo ofrece un concepto más amplio del sujeto pasivo a los efectos del ejercicio del derecho de la información, que de lo que se considera como “Agencia” en el ámbito exclusivo de la APA.

La FOIA, siguiendo a la APA en su definición de Agencia, aclara quienes pueden considerarse como sujetos pasivos del derecho, estando por

⁵⁰ VILLAR PALASÍ las define, siguiendo la Ley de Procedimiento Administrativo como “organismo administrativo sometido a los preceptos procesales de la misma [la Ley]”, *op.cit.* pág. 278.

⁵¹ La traducción es la ofrecida por VILLAR PALASÍ, en “La Federal...”, *op. cit.* pág. 278, del 5 U.S. Code, Section 551 (1): “*«agency» means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency. but does not include: (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title: (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; chapter 2 of title 41; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891-1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix”.*

tanto incluidos en la misma, a los efectos de la aplicación de la norma “cualquier departamento ejecutivo, departamento militar, corporación gubernamental, corporación controlada por el Gobierno, o cualquier otra oficina en la rama ejecutiva del Gobierno (incluyendo la Oficina Ejecutiva del Presidente), o cualquier Agencia reguladora independiente”⁵², en una enumeración que pretende dar el ámbito más amplio posible al acceso a la información⁵³.

3. Las excepciones previstas por la norma.

La FOIA regula, en su apartado (b), nueve excepciones al ejercicio del derecho de acceso, cuyo alcance e interpretación se ha ido perfilando al hilo de una abundante jurisprudencia y de las directrices de los Fiscales Generales de los Estados Unidos. Las excepciones fueron objeto de una importante reforma en 1974, con la finalidad de limitar su aplicación, en ocasiones abusiva, por parte de las Agencias federales. Hay que recordar, a este respecto, que recae en las Agencias la carga de demostrar ante los Tribunales la aplicabilidad de una excepción en cada caso concreto.

La invocación de las excepciones, por parte de las Agencias, para denegar el acceso es discrecional y no obligatoria, salvo que el carácter reservado de la información venga específicamente establecido por Ley, por

⁵² (f)(1) FOIA: “«agency» as defined in section 551 (1) of this title includes any executive department, military department, Government corporation, Government controlled corporation, or other establishment in the executive branch of the Government (including the Executive Office of the President), or any independent regulatory agency”.

⁵³ La *OPEN Government Act* de 2007 ha ampliado, indirectamente, el sujeto pasivo del derecho de acceso, por cuanto que ahora no sólo son accesibles los documentos por el procedimiento de la FOIA cuando se encuentran físicamente en los archivos de las Agencias, sino que también lo son cuando éstos son archivados por terceras entidades con contrato con el Gobierno para la conservación y custodia de dichos documentos. Apartado (f)(2)(B) FOIA. *Vid., infra*, apartado IV, 2, C), de este capítulo.

lo que, en principio, las Agencias pueden renunciar a su invocación proporcionando el acceso a los documentos solicitados. Sin embargo, sobre esta cuestión, el criterio ha sido modificado por Fiscales Generales de los Estados Unidos (*General Attorney*) en varias ocasiones. En 1993, la Fiscal General Janet RENO anunció la aplicación de un nuevo estándar de interpretación por parte de las Agencias en la aplicación de las excepciones. En este sentido, las Agencias no debían aplicar una excepción, a pesar de que la información requerida pudiera considerarse técnicamente incluida en el ámbito de una de las excepciones, a no ser que pudiera probarse la existencia de un daño previsible⁵⁴, de autorizarse el acceso.

Sin embargo, dicha política de permitir el acceso aunque los documentos solicitados pudieran considerarse afectados por una de las excepciones previstas por la norma fue revocada en 2001, cuando el entonces Fiscal General de los Estados Unidos, Richard ASHCROFT estableció una política totalmente inversa anunciando que el Departamento de Justicia defendería, en todo caso, la denegación de acceso a los documentos solicitados, salvo que dicha negativa careciera de una sólida base legal⁵⁵. Esta postura, que buscó su justificación en la situación de inseguridad generada los atentados del 11 de septiembre de 2001, y en el peligro para la seguridad nacional que planteaba el posible acceso a la información por parte de terroristas internacionales, fue muy criticada por un amplio sector de la doctrina jurídica dedicada al derecho de acceso, así como por las organizaciones que abogan por el mismo, ya que en definitiva sustituía de manera radical el principio de transparencia por el de secreto, de manera que la accesibilidad deja de ser la regla general, para convertirse en la excepción.

Son nueve, por tanto, las excepciones previstas por la FOIA, cuya aplicación dependerá, en principio, de la política más o menos aperturista del

⁵⁴ “*A foreseeable harm*”.

⁵⁵ “*A sound legal basis*”.

Gobierno, así como de la corrección de la misma que puedan llevar a cabo los Tribunales de Justicia, pues en principio debe entenderse que el principio general sigue siendo el reconocimiento del acceso y que las excepciones deben ser objeto, por tanto, de una interpretación y aplicación estricta y restrictiva.

A) Materias clasificadas por razones de defensa nacional o política exterior.

La primera excepción prevista por la FOIA hace referencia a materias relacionadas con la defensa nacional o la política exterior, y que hayan sido formalmente clasificadas, y declaradas secretas, por una orden gubernamental (*an Executive order*).

La clasificación de estos documentos como “confidencial”, “secreto”, o “alto secreto”⁵⁶, que se lleva a cabo esencialmente por las aducidas razones de seguridad nacional y de política exterior, es un tradicional privilegio del Ejecutivo⁵⁷, y su declaración supone, por tanto, la exclusión de acceso a los documentos que se vean afectados, hasta que el propio Gobierno declare su desclasificación a través de otra orden, aunque, en la actualidad, como veremos, los Tribunales pueden revisar la corrección de esta clasificación.

La interpretación jurisprudencial del alcance de esta excepción ha ido variando a lo largo del tiempo y, fundamentalmente el Tribunal Supremo, ha ido matizando la amplitud de sus poderes de revisión en estos casos. En este sentido, la reforma de la FOIA en 1974 fue esencial pues, hasta esta fecha, la

⁵⁶ La clasificación habitual de estos documentos es: *confidencial*, *secret* o *top secret*.

⁵⁷ Thomas JEFFERSON fue el primer miembro del Ejecutivo en intentar extender este privilegio a todos los documentos del ejecutivo, independientemente del contenido “sensible” de los mismos. WARREN, J, “Administrative Law, judicial review, state secrets and the Freedom of Information Act”. *South Carolina Law Review*, 332, 1971.

doctrina jurisprudencial había considerado que los Tribunales carecían de competencia para enjuiciar si un documento había sido correctamente clasificado o no: el único elemento relevante era que el documento había sido clasificado conforme a una orden del Gobierno, lo cual lo excluía de acceso aunque dicha clasificación careciera de justificación alguna.

El privilegio ejecutivo para clasificar documentos, derivado del *common law*, había sido reconocido ya casi dos siglos antes por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁵⁸, que limitó la función de los Tribunales en estos casos a la posibilidad de considerar si la orden ejecutiva de clasificación había sido absolutamente arbitraria, pero sin poder enjuiciar el contenido de los documentos declarados confidenciales o secretos. Esta doctrina continuó siendo aplicada incluso después de la aprobación de la FOIA, debido a la redacción inicial de la excepción.

En la conocida sentencia del caso *Environmental Protection Agency v. Mink* de 1973, el Tribunal Supremo concluyó que la clasificación de los documentos no podía ser cuestionada por los Tribunales en ningún caso, a pesar de que dicha clasificación pudiera ser “cínica, miope o incluso corrupta”; el mismo Tribunal alegó que se trataba de la única interpretación posible de la excepción tal cual estaba redactada y que, para evitar estas situaciones, la misma debería ser enmendada.

Fue, por tanto, fundamentalmente esta Sentencia la que llevó a reformar la primera excepción en 1974⁵⁹, para darle su redacción actual y permitir a los Tribunales de justicia la posibilidad de inspeccionar los documentos clasificados, con la finalidad de poder decidir si fueron correctamente

⁵⁸ Los Tribunales recuerdan que su reconocimiento ya se había llevado a cabo en el caso *Burr*, de 1807.

⁵⁹ Como ya hemos tenido ocasión de mencionar, dicha reforma fue vetada por el Presidente de los Estados Unidos en aquel momento, FORD, pero el veto fue invalidado por las Cámaras y la reforma llevada a cabo.

clasificados y, por tanto, correctamente excluidos de acceso, o si dicha clasificación fue arbitraria, todo ello de acuerdo con la orden presidencial que se encuentre en vigor en ese momento.

A este fin, los tribunales pueden examinar los documentos objeto del proceso *in camera*, es decir, sin comunicarlos a las partes, y decidir si su clasificación es conforme a derecho o no. Para ello, no sólo deben permitir primeramente al Gobierno la posibilidad de testificar para justificar la clasificación, sino que además deben otorgar a este testimonio un valor sustancial, a no ser que se evidencie la existencia de mala fe. Dicho testimonio puede producirse bajo secreto de sumario si la Agencia así lo solicita por la naturaleza de la información o por las posibles consecuencias negativas que pudieran derivarse de la revelación de los documentos. En el resto de casos, los testimonios de las Agencias pueden hacerse públicamente y, de considerarse apropiado, el Tribunal puede incluso llegar a dar traslado de los documentos a los abogados de las partes que solicitan el acceso, para que rebatan si la clasificación está justificada o no.

A pesar de esta posibilidad, los Tribunales han sido reticentes a declarar una clasificación injustificada⁶⁰. Normalmente, el simple planteamiento de la cuestión por los Tribunales lleva a las Agencias a revisar la clasificación y a considerar si las circunstancias que la justificaron siguen siendo de aplicación, lo cual les ha llevado, en determinadas ocasiones, a cambiar su postura, permitiendo voluntariamente el acceso a la información solicitada.

La naturaleza, especialmente sensible, de la información clasificada hace que esta excepción sea una de las más alegadas por las Agencias; su aplicación es, además, especialmente controvertida, sobre todo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, que llevaron a la Administración

⁶⁰ MICHAEL, J. "Freedom of information in the United States" en *Public Access to Government-held information*, N. Marsh editor, 1987.

Bush a enmendar la orden ejecutiva de clasificación, reforzando las clasificaciones en torno a las cuestiones de seguridad nacional y política exterior, de manera que han quedado excluidos de acceso muchos más documentos gubernamentales.

B) Materias relacionadas con la normativa interna de personal y procedimientos de las Agencias.

La segunda excepción prevista por la FOIA al acceso se refiere a la información relacionada únicamente con las normas procedimentales y las prácticas internas del personal de las Agencias.

Los Tribunales de justicia han interpretado esta excepción individualizando dos supuestos distintos, ambos exentos de acceso: de un lado, se refiere a los documentos relativos a la aplicación de normas de carácter administrativo que afectan únicamente al personal de las Agencias, esto es, documentación puramente interna de las Agencias y, de otro, a la normativa sobre procedimientos de actuación de la Agencia, cuando, de hacerse pública, pudiera perjudicar gravemente el normal funcionamiento de la misma o llevar a la revelación de mecanismos para eludir la aplicación de las leyes o de las normas propias de las Agencias. No obstante, en este segundo supuesto, la posición jurisprudencial no es unánime en cuanto al alcance de la aplicación de la excepción, pues según el Tribunal Supremo, las instrucciones destinadas al personal de las Agencias sí que deben de ser accesibles al público, cuando sean susceptibles de afectar a terceros⁶¹, aunque el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia sostiene que no deben comunicarse en el caso de que interfieran con las investigaciones o la aplicación de la leyes por parte de las Agencias⁶².

⁶¹ *N.L.B.R. v. Sears, Roebuck & Co.*, 1975.

⁶² *Hawkes v. Internal Revenue Service*, (6th Circuit, 1973).

C) Materias excluidas de acceso por Ley.

La tercera excepción se refiere a materias que hayan sido específicamente excluidas de acceso por una ley (*Statute*), distinta a la FOIA, siempre que dicha norma prevea la exclusión de acceso sin margen discrecional para su aplicación, establezca un criterio particular para denegar el acceso o se refiera a materias o documentos específicos que deban de quedar excluidos de acceso.

El texto de esta excepción, en su redacción inicial, se limitaba a establecer la excepción para la información “específicamente excluida de acceso por una Ley”, lo que llevó a que los Tribunales interpretaran que, *stricto sensu*, la excepción debía llevar a la inaplicación de todas las leyes anteriores que autorizaran mantener secretos determinados documentos. El Tribunal Supremo, sin embargo, determinó que la previsión de esta excepción significaba que la voluntad del Congreso había sido la de mantener la aplicabilidad de las leyes previas a la FOIA que hubieran previsto supuestos de secreto⁶³. El temor a que dicha interpretación pudiera llevarse al extremo contrario -hasta el punto de que, por medio de otras leyes se pudiera evadir la aplicación de la FOIA-, llevó al Congreso a reformar la excepción en 1975, dándole la redacción actual, lo que supone que otras normas pueden establecer otros supuestos, distintos a los previstos por la propia FOIA, por los que el acceso a los documentos quede excluido, si bien con limitaciones, pues no podrá tratarse de exclusiones de acceso genéricas o de carácter discrecional. Como en el resto de casos, la decisión de denegar una determinada petición de acceso basándose en esta excepción y, por tanto, en las previsiones de una determinada ley, puede ser revisada, en todo caso, por los Tribunales de justicia, que pueden acordar la comprobación *in camera* de

⁶³ *FAA v. Robertson* (1975).

los documentos excluidos, a fin de decidir si la excepción ha sido correctamente invocada o si, por el contrario, debe autorizarse el acceso⁶⁴.

D) Materias relativas al secreto comercial.

La cuarta excepción excluye del acceso a los documentos, obtenidos de terceros, relativos a secretos comerciales, o a información comercial o financiera de carácter confidencial o privilegiado⁶⁵.

Esta excepción está destinada a la protección de los secretos comerciales y de la información comercial y financiera en posesión de las Agencias gubernamentales, referente terceras personas que la transmiten a las mismas.

Los secretos comerciales se interpretaron durante mucho tiempo como “formulas, diseños, mecanismos o recopilaciones de información usadas en un negocio dando al mismo una ventaja sobre los competidores que los desconocen o no los usan”⁶⁶. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia entendió que esta definición resultaba demasiado extensiva y que, por tanto, no cumplía, como tal, la finalidad de la FOIA al permitir excesivas denegaciones de acceso, por lo que restringió el concepto de secreto comercial a la acepción actualmente aceptada en la doctrina

⁶⁴ MICHAEL refiere, entre otros ejemplos, la exclusión de acceso, por ley de 1984, de determinados expedientes operacionales (*operational files*) de la CIA. Dichos expedientes pueden ser objeto de revisión por parte de los Tribunales para decidir un posible acceso a los mismos; no obstante, los Tribunales no pueden exigir que la CIA modifique su posición y permita el acceso, a no ser que la parte solicitante alegue, bajo declaración escrita jurada, que los documentos solicitados están incorrectamente incluidos en un expediente al que la ley excluye de dar acceso. MICHAEL, J., *op. cit.* pág. 64.

⁶⁵ Esta excepción (*trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential*) ha sido criticada por su confusa enunciación que, sin embargo, no ha sido objeto de modificación desde la aprobación de la FOIA en 1966.

⁶⁶ La definición retenida es la que se da en el “*Restatement of Torts 751*” de 1939 a los secretos comerciales.

jurisprudencial y que se refiere específicamente a “planos, fórmulas, procesos o mecanismos con valor comercial y secretos, [...] que suponen una innovación o un esfuerzo sustancial en la elaboración de productos”⁶⁷.

Para que se reconozca el carácter de secreto comercial de una información solicitada⁶⁸ y, por tanto, la exclusión de su acceso, debe existir, en todo caso, una relación directa entre dicho secreto y el proceso productivo de bienes⁶⁹.

Por lo que se refiere al segundo supuesto contemplado por la excepción, relativo a información comercial o financiera, de carácter confidencial o privilegiado, se requiere que la misma haya sido entregada, de forma voluntaria u obligatoria por “una persona” -entendida ésta como persona física o jurídica-, para poder ser considerada como confidencial. En el caso de que la entrega de la información a la Agencia haya sido voluntaria, se ha entendido que la misma debe ser considerada, en todo caso, como confidencial, a no ser que la persona que la haya entregado la revele habitualmente al público. Cuando dicha entrega de información sea obligatoria, los Tribunales han configurado un doble test, para determinar su posible carácter confidencial; de esta forma, será interpretada como tal si: a) puede perjudicar la capacidad de la Agencia para obtener otras informaciones que le sean necesarias en el futuro, o b) si puede causar un daño sustancial a la posición en la competencia de la persona –física o jurídica- que ha proporcionado la información.

⁶⁷ *Public Citizen Health Research Group v. Food and Drug Administration*, 1983.

⁶⁸ *FOIA Guide*, 2004 edition, U.S. Department of Justice.

⁶⁹ En relación con los secretos comerciales, debe tenerse en cuenta, también, la *Trade Secrets Act*, que prevé otros supuestos de secreto comercial en los que el acceso queda excluido, pero éstos deberán considerarse incluidos en el ámbito jurídico de la tercera excepción, al tratarse de una ley que prevé supuestos específicos de exclusión del acceso.

Esta exclusión de acceso protege también los documentos de terceros que se encuentran bajo la custodia de las Agencias gubernamentales, pero no es aplicable a los documentos comerciales o financieros provenientes de la Administración que, en todo caso, estarían protegidos por la quinta excepción, salvo cuando se trate de recopilaciones de información comercial o financiera de terceras personas, en cuyo caso sí que estarían protegidos del acceso por esta excepción.

E) Documentos internos de las Agencias.

La quinta excepción hace referencia a los informes y documentos internos de las Agencias o cuya circulación se limite a las Agencias entre sí y que sólo podrían ser conocidos por terceros en caso de litigio con dicha Agencia.

Esta excepción trata de proteger, de un lado, los documentos de las agencias que forman parte del proceso de toma de decisiones o de elaboración o aplicación de políticas, y cuyo conocimiento podría poner en peligro la actuación de la Agencia y, por otro lado, proteger los casos de los llamados “privilegios” que requieren la confidencialidad de la información.

La excepción recoge, en primer lugar, el llamado “privilegio ejecutivo” mediante el cual se pretende proteger determinados informes y opiniones de los miembros de las Agencias relativos a la elaboración de políticas, la toma de postura y las decisiones finales de las Agencias. En este sentido, dicho privilegio tiene como objetivo: “1) fomentar discusiones abiertas y francas en cuestiones de elaboración de políticas; 2) proteger ante una prematura revelación de las políticas de actuación propuestas, hasta de que hayan sido finalmente adoptadas; 3) proteger al público de una posible confusión

provocada por la revelación prematura de razones que finalmente no fueron de hecho las que llevaron a la toma concreta de decisiones”⁷⁰.

En todo caso, la protección de estos informes y cartas internas que quedan, por tanto, exentos de acceso, tiene lugar porque se trata de documentos, de carácter preparativo, previos a la toma de decisiones por las Agencias, por lo que, una vez tomada la decisión, dejan de estar protegidos por el privilegio ejecutivo, a pesar de tratarse de documentos internos de la Agencia, según ha establecido el Tribunal Supremo.

Del mismo modo, tampoco pueden incluirse en este privilegio los documentos referentes a afirmaciones o interpretaciones adoptadas por las Agencias o a instrucciones dirigidas al personal de las mismas cuando puedan afectar a un miembro del público.

Por último, también quedan excluidos del privilegio ejecutivo –y, por tanto, no podrán incluirse en esta excepción-, aquellos documentos que no ostentan opiniones, sino que se refieren a elementos o informaciones meramente fácticas, como estadísticas o estudios de laboratorio, incluso antes de que se produzca la decisión final.

Los otros privilegios que los Tribunales han incluido dentro de esta excepción y cuya documentación, por tanto, quedará excluida de acceso, son los que se refieren a la relación abogado-cliente -es decir, las relaciones entre las Agencias y sus consejeros legales- o al proceso de otorgamiento de contratos –cuya documentación, sin embargo, sí deviene accesible una vez haya terminado el procedimiento de adjudicación-.

⁷⁰ *Coastal States Gas Corporation v. Department of Energy* (DC Circuit, 1980), citado por MICHAEL, J. op. cit. pág. 68.

F) Expedientes que contengan datos de carácter personal.

Quedan también excluidos de acceso las historias clínicas, los expedientes personales y otros similares cuyo acceso pudiera constituir una invasión injustificada de la intimidad.

Esta excepción se refiere únicamente a la intimidad de las personas físicas, por lo que no se protege a través de la misma, por tanto, a las personas jurídicas o corporaciones, que carecen de intimidad en el contexto de la FOIA.

El problema fundamental derivado de la aplicación de esta excepción es la interpretación que debe darse a los “expedientes similares” a los que la norma se refiere; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha concluido que la expresión debe interpretarse de manera amplia, por lo que quedará excluida de acceso toda la información que pueda afectar a la intimidad de un individuo, siempre que éste se encuentre debidamente identificado⁷¹.

Para determinar si puede concederse el acceso a un expediente cuya información sea susceptible de afectar a la intimidad de las personas, los Tribunales de justicia han establecido que debe realizarse, en cada caso concreto, un juicio de ponderación entre el interés público protegido por la FOIA y el daño a la intimidad de una persona que puede derivarse del acceso. Dicho interés en proteger la intimidad puede ser preponderante, según los Tribunales, incluso en algunos casos en que los que la información solicitada se hubiera hecho pública en algún momento, puesto que, si dicha información fuera del dominio público, no sería necesaria una solicitud de acceso para obtener esta información.

Asimismo, los Tribunales han precisado que, aunque el interés en preservar la intimidad personal, en este caso, deba circunscribirse únicamente

⁷¹ *United States Department of State v. Washington Post Co.*, 1982.

a las personas físicas, también puede ser objeto de protección la intimidad familiar, en los casos en que se quiera acceder a información relativa a una persona fallecida, incluso cuando se trata de un personaje público - un político, por ejemplo-, teniendo en cuenta que en esos casos no se está protegiendo la reputación o la memoria de la persona en cuestión, sino el derecho a la intimidad de sus familiares.

Por lo que se refiere a historias clínicas o expedientes personales, no se han planteado problemas de interpretación: el acceso a los mismos está limitado a los propios interesados, procedimiento que se regula en la Ley de Protección de Datos (*Privacy Act*) de 1974⁷².

G) Documentos relativos a la aplicación de las Leyes (*law enforcement*).

La séptima excepción se refiere fundamentalmente a los documentos e información relacionados con lo que la norma denomina “*law enforcement purposes*”, esto es, la aplicación de las leyes tanto por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, cuanto por la Administración, en todo lo relacionado con la investigación de delitos, así como con procedimientos civiles o administrativos. La norma excluye el acceso a la información en los casos en que éste: (A) pudiera interferir con la investigación de delitos; (B) pudiera privar a una persona de su derecho a un juicio justo o a la imparcialidad de una resolución; (C) pudiera constituir una injustificada invasión de la intimidad; (D) pudiera preverse razonablemente que del acceso

⁷² En relación con esta excepción, en cuanto a la protección a la intimidad, debe tenerse en cuenta la séptima excepción, prevista en el apartado (b)(7)(C) –que estudiaremos a continuación-, que excluye también de acceso a los documentos o información recopilada en relación con la investigación de delitos y aplicación de la ley por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, cuando pueda preverse razonablemente que su acceso podría constituir una injustificada invasión de la intimidad.

se podría derivar la revelación de la identidad de una fuente confidencial, incluyendo a las Agencias y autoridades locales, estatales o extranjeras o a cualquier institución privada que hubiera comunicado dicha información de manera confidencial; e) pudiera suponer la revelación de técnicas y procedimientos de investigación de delitos susceptibles de ser utilizados para eludir la ley o; (F) pudiera suponer la puesta en peligro de la vida o la integridad personal.

Esta excepción ha sido modificada en dos ocasiones, la primera en 1974, para limitar el alcance de la misma -puesto que hasta entonces el contenido era muy genérico, lo cual permitía la exclusión de todos los documentos que estuvieran relacionados con una investigación (en bloque, sin considerar los documentos individualmente)- y, en 1986, para ampliarla de nuevo, aunque no con el carácter genérico de la primera redacción de la norma. En esta reforma se introdujo, junto con la ya existente mención a los documentos, entendidos individualmente (*records*), la referencia a la información, genéricamente entendida, con la finalidad de poder incluir en la excepción cualquier tipo de información independientemente de su formato o del carácter documental de la misma. Asimismo, la reforma suprimió la necesidad de que los documentos se refirieran en concreto a la investigación de delitos, incluyendo la más genérica expresión “*law enforcement purposes*” que, como ya se ha señalado, hace referencia no solo a investigaciones de carácter penal, sino también a procedimientos civiles o administrativos, incluyéndose también, según el Tribunal Supremo, las tareas relativas a la seguridad nacional.

H) Información financiera, geofísica y geológica.

Las dos últimas excepciones establecidas por la norma, mucho menos utilizadas, se refieren respectivamente a la información relativa a

instituciones financieras que se encuentra en posesión de las Agencias encargadas de su regulación o supervisión y, a la información geológica y geofísica -incluidos mapas de pozos, esto es, de recursos energéticos importantes como petróleo, gas e incluso, en algunas ocasiones, aguas subterráneas-.

La primera ha sido interpretada por los Tribunales de manera extensiva, al entender que, de los términos literales de la misma se desprende la intención del legislador de establecer una cláusula lo suficientemente amplia como para proteger la información reservada que las instituciones financieras están obligadas a facilitar a las Agencias gubernamentales.

La segunda excepción apenas ha sido utilizada, puesto que en la mayoría de los casos se ha acudido a la cuarta excepción, que protege de manera más genérica los secretos comerciales⁷³.

4. Las exclusiones.

Además de las nueve excepciones previstas por la Ley, en 1986 se reformó la FOIA para incluir en su apartado (c) una serie de supuestos que permiten a las Agencias encargadas de la aplicación de la ley (*law enforcement agencies*) a las que les llega una solicitud de acceso, tratar determinados documentos especialmente sensibles “como no si no estuvieran sujetos a la Ley”⁷⁴.

⁷³ Señala MICHAEL como las únicas Sentencias relativas a la aplicación de esta excepción se refieren a acciones de las compañías afectadas para evitar que las Agencias federales competentes dieran acceso a la información que dichas compañías le habían proporcionado. Lo que se ha venido a llamar “*reverse FOIA actions*”. MICHAEL, J. *op. cit.* pág. 73.

⁷⁴ “*Treat the records as not subject to the requirements of this section*”, dice el apartado (b) FOIA.

La aplicación de estas exclusiones está muy acotada y debe ser objeto de interpretación y aplicación lo más estricta posible, puesto que supone una excepción cualificada al acceso, ya que no tiene como resultado la denegación de acceso motivada –como es obligatorio-, en una de las excepciones previstas por la FOIA, sino que la respuesta de las Agencias a los solicitantes, en estos supuestos concretos, consiste en la negación de la existencia misma de dichos documentos.

La FOIA prevé tres supuestos en los que las Agencias “pueden tratar los documentos como si no estuvieran sujetos a los requisitos de la ley”. El primero se refiere a documentos que quedarían, en principio, excluidos de acceso en aplicación de la excepción (7)(A), cuando la naturaleza de las circunstancias hace pensar que la persona que está siendo objeto de una investigación criminal desconoce este hecho y la revelación de su existencia pudiera interferir con las tareas de investigación. En definitiva, lo que se pretende con esta exclusión es evitar que un criminal averigüe si está siendo objeto de una investigación criminal para eludir a la justicia. En el caso de que la solicitud de acceso siguiera los cauces habituales, la Agencia en cuestión, aun denegando el acceso a los documentos por entrar en el ámbito de aplicación de la séptima excepción, se vería obligada a afirmar la existencia de dichos documentos, que es precisamente lo que se evita con la aplicación de esta exclusión. Por ello, sólo se puede hacer uso de la misma si el sujeto no tiene conocimiento de la investigación en curso, pues en el momento en el que sepa de su existencia, la exclusión deja de ser aplicable.

Las otras dos exclusiones previstas tienen la misma finalidad pero se refieren respectivamente a los documentos que identifican a informantes - cuando su identidad no sea conocida- en investigaciones criminales y a los documentos del FBI relativos a cuestiones de inteligencia extranjera, contrainteligencia y lucha contra el terrorismo internacional, por la

sensibilidad de los mismos, y siempre con los requisitos que la primera exclusión.

La respuesta de las Agencias, en estos casos, será negar la existencia de los documentos solicitados, lo cual puede ser, como en el resto de las solicitudes de acceso, recurrido por los solicitantes ante los Tribunales. En estos casos, el Tribunal encargado revisará los documentos *in camera*, esto es, en secreto, y si considera que la exclusión ha sido correctamente aplicada, mantendrá la posición de la Agencia, afirmando como la misma la inexistencia de los documentos, a fin de evitar los efectos negativos de su revelación.

Es necesario diferenciar de estas exclusiones los casos en los que las Agencias ni afirman ni niegan la existencia de los documentos, por estar éstos en el ámbito de aplicación de la primera excepción. Llama la atención la postura de la jurisprudencia en casos como *Peterzell v. CIA*, en el que, a partir de unas declaraciones de altos cargos de la CIA, se deducía claramente la existencia de los documentos solicitados, y sin embargo, por la naturaleza de la información del caso concreto -el apoyo del Gobierno norteamericano a la Contra en Nicaragua-, el Tribunal consideró que la Agencia había actuado correctamente no revelando la existencia misma de dichos documentos. La motivación aducida en estos casos es que “el mismo hecho de la existencia de los documentos es una información clasificada” -y, por lo tanto, protegida por la primera excepción-, y que la clasificación de la información, -esto es, de la mera existencia de los documentos-, era correcta por las posibles represalias que, de conocer la existencia de dicha información, pudieran llevar a cabo gobiernos hostiles⁷⁵.

⁷⁵ Citado en “Keeping Secrets: Congress, the Courts and National Security Information” en *Harvard Law Review*, 1990 (4), a propósito de la tendencia del Ejecutivo de los Estados Unidos, de sobreclasificar determinada información, para después filtrar aquella que resulta conveniente para el mantenimiento del gobierno ante la opinión pública.

5. Los recursos

Ante una respuesta denegatoria, tardía o incompleta de una Agencia a una solicitud de acceso -o ante la ausencia de la misma, transcurrido el plazo de 20 días para resolver establecido por la norma-, los solicitantes pueden interponer un recurso de carácter administrativo ante el director o autoridad superior de la Agencia en cuestión. Aunque, evidentemente, el solicitante puede exponer en el recurso el fundamento por el que considera que su solicitud no ha sido correctamente tramitada, esto no es obligatorio, bastando la mera interposición del recurso para que éste se tramite. La Agencia tiene un plazo de 20 días laborables para resolver el recurso, que puede ampliarse, en circunstancias excepcionales, 10 días más; transcurrido este período de tiempo sin respuesta, el recurso puede entenderse denegado, dejando expedita la vía judicial.

Los Tribunales competentes para conocer las demandas relativas a las solicitudes de acceso, son los Tribunales Federales (*The Court of the United States*), del distrito de residencia o de actividad principal del demandante, del lugar en el que se encuentran los documentos solicitados o el del distrito de Columbia.

Dada la naturaleza del derecho al que se refiere el procedimiento –pues muchas veces el valor de la información solicitada depende del plazo breve en el que esta se puede obtener- la ley reduce el plazo normal de respuesta a la demanda por parte de Agencia de los 60 días que prevé normalmente la *Federal Rule of Civil Procedure* a 30 días⁷⁶, e incluso los Tribunales pueden agilizar el proceso si consideran que la naturaleza de la información requiere que se resuelva el asunto rápidamente.

⁷⁶ *United States Department of Justice FOIA Guide*, 2004.

Sólo puede acudirse a la vía judicial una vez agotados los recursos administrativos, bien porque la Agencia ha resuelto denegando el recurso, o porque ésta no se ha pronunciado en el plazo previsto por la norma. Los Tribunales, en todo caso, podrán pronunciarse considerando que la Agencia ha actuado correctamente al denegar el acceso, o bien obligando a la Agencia a poner los documentos solicitados a disposición del demandante si determina que han sido incorrectamente denegados por ésta, aunque –en aplicación del principio de congruencia- sólo en relación a los documentos de agencia que hubieran sido objeto de la petición de acceso, sin poder obligar a la Agencia a que publique o ponga a disposición de los demandantes otros documentos que los referidos en la solicitud.

Para determinar si la Agencia ha actuado correctamente o no, los Tribunales pueden examinar confidencialmente (*in camera*) los documentos objeto del litigio y determinar si las excepciones alegadas por la misma para denegar el acceso han sido correctamente aplicadas. Dado el principio general de transparencia y acceso presente en toda la norma, es la Agencia sobre quien recae la carga de la prueba de demostrar que ha actuado correctamente denegando el acceso, aunque la Ley concede especial valor a las declaraciones juradas de la Agencia relativas a las razones técnicas por las que se deniega el acceso.

IV. EL OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO.

1. Los documentos federales de obligatoria publicación.

La FOIA establece la obligación de las Agencias de hacer públicos, de distintas maneras, tres tipos de documentos:

A) Determinados documentos deben ser publicados en el Registro Federal: descripciones de las Agencias y de los empleados de las mismas de

los que el público puede obtener información, hacer peticiones u obtener decisiones; reglamentos de funcionamiento, incluyendo la naturaleza y requisitos de los procedimientos; las normas de procedimiento; los lugares para obtener los documentos, las normas sustantivas de aplicación general; y, las declaraciones sobre las políticas de actuación de las Agencias y las interpretaciones de las mismas formuladas y adoptadas por las Agencias, así como sus reformas y revisiones [(a)(1) FOIA].

B) Respecto de otros documentos, de acuerdo con las normas de las Agencias, debe permitirse su inspección y copia por el público: entre otros, opiniones finales que llevan a la adjudicación de contratos; resoluciones relativas a políticas de las Agencia y las interpretaciones que no tienen que ser publicadas en el Registro Federal; los manuales e instrucciones del personal administrativo; copias de todos los documentos a los que se haya permitido el acceso y de aquellos que la Agencia considera que se han convertido o pueden llegar a convertirse en el objeto de posteriores peticiones de acceso, por la naturaleza de su materia; así como un índice de todos los documentos de los que se ha solicitado y obtenido el acceso [(a)(2) FOIA].

Dichos documentos pueden ser también ofrecidos para su venta y deben depositarse en las salas de lectura previstas a estos efectos por las Agencias. La reforma a la FOIA de 1996 determina que, si los documentos son posteriores a esa fecha, se debe de permitir su consulta no sólo en la sede de la Agencia, sino también en formato electrónico *-on-line-*, eliminando todos los elementos que pudieran afectar a la intimidad, pero, en todo caso, señalando cuánta información ha sido borrada. Además, el índice de todos estos documentos también debe de hacerse accesible *on-line*⁷⁷.

⁷⁷ Esto significa que no será la Agencia la que decida qué documentos podrán consultarse *on-line*, sino que esto vendrá determinado por las peticiones de acceso de los particulares.

C) Finalmente, todos los demás documentos de la Agencia, a no ser que queden excluidos de acceso por una de las nueve excepciones previstas por la norma, deben de hacerse accesibles al público que los solicite, debiendo dicha solicitud describir razonablemente los documentos a los que se quiere acceder, sin que sea necesaria su plena identificación, de acuerdo con los procedimientos de la Agencia y pagando las tasas correspondientes. La Agencia deberá proporcionar el documento, a ser posible, en el formato que el solicitante indique, siempre, claro está que el documento se encuentre disponible en dicho formato. A estos efectos, la reforma de 1996 estableció la obligación de la Agencia de hacer “esfuerzos razonables” para que los documentos estuvieran en formatos en los que su reproducción fuera posible y, en la medida de lo posible, en formato electrónico [(a)(3) FOIA].

De estas tres formas de acceso, la que se refiere estrictamente al derecho de acceso a los documentos públicos es la tercera, aunque la segunda viene directamente determinada por ésta, al establecer la obligación de publicar o de tener disponibles para el público los documentos que ya hayan obtenido consultados por el procedimiento de petición de acceso.

2. El problema de la determinación del objeto del derecho de acceso: el “documento de agencia” (*agency record*).

El principal problema que surge a la hora de analizar el objeto del derecho de acceso a la documentación gubernamental en los Estados Unidos, fundamentalmente en el nivel federal, es la falta de definición del mismo. Según la FOIA, el objeto del acceso son los documentos de agencia (“*agency records*”). Esto determina que, en principio, si la información que se solicita no se encuentra en forma de documento, no se podrá tener acceso a la misma.

Algunos autores se han referido a esta cualidad necesaria de los documentos para que la norma de acceso se aplique como “la cuestión del

umbral” (*the threshold question o the threshold issue*), esto es, un elemento esencial y previo a la propia aplicación de la norma.

El hecho de que, hasta la reforma de la FOIA en 1996, no se hubiera incluido una definición de lo que se entiende por documento, esto es, la delimitación del requisito esencial para la aplicación de la misma, hizo que fueran los Tribunales los que, a través de su jurisprudencia fueran determinando e interpretando, aunque sin un criterio unánime, los elementos que caracterizan a un documento para que éste pueda considerarse como un “documento de agencia” y, por tanto, un documento accesible al público. También la doctrina ha intentado acotar su significado, fundamentalmente a través de la sistematización de las interpretaciones jurisprudenciales, puesto que el acceso –o la negativa al mismo- ha dependido, en muchos casos, de la interpretación más o menos estricta que se le haya dado al concepto de “*agency record*”.

El concepto plantea diversas cuestiones que es necesario resolver para determinar el ámbito objetivo del derecho de acceso y, en definitiva, su contenido: primeramente, qué debe de entenderse por “*record*”; en segundo lugar, qué Agencias son a las que se aplica la normativa y; finalmente, qué elementos son los que caracterizan a un documento para que se entienda que es un “*agency record*” y, por tanto, sea de plena aplicación la FOIA.

A) Los caracteres del documento (*record*), según la jurisprudencia.

El nuevo párrafo (f)(2) FOIA, introducido en la reforma de 1996 establece, como definición de documento que “para las finalidades de esta norma: (2)(A) documento y cualquier otro término usado en esta sección haciendo referencia a la información, incluye cualquier información que pueda ser un documento de agencia sujeto a los requisitos de esta sección

cuando éste esté conservado por una Agencia en cualquier formato, incluyendo un formato electrónico”⁷⁸.

Esta definición, casi tautológica, no acaba de aclarar lo que se deba entender por documento, sino que parece limitarse a la inclusión, dentro de la definición, los documentos creados en formato electrónico. A esta dificultad, se debe de añadir el hecho de que la norma no solo hace referencia a los documentos administrativos (*records*), sino que en algunas ocasiones también habla de “información” (*information*) a la que se tiene acceso, “cuestiones” (*matters*), “documentos” (*documents*), “informes y cartas” (*memorandums and letters*) o “expedientes” (*files*) complicando aún más la definición del objeto del derecho de acceso.

Los Tribunales, a lo largo de la historia de aplicación de la FOIA, han sido muy reticentes a la hora de extender el objeto de la misma, y tienden a dar un concepto bastante restrictivo de lo que se deba entender por documento de agencia, creando así una nueva limitación previa al acceso que se viene a añadir a las excepciones previstas y que ha sido en ocasiones criticada por la doctrina, que entiende que si el objetivo del Congreso al legislar sobre esta cuestión fue el permitir el mayor acceso posible a la información gubernamental, dicho concepto debería ser interpretado de manera amplia -máxime cuando, como hemos visto, en otros apartados la norma se refiere genéricamente a la información-, puesto que una definición restrictiva de los documentos de Agencia equivaldría a una ampliación injustificada de los casos en los que el acceso puede ser denegado⁷⁹.

⁷⁸ “(f) For purposes of this section, the term; (2) “record” and any other term used in this section in reference to information includes (A) any information that would be an agency record subject to the requirements of this section when maintained by an agency in any format, including an electronic format”.

⁷⁹WION habla, en este sentido, de ampliación de las excepciones: “a narrow definition of «agency records» by the Courts risks both expanding the exemptions of the Act beyond those carefully listed by the Congress and obstructing the Congress’s goal of obtaining the fullest

Ya en la fase de redacción y aprobación de la FOIA, se planteó el problema de que su precedente, la *Administrative Procedure Act* (APA), tampoco definía lo que debía considerarse como *record*, o documento administrativo. Durante su discusión parlamentaria, se llevó a cabo una investigación en torno a la actividad práctica de las Agencias, llegando a la conclusión de que no había una definición común de dicho concepto. En este sentido, la investigación reveló que algunas Agencias utilizaban la definición incluida en el Manual del Fiscal General sobre la Ley de Procedimiento Administrativo⁸⁰, mientras que otras Agencias utilizaban la definición dada por el *Records Disposal Statute*: “todos los materiales documentales, recibidos o generados por una Agencia en cuestiones públicas, cuyo contenido informativo los hace apropiados para ser conservados”⁸¹.

Parte de la doctrina considera que, teniendo en cuenta la finalidad de la FOIA, la definición que debe darse a los documentos de las agencias es esta última, que es en parte coincidente con la citada por el Fiscal General en su Manual y con la que aplica la *United States National Archives & Records Administration*; a lo que se debe unir el hecho de que la normativa sectorial, de manera habitual, se remite precisamente a esta definición.

Según la definición retenida, el derecho de acceso incluiría tanto los documentos actuales como los históricos, ya se encuentren en formato escrito, en soporte acústico o audiovisual o en cualquier otro material creado

responsible disclosure”. WION, A., “The Definition of «Agency Records» Under the Freedom of Information Act”, 31 *Stanford Law Review*, 1978-1979.

⁸⁰ *The Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act*.

⁸¹ 44 US Code S 366 (1964) “The word “records” includes all books, papers, maps, photographs, or other documentary materials, regardless of physical form or characteristics, made or received by any agency of the United States Government in pursuance of Federal Law or in connection with the transaction of public business and preserved or appropriate for preservation by that agency or its legitimate successor as evidence of the organization, functions, policies, decisions, procedures, operations, or other activities of the Government or because of the informational value of data contained therein”.

para almacenar información, ya sea de forma física, electrónica o en cualquier otro formato; por ello, podrían quedar fuera de la misma materiales bibliotecarios o pertenecientes a museos que se hayan conservado sólo a efectos de referencia, objetos tridimensionales, o materiales aislados o dispersos, aun no recogidos de forma documental y toda aquella información que exigiera de la Agencia, sujeto pasivo de la petición de acceso, una actividad de recopilación o de elaboración del documento para poder responder a una solicitud de acceso⁸², dado que la norma no exige a las Agencias ninguna actividad de creación de los documentos para que estos puedan ser accesibles.

B) El necesario carácter documental de los “agency records”.

Los Tribunales se han referido en numerosas ocasiones al concepto físico de documento para poder decidir si podía ejercerse o no el derecho de acceso cuando la aplicación de las excepciones no resulta conveniente para resolver la cuestión. En este sentido, la jurisprudencia ha reiterado el necesario carácter documental de la información solicitada para ser accesible.

En el conocido caso *Nichols v. United States*, en el que un patólogo había solicitado tener acceso a determinados objetos relacionados con el asesinato del Presidente Kennedy –su camisa y chaqueta, el rifle que se encontró, balas y fragmentos metálicos extraídos de su cerebro-, la denegación del acceso por el Tribunal fue motivada por el hecho de que lo solicitado no eran documentos. Para el Tribunal, los objetos pueden,

⁸² “Freedom of information: the statute and the regulations”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 56, 18 (1967-1968).

indudablemente, contener información, pero no son documentos y por tanto no son accesibles⁸³.

Posteriormente otros Tribunales también han denegado el derecho de acceso porque éste no se refería a documentos, sino a objetos tridimensionales, aunque estos pudieran contener información, aceptándose, sin embargo, como documentos la reproducción en otros formatos, como fotografías, de esos documentos.

Sí que han sido considerados como documentos y, por tanto, como objeto del derecho de acceso fotografías (*Lacy v. US Department of the Navy*), películas (*Save the Dolphins v. US Department of State*), radiografías (*Nichols. v. US*), cintas de vídeo (*Browde v. Department of the Navy*), etc., así como cualquier documento que contenga información, independientemente que esta se encuentre compuesta por códigos, fórmulas matemáticas o símbolos (*Windels, Marx, Davies & Ives v. Department of Commerce*)⁸⁴.

Desde la reforma de la Ley por la E-FOIA de 1996, ya no hay duda de que los documentos electrónicos también son accesibles, como documentos de agencia, aunque se debe tener en cuenta que ya antes de la reforma se había considerado que un programa de ordenador (software) podía incluirse dentro de la definición de documento, independientemente que el mismo sirviera o no para almacenar información⁸⁵.

En todo caso, la información solicitada debe encontrarse ya elaborada, recopilada o recogida en forma de documento, para que éste pueda

⁸³ Según el Tribunal “*a record is the evidence of something written, said or done and in not kept to gratify the curious or the suspicious*”. *Nichols v. United States*, (10th Circuit, 1972).

⁸⁴ *Vid.* sobre esta cuestión O'REILLY, J., *Federal Information Disclosure*, vol. 1, West Group, 2000.

⁸⁵ *Cleary, Gottlieb, Oteen & Hamilton v. Department of Health and Human Services* (D.D.C. 1993), citado por O'REILLY, *op. cit.* pág. 75.

considerarse un “*agency record*”, ya que los Tribunales han determinado que una petición de acceso no obliga a las Agencias ni a crear un documento, ni a analizar la información que poseen (*NLRB v. Sears, Roebuck & co.*, 1975 o *Forsham v. Califano*, 1978).

De esta manera, la Agencia puede denegar el acceso a la información solicitada cuando no se encuentre en forma documental, por lo que no debe contestar a las preguntas sobre información, sino sólo a las solicitudes de documentos, ni está obligada a dar acceso a las meras notas, de carácter personal, del personal de la Agencia aunque éstas acompañen a los documentos, salvo que sean el único documento que refleja el contenido de una actuación de la Agencia (*Chapman v. Nacional Aeronautics and Space Administration*).

En todo caso, recae sobre la Agencia la carga de la prueba de demostrar que la información solicitada no es un documento de agencia y, por tanto, puede denegarse el acceso al mismo.

C) La necesaria vinculación entre el documento y la Agencia para su consideración como “*agency records*”.

Una vez comprobado el carácter documental de la información solicitada (*record*), debe comprobarse que el documento está vinculado a la Agencia, sujeto pasivo del derecho de acceso, esto es, que se trata de un documento de agencia (*agency record*). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha delimitado este concepto a los efectos de aplicación de la FOIA, señalando los diversos requisitos que deben de cumplir los documentos (*records*) y que permiten su declaración como *agency records*.

a) La creación o custodia del documento.

En principio, para que un documento pueda ser accesible por aplicación de la FOIA, debe ser una Agencia quien cree o se encuentre en posesión de los documentos solicitados, tal y como establece el *Records Disposal Statute*. Cuando el documento ha sido creado por una Agencia, su identificación como *agency record* no suele plantear problemas⁸⁶. No obstante, cuando dicho documento es elaborado por terceros, pero se encuentra en manos de la Agencia, la cuestión es más problemática.

El Tribunal Supremo ha considerado que dentro del concepto de *agency record* no sólo deben incluirse los documentos producidos por las Agencias, sino que también deben incluirse otros, cuando son utilizados por la misma. De esta forma, en el caso *Tax Analysis v. United States Department of Justice* el Tribunal Supremo rechazó que pudiera reducirse el concepto a los documentos creados por la Agencia, dado que muchos estudios, informes y otros materiales producidos fuera de la Agencia –tanto de manera privada, como por organizaciones gubernamentales-, son la base para muchas decisiones jurídicas de éstas, incluyendo materiales en formato electrónico creados o generados por otros y transmitidos a las mismas.

La reciente reforma de la Ley, por la *OPEN Government Act* de 2007 ha ampliado el concepto de *agency record* que incluye ahora no sólo los documentos generados o en posesión de las Agencias, sino también aquéllos que, generados por la Agencia o por terceros para la Agencia, son custodiados, por otras entidades ajenas a la Administración, pero por contrato con la Agencia precisamente para su custodia⁸⁷.

⁸⁶ Otra cosa es que lo solicitado se considere documento (*record*) o se pretenda su exención de la aplicación de la FOIA por considerar que se trata de información no oficial (*non record*) o que se trata de información privada del personal de la Agencia (*personal papers*).

⁸⁷ Dice ahora la FOIA (f)(2) que “«*record*» and any other term used in this section in reference to information includes [...] (B) any information described under subparagraph (A) that is

Los problemas pueden darse, por tanto, cuando las Agencias no son las autoras, sino que se encuentran en posesión de documentos generados por terceros. Dicho problema no se presenta, en principio, cuando la información o los documentos han sido generados por un tercero contratista de la Administración, porque en ese caso el derecho común atribuye los actos del contratista a la Agencia. Sí puede plantearse, sin embargo, cuando la Agencia adquiere la información generada por terceros, como es el caso de información incluida en programas de ordenador y bases de datos, que después usa para organizar su propia información. En estos casos, no puede considerarse a la Agencia como creadora de dichos materiales y sin embargo, según el razonamiento del Tribunal Supremo, estos documentos podrán ser accesibles según la FOIA, porque han sido adquiridos por la misma⁸⁸.

No obstante, no es éste un criterio unánime y, por lo general, los Tribunales han tendido a restringir la amplitud del concepto de documento de agencia cuando los mismos han sido creados por terceros. En este caso, se ha exigido en muchos casos un criterio adicional: no sólo que la Agencia –u otra entidad, por contrato, en su nombre- custodie el documento, sino que tenga un control efectivo del mismo.

b) El control efectivo del documento.

Es, por tanto, un juicio relevante a efectos de considerar si el documento es un documento de agencia, el que los documentos se encuentren sólo custodiados por la Agencia o que formen parte de sus archivos y se encuentran bajo el control efectivo de la misma.

maintained for an agency by an entity under Government contract, for the purposes of record management”.

⁸⁸ PERRIT Jr., H. “Sources of Rights to Access Public Information”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 188, 1995-96, pgs. 188.

Este segundo requisito, que los materiales solicitados se encuentren en manos (bajo el control) de la Agencia en el momento en el que la solicitud de acceso, se refiere no sólo a que físicamente se encuentren bajo la custodia de la Agencia, sino que la misma los controle y pueda hacer uso de los mismos. Aunque la norma general es que, en este caso, deben de tratarse como documentos de agencia, la tendencia de los Tribunales ha sido la de excluir de acceso los documentos creados por organismos que específicamente están excluidos de la aplicación de la FOIA -tales como el Congreso, los Tribunales de Justicia o la Oficina del Presidente-, y que después han pasado a manos de una Agencia que sí esta incluida en el ámbito de la norma. En estos casos, los Tribunales han considerado que el hecho de que los documentos se encuentren físicamente en las dependencias de las Agencias no determina que éstas controlen dichos documentos y que es, precisamente, este elemento de control, el que determina que se puedan o no ser accesibles.

Destaca en este sentido, entre otros, el caso de *Kissinger v. Reporters Committe for Freedom of the Press*, en el que los Tribunales consideraron que la ubicación física en una oficina de una Agencia gubernamental no determinaba la posesión o control sustantivos de los documentos y que, por tanto, no podían considerarse documentos de agencia sometidos a la FOIA⁸⁹. Asimismo, en *Goland v. CIA*, los demandantes habían solicitado el acceso a la transcripción de unas audiencias de un comité del Congreso que la CIA había custodiado durante más de 30 años y, sin embargo, los Tribunales

⁸⁹ En este caso concreto los demandantes solicitaban el acceso a unas notas sobre conversaciones telefónicas mantenidas por Henry KISSINGER cuando éste era Secretario de Estado. Dichas notas, consideradas como parte de la Oficina del Presidente y, por tanto, exentas de acceso, se transfirieron posteriormente al Departamento de Estado, al que los demandantes solicitaron acceso. El Tribunal consideró, en este caso, aplicando los criterios anteriormente expuestos, que los documentos no habían sido creados por el Departamento de Estado, ni habían sido usados por el mismo cuando fueron transferidos, ni se habían encontrado en ningún momento bajo su control efectivo, por lo que su ubicación física no implicaba que hubieran pasado a ser documentos de la agencia, y por tanto, seguían estando exentos de acceso.

consideraron que no se trataba de un documento de la agencia argumentando que, a pesar de que se encontraban en los archivos de la CIA –durante más de 30 años-, el Congreso no había dejado nunca de tener control sobre las mismas⁹⁰.

c) La vinculación por la materia: que se trate de competencias propias de la Agencia.

Finalmente, para que puedan ser considerados como *agency records*, los documentos solicitados deben tener relación con las actividades oficiales de la Agencia.

Los Tribunales han especificado cuál puede ser el contenido del documento para que pueda ser calificado de documento de agencia. De esta manera, no cualquier material o soporte susceptible de albergar información –esto es, un *record*, tal y como se ha definido por la jurisprudencia- podrá ser declarado objeto del derecho de acceso, sino que en principio ese material debe aportar “alguna evidencia de la organización o funciones, de las políticas, decisiones, procedimientos, operaciones o de cualquier otra actividad del Gobierno”, siguiendo así en parte la definición de *agency record* dada por la *National Archives & Records Act*⁹¹.

Esta definición ha sido utilizada en ocasiones por los Tribunales para denegar el acceso a documentos que, en principio, no tenían cabida en

⁹⁰ Igualmente, por lo que se refiere al Poder Judicial, los Tribunales han afirmado, en varias ocasiones, que los informes elaborados durante los juicios para el uso del Tribunal, permanecen bajo el control del mismo a pesar de pasar a ser usados por los oficiales de prisiones. *Vid. WION, op. cit.* pág. 1109.

⁹¹ Lo que el Tribunal Supremo no ha aclarado, según PERRIT, es si los documentos transferidos de una a otra Agencia, cuya actividad es distinta, para evitar tener que dar acceso a los mismos según la FOIA, deben quedarse excluidos o no de acceso, por falta de vinculación con la Agencia que los custodia. PERRIT, *op. cit.* pág. 189.

ninguna de las nueve excepciones que regula la Ley. Un caso muy conocido al respecto, es *SDC Development Corp. v. Mathews*, en el que el demandante solicitaba a través del procedimiento de la FOIA (y con los costes de la misma) acceso a unos documentos sobre datos bibliográficos médicos que el Gobierno había publicado y que podían adquirirse en el mercado a un coste mucho más elevado que las tasas derivadas del derecho de acceso. El Tribunal concluyó que, a pesar del valor añadido de las bases de datos –más allá del contenido de las mismas, debido a la actividad llevada a cabo para su recopilación-, no podía ser de aplicación la cuarta excepción prevista por la Ley, relativa al secreto financiero y comercial de las empresas, porque esta excepción no cubre la actividad comercial del Gobierno. Por ello, y para evitar extender la cuarta excepción más allá de su sentido literal, el Tribunal decidió considerar que no se trataba de un documento de agencia, por la falta de relación del contenido de los documentos con la actividad de la Agencia, denegando así el acceso.

Aunque la finalidad de esta interpretación del documento de agencia permite no ampliar las excepciones más allá de su interpretación estricta, se trata de una opción muy discutible –y muy discutida-, que confirma el hecho de que es necesaria una rigurosa delimitación del objeto del derecho de acceso. Una interpretación laxa del mismo podría llevar a la comunicación de documentos que debieran estar protegidos y, lo que podría ser aún más grave, teniendo en cuenta la tendencia oscurantista del Gobierno y de la Administración, una interpretación excesivamente estricta del mismo podría llevar al vaciamiento del derecho que nos ocupa.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE ACCESO EN LA UNIÓN EUROPEA

I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO EN LA UNIÓN EUROPEA.

El derecho de acceso a los documentos y a la información en la Unión Europea ha sido objeto de una rápida evolución desde comienzos de los años 80 del pasado siglo hasta el reconocimiento de un derecho general con la publicación del Reglamento nº 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁹², así como con la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público⁹³.

Era lógico, tanto por las características del derecho de acceso, como por las disparidades existentes, en la concepción de la transparencia, entre los

⁹² Actualmente, el derecho de acceso está siendo objeto de un importante proceso de modificación, con el objetivo de garantizar una mayor transparencia en las instituciones comunitarias, que culminará con la sustitución del Reglamento 1049/2001, por un nuevo Reglamento comunitario.

⁹³ Esta Directiva ha sido recientemente objeto de transposición en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

Estados miembros, que su reconocimiento como tal en una organización supranacional fuera difícil⁹⁴. Sin embargo, paulatinamente se ha ido convirtiendo en un elemento fundamental de la construcción europea, al haberse considerado un mecanismo esencial para contrarrestar el repetidamente señalado déficit democrático del que adolecían -y adolecen- las instituciones europeas.

La evolución sufrida por este derecho parte de su exclusivo reconocimiento para acceder a los documentos, entendidos de manera muy restrictiva, conservados en los archivos históricos, acceso que además era objeto de muy amplias exclusiones. Es, fundamentalmente, la fuerza de Estados miembros con tradición aperturista –como Suecia, Dinamarca, los Países Bajos y Finlandia- la que dará un impulso definitivo al desarrollo y reconocimiento del derecho de acceso⁹⁵.

En el reconocimiento real de este derecho ha tenido gran importancia la interpretación y aplicación que las instituciones europeas han hecho de las distintas normas reguladoras del acceso -fundamentalmente el Consejo y la Comisión- y, en particular, de la aplicación de las excepciones que dichas normas introducían, interpretadas en muchas ocasiones por dichas instituciones de manera muy restrictiva. Por esta razón, y por las presiones jugadas por los distintos países en función de su talante más aperturista o más reacio al reconocimiento del derecho de acceso, esta evolución ha estado plagada de altibajos, habiendo jugado un papel fundamental para la determinación concreta del derecho y de sus límites, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

⁹⁴ Los países aperturistas no podían imponer su criterio sobre aquellos más reticentes a la transparencia, y lo cierto es –como se refleja en otras partes de este estudio- que ha tardado mucho en generalizarse en el derecho constitucional interno de los Estados la concepción del acceso a la información como derecho subjetivo.

⁹⁵ Unido a la inicial negativa a la ratificación del Tratado de Maastricht por parte de Dinamarca y Francia en los referenda celebrados en sendos países.

Un elemento esencial en esta evolución hacia el amplio reconocimiento actual del acceso como derecho de los ciudadanos europeos ha sido la paulatina modificación y ampliación de su objeto: poco a poco, se ha ido definiendo con mayor precisión y amplitud aquello que es accesible para el público en el ámbito de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. Partiendo inicialmente de una definición muy acotada y restrictiva del objeto –puesto que sólo se reconocía el acceso a escritos que estuvieran contenidos en los archivos históricos, y solamente transcurridos treinta años desde su producción- hasta la actual definición dada por el Reglamento n.º 1049/2001, que reconoce un amplio derecho a los documentos de las instituciones e, incluso, hasta su reconocimiento como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por ello, el estudio de este derecho en el ámbito comunitario se va a abordar analizando primeramente la evolución general del derecho de acceso en el ámbito comunitario, para después llevar a cabo un estudio más concreto del objeto del derecho de acceso, a fin de determinar el verdadero alcance del reconocimiento de este derecho en el ámbito comunitario.

1. El Reglamento de acceso a los archivos históricos de las Comunidades Europeas.

Hasta que en la década de los 90 del siglo pasado, con la aprobación del Tratado de Maastricht (TUE) -y, sobre todo, debido a los problemas para su ratificación- y, posteriormente, del Tratado de Ámsterdam, los Estados miembros tuvieron en cuenta la necesidad de establecer un sistema de acceso a los documentos y a la información en manos de las instituciones europeas, poca era la regulación que existía sobre la materia.

La regla general aplicable en la práctica administrativa de las instituciones podría resumirse en que todo era secreto, salvo para aquello que

expresamente se decidiera hacer público, y cada institución parecía tener libertad para determinar a través de su Reglamento, o de otras normas de rango inferior, qué documentos debían ser considerados confidenciales o secretos y cuáles no. Como resume al respecto RAGNEMALM “la regla parece haber sido que dependía de las instituciones decidir por sí, y caso por caso, si querían o no proporcionar el acceso al documento solicitado, hasta el punto de que todo era secreto, salvo aquello que se había hecho expresamente público. Una condición esencial para que un documento fuera accesible al público era, naturalmente, que no hubiera sido calificado como secreto y las disposiciones de derecho comunitario relativas a la confidencialidad son tan estrictas como abundantes”⁹⁶.

Las primeras normas comunitarias que, de alguna manera, regularon el acceso a los documentos de las instituciones fueron los Reglamentos de acceso a los archivos históricos, aprobados en 1983: el Reglamento n.º 354/1983 del Consejo, de 1 de febrero, relativo a la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁹⁷ y la Decisión n.º 359/1983/CECA de la Comisión, de 8 de febrero, relativa a la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero⁹⁸. Estas normas vinieron a reafirmar la situación existente, pues, si bien la regla general presente en los mismos era el acceso a los documentos y archivos de las Comunidades Europeas una vez transcurridos treinta años desde la fecha de

⁹⁶ RAGNEMALM, Hans, “Démocratie et transparence sur le droit général d’accès des citoyens de l’Union Européenne aux documents détenus par les institutions communautaires” en *Diritto dell’Unione Europea*, vol. II, 1998.

⁹⁷ Modificado por el Reglamento n.º 1700/2003 del Consejo de 22 de septiembre, para adaptar sus disposiciones a los principios generales y límites al acceso a los documentos previstos por el Reglamento n.º 1049/2001.

⁹⁸ Ambos textos contienen las mismas disposiciones, el Reglamento n.º 354/1983 referido a las instituciones de la CEE y EURATOM, y la Decisión n.º 359/1983, para las instituciones de la CECA.

su producción, tanto el Reglamento como la Decisión establecían amplias limitaciones al mismo, incluso transcurrido ese largo período de tiempo.

El carácter restrictivo de estas normas se hacía evidente ya en sus Exposiciones de motivos, cuando se señalaba como uno de los motivos fundamentales para establecer dicha regulación el “evitar que los documentos y unidades archivísticas clasificados que emanen de las instituciones comunitarias sean accesibles al público por medio de los archivos nacionales en condiciones menos estrictas que las previstas en el presente Reglamento”, y aunque en su artículo primero ambas disposiciones enunciaban como regla general que las “instituciones crearán archivos históricos y los abrirán al público, en las condiciones fijadas en el presente Reglamento, una vez transcurrido un plazo de treinta años a partir de la fecha de elaboración de los documentos y unidades archivísticas”, en realidad el contenido esencial de estas disposiciones parece tener como finalidad el establecimiento de amplias limitaciones al acceso, incluso transcurrido ese periodo de treinta años, fundamentalmente debido al carácter reservado o confidencial de los documentos.

Las disposiciones tenían como objeto los archivos de las Comunidades Europeas, entendidos en un sentido muy amplio como “el conjunto de documentos y unidades archivísticas de todo tipo, cualesquiera que fueren su forma y el medio utilizado, elaborados o recibidos por una de las instituciones, uno de sus representantes, o uno de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que se refieran a las [...] Comunidades Europeas” y, en concreto, los archivos históricos, como “la parte de los archivos de las Comunidades Europeas que haya sido seleccionada [...] para ser objeto de una conservación permanente”.

Con la finalidad del cumplimiento de este plazo de apertura transcurridos treinta años desde su producción, las disposiciones comunitarias preveían un doble procedimiento de selección de los

documentos de las instituciones. Por un lado, se establecía la obligación de las instituciones comunitarias de transmitir a los archivos históricos los documentos y unidades archivísticas contenidas en sus archivos corrientes, transcurridos quince años desde su elaboración, separando los que debían conservarse de aquellos “desprovistos de interés administrativo e histórico”.

Por otro lado, y con una técnica legislativa bastante deficiente, se establecía que aquellos que, por su carácter confidencial o reservado, no hubieran sido trasladados transcurrido ese período de quince años, debían ser objeto de revisión a los veinticinco años de su elaboración, a fin de decidir sobre el mantenimiento de dicha confidencialidad o reserva, tarea que debía de repetirse periódicamente cada cinco años para estudiar la posible pérdida de ese carácter confidencial y la consiguiente posibilidad de permitir el acceso.

Como ya se ha señalado, a pesar de que el objetivo fundamental de estas normas era el permitir el acceso a los documentos -incluso, en algunos casos, antes de transcurrido el plazo de 30 años regulado por el art. 1.1, pues el apartado tercero de dicho artículo establecía que “los documentos y unidades archivísticas de libre comunicación antes de transcurrir el plazo previsto en el apartado 1 seguirán siendo accesibles al público sin restricción alguna”- la norma regulaba, de manera muy extensa, las medidas necesarias para garantizar que los documentos sensibles y clasificados pudieran continuar sin acceso incluso transcurrido dicho plazo.

Así, la norma excluía permanentemente el acceso, entre otros documentos, a los expedientes del personal de las Comunidades Europeas, los documentos que contuvieran información sobre la vida privada o profesional de una persona determinada (art. 2), los documentos que estuvieran sometidos a secreto o tuvieran el carácter de clasificados por el Reglamento n.º 3 del Consejo, de 31 de julio de 1958, los relativos a asuntos sometidos a la jurisdicción del TJCE (art. 3.1) y los que estuvieran

amparados por el secreto profesional o de empresa -a menos que, informados los interesados de la intención de hacerlos accesibles al público, no hubieran formulado objeción alguna-, o que contuvieran información de este tipo (art.4)⁹⁹.

Se contenía además una excepción harto genérica -ahora desaparecida-, que disponía que “el público tampoco tendrá acceso a los documentos y unidades archivísticas que, según las demás normas y prácticas establecidas, a este respecto, dentro de cada institución, sean consideradas como confidenciales o pertenecientes a una categoría más rigurosamente protegida, a menos que hayan perdido su carácter de clasificados” (art. 3.2). De esta manera, como señalábamos al principio, a pesar de la regulación general sobre archivos históricos, el acceso a los documentos de las instituciones -incluso transcurridos 30 años-, terminaba dependiendo de las normas y reglas determinadas por cada institución, si bien éstas estaban obligadas, según el art. 5 de ambas disposiciones sobre archivos históricos, a proceder, transcurridos veinte años de su elaboración, al examen de los documentos y unidades archivísticas que fueran consideradas todavía, por sus propias disposiciones, como confidenciales o pertenecientes a una categoría más rigurosamente protegida, para determinar su eventual calificación como no clasificados¹⁰⁰.

Este carácter sumamente restrictivo del acceso a los documentos contenidos en los archivos históricos de las instituciones comunitarias vinculaba también a los Estados miembros que estuvieran en posesión de

⁹⁹ La modificación de la norma llevada a cabo por el Reglamento n.º 1700/2003, de 22 de septiembre de 2003 ha eliminado estas excepciones, adaptando la normativa a las nuevas disposiciones introducidas por el Reglamento 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

¹⁰⁰ En caso de no desclasificarse –como ya se ha tenido la ocasión de indicar-, debía procederse a un examen periódico cada cinco años, para considerar si habían perdido su carácter confidencial o no.

dichos documentos y unidades archivísticas de las instituciones, incluso en detrimento de sus normas nacionales cuando estas fueran más benévolas que las establecidas por el Reglamento¹⁰¹. En el caso inverso, las instituciones comunitarias estaban obligadas a respetar la clasificación establecida por los Estados miembros, para los documentos procedentes de los mismos (art. 5.2).

Es evidente, por tanto, cómo, durante toda esta época, correspondía a cada institución, de manera potestativa, la elaboración de las reglas relativas a la confidencialidad de los documentos y, en consecuencia, la determinación de los documentos susceptibles de acceso, no sólo en el caso de los archivos históricos sino, en general, de todos los documentos pertenecientes a las instituciones comunitarias.

2. Las Resoluciones del Parlamento Europeo y la interpretación restrictiva de la Comisión Europea del acceso a los documentos.

Aparte de esa exigua regulación del acceso a los archivos históricos, sólo el Parlamento Europeo reconoció, tempranamente, la necesidad de determinar la publicidad de sus actuaciones. Para ello adoptó, en 1984, una Resolución relativa a la publicación obligatoria de información por las Comunidades Europeas. Esta Resolución, a la que siguieron otras dos en similares términos, adoptadas en 1988 y 1994, respectivamente, instaba a la Comisión para que elaborara una propuesta de legislación relativa a la

¹⁰¹ El art. 6 del Reglamento establecía que “1. Los Estados miembros se abstendrán de hacer accesibles al público, en condiciones menos estrictas que las previstas en los artículos 1 a 5, los documentos y unidades archivísticas que emanen de las instituciones y se hallen físicamente en sus archivos públicos, y que hayan sido sometidos a una clasificación y no hayan perdido el carácter de clasificados._ 2. El apartado 1 se aplicará también a los documentos y unidades archivísticas de los Estados miembros que reproduzcan total o parcialmente el contenido de los documentos contemplados en este apartado”.

publicidad y apertura al público en lo referente a las actuaciones gubernamentales.

En el caso de la Resolución de 1988, se acentuaba la relación existente entre el derecho a estar informado y la ciudadanía europea¹⁰². Para el Parlamento Europeo, ya en esta época, el derecho de acceso a la información pública debía de reconocerse por el derecho comunitario, como corolario de la obligación de las autoridades públicas de proporcionar información sobre sus actividades, al considerarlo, sin lugar a dudas, como uno de los derechos básicos de los ciudadanos¹⁰³.

Sin embargo, y como veremos a continuación, este reconocimiento específico del derecho de acceso como derecho de los ciudadanos europeos no tuvo lugar hasta mucho más tarde, y es que, hasta la primera regulación general del derecho de acceso, a partir del Código de Conducta de diciembre de 1993, la Comisión actuó de manera sumamente restrictiva en relación con los documentos que consideraba clasificados o confidenciales y, por tanto, excluidos de acceso. Prueba de ello es el Asunto *Zwartveld*¹⁰⁴, en el que “la Comisión, amparándose en una interpretación abusiva de la inviolabilidad de sus archivos, trató de eludir su deber de colaboración con las autoridades nacionales, en este supuesto concreto con un juez holandés, que le reclamaba la transmisión de ciertos informes de control y otros documentos elaborados por sus inspectores en el marco de investigaciones realizadas en el sector de la pesca marítima”¹⁰⁵.

¹⁰² Cuyo reconocimiento se llevó a cabo, en 1992, por el Tratado de Maastricht.

¹⁰³ CURTIN y MEIJERS, “Access to European Union Information: an element of citizenship and a neglected constitutional right” en *The European Union and Human Rights*, Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas Editors, 1995.

¹⁰⁴ Auto del TJCE de 6 de diciembre de 1990, *Zwartveld c. Comisión* (asunto C2-88).

¹⁰⁵ GONZÁLEZ ALONSO, *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Madrid, 2002.

La Comisión, en este caso concreto, hizo todo lo posible para evitar el acceso a la información contenida en sus archivos, inspirándose para ello en el art. 2 del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas, anexo al TCEE¹⁰⁶, que establece la inviolabilidad de los archivos y que había servido de base para la regulación sobre el acceso a los archivos históricos. La Comisión, en la práctica, estaba aplicando el término “archivos” a todos los documentos en su poder y el término “inviolables” en el sentido de “secreto absoluto” para los documentos que tuvieran menos de 30 años de antigüedad¹⁰⁷, alegando, además, ante el TJCE, que el Protocolo no establecía ninguna obligación de comunicación de sus archivos, y negando la competencia del Tribunal de Justicia para levantar esta inviolabilidad y obligar la comunicación de dichos documentos. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia, recordó la obligación que pesa sobre las instituciones comunitarias de colaborar con los Tribunales nacionales proporcionándoles los documentos y testimonios de los funcionarios europeos que fueran necesarios, señalando además el carácter exclusivamente funcional del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades, cuya funcionalidad tiene el fin específico de evitar el entorpecimiento del funcionamiento y la independencia de las instituciones comunitarias, por lo que, al no quedar demostrado dicho entorpecimiento, la Comisión no podía ampararse en el Protocolo para eludir su deber de colaboración no transmitiendo los documentos solicitados¹⁰⁸.

La única actuación de la Comisión europea en esta época en vistas a garantizar un mayor acceso a los documentos se limitó al ámbito específico del medio ambiente, aunque relación con la información de los Estados miembros y no la suya propia. La Comisión, siguiendo las recomendaciones

¹⁰⁶ Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965.

¹⁰⁷ CURTIN y MEIJERS, *op. cit.* pág. 82.

¹⁰⁸ Autos del TJCE de 13 de julio y de 6 de diciembre de 1990.

del Parlamento Europeo, elaboró la Directiva del Consejo 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente – sustituida por la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CE, del Consejo¹⁰⁹-, que recogía la obligación de los Estados miembros de proporcionar a quien lo solicitara el acceso a la información medioambiental en su poder.

Aunque nada se dijera respecto de la obligación por parte de las autoridades e instituciones comunitarias de proporcionar la información que le fuera solicitada, la Comisión había reconocido la necesidad de que el acceso a la información medioambiental fuera impuesto no sólo a las autoridades nacionales competentes sino también a las instituciones comunitarias, y a la Comisión en particular. Sin embargo, no se produjo ninguna propuesta por esta vía y el derecho de acceso se limitó a la información que se encontrara en poder de los Estados miembros, lo cual fue objeto de numerosas críticas.

La aprobación de esta Directiva, destinada a los Estado miembros, tuvo la virtud de señalar las deficiencias existentes en relación con la política de transparencia mantenida por las instituciones europeas, fundamentalmente por la Comisión que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no sólo no actuaba en vías de regular y garantizar el acceso a la información en su poder, sino más bien, todo lo contrario¹¹⁰.

¹⁰⁹ La transposición de dichas Directivas en España se produjo a través de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, relativa al derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, en el primer caso, y por la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derecho de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que deroga la anterior y transpone la nueva Directiva.

¹¹⁰ Es revelador de esta situación -señala RAGNEMALM-, que la Comisión presentara, en febrero de 1992, una proposición de Reglamento del Consejo sobre las medidas de seguridad aplicables a las informaciones clasificadas elaboradas o intercambiadas en el ámbito de las

3. El Tratado de Maastricht y el Código de Conducta del Consejo y de la Comisión.

La ausencia de normativa y la necesidad de una regulación sobre el derecho de acceso a la información y a los documentos comunitarios fueron sacados a colación por varios de los Estados miembros durante el proceso de elaboración del Tratado de Maastricht. El Gobierno holandés, temiendo que el nuevo Tratado pudiera acarrear como efecto la restricción del derecho de acceso previsto en su normativa nacional, mucho más aperturista, propuso durante la Conferencia Intergubernamental previa al Tratado de Maastricht la introducción de un artículo específico referente al derecho de acceso a la información de las instituciones y órganos europeos¹¹¹, cuyo fundamento sería la necesidad de garantizar los principios de publicidad y apertura, e introduciendo únicamente las limitaciones que fueran absolutamente necesarias.

Dicha propuesta no tuvo éxito, y tan sólo se materializó en una Declaración aneja al Tratado de la Unión Europea, a “modo de premio de consolación”¹¹² ante la negativa de incluir un artículo en el texto del Tratado. Dicha Declaración n.º 17 aneja al Acta final del Tratado de Maastricht, relativa al derecho de acceso a la información, establecía que “La

actividades de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, que fue duramente criticada por el Parlamento Europeo, por contener preceptos susceptibles de atentar contra las libertades públicas y el libre acceso a la información en determinados Estados miembros. Finalmente, la proposición fue retirada aludiendo al principio de subsidiariedad.

¹¹¹ Con excepción, entre otros, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Cuentas, el Banco Europeo de Inversiones y el Banco Central Europeo, por razones de independencia.

¹¹² GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Madrid, 2002, pág. 27.

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”.

No obstante, a pesar de tratarse tan sólo de una Declaración, ésta cobró una insospechada importancia en el proceso de ratificación del Tratado de Maastricht, dadas las dificultades para su aprobación en Francia y, sobre todo, en Dinamarca, en donde el resultado del primer referéndum celebrado fue contrario a la ratificación del Tratado.

La Declaración n.º 17 se convirtió entonces en un elemento clave para garantizar, fundamentalmente de cara a los daneses, una mayor transparencia y apertura de las instituciones comunitarias, y se tradujo en el requerimiento a la Comisión para que elaborase lo antes posible los instrumentos necesarios para mejorar el acceso a la información de las instituciones comunitarias, lo que tuvo su plasmación en la aprobación, por la Comisión y el Consejo, de un Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos de la Comisión y del Consejo¹¹³.

El Código de Conducta vendría a colmar, mínimamente, el vacío legal existente en materia de transparencia y de acceso a los documentos de las instituciones. En el mismo se establecía, como principio general, que “el público tendrá el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo”, determinando para ello que “por documento se entiende todo escrito, sea cual fuere su soporte que contenga datos existentes y que esté en poder de la Comisión o del Consejo”.

¹¹³ Documento 93/730/CE, Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión, aprobado por el Consejo y la Comisión el 6 de diciembre de 1993. DO n.º L340, 1993.

Como se hace ya patente en la exposición del principio general de la norma, aunque se prevé “el mayor acceso posible”, se cuida mucho en el Código de no hablar de “derecho de acceso” como tal y, de hecho, dicha expresión no aparece en ninguna parte del texto aprobado.

En el mismo se establecían las normas procedimentales básicas para el acceso de los ciudadanos a los documentos¹¹⁴ -cuyo esquema ha seguido fundamentalmente el Reglamento n.º 1049/2001, relativo al acceso del público de los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión-, y una lista con las excepciones al mismo que, tanto el Consejo como la Comisión, reprodujeron en sendos instrumentos de aplicación del Código de Conducta. Así, se establecía que “Las instituciones denegarán el acceso a todo documento cuya divulgación pueda suponer un perjuicio para: la protección del interés público (seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad monetaria, procedimientos judiciales, actividades de inspección e investigación); la protección del individuo y de la intimidad; la protección del secreto en materia comercial e industrial; la protección de los intereses financieros de la Comunidad; la protección de la confidencialidad que haya solicitado la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o que requiera la legislación del Estado miembro que haya proporcionado la información¹¹⁵” como excepciones imperativas. Asimismo, añadía la norma que “las instituciones también

¹¹⁴ El procedimiento de acceso se articulaba a partir de la petición del mismo a través de solicitud de acceso realizada por escrito, que debería ser contestada en el plazo de un mes. En el caso de denegación –que debía ser motivada- se preveía la posibilidad de presentación de una solicitud confirmativa ante las instituciones, para la revisión de la negativa, a la que debían de contestar también en el plazo de un mes. La negativa a la misma también debía motivarse e indicar las vías de recurso, esto es, el recurso judicial y la querrela ante el Defensor del Pueblo.

¹¹⁵ Se trata esta última excepción imperativa de la denominada “regla de autor”, por la cual se debía denegar el acceso a los documentos siempre que el autor de los mismos -ya fuera un Estado miembro o un particular-, pidiera la confidencialidad de los mismos, independientemente de que se encontraran o no amparados en alguna de las otras excepciones previstas por la norma.

podrán denegar el acceso al documento a fin de salvaguardar el interés de las mismas en mantener el secreto de sus deliberaciones”.

4. La aplicación del Código de conducta y el valor normativo del mismo.

La aprobación del código de Conducta y de sus instrumentos de aplicación por el Consejo y la Comisión, lejos de pacificar la cuestión del acceso y las demandas de transparencia y apertura por parte de los ciudadanos y de algunos de los Estados miembros, dio lugar a numerosos recursos judiciales, motivados fundamentalmente por el cauce de aprobación que las instituciones habían utilizado para adoptar el Código de Conducta y el consiguiente valor jurídico y normativo del mismo, así como por la aplicación extensiva, en lugar de restrictiva, de las excepciones al acceso reguladas por el Código, entre otras cuestiones.

A) Los instrumentos jurídicos de aprobación del Código de Conducta por el Consejo y la Comisión.

En primer lugar, planteó numerosos problemas el instrumento jurídico adoptado por las instituciones para aplicar el Código de Conducta. Mientras que la Comisión lo puso en práctica de manera directa a través de la Decisión de 8 de febrero de 1994¹¹⁶, por la que se aprobaba el Código de Conducta y se establecían las medidas procedimentales para su aplicación, el Consejo lo hizo en el marco de su capacidad de autoorganización interna (artículo 22 de su Reglamento interno), a través de la Decisión del Consejo, de 20 de

¹¹⁶ Decisión 94/90/CECA, CE, EURATOM, de 8 de febrero de 1994, sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión, DO. n.º L 046, de 18 de febrero de 1994. Modificada por la Decisión 96/567/CE, CECA, EURATOM de 19 de septiembre de 1996, DO. n.º L 247, de 29 de septiembre de 1996.

diciembre de 1993¹¹⁷, que desarrollaba y regulaba el procedimiento de aplicación del Código de Conducta, y que se hizo coincidir tanto en el tiempo, como en su procedimiento de aprobación, con la modificación del Reglamento interno del Consejo para adecuarlo a la entrada en vigor del TUE.

Este cauce procedimental de aprobación del Código de conducta por el Consejo dio lugar a la interposición por parte de los Países Bajos -que ya había planteado su rechazo respecto de la forma jurídica de adopción y del contenido de dicho Código- de un recurso de anulación contra la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 1993 ante el TJCE, resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996¹¹⁸.

Los Países Bajos argumentaban, como ya lo habían hecho anteriormente en su proposición de 1991, que el derecho de acceso es un derecho fundamental vinculado al derecho a la información y a un sistema de carácter democrático y que, al tratarse de un derecho de carácter general, el cauce procedimental adoptado por el Consejo era insuficiente e inadecuado¹¹⁹.

Para el Gobierno holandés, la Decisión rebasaba ampliamente la esfera de aplicación de las normas de organización y de gestión internas del

¹¹⁷ Decisión 93/731/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo, DO. n.º L 340, de 31 de diciembre de 1993, modificado por la Decisión 96/705/CE, CECA, EURATOM del Consejo de 6 de diciembre de 1996, DO. n.º L 325, de 14 de diciembre de 1996, y por la Decisión 2000/527/CE del Consejo, de 14 de agosto de 2000, DO. n.º L 212, de 23 de agosto de 2000.

¹¹⁸ Asunto C-58/94, caso *Países Bajos c. Comisión*.

¹¹⁹ Como señala al respecto RAGNEMALM, [*op. cit.* pág. 823]: “una institución comunitaria no puede legislar sobre una cuestión tan fundamental como lo es el contenido de un derecho general de acceso de los ciudadanos a los documentos que se hallan en su poder, fundándose en un artículo del Tratado que le otorga solamente la potestad de regular su reglamento interior”, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo primero del Código de Conducta parecía establecer un derecho general de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias .

Consejo, al constituir un acto destinado explícitamente a generar efectos jurídicos respecto de los ciudadanos.

A la posición holandesa se sumó la del Parlamento Europeo, para quien, -según recoge la aludida Sentencia- “al fundamentar la normativa relativa al acceso del público a los documentos que obran en su poder en sus facultades de organización interna, el Consejo se arrogó la facultad de determinar en qué medida puede acceder el público a su labor legislativa y, por lo tanto, se extralimitó en el ejercicio de las competencias que le atribuye el apartado 3 del art. 151 del Tratado.[...] El Parlamento alega que, aunque las instituciones son competentes para adoptar las medidas de organización interna apropiadas con objeto de garantizar su buen funcionamiento, así como el buen desarrollo de sus procedimientos, el principio de transparencia del proceso legislativo y el acceso a los documentos legislativos que lleva aparejado constituyen condiciones esenciales de la democracia y, por consiguiente, no pueden tratarse como cuestiones de organización meramente interna de las instituciones”. Y concluye alegando, como ya hubiera hecho en otras ocasiones que, el derecho a la información, del que es corolario el derecho de acceso a los documentos, constituye un derecho fundamental de la persona, reconocido por distintos instrumentos internacionales¹²⁰.

El Gobierno neerlandés, sumándose a la postura del Parlamento, argumentó que el hecho que la transparencia fuera una característica fundamental de un régimen democrático (naturaleza de la que goza el ordenamiento comunitario) confirmaba que el Consejo había calificado erróneamente como cuestión de organización interna lo que constituye, en realidad, un derecho fundamental de acceso del público a la información, y que como tal, debía dotarse de las garantías necesarias¹²¹.

¹²⁰ Puntos 17 y 18 de la Sentencia *Países Bajos c. Consejo*.

¹²¹ Punto 29 de la Sentencia *Países Bajos c. Consejo*.

Frente a la posición holandesa, el Abogado General TESAURO, en sus Conclusiones, alegaba que a falta de una regulación general del derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias, no podía considerarse que la Decisión del Consejo tuviera por objeto la regulación general del derecho de acceso, ni que de ésta se derivara un derecho subjetivo de los particulares a acceder a los documentos de las instituciones, por lo que el Consejo había determinado correctamente que la disposición puesta en cuestión ante los Tribunales constituía una medida de organización de su reglamento interno, sin que creara de ningún modo, un derecho subjetivo a la información.

Para el Abogado General, la base de un derecho general de acceso debía basarse, en todo caso, en el principio democrático, que constituye uno de los elementos fundadores de la construcción comunitaria. Señala GONZÁLEZ ALONSO cómo esta concepción del derecho de acceso coincide con la sostenida por el Gobierno holandés en afirmar la existencia de un derecho general de acceso a los documentos de las instituciones independientemente de las normas internas de las mismas. Para GONZÁLEZ ALONSO, la argumentación del Abogado General “en lugar de insistir sobre el carácter fundamental de este derecho con las complicaciones que ello comporta, asocia su vigencia a un valor seguro y plenamente aquilatado del ordenamiento jurídico: el principio democrático. Se ahorra, de este modo, el complejo proceso inherente a la identificación de un nuevo principio general del Derecho comunitario”¹²².

Por esta vía, el Abogado General consideraba correcta la vía de adopción de la Decisión controvertida, siempre que se entendiera que el fundamento del derecho de acceso radica en el principio democrático y no en la propia Decisión. Se trataría solamente de una norma que se limita a

¹²² GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit. et loc.* pág. 37.

garantizar la eficacia de un derecho que deriva directamente del principio democrático.

Sin embargo, el Tribunal no acogió ninguna de las posturas que se le presentaban: ni la de considerar al derecho de acceso como un derecho fundamental, ni la de su vinculación con el principio democrático. Para el Tribunal, la regulación por el Consejo de un derecho que aparecía recogido, de manera general, en la normativa interna de la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros, y cuya importancia había sido reiteradamente señalada en el ámbito comunitario, era señal de una evolución a la que el Consejo quería adaptar su normativa interna, basada hasta entonces en el principio del secreto.

Para el Tribunal “debe admitirse que, mientras el legislador comunitario no haya adoptado una normativa general sobre el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las instituciones comunitarias, éstas deben adoptar las medidas que tengan por objeto la tramitación de tales solicitudes en virtud de su facultad de organización interna, que las habilita para adoptar medidas apropiadas con vistas a garantizar su funcionamiento interno en interés de una buena administración. [...] Por consiguiente, en el estado actual del Derecho comunitario, el Consejo está habilitado para adoptar medidas destinadas a tramitar las solicitudes de acceso a documentos que obran en su poder”¹²³.

De esta manera, lo que el Tribunal vino a establecer es que, al no existir una norma general de acceso a los documentos, las instituciones no se encontraban vinculadas, ni por un derecho fundamental, ni por un principio general de derecho, por lo que se consideraban correctas las medidas que las instituciones dispusiesen para adaptarse a la evolución de las legislaciones nacionales y de las tendencias comunitarias, interpretación que

¹²³ Puntos 37 y 39 de la Sentencia *Países Bajos v. Consejo*.

evidentemente no satisfizo a los defensores de una mayor apertura en las instituciones comunitarias y de la consagración de un derecho general de acceso, por otra parte presente en mayor o menor medida en las legislaciones nacionales de la mayoría de los Estados miembros.

La interpretación acogida por el Tribunal de Justicia dejaba abierta, por tanto, una importante vía de escape a la Comisión y al Consejo, muy reacias a la consagración de un principio general de acceso o al reconocimiento de un derecho subjetivo de los ciudadanos comunitarios a acceder a los documentos de dichas instituciones.

Esta Sentencia, muy comentada en su momento, llevó a la doctrina a interrogarse, a falta de una normativa general y como ya lo hiciera el Abogado General del caso, sobre el fundamento jurídico del derecho de acceso y su real virtualidad tal y como quedaba regulado por el Código de Conducta y las normas de aplicación del mismo.

Para algunos autores -OBERG, entre otros¹²⁴-, como para el Abogado General, el fundamento de dicho derecho de acceso, como derecho subjetivo de los ciudadanos, se debía buscar en el principio democrático, al ser un corolario del mismo, como del derecho de expresión, y de esta manera, un principio general de derecho comunitario. Para la mayoría de los comentaristas, por el contrario, la tesis correcta era la sostenida en este asunto por el Gobierno holandés y por el Parlamento Europeo: se trataría de un derecho fundamental que como tal debía de ser reconocido.

Sin embargo, sobre lo que sí existía bastante acuerdo doctrinal era en la idea (sostenida por el TJCE) de que hasta que no existiera un reconocimiento general del derecho de acceso por parte del Derecho comunitario, ya fuera

¹²⁴ ÖBERG, U., "Public access to documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: much ado about nothing?" en *European Integration Online Papers* Vol. 2, (1998), núm. 8.

como principio general o como derecho fundamental de los ciudadanos comunitarios, dicho derecho no quedaría garantizado, pues a falta de norma general, tal y como había establecido la Sentencia del TJCE, las instituciones podían regular el modo de garantizar al público “el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo”¹²⁵.

Reflejo de esta contraposición de posturas entre las instituciones comunitarias y los partidarios del acceso es la abundante jurisprudencia a que dio lugar, en los años sucesivos, la aplicación del Código de Conducta. En esta época, fueron interpuestos ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) numerosos recursos contra las resoluciones denegatorias del acceso a sus documentos, que permitieron al Tribunal configurar el alcance y contenido concretos de la norma reguladora del derecho de acceso. En todos estos casos resultan evidentes las reticencias del Consejo y de la Comisión al reconocimiento de un verdadero acceso a los documentos que obran en su poder, siendo apoyadas en muchos de ellos por varios Estados miembros (fundamentalmente Francia y España)¹²⁶.

En este sentido, es de destacar que la propia Comisión, en el Asunto *World Wide Fund for Nature (WWWF UK) /Comisión*, Sentencia del TPI de 5 de marzo de 1997, rechazó las alegaciones del demandante que sostenía que la Decisión 94/90 y el Código de Conducta constituían un acto jurídico imperativo que otorgaba derechos a los ciudadanos e imponía obligaciones a la Comisión, alegando al respecto que “dichos documentos sólo constituyen la aplicación en la práctica de la orientación política contenida en las declaraciones de los Estados miembros y del Consejo Europeo” y que

¹²⁵ Con lo que la doctrina ya no se mostraba tan de acuerdo, sin embargo, era con los medios elegidos por dichas instituciones, especialmente el Consejo, producido mediante una modificación de su reglamento interno, de cuestionables efectos jurídicos frente a terceros, razón por la cual, como sostenía el recurso planteado por el Gobierno holandés, dicha norma era susceptible de anulación.

¹²⁶ Por otro lado, reiteradamente a favor del acceso, se posicionaban los Países Bajos, Suecia, Finlandia, Dinamarca y Gran Bretaña.

“interpretados correctamente, la Decisión 94/90 y el Código de Conducta no otorgan a los ciudadanos ningún derecho absoluto o fundamental de acceso a los documentos, sino únicamente el derecho a que sus solicitudes de acceso a los documentos se tramiten con arreglo a los principios y procedimientos en ellos establecidos”.

Al respecto el TPI siguió la doctrina establecida por la Sentencia del caso *Países Bajos/Consejo*, indicando que, a falta de normativa general, las instituciones debían adoptar en virtud de su facultad de organización interna, las medidas necesarias para la aplicación del Código de Conducta. Ahora bien, lo interesante de esta Sentencia es que determina los efectos jurídicos de la normativa adoptada y, frente a la falta de contenido jurídico de la misma pretendida por la Comisión, el TPI considera que “la Decisión 94/90 es un acto que puede otorgar a terceros derechos que la Comisión está obligada a respetar, aunque dicha Decisión comprenda, efectivamente, una serie de obligaciones que la Comisión se ha impuesto voluntariamente, en concepto de medidas de organización interna”. Es decir, que el TJCE reconoció el carácter vinculante para las instituciones de su propia normativa, que proporcionaba a los ciudadanos un derecho subjetivo de acceso a los documentos de las mismas, pero sin considerar que de dicha obligación ni de dicha normativa se desprendiese un derecho fundamental ni un principio general de Derecho comunitario.

B) El régimen de excepciones previsto por el Código de Conducta.

El otro de los motivos que generaron gran litigiosidad en los años siguientes a la aprobación del Código de Conducta fue el régimen de excepciones previstas en el Código y que tanto el Consejo como la Comisión recogieron en sus respectivas normativas. El TJCE ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre dichas excepciones, delimitando de esta

manera su alcance, normalmente frente a aplicaciones muy extensivas, e incluso abusivas, de las mismas, por parte de las instituciones.

En este sentido, y siendo el principio general del Código de conducta que “el público tendrá el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo”, la aplicación de las excepciones imperativas exigía una interpretación y aplicación restrictiva y rigurosa de las mismas.

De igual manera, cuando el Código preveía como excepción de discrecional aplicación que “las instituciones también podrán denegar el acceso al documento a fin de salvaguardar el interés de las mismas en mantener el secreto de sus deliberaciones” (art. 4.2), la institución en cuestión, tal y como tuvo oportunidad de establecer en varias ocasiones el TJCE, no podía aplicar dicha excepción sin haber realizado previamente un verdadero juicio de ponderación entre los intereses a proteger en el caso concreto, esto es, el interés del público en conocer el documento y el de la institución en mantenerlo secreto.

Destaca, en este aspecto, la Sentencia de 19 de octubre de 1995, *Carvel y Guardian Newspaper Ltd. c. Consejo*¹²⁷, en el que se demandaba al Consejo ante la negativa del mismo de permitir el acceso a los documentos solicitados amparándose en la cláusula potestativa del art. 4.2 de la Decisión 93/731 del Consejo. El Tribunal de Primera Instancia (TPI) esclareció las diferencias entre las excepciones de carácter imperativo -establecidas por el apartado primero de dicho art. 4-, y la prevista en el apartado segundo, por la cual el acceso a un documento del Consejo “podrá” denegarse para proteger el secreto de las deliberaciones y, en cuya consecuencia, el Consejo estaba obligado, en todo caso, a realizar una ponderación entre los intereses en juego. Debía por ello valorar, por una parte, el interés del ciudadano en obtener un acceso a sus documentos y, por otra, su posible interés en

¹²⁷ Asunto T-194/94.

preservar el secreto de sus deliberaciones, sin que el Consejo estuviera autorizado para privar a los ciudadanos, absteniéndose de ejercitar esta facultad de apreciación, de los derechos que se derivan del art. 4.2 de la Decisión. En el caso concreto, TPI procedió a anular la decisión (presunta) del Consejo al considerar que el mismo había incumplido la obligación de ponderar los intereses existentes

También en este sentido destaca la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 1997, caso *World Wide Fund for Nature (WWWF UK)/Comisión*, por la que el TPI anuló una Decisión de la Comisión por la que se denegaba el acceso a determinados documentos solicitados por los demandantes, al no poderse deducir de la misma que la Comisión hubiera cumplido su obligación de ponderar realmente los intereses existentes. Siguiendo la doctrina establecida por el TPI en el caso *Carvel y Guardian Newspapers/Consejo*, la Sentencia distingue entre los dos tipos de excepciones: imperativas y facultativas, explicando que el fundamento de la distinción entre estas dos categorías de excepciones se debe a la diferente naturaleza de los intereses a proteger en cada caso: mientras que en la primera categoría de excepciones de obligatoria aplicación se protegen los intereses de terceros o del público en general “en los casos en que la divulgación de determinados documentos por parte de la institución afectada puede causar un perjuicio a personas que podrían denegar lícitamente el acceso a dichos documentos, si estos obrasen en su poder”, en el caso de la segunda categoría, sólo se comprometen los intereses de la institución, por lo que dicha institución dispone de una facultad de apreciación que le permite denegar el acceso. Ahora bien, determina la Sentencia que “la Comisión debe ejercer dicha facultad de apreciación ponderando realmente, por una parte, el interés del ciudadano en obtener un acceso a estos documentos y, por otra, su

posible interés en preservar el secreto de sus deliberaciones” (punto 59 de la Sentencia)¹²⁸.

5. La intervención del Defensor del Pueblo.

Junto al fundamental papel jugado por el TJCE a la hora de definir y delimitar el alcance del derecho de acceso en el ámbito comunitario en estos años, es necesario destacar también la actuación del Defensor del Pueblo, que resultó de gran importancia tanto para la defensa de los intereses de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acceso frente a la aplicación del Código de conducta por la Comisión y el Consejo, como para la extensión de dichas normas de acceso a otras instituciones y agencias europeas por la vía de la elaboración de informes especiales y Recomendaciones.

¹²⁸ No han sido éstas las únicas Sentencias que han anulado la denegación de acceso a los documentos solicitados amparándose en esta segunda excepción al acceso, por no quedar demostrado que la institución en cuestión hubiera realizado un verdadero juicio de ponderación de intereses: cabe señalar, entre otras, la Sentencia del TPI de 17 de junio de 1998, caso *Svenska Journalistförbundet (Unión de periodistas suecos)/Consejo* (asunto T-174/95), en la que la decisión del Consejo denegando el acceso a los solicitados por el demandante fue anulada por no poder deducirse de la misma el cumplimiento de la obligación de realizar un análisis comparativo que ponderara, de un lado, los intereses de los ciudadanos que solicitan la información y, de otro, los criterios de confidencialidad de las deliberaciones del Consejo, así como por la falta de motivación de la Decisión, a la que también viene obligado el Consejo por el Código de conducta y la Decisión 93/731.

Finalmente, resultan de gran interés los casos *Heidi Hautala/Consejo* -Asunto T-14/98, resuelto por Sentencia del TPI de 19 de julio de 1999, y Asunto C-353/99 P, resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2001; en esta segunda Sentencia, el TJCE desestimó el recurso de casación interpuesto por el Consejo contra la Sentencia del TPI, confirmando ésta en todos sus términos-, en los que se determinaba que la interpretación de las excepciones previstas por la Decisión 93/731 debía hacerse a la luz del principio del derecho a la información y del principio de proporcionalidad, por lo que el Consejo estaba obligado a examinar en cada caso si, a pesar de la posible aplicación de las excepciones imperativas, procedía conceder acceso parcial a los datos no amparados por las excepciones.

En este sentido, es de destacar la investigación de oficio efectuada a lo largo del año 1996 por el Defensor del Pueblo, relativa al acceso del público a los documentos de ciertas instituciones y órganos comunitarios. Dicha investigación concluyó con una Decisión de 20 de diciembre de 1996 en la que se consideraba -recordando que el Tribunal de Justicia es la máxima autoridad en cuestiones de legislación comunitaria y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal¹²⁹, así como el compromiso de la Unión con la transparencia y la existencia de un único marco institucional para la Unión-, que la falta de adopción y puesta a disposición del público de normas que determinaran el acceso de éste a los documentos comunitarios constituía un caso de mala administración.

Afirmaba a este respecto el Defensor del Pueblo que la buena administración exige que las instituciones y órganos comunitarios tengan en cuenta el compromiso de la Unión a favor de la transparencia; compromiso que tiene su fundamento en la Declaración n.º 17 anexa al Acta final del Tratado de Maastricht, así como en numerosos actos posteriores, en especial el Acuerdo interinstitucional sobre la democracia, la transparencia y la subsidiariedad, de 25 de octubre de 1993. La transparencia, según estos documentos -concluía el Defensor del Pueblo-, exige no sólo que los documentos sean accesibles al público de la manera más amplia posible, sino que exige igualmente que toda denegación de comunicación de documentos se encuentre justificada en normas previamente establecidas.

Por ello, la Decisión incluía una serie de proyectos de recomendación dirigidos a las instituciones y órganos afectados, con la finalidad de que

¹²⁹ Fundamentalmente la ya citada numerosas veces Sentencia de 30 de abril de 1996, caso *Países Bajos/Consejo* y su afirmación de que “en tanto el legislador comunitario no adopte normas generales sobre el derecho del público a acceder a los documentos en posesión de las instituciones comunitarias, dichas instituciones, en virtud de su poder de organización interna, que les autoriza a adoptar las medidas adecuadas a fin de asegurar su funcionamiento interno de conformidad con los intereses de la buena administración, deberán adoptar medidas para tramitar las solicitudes”.

adoptaran, en un plazo de tres meses, normas aplicables a todos los documentos que no se encontraran ya regulados por disposiciones legales que autorizaran el acceso o exigieran la confidencialidad de los mismos; normas que debían hacerse públicas y resultar de fácil conocimiento para el público.

Dichas recomendaciones tuvieron su fruto en un período de tiempo relativamente breve, pues, como después recogería el Defensor del Pueblo en su Informe especial al Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 1997¹³⁰, en esa fecha, trece de las catorce instituciones y órganos a los que se habían formulado proyectos de recomendación habían aprobado normas regulando el acceso del público a sus documentos, basándolas, en su mayoría, en las del Consejo y la Comisión.

No obstante el hecho, sin duda muy positivo, de que las instituciones y órganos instados a hacerlo hubieran adoptado normativa permitiendo el acceso a sus documentos, el Defensor del Pueblo se lamentaba en su informe de que “en comparación con las disposiciones vigentes en algunas administraciones nacionales, las normas sobre acceso del público a los documentos de las instituciones y órganos comunitarios son generalmente bastante limitadas. En especial, no contemplan ningún derecho de acceso a documentos que estén en posesión de un órgano pero tengan su origen en otro. Tampoco prevén el establecimiento de registros de documentos que, además de facilitar el ejercicio por los ciudadanos de su derecho de acceso, fomentarían la buena administración, al prevenir la pérdida de documentos”.

Era notorio que la preocupación por parte del Defensor del Pueblo respecto del derecho de acceso a los documentos comunitarios no se limitaba a la existencia formal de normas, sino que consideraba que éste era el paso previo y fundamental para la existencia de un verdadero derecho en aras de la transparencia. En este sentido, las investigaciones de oficio del Defensor del

¹³⁰ DOCE C44/9, de 10 de febrero de 1998.

Pueblo y sus conclusiones fueron determinantes de importantes avances para la consecución de un mayor acceso a los documentos en la Unión Europea, impulsando claramente la acción de unas instituciones y órganos que, hasta el momento, no se habían preocupado por esta cuestión¹³¹.

Finalmente, se debe de destacar que la acción del Defensor del Pueblo no se limitó a los órganos anteriormente mencionados, sino que también fue determinante respecto de la aplicación del Código de Conducta por parte de la Comisión y del Consejo, a través de las Decisiones del Defensor en respuesta a las quejas planteadas por los ciudadanos ante las negativas de acceso de dichas instituciones. El acudir en queja al Defensor del Pueblo supuso, en la práctica, una vía fundamental de tutela del derecho de acceso, ante la actitud reiteradamente restrictiva de estos órganos, puesto que se trata de una vía mucho más sencilla y económica que acudir a los Tribunales¹³².

II. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE ACCESO.

1. El artículo 255 TCE introducido por el Tratado de Ámsterdam.

El Tratado de Ámsterdam supuso un avance fundamental para la consolidación jurídica del derecho de acceso en la Unión Europea. A las presiones anteriormente ejercidas por los Países Bajos y Dinamarca en favor

¹³¹ O lo habían evitado conscientemente, pues a falta de regulación, y no habiéndose establecido por el TJCE la existencia de un derecho fundamental o de un principio general de derecho, los solicitantes de acceso a documentos de dichos órganos carecían de norma o principio en el cuál ampararse para lograr dicho acceso, salvo la vía de acudir en queja al Defensor del Pueblo para que este determinase si se trataba de un caso de mala administración.

¹³² Destaca, en este sentido, su intervención en los casos *Statewatch*. En estos casos, la negativa del Consejo al acceso se amparó en el hecho de que la solicitud se refería a un número voluminoso de documentos (en lugar de a documentos voluminosos) y que se trataba además de solicitudes repetidas, al tratarse de la solicitud de documentos que se hallaban relacionados entre sí. Ante la misma, *Statewatch* planteó una serie de quejas ante el Defensor del Pueblo europeo que inició una investigación al respecto.

de una regulación se unieron, tras su entrada en la Unión en 1995, las de Suecia y Finlandia, cuya tradición democrática y a favor de la transparencia¹³³ había hecho que, ya en el Acta final de su Tratado de adhesión, el 1 de febrero de 1993, Suecia incluyera una declaración a favor de la transparencia, que después reiteraría, junto con Finlandia y Noruega, en sendas declaraciones unilaterales anejas al Tratado de Ámsterdam¹³⁴. Estas

¹³³ No hay que olvidar que la primera ley sobre libertad de información fue dictada en Suecia en 1766.

¹³⁴ Dichas Declaraciones anejas al Tratado de Ámsterdam son la número 45 y la número 47, a las que se une una declaración unilateral del Reino de Noruega, la número 40, en idénticos términos. Dichas Declaraciones rezan lo siguiente:

“40. Declaración del Reino de Noruega sobre la transparencia:

El Reino de Noruega acoge con satisfacción la evolución que actualmente tiene lugar en la Unión hacia una mayor apertura y transparencia.

En Noruega, el gobierno abierto, incluido el acceso público a los archivos oficiales, es un principio de fundamental importancia jurídica y política. El Reino de Noruega continuará aplicando este principio de acuerdo con sus derechos y obligaciones como miembro de la Unión”.

“45. Declaración de la República de Finlandia sobre la transparencia:

La República de Finlandia acoge con satisfacción la evolución que actualmente tiene lugar en la Unión hacia una mayor apertura y transparencia.

En Finlandia, el gobierno abierto, incluido el acceso público a los archivos oficiales, es un principio de fundamental importancia jurídica y política. La República de Finlandia continuará aplicando este principio de acuerdo con sus derechos y obligaciones como miembro de la Unión”.

“47. Declaración del Reino de Suecia sobre el gobierno abierto y declaración de respuesta realizada por la Unión.

1. Declaración de Suecia:

Suecia reafirma su declaración introductoria de 1 de febrero de 1993 (CONF-S 3/93).

Suecia acoge con satisfacción la evolución que en la actualidad tiene lugar en la Unión Europea hacia una mayor apertura y transparencia.

El gobierno abierto y, en particular, el acceso público a los archivos oficiales así como la protección constitucional que se concede a quienes informan a los medios de comunicación son y continuarán siendo principios fundamentales que forman parte de la herencia constitucional, política y cultural de Suecia.

2. Declaración en respuesta de los Estados miembros actuales:

Los Estados miembros actuales de la Unión Europea toman nota de la declaración unilateral de Suecia relativa a la apertura y transparencia.

presiones se tradujeron en la inclusión expresa del derecho de acceso en el art. 191 A del TCE (que después pasaría a tener la nomenclatura definitiva como art. 255 TCE) ¹³⁵. De esta manera, se reconoce por primera vez el derecho de acceso a los documentos del Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo con base “tratadística”, dando un importante paso respecto de la anterior situación en la que la única regulación de este derecho era la llevada a cabo por cada institución –los ya mencionados Códigos de Conducta del Consejo y de la Comisión y las normas adoptadas por otras instituciones siguiendo las Recomendaciones del Defensor del Pueblo-.

El derecho se constitucionaliza así de manera muy amplia, como un derecho no sólo de los ciudadanos de la Unión sino también de los residentes (personas físicas o jurídicas) con domicilio en alguno de los Estados miembros, y su ámbito de aplicación se refiere además a todos los documentos de las instituciones: es decir, ahora se reconoce expresamente su aplicación respecto a la información relativa a los tres pilares, puesto que, de manera específica, los arts. 28 y 41 del Tratado de la Unión Europea establecen la aplicabilidad del artículo 255 TCE tanto en lo que se refiere a

Dan por supuesto que, como miembro de la Unión Europea, Suecia cumplirá plenamente con el Derecho comunitario sobre este tema”.

¹³⁵ Artículo 255 TCE: “1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

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

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

política exterior y de seguridad común cuanto en lo referente a justicia e interior¹³⁶.

No obstante la importancia del avance que supuso el reconocimiento del derecho de acceso, éste resultó más limitado de lo que en un principio cabía esperar de una previsión general de dicho derecho. Como señala CURTIN a este respecto “es chocante que el derecho de los ciudadanos a obtener información sobre los procedimientos de elaboración de decisiones, que desde la perspectiva de la democracia puede considerarse una cuestión de fundamental importancia, se regule en un Capítulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que contiene determinadas «disposiciones comunes a varias instituciones». La decisión de situarlo aquí, en lugar de, por ejemplo, en la sección relativa a la ciudadanía de la Unión o principios generales de la Unión, parece haber sido un intento de negar la condición de fundamental al derecho a la información de los particulares, o que pudiera considerarse cercano o al mismo nivel que los principios generales del art. 6 del Tratado de Ámsterdam. En cambio, la implicación que resulta de su ubicación es que el derecho de acceso a los documentos siga siendo una materia relativa al funcionamiento interno de un número de instituciones”¹³⁷.

¹³⁶ Se trata ésta de una cuestión fundamental a la hora del reconocimiento de un derecho de acceso completo, pues, como estableciera el TPI en la Sentencia de 19 de julio de 1999, *Heidi Hautala c. Consejo*, hasta ese momento el Tribunal no podía entrar a considerar el contenido de los documentos por referirse a cuestiones relativas a las disposiciones del Título V del TUE sobre política exterior y seguridad común, que se hallaban expresamente excluidas de la competencia del Tribunal de Justicia, en virtud del art. L de dicho Tratado (posteriormente art. 46 TUE). No obstante, el TPI consideró en dicha Sentencia que “la circunstancia de que, en virtud del art. L del Tratado de la Unión Europea, el Tribunal de Primera Instancia no sea competente para apreciar la legalidad de los actos comprendidos en el ámbito de aplicación del Título V de dicho Tratado no obsta a su competencia para pronunciarse en materia de acceso del público a dichos actos” (punto 42 de la Sentencia).

¹³⁷ CURTIN, Deirdre “Democracy, Transparency and Political Participation: Some Progress Post-Amsterdam”, en *Openness and Transparency in the European Union*, Deckmyn and Thomson Editores, Maastricht, 1998.

Asimismo, la sola referencia a las tres instituciones: Consejo, Comisión y Parlamento, determina que siga sin poder considerarse un derecho de alcance general, pues, como afirmaba el TJCE en el caso *Países Bajos c. Consejo* “mientras el legislador comunitario no haya adoptado una normativa general sobre el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las instituciones comunitarias, éstas deben adoptar las medidas que tengan por objeto la tramitación de tales solicitudes en virtud de su facultad de organización interna, que las habilita para adoptar medidas apropiadas con vistas a garantizar su funcionamiento interno en interés de una buena administración”¹³⁸, si bien, como ya hemos tenido ocasión de ver, de esta afirmación, y de los informes y recomendaciones del Defensor del Pueblo, se deriva la obligación del resto de instituciones comunitarias de establecer una normativa de acceso a sus documentos, en aras de la “buena administración”.

Además, la Declaración n.º 35 aneja al Tratado de Ámsterdam, que se añadió por insistencia de Francia, limita el posible alcance de este derecho de acceso, al establecer que “La Conferencia conviene en que los principios y condiciones contemplados en el apartado 1 del artículo 191 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea¹³⁹ permitirán a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo”, lo que, como veremos, se tradujo en la inclusión de una serie de prerrogativas para los Estados miembros en lo que se refiere a la posible limitación del acceso a los documentos de los que sean autores.

Transcurrido el plazo establecido en el apartado segundo del art. 255 TCE, y conforme al procedimiento de codecisión previsto por el art. 251 TCE, se procedió a la elaboración y aprobación de la normativa relativa al

¹³⁸ Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, punto 37.

¹³⁹ Posteriormente, como hemos visto, art. 255 TCE.

derecho de acceso para las tres instituciones mencionadas y que vino a sustituir finalmente al Código de conducta de 1993¹⁴⁰: el actualmente vigente Reglamento n.º 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

2. El Reglamento n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Caracteres generales de la nueva regulación.

El Reglamento 1049/2001 señala como objeto fundamental del mismo garantizar el acceso más amplio posible a los documentos, establecer normas que faciliten el ejercicio de este derecho y, promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos (artículo 1 del Reglamento).

Se trata, pues, de una norma de acceso en la línea de las regulaciones más aperturistas, en las que el principio general es el acceso y la transparencia, puesto que esta norma se concibe como un instrumento para alcanzar la mayor apertura posible en la Unión Europea que “permita garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. La apertura contribuye a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 6 del TUE y en la Carta

¹⁴⁰ Previamente, tanto la Decisión del Consejo como la de la Comisión relativas al acceso del público a los documentos habían sido modificadas en el año 2000, para su adaptación a la que fue denominada la “Decisión Solana”, muy criticada por la doctrina por el carácter restrictivo de la misma. En este sentido es interesante el análisis realizado en el “Paperback” de BUNYAN, Tony, *Secrecy and openness in the European Union –the ongoing struggle for freedom of information*, publicado en www.statewatch.org.

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (considerandos 2 y 3 del Reglamento).

La norma prevé, por tanto, el acceso, concebido de la manera más amplia posible, reconociéndose el derecho de acceso a todas las personas físicas y jurídicas, residentes en la Unión Europea o con domicilio social en un Estado miembro (art. 2.1 del Reglamento) y estableciendo además la potestad de las instituciones de ampliar el reconocimiento del sujeto activo de este derecho, al determinar su art. 2.2 que “con arreglo a los mismos principios, condiciones y límites, las instituciones podrán conceder el acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro”, sin que sea necesario, en ningún caso, alegar un interés concreto para acceder a la información¹⁴¹.

El acceso se prevé, además, para todos los documentos que obren en poder de las instituciones (art. 2.3), esto es, no sólo los elaborados por ellas, sino también aquéllos que hayan recibido de terceros -aunque en estos casos se prevean ciertas limitaciones derivadas de la aplicación de la Declaración n.º 35 aneja al Tratado de Ámsterdam, como veremos-, y referentes a todos los ámbitos de actividad de la Unión, incluidos los que se refieren a los pilares de política exterior y de seguridad común y de justicia e interior, aunque con algunas especialidades cuando se trate de documentos que tengan la consideración de “sensibles”¹⁴².

¹⁴¹ Así lo ha afirmado, además, de manera reiterada, la jurisprudencia comunitaria. *Vid.* entre otras, la Sentencias del TPI de 6 de julio de 2006 y de 12 de septiembre y 8 de noviembre de 2007, a las que nos referiremos, *infra*, en el siguiente apartado II.3. del presente Capítulo.

¹⁴² El art. 9 del Reglamento establece que “se entenderá por documento sensible todo documento que tenga su origen en las instituciones o en sus agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales, clasificado como «très secret/top secret, secret o confidentiel» en virtud de las normas vigentes en la institución en cuestión que protegen intereses esenciales de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros en los ámbitos a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4, en particular la seguridad pública, la defensa y los

Las excepciones y límites que se establezcan al acceso a estos documentos deben ser objeto de interpretación y aplicación restrictiva, de manera que el acceso a los mismos sólo puede denegarse cuando afecte negativamente a alguno de los intereses jurídicos protegidos por las excepciones, que tienen, como veremos a continuación, carácter tasado.

En todo caso, las instituciones están obligadas a llevar a cabo un examen concreto e individualizado del contenido de cada uno de los documentos solicitados, a fin de determinar si los mismos deben ser accesibles o si resulta de aplicación alguna de las excepciones previstas en la norma y, en este último caso, autorizándose, además, el acceso parcial a los documentos afectados por una excepción, cuando la misma no sea de aplicación al documento entero (art. 4.6 del Reglamento¹⁴³), previsión que ya había sido introducida por la jurisprudencia en la aplicación de las excepciones previstas por el Código de conducta, que nada establecía al respecto¹⁴⁴ y que el Reglamento, finalmente, ha regulado.

3. El sistema de excepciones al ejercicio del derecho de acceso en el Reglamento n.º 1049/2001.

El Reglamento también ha reestructurado el sistema de excepciones, alterando el regulado por el Código de Conducta de 1993 y que había dado lugar a una gran litigiosidad, a través de la cual el TJCE había ido

asuntos militares”. A estos documentos nos referiremos al analizar en profundidad el objeto del derecho de acceso a los documentos de la Unión Europea [*vid. infra*, apartado III.3.C) del presente capítulo].

¹⁴³ Reza dicho apartado que “en el caso de que las excepciones previstas se apliquen únicamente a determinadas partes del documento solicitado, las demás partes se divulgarán”.

¹⁴⁴ Fundamentalmente la Sentencia del TPI de 19 de julio de 1999, *Heidi Hautala c. Consejo*.

concretando e interpretando los límites del derecho de acceso¹⁴⁵. El Reglamento n.º 1049/2001 establece en su artículo 4 un nuevo listado de excepciones en el que, en función de las materias a las que se refieran los documentos solicitados, se aplican diferentes sistemas de ponderación de intereses, que las instituciones deben llevar a cabo en cada caso, individualizadamente, para determinar si el documento solicitado debe divulgarse o si, por el contrario, debe denegarse el acceso al mismo. Como recuerda el TPI en su Sentencia de 12 de septiembre de 2007, “el examen que requiere la tramitación de una solicitud de acceso a documentos debe revestir un carácter concreto. Por una parte, el mero hecho de que un documento se refiera a un interés protegido por una excepción no basta para justificar la aplicación de ésta [...]. En principio, la aplicación de la excepción sólo se justifica en caso de que la institución haya valorado previamente, primero, si el acceso al documento podría perjudicar concreta y efectivamente el interés protegido y, segundo, en los supuestos previstos en el artículo 4, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 1049/2001, si no existe un interés público superior que justifique la divulgación del documento. Por otra parte, el riesgo del perjuicio al interés superior debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético. Por consiguiente, el examen que debe efectuar la institución al objeto de aplicar una excepción ha de realizarse de forma concreta y deberá constar en la motivación de la decisión”¹⁴⁶.

No obstante, aunque la jurisprudencia ha señalado reiteradamente la necesidad de que el examen de la aplicación de las excepciones se haga de

¹⁴⁵ GONZÁLEZ ALONSO valora positivamente la nueva regulación de las excepciones llevada a cabo por el Reglamento de 2001 que considera mucho más clara, precisa y coherente que la normativa anterior, corrigiendo gran parte de las deficiencias detectadas en el sistema del Código de Conducta y codificando los principios básicos enunciados por los jueces comunitarios en la materia. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.* pág. 106.

¹⁴⁶ Sentencia TPI de 12 de septiembre de 2007, *Association de la presse internationale ASBL (API) v. Comisión* (asunto T.36/04), apartado 54.

manera concreta e individual del contenido de cada uno de los documentos – STPI de 6 de julio de 2006¹⁴⁷ o de 8 de noviembre de 2007¹⁴⁸-, en algún caso se ha matizado esta obligación. Así, en la Sentencia *API c. Comisión*¹⁴⁹ se afirma que “debe señalarse que la obligación de una institución de proceder a una apreciación concreta e individual del contenido de los documentos a los que se refiere la solicitud de acceso constituye una regla general que se aplica a todas las excepciones mencionadas en los apartados 1 a 3 del art. 4 del Reglamento n.º 1049/2001, cualquiera que sea el ámbito al que pertenezcan los documentos solicitados. [...] Dicha regla general no significa, sin embargo, que tal examen sea exigible en todo caso. En efecto, dado que el examen concreto e individual que, en principio, debe efectuar la institución a raíz de una solicitud de acceso basada en el Reglamento n.º 1049/2001 tiene por objeto permitir a la institución, por una parte, valorar en qué medida resulta aplicable una excepción al derecho de acceso y, por otra, valorar la viabilidad de un acceso parcial, dicho examen no será necesario cuando, por las circunstancias particulares del caso, sea evidente que el acceso ha de denegarse o, por el contrario, concederse. Tal será el supuesto, en particular, de determinados documentos que o bien estén manifiestamente amparados en su integridad por una excepción al derecho de acceso, o bien, a la inversa, sean manifiestamente accesibles en su integridad, o bien hayan sido objeto de una previa valoración concreta e individual por la Comisión en circunstancias similares”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Sentencia TPI de 6 de julio de 2006, *Yves Franchet y Daniel Byk c. Comisión* (asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04).

¹⁴⁸ Sentencia TPI de 8 de noviembre de 2007, *The Bavarian Lager Co. Ltd. C. Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)* (asunto T-194/04).

¹⁴⁹ En idénticos términos se había pronunciado, anteriormente, la Sentencia TPI de 14 de diciembre de 2006, *Technische Glaswerke Ilmenau GMBH c. Comisión y Schott Glass* (asunto T.237/02).

¹⁵⁰ Apartados 57 y 58 de la Sentencia *API c. Comisión*.

A) Las excepciones de carácter imperativo.

Una primera categoría de excepciones, previstas en el art. 4.1 del Reglamento, se refiere a aquellos documentos cuya divulgación supone un perjuicio para la protección del interés público por lo que respecta a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales y la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro, o que suponga un perjuicio para la protección de la intimidad y la integridad de la persona.

Se trata, por tanto, de las materias sobre las que la mayoría de regulaciones sobre acceso –entre ellas, como ya hemos tenido oportunidad de ver, la de Estados Unidos y, como veremos, la española- establecen como excepciones al ejercicio del derecho, con la finalidad de proteger determinados bienes jurídicos que deben primar sobre y el derecho de acceso –y la transparencia, como colorario de éste-, cuando ambos se encuentran en conflicto. Por ello, en estos casos, bastará con que la institución a la cual se solicite el acceso observe que de la divulgación de los documentos se derivaría un daño¹⁵¹, esto es, un perjuicio para la protección del interés público en el caso concreto. La naturaleza jurídica de los bienes jurídicos protegidos por estas excepciones determina que éstas sean las más amplias o categóricas, por lo que basta con que las instituciones aprecien la existencia de un posible daño a los intereses en juego, para que puedan denegar el acceso sin necesidad de realizar ninguna ponderación respecto del interés público protegido. Éste se considera, en todo caso, preeminente al derecho del particular de conocer el contenido del documento y al posible interés público o subjetivo que pudiera resultar del acceso.

¹⁵¹ Lo que, como recuerda GONZÁLEZ ALONSO, ha sido llamado por la doctrina anglosajona como test del daño (*harm test*).

El carácter imperativo de las excepciones recogidas en el art. 4.1 del Reglamento ha sido afirmado por el TPI y el TJCE en varias ocasiones. Por ejemplo, en la Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2007, se afirma que “procede destacar que los criterios enunciados en el art. 4, apartado 1, letra a) del Reglamento n.º 1049/2001 son muy generales, de modo que, efectivamente, como se desprende de los términos de dicha disposición, debe denegarse el acceso cuando la divulgación del documento en cuestión podría «perjudicar» la protección del «interés público», concretamente por lo que respecta a la «seguridad pública» o a las «relaciones internacionales» (apartado 36 de la Sentencia)¹⁵². Y, en el mismo sentido, el TPI, ha afirmado recientemente, en su Sentencia de 25 de abril de 2007, que “las excepciones establecidas en el art. 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1049/2001 están redactadas en términos imperativos y, por tanto, las instituciones están obligadas a denegar el acceso a los documentos a los que se aplican estas excepciones obligatorias cuando se aporta la prueba de las circunstancias contempladas en las mismas. [...] Como las excepciones controvertidas en el litigio están reguladas en el art. 4, apartado 1, del Reglamento n.º 1049/2001, el Consejo no estaba obligado, en el caso de autos, a ponderar la protección del interés público y el interés de la demandante en tener acceso a la nota”¹⁵³.

El Reglamento de 2001 restringe así la lista en los que los intereses públicos protegidos por las excepciones se consideran, de manera abstracta y previa, categóricamente preeminentes al interés de los ciudadanos en conocer el contenido de los documentos que se puedan solicitar, reduciendo los casos de aplicación de este tipo de excepciones respecto del Código de Conducta, en el que esta denegación de acceso sin necesidad de una ponderación de intereses se preveía para otros casos que, como veremos a continuación,

¹⁵² Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 2007, *Sison c. Consejo* (asunto C-266/05P), apartado 36.

¹⁵³ Sentencia del TPI de 25 de abril de 2007, *WWF European Policy Programme c. Consejo* (asunto T-264/04), apartados 44 y 45.

ahora sí tienen que venir acompañados de un juicio de ponderación por parte de la institución que deniega el acceso -que además debe de motivar dicha denegación en la mencionada ponderación de intereses-¹⁵⁴.

B) Las excepciones cuya aplicación exige una ponderación de intereses.

La segunda categoría de excepciones se refiere a los documentos cuya divulgación puede suponer un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica -incluida la propiedad intelectual-, de los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, o del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, previstos en el apartado segundo del art. 4 del Reglamento. Sin embargo, en estos casos, como ya se ha señalado, no basta con apreciar la posibilidad del daño, sino que además la institución está obligada a realizar un juicio de ponderación en cada caso concreto, valorando, de una parte, el daño a los intereses protegidos que se derivaría de la divulgación y, de otra, si existe un interés público superior en la divulgación del documento solicitado: si este último es preponderante respecto al interés objeto de protección, entonces el interés público prevalecerá y la excepción no podrá ser aplicada.

En el caso contrario, esto es, de considerarse que no existe un interés público en la divulgación o cuando éste no sea superior o preponderante al interés protegido por la excepción, se denegará el acceso, pero la aplicación de la excepción deberá estar debidamente motivada -reflejando la ponderación se haya llevado a cabo entre los intereses en juego y de cuyo resultado debe de dejarse constancia-, en la resolución por la que se deniega

¹⁵⁴ En esta categoría de excepciones, sin embargo, ha aparecido una nueva, relativa a la protección de la defensa y los asuntos militares, que no contemplaba el Código de Conducta puesto que, en aquel momento, la Comunidad no había asumido competencias en la materia.

el acceso. De esta manera, se reduce notablemente la posible discrecionalidad de las instituciones amparándose en este tipo de excepciones para justificar su negativa a divulgar los documentos solicitados.

No obstante, la aplicación y correcta motivación de esta ponderación de intereses no resulta sencilla. En esta línea, GUICHOT considera que “resulta difícil determinar cómo podrá calibrarse el interés público en informar a un ciudadano concreto, máxime cuando, además, la solicitud de información no tiene que ser motivada. Todo ello llevará, sin duda, a difíciles apreciaciones”¹⁵⁵.

GONZÁLEZ ALONSO, por su parte, considera que aunque el valor como precedente de la práctica anterior a la entrada en vigor del Reglamento “debe de tomarse con cautela, sí ofrece algunas indicaciones acerca de la ponderación de intereses en torno a la que gira esta segunda categoría de excepciones. Así, el interés público superior no podrá identificarse bajo ningún concepto con el interés concreto del ciudadano que realiza la petición, irrelevante a la hora de presentar una solicitud, sino en todo caso con el interés general que pueda tener cualquier ciudadano en acceder a los documentos de que se trate. Del mismo modo, la institución requerida se verá obligada a realizar un examen material mucho más detallado del contenido del documento, del que habrá de dejar constancia además en su eventual decisión denegatoria. Porque, llegado el caso, el juez comunitario debería proceder él mismo a ese análisis material de la información controvertida a fin de determinar si se han ponderado correctamente los intereses en juego”.

Aunque hasta el momento los Tribunales comunitarios no ha tenido muchas ocasiones para pronunciarse sobre la aplicación de estas excepciones, sí se han producido varias resoluciones judiciales que permiten observar la

¹⁵⁵ GUICHOT, E., “El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública” en *RAP*, núm. 160, enero-abril, 2003.

dificultad que conlleva la aplicación de las mismas y la valoración que de esta aplicación deben hacer los Tribunales comunitarios. La primera Sentencia en la que el TPI tuvo oportunidad de referirse a la cuestión de la ponderación de intereses a la hora de aplicar las excepciones previstas por el art. 4.2 del Reglamento fue en la Sentencia del TPI de 23 de noviembre de 2004, *Turco c. Comisión*. En este caso, el TPI recuerda, de entrada, como “cualquier excepción al derecho de acceso a los documentos de las instituciones comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n. 49/2001 debe interpretarse y aplicarse de forma estricta” (apartado 71) y “de modo que no se frustre la aplicación del principio general consistente en otorgar al público el máximo acceso posible a los documentos que obran en poder de las instituciones” (apartado 60), para después entrar en la cuestión de la ponderación de intereses. Respecto a ésta, el TPI considera que el interés público superior que debe prevalecer sobre el interés concreto protegido por la excepción tiene que ser distinto, en todo caso, a los principios de transparencia, apertura y democracia o de participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, puesto que “dichos principios son aplicados por todas las disposiciones del Reglamento n.º 1049/2001” y “por tanto, el interés público superior, mencionado en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento n.º 1049/2001, que puede justificar la divulgación de un documento que suponga un perjuicio para la protección del asesoramiento jurídico debe, en principio, ser distinto de los principios anteriormente mencionados que subyacen en dicho Reglamento” (apartado 82).

Si esta conclusión parece correcta, puesto que se entiende que el principio general de transparencia, que preside toda la regulación, se encuentra tutelado a través de la realización del derecho de acceso, las conclusiones sobre qué intereses debían prevalecer y su determinación, no parecían muy halagüeñas del futuro de la aplicación de la norma. “En su

defecto –continúa la referida Sentencia *Turco/Comisión-*, corresponde como mínimo al solicitante acreditar que, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso, la invocación de esos mismos principios resulta de tal intensidad que supera la necesidad de protección del documento controvertido” (apartado 83), añadiendo en el apartado siguiente “además, si bien es posible que la propia institución de que se trata identifique un interés público superior que pueda justificar la divulgación de dicho documento, corresponde al solicitante que pretende hacer valer tal interés invocarlo en su solicitud para instar a la institución a pronunciarse al respecto” (apartado 84).

Creo que de los Fundamentos de Derecho expuestos por el TPI en esta Sentencia se deduce lo complicado que puede llegar a ser una aplicación correcta, por parte de las instituciones, del art. 4.2 del Reglamento. La ponderación de intereses, como vemos, parece exigir, según el Tribunal, que el interés público superior necesario para la resistencia de la aplicación de la excepción sea distinto de los principios de transparencia y participación, a no ser que el solicitante demuestre que su intensidad supere la del interés protegido, pero, además, se exige que sea el solicitante quien alegue el interés público en cuestión que, además, debe probar como superior al protegido por la excepción.

En mi opinión, esta interpretación es contraria al espíritu del Reglamento, en el que se garantiza un derecho de acceso muy amplio, por el que los solicitantes, en principio, no tienen por qué demostrar interés alguno en obtener los documentos solicitados –dice el inciso final del art. 6.1 que “el solicitante no estará obligado a justificar su solicitud”-; además, dicha interpretación establece una carga adicional al solicitante, quien, según los términos de esta Sentencia, deberá prever, al realizar su solicitud, cuál pueda ser la excepción que vayan a alegar las instituciones, a fin de poder aducir ese interés público superior, o demostrar que los principios que aplica el

Reglamento tienen en el caso concreto mayor intensidad que los intereses protegidos por la excepción aplicada por la institución¹⁵⁶.

La posterior jurisprudencia relativa a la aplicación de las excepciones previstas en el art. 4.2 del Reglamento parece haberse apartado de esta interpretación sostenida por el TPI. Así, en relación con la excepción relativa a las actividades de inspección, investigación y auditoría, el TPI ha sostenido que “debe recordarse que, según el artículo 6, apartado 1, del Reglamento n.º 1049/2001, el que solicita acceso no está obligado a justificar su solicitud y no tiene, por ello, que demostrar interés alguno en tener acceso a los documentos solicitados [...]. De ello se deduce que la solicitud de los demandantes debe examinarse de la misma manera en que se examinaría una solicitud procedente de cualquier otra persona” añadiendo, respecto de la existencia de un interés público superior, que “el interés particular que puede alegar un solicitante para acceder a un documento que le afecta personalmente no debe de tomarse en consideración”, puesto que el Reglamento persigue garantizar el acceso de todos a los documentos, y no sólo el del solicitante a los documentos que le afectan, por lo que es la institución quien debe considerar si existen intereses públicos de carácter superior al protegido por la excepción¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Contra esta Sentencia, M. Turco, apoyado por Finlandia, Dinamarca y Suecia, ha interpuesto un recurso de casación, alegando que la Sentencia recurrida contiene errores de Derecho en su interpretación y aplicación del artículo 4. 2 del Reglamento 1049/2001, en fecha 9 de febrero de 2005 (asunto C-54/05 P).

¹⁵⁷ Sentencia del TPI de 6 de julio de 2006, *Yves Franchet y Daniel Byk c. Comisión* (asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04), apartados 82 y 137 y, en el mismo sentido, la Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, *The Bavarian Lager Co. c. Comisión*.

Asimismo, en la Sentencia *API c. Comisión*, el TPI afirma que “el hecho de que quien solicita el acceso a ciertos documentos no invoque, como en el caso de autos, ningún interés público distinto de estos principios no implica automáticamente que no sea necesario ponderar los intereses en conflicto” (apartado 97).

La jurisprudencia también ha afirmado, respecto de la aplicación de las excepciones previstas en el art. 4.2 del Reglamento, que éstas son de interpretación estricta y que el hecho de que un documento pueda entrar dentro del ámbito protegido por las excepciones no implica que, en todo caso, su acceso deba ser denegado. En este sentido, las instituciones están obligadas a comprobar y demostrar que la divulgación de los documentos pone en riesgo, de manera real y efectiva, los intereses protegidos por la excepción que corresponda, a través del examen individual y concreto de la documentación solicitada, para después proceder a comprobar la posible existencia de intereses públicos superiores al protegido, a través del ya tantas veces mencionado juicio de ponderación de intereses¹⁵⁸.

C) Las excepciones cuya aplicación exige un doble test de ponderación.

El artículo 4 del Reglamento, que establece la lista de excepciones, se refiere también a los documentos elaborados por una institución para su uso

¹⁵⁸ En este sentido, en la Sentencia *Yves Franchet y Daniel Byk c. Comisión* se afirma, respecto de la excepción relativa a las actividades de inspección, investigación y auditoría que que “el hecho de que un documento se refiera a una actividad de inspección o de investigación no basta en sí mismo para justificar la aplicación de la excepción invocada” (apartado 105). “El artículo 4, apartado 2, tercer guión, del Reglamento n.º 1049/2001 debe recibir una interpretación según la cual dicha disposición, que va dirigida a proteger «el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría», sólo sea aplicable si la divulgación de los documentos en cuestión puede poner en peligro la realización de las actividades de inspección, investigación y auditoría” (apartado 109); y, respecto de la excepción relativa a los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, también recogida en el art. 2.4, en la Sentencia *API c. Comisión* se afirma que “dado que toda excepción al acceso debe interpretarse y aplicarse en sentido estricto, [...] el hecho de que los documentos solicitados afecten a un interés protegido no puede por sí solo justificar la aplicación de la excepción invocada, de modo que la Comisión debe demostrar que su divulgación podía efectivamente suponer un perjuicio para la protección del objetivo de sus actividades de investigación relativa a los incumplimientos controvertidos” (apartado 127).

interno o recibidos por ella, relacionados con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión (apartado 3 del art. 4 del Reglamento) y a los documentos que contengan opiniones de uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión (apartado 4 del art. 4 del Reglamento), “si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior”.

El problemático apartado segundo del artículo 4 del Código de Conducta que establecía una excepción a fin de proteger el secreto de las deliberaciones de las instituciones¹⁵⁹, ha sido sustituido por la excepción prevista en el art. 4.3 del Reglamento que es, según GONZÁLEZ ALONSO, “mucho más limitada y ajustada a las exigencias reales de confidencialidad que impone la salvaguardia del interés protegido”. Limitada, tanto en cuanto a los documentos a los que se refiere, como cuanto al tiempo en que dura la protección, puesto que se ha de tratar de documentos relacionados con un procedimiento administrativo de las instituciones sobre el que todavía no haya una decisión -esto es, documentos preparatorios o provisionales-, y sólo durante el tiempo en que todavía no haya recaído resolución, puesto que después de adoptada la misma, la excepción deja de operar.

Por su parte, la excepción prevista en el apartado siguiente, está mucho más acotada respecto de los documentos a los que puede aplicarse, pero no se encuentra, sin embargo, limitada temporalmente, ya que la propia norma

¹⁵⁹ Hay que recordar que, como hemos tenido ocasión de ver, la aplicación de esta excepción presidida por el verbo “podrá” dio lugar a abundante jurisprudencia, puesto que en ese caso el TJCE dictaminó en varias ocasiones que las instituciones estaban obligadas a realizar un juicio de ponderación entre el interés de los ciudadanos en conocer la información contenida en los documentos y el de la institución en mantenerlo secreto (en particular las SSTPI de los casos *Carvel* y *Guardian Newspaper Ltd./Consejo, WWW UK/Comisión* o *Svenska Journalistförbundet/Consejo*, [comentadas *supra* en el apartado I.4.B) del presente Capítulo].

prevé la posibilidad de su aplicación “incluso después de adoptada la decisión”; la razón de ser de la diferenciación en ambos casos se encuentra a que mientras que la excepción prevista por el apartado 3 hace referencia a cualesquiera documentos preparatorios o incluidos en un procedimiento, mientras éste se encuentre en tramitación, la excepción del apartado 4 se refiere a documentos “que contengan opiniones”, esto es, se refiere únicamente a documentos en los que sus autores emiten juicios de valor, cuya divulgación pudiera ser comprometedor, incluso después de haberse concluido el procedimiento en cuyo seno se integran esas opiniones.

Se trata, en todo caso, de unas excepciones especialmente acotadas -o “ajustadas”, en los términos utilizados por GONZÁLEZ ALONSO-, puesto que en ambos casos debe realizarse un doble test: al juicio de ponderación entre el daño que pudiera derivarse de la revelación y el interés público superior que suponga la divulgación se añade un elemento de grado, puesto que sólo podrán aplicarse estas excepciones si dicho daño es de carácter grave (“si su divulgación perjudicara *gravemente* el proceso de toma de decisiones”), frente al simple perjuicio que hay que valorar en la ponderación prescrita para las excepciones previstas en el apartado segundo del artículo 4 que nos ocupa.

4. El procedimiento de acceso a los documentos de las instituciones.

El Reglamento 1049/2001 no ha introducido novedades sustanciales respecto del procediendo de acceso que funcionaba anteriormente bajo el amparo del Código de Conducta.

Las solicitudes deben de hacerse formularse por escrito, en cualquier forma, incluyendo el formato electrónico¹⁶⁰, de manera lo suficientemente

¹⁶⁰ Nada se dice en el Reglamento respecto de los elementos que debe contener la solicitud – aparte del carácter escrito, la lengua en que deben formularse y la identificación suficiente del

precisa para permitir que la institución identifique el documento, y sin que sea necesario, como ya hemos visto, motivar la solicitud. Ésta podrá hacerse en cualquiera de las lenguas a las que se refiere el artículo 314 del Tratado CE, que incluye las lenguas oficiales de todos los Estados miembros en el momento de la aprobación del Reglamento¹⁶¹.

Las instituciones están obligadas a ayudar y a informar a los ciudadanos de la manera y el lugar en que pueden presentar las solicitudes de acceso, así como a pedir al solicitante que aclare su solicitud cuando ésta no resulte lo suficientemente precisa, y podrán llegar a “un arreglo amistoso y equitativo con el solicitante” cuando la solicitud se refiera a un documento de gran extensión o a un gran número de documentos¹⁶². Las solicitudes deberán

documento que se solicita-, por lo que no queda claro si el solicitante debe identificarse, acreditando su ciudadanía europea, lo cuál sería razonable, dado que no está obligado a justificar en forma alguna su solicitud (art. 6.1 del Reglamento). De hecho, el número de solicitudes de acceso a documentos de las instituciones realizadas por medio el correo electrónico ha aumentado exponencialmente en los últimos años, planteándose así la dificultad de poder controlar por parte de las instituciones receptoras de las mismas, que el solicitante sea “ciudadano de la Unión” o “persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro”, aunque el principio de transparencia y apertura que preside la norma (se trata de un derecho general y no condicional) ha llevado a que el artículo 2 incluya un párrafo segundo por el que “con arreglo a los mismos principios, condiciones y límites, las instituciones podrán conceder el acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro”, por lo que la dificultad de determinar si el solicitante reside o no en un Estado miembro parece perder su importancia.

¹⁶¹ Esto es, las lenguas de los 15 Estados miembros. Dados los principios de apertura y transparencia que presiden la norma, es de esperar que las instituciones acepten solicitudes realizadas en la lengua oficial de cualquiera de los 12 nuevos miembros de la Unión Europea. En todo caso, los registros de documentos internos ya se han adaptado para cubrir las actuales 20 lenguas oficiales.

¹⁶² *Vid.* al respecto la Sentencia del TPI de 13 de abril de 2005, caso *Verein für Konsumenteninformation c. Comisión* (asunto T-2/03).

Debemos de recordar que el Código de Conducta ya incluía en el art. 3.2 de la Decisión del Consejo una previsión relativa a esta cuestión: “los servicios competentes de la Secretaría general tratarán de hallar una solución equitativa para dar curso a las solicitudes reiteradas y a las que se

tramitarse con prontitud y resolverse en un plazo de 15 días laborables¹⁶³, tras el cual, de no resolverse, se producirá silencio negativo, dando derecho al solicitante a presentar una solicitud confirmatoria, que también puede presentar en el caso de que el acceso le sea expresamente denegado de manera total o parcial.

La tramitación de la solicitud confirmatoria se somete a los mismos plazos que la inicial y, en caso de denegación de la misma, la institución deberá motivar su resolución e informar al solicitante de los recursos de que dispone, esto es, recurso judicial ante el Tribunal de Primera Instancia, así como reclamación ante el Defensor del Pueblo europeo. El silencio en este caso también tiene carácter negativo y abre la vía impugnatoria ante el TPI y el Defensor del Pueblo.

El artículo 10 del Reglamento completa el procedimiento de acceso estableciendo que éste se efectuará “bien mediante consulta *in situ*, bien mediante entrega de una copia que, en caso de estar disponible, podrá ser una copia electrónica, según la preferencia del solicitante. [...] Si la institución de que se trate ya ha divulgado el documento y éste es de fácil acceso, la institución podrá cumplir su obligación de facilitar el acceso a los documentos informando al solicitante sobre la forma de obtenerlo”.

Finalmente hay que señalar que, siguiendo los principios de transparencia y apertura que presiden la normativa que nos ocupa, el Reglamento ha ampliado las posibles vías de acceso a la información de las

refieran a documentos voluminosos”, lo cual dio lugar a varias quejas ante el Defensor del Pueblo europeo en los casos *Statewatch*, ante la negativa del Consejo ante una solicitud de acceso por considerar que dicha cláusula incluía la posibilidad de rechazo por tratarse de un “número muy voluminoso de documentos”. *Vid.* BUNYAN, Tony, *Secrecy and openness in the European Union – the ongoing struggle for freedom of information*, publicado en www.statewatch.org, capítulo 3.

¹⁶³ Dicho plazo podrá ser ampliado 15 días más con carácter excepcional, cuando se trate de documentos muy extensos o cuando la solicitud se refiera a un número elevado de documentos, siempre que se informe motivadamente de ello al solicitante.

instituciones a través de dos mecanismos establecidos por los artículos 11 y 12 del Reglamento y que se unen a la tradicional solicitud de acceso a la información. Por un lado, el art. 11 establece la obligación de cada una de las instituciones de crear y mantener un registro de documentos, accesible para el público por medios electrónicos, en el que deben incluirse las referencias de los documentos, de manera que los solicitantes puedan determinar de manera concreta los documentos a los que se pretende tener acceso, simplificándose así el procedimiento de forma importante. Por otro lado, el art. 12 determina la disposición al público, en los casos en que fuera posible, del acceso directo a los documentos en forma electrónica, de forma que se facilite el acceso a los mismos o su reconocimiento para poder efectuar la solicitud de acceso a los mismos¹⁶⁴.

5. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No podemos terminar esta evolución sobre el derecho de acceso sin hacer una sucinta referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la

¹⁶⁴ Artículos 11 y 12 del Reglamento 1049/2001. En este sentido, hay que señalar que los informes de las instituciones relativos a la aplicación del Reglamento señalan un notable aumento, de año en año, de las solicitudes de acceso a los documentos que, sin embargo, no incluyen los casos en los que el público accede directamente a los documentos que se encuentran disponibles *on-line* en la página *web* de la Unión Europea, de lo que se desprende la importancia de la transparencia y de los mecanismos de acceso a los documentos puestos en marcha. Según el informe de la Comisión sobre la aplicación, durante el año 2004, del Reglamento (CE) nº 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión [COM (2005) 348 final, de 29 de julio de 2005], “El sitio específico Transparencia y acceso a los documentos, accesible en el servidor EUROPA registró, durante el año 2004, un total de 1.384.108 consultas calculadas en número de pantallas visualizadas, lo que representa una media mensual de 115.342 y una media por día laborable de alrededor de 5250 consultas. Esto supone que el número de consultas se ha triplicado con relación al año 2003”. Además, la Comisión ya ha adoptado su registro de documentos internos de manera que los documentos finalizados de la serie COM, las órdenes del día y las actas de las reuniones de la Comisión son directamente accesibles en el texto íntegro y se ha creado un registro específico para los trabajos de los Comités.

Unión Europea y a los sucesivos intentos de consagración jurídica de la misma a través de la fallida Constitución Europea o del reciente Tratado de Lisboa.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada el 7 de diciembre de 2000 y reguló, en su art. 42, el derecho de acceso de la siguiente manera: “Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”¹⁶⁵.

Aunque la Carta eleva el derecho de acceso a la categoría de derecho fundamental, hasta la actualidad no se ha podido afirmar con rotundidad este carácter, dado que la Carta no ha tenido hasta ahora, una eficacia jurídica inmediata, lo que pone en duda su aplicabilidad y le da más bien carácter programático.

No obstante, no toda la doctrina está de acuerdo en que la Carta carezca totalmente de eficacia jurídica. Al respecto, sostiene MARTÍN-RETORTILLO BAQUER¹⁶⁶ que si bien para que pueda otorgársele un valor jurídico pleno a la Carta esta debiera integrarse en los Tratados, formar parte de una Constitución Europea, o dársele el valor de una Declaración de derechos con carácter

¹⁶⁵ Señala GUICHOT como “el vínculo entre el artículo 42 de la Carta y el artículo 255 CE queda de manifiesto en la nota explicativa que acompaña la presentación de dicho artículo, que precisa que “el derecho garantizado en este artículo es el que garantiza el artículo 255 del Tratado CE”. Ciertamente -continúa el autor- nada añade la Carta al contenido de este derecho, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Carta, los derechos que, como el de acceso, tienen su fundamento en los Tratados comunitarios se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. Ahora bien, su calificación como derecho fundamental y su inclusión, por ello mismo, en un texto constitucional resultan expresivas de la naturaleza de este derecho”. *Op. cit.* pág. 295.

¹⁶⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La eficacia de la Carta” en *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, n.º 17, 2001, págs. 19 y ss.

autónomo pero con plena eficacia¹⁶⁷, la Carta es un documento de referencia en disposiciones generales y en Sentencias judiciales, lo que ya le otorga un indudable valor jurídico y “frente a lo que con demasiada frecuencia se hace, creo que no se puede exagerar el argumento de la falta de valor jurídico de la Carta. [...] Si separamos los fragmentos, si despiezamos la Carta, la mayor parte de los preceptos tomados de forma aislada tienen, en general, fuerza jurídica incuestionable. Forman parte [...] de instrumentos de vigencia innegable: los Tratados, la Convención, la Declaración Universal o, aunque solo sea, la jurisprudencia consolidada”¹⁶⁸.

En el mismo sentido se ha pronunciado ALONSO GARCÍA, afirmando lo siguiente: “que la Carta en cuanto tal carece de fuerza jurídica vinculante, al haber sido tan sólo políticamente proclamada, parece obvio; lo que no lo parece tanto, en cambio, es identificar esa ausencia de fuerza jurídica vinculante con ausencia de efectos jurídicos”¹⁶⁹.

En efecto, como señalan estos autores, el que el reconocimiento de la Carta haya tenido lugar, únicamente, como acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y, por tanto, carente como tal de efectos jurídicos *ad extra*, no supone que la misma carezca de eficacia jurídica pues, como se ha señalado, la mayoría de sus preceptos proceden de textos jurídicamente vinculantes¹⁷⁰ y ha servido, además, de innegable

¹⁶⁷ Nótese que el artículo data del año 2001, antes de que se iniciaran los procedimientos de reforma de los Tratados a través del proyecto de Constitución Europea o del reciente Tratado de Lisboa.

¹⁶⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La eficacia de la Carta”, *op. cit.* pág. 27

¹⁶⁹ ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, n.º 17, 2001, págs. 49 y ss.

¹⁷⁰ El propio Preámbulo de la Carta afirmaba que “la presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el

parámetro interpretativo para la jurisprudencia¹⁷¹ e, incluso, en algunos casos, para los legisladores¹⁷², fuerza jurídica que se ha querido atribuir también, de manera específica, al derecho de acceso a los documentos previsto por el art. 42 de la Carta¹⁷³.

Convenio Europeo para la Protección e los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las castas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

¹⁷¹ Afirma al respecto ALONSO GARCÍA que “tampoco parece discutible que, aunque sólo sea como fuente de inspiración, la Carta está llamada a desempeñar un papel esencial en la labor del Tribunal de Justicia a la hora de seguir configurando vía pretoriana los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión: si las tradiciones constitucionales comunes y los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituían antes de la proclamación de la Carta herramientas esenciales en la configuración de los derechos fundamentales en el plano comunitario, y lo siguen constituyendo a la luz del artículo 6 del Tratado de la Unión, no veo razón alguna por la que el Tribunal de Justicia vaya a hacer abstracción de un instrumento como la Carta que, por mucho que carezca de fuerza vinculante, amén de facilitarle la labor de análisis y síntesis, lo hace rodeando el punto de partida de dicha labor en un clima de “legitimidad” mucho mayor que el que rodea la labor de análisis y síntesis por los letrados del servicio del Tribunal. [...] En la configuración pretoriana de esos derechos fundamentales, difícilmente podrá el Tribunal de Justicia hacer abstracción de la Carta, en la medida en que no hace sino concretar las fuentes de inspiración tradicionalmente por él manejadas y constitucionalmente impuestas con el Tratado de Maastricht”. ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Fuerza (indirecta)...”, *op. cit.* pág. 55.

¹⁷² La aplicación de la Carta europea es un innegable ejemplo de la interconexión de ordenamientos jurídicos señalada por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en *La interconexión de los sistemas jurídicos y del sistema de fuentes del derecho*, Cívitas, 2004, pues ha sido mencionada no sólo por el TJCE y el TPI en el ámbito comunitario, sino también en Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), así como por la jurisprudencia interna de los Estados miembros, entre ellos, como señala ALONSO GARCÍA, no sólo el Tribunal Constitucional, sino que también el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. *Vid.* al respecto ALONSO GARCÍA, Ricardo y SARMIENTO, Daniel, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Cívitas, 2006.

¹⁷³ Al respecto pueden destacarse las afirmaciones del Abogado General Léger, recogidas en la importante Sentencia de 6 de diciembre de 2001, *Consejo c. Hautala*, para el que “la calificación del derecho de acceso a los documentos como derecho fundamental constituye una nueva etapa en la

No obstante, no han faltado los intentos de dotar de eficacia jurídica a la Carta. El fallido Proyecto de Constitución Europea pretendía otorgarle eficacia jurídica plena a través de su inclusión como parte II de su articulado, lo que hubiera elevado al derecho de acceso a la categoría de derecho fundamental. De esta forma, la Constitución Europea, en su proyecto, dedicaba al derecho de acceso dos artículos –el mismo artículo 42 en la parte II y otro en la parte III-, además de consagrar en su parte I, un artículo relativo a la transparencia de los trabajos de las instituciones de la Unión¹⁷⁴.

labor de reconocimiento y jerarquización de dicho principio dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Es cierto que no debe ignorarse la voluntad claramente expresada por los autores de la Carta de no dotarla de fuerza jurídica obligatoria. Sin embargo, dejando al margen cualquier consideración sobre su alcance normativo, la naturaleza de los derechos enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales impide considerarla como una simple enumeración de principios meramente morales y sin consecuencia alguna. [...] La mayor parte de las fuentes de tales derechos, enumeradas en el preámbulo de la Carta, están dotadas de fuerza vinculante en los Estados miembros de la Unión Europea. Es natural que las normas de Derecho positivo comunitario se beneficien, a efectos de su interpretación, del rango que ocupan en la escala de los valores comunes los valores que tales normas incorporan. [...] La Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales. [...] El contenido del derecho de acceso a los documentos, según se describe en la Carta, está delimitado por lo dispuesto en el artículo 255 CE. Dicha precisión es la consecuencia lógica de la diferencia de valor normativo que distingue la Carta de las disposiciones vinculantes del Tratado. No obstante, ello no debe llevar a ignorar el carácter fundamental de dicho derecho, tal como manifestaron los Estados miembros de la Unión en el momento de su inscripción en la Carta. Si bien no constituye en sí mismo un derecho positivo, el artículo 42 de la Carta le confiere un rango que debe guiar su interpretación. Considero que de la calificación de un derecho como fundamental se desprende la obligación imperiosa de que las autoridades encargadas de aplicarlo lo interpreten con la amplitud que exige su verdadera naturaleza”. Apartados 78 a 86 de la Sentencia del TJCE de 6 de diciembre de 2001.

¹⁷⁴ Dichos arts. establecían lo siguiente:

Art. I-49: 1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, organismos y agencias de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura. 2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo de Ministros en las que éste examine o adopte una propuesta legislativa. 3. Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, organismos y

Y las mismas consecuencias de eficacia jurídica de la Carta –y, como consecuencia, el reconocimiento como derecho fundamental del derecho de acceso-, se pretenden lograr a través del Tratado de Lisboa (pendiente de ratificación), por el que se reforman los Tratados comunitarios, dotando de esta eficacia jurídica plena a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no a través de su integración como articulado –tal y como se había llevado a cabo por el proyecto de Constitución Europea-, sino declarando que la misma goza de igual valor jurídico que los Tratados¹⁷⁵.

agencias de la Unión, en las condiciones establecidas en la Parte III, cualquiera que sea la forma en que estén elaborados dichos documentos. 4. Los principios generales y los límites que regularán, por motivos de interés público o privado, el ejercicio del derecho a acceder a dichos documentos se fijarán mediante leyes europeas. 5. Cada institución, organismo o agencia mencionada en el apartado 3 establecerá en su reglamento interno las disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con la ley europea prevista en el apartado 4.

Art. II-42: Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, organismos y agencias de la Unión, cualquiera que sea la forma en que estén elaborados.

Art. III-305:1. Las instituciones, organismos y agencias de la Unión reconocen la importancia de la transparencia de sus trabajos, y definirán en sus reglamentos internos, en aplicación del artículo I-49, las disposiciones específicas relativas al acceso del público a los documentos. El Tribunal de Justicia y el Banco Central Europeo estarán sujetos a las disposiciones del apartado 3 del artículo I-49 cuando ejerzan funciones administrativas. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros velarán porque se hagan públicos los documentos relativos a los procedimientos legislativos.

De haberse ratificado la Constitución europea, ésta hubiera elevado el derecho de acceso a los documentos de las instituciones a la categoría más alta del Derecho comunitario, reconociendo no sólo su carácter de derecho fundamental sino también el de corolario del principio de transparencia y “de la vida democrática de la Unión”, pues precisamente así se titulaba el Título VI de la parte primera en la que se encuadraba el art. I-49

¹⁷⁵ Establece el nuevo art. 6.1 TUE que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que

III. EL OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO

Al igual que ha ocurrido con la evolución legislativa del derecho de acceso a los documentos comunitarios que acabamos de analizar –y en lógica correspondencia-, la definición del objeto del derecho de acceso ha ido sufriendo una paulatina ampliación, desde una concepción sumamente restrictiva hasta las tendencias claramente aperturistas y proclives a la transparencia que han caracterizado la actividad de los legisladores comunitarios de los últimos años.

se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

Asimismo, a través del Tratado de Lisboa se amplía el alcance del derecho de acceso a todas las instituciones de la Unión Europea, al regularse en el art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que:

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

2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo.

3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos mencionados garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo”.

En este sentido, la delimitación del objeto resulta absolutamente esencial a la hora de configurar el derecho de acceso, puesto que, en una importantísima medida, de la definición del objeto depende que las legítimas expectativas de los solicitantes de acceso se vean cumplidas o, por el contrario, éstas queden frustradas por una definición restrictiva que deje al derecho reconocido prácticamente sin contenido.

De esta manera, si el objeto es definido por las normas de manera muy reductora, ocurre lo mismo que cuando se prevén unas excepciones muy amplias o poco definidas: la transparencia y las legítimas expectativas de poder ejercer un derecho –a pesar de que éste sea regulado muy generosamente por las normas-, acaban viéndose frustradas en la aplicación concreta de la norma por las instituciones¹⁷⁶. Por ello, resulta de gran interés examinar, de manera pormenorizada, cuál ha sido el objeto concreto del derecho de acceso a la información y documentación comunitarias, previsto por las distintas normas comunitarias que, a lo largo del tiempo, lo han ido regulando con el fin de determinar el verdadero alcance del derecho que nos ocupa.

1. El objeto del derecho de acceso a los archivos históricos de las Comunidades Europeas.

En la primera regulación del derecho de acceso en el ámbito de las Comunidades Europeas -a través del Reglamento n.º 354/1983 del Consejo, de 1 de febrero, relativo a la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía

¹⁷⁶ Cuánto más, cuando se produce la combinación de ambos elementos: una determinación muy reduccionista del objeto del derecho, combinada con la interpretación y aplicación poco restrictiva de unas excepciones genéricas o muy amplias, deja en meras declaraciones políticas o de intenciones los principios de transparencia y apertura y la proclamación de un derecho general de acceso a los documentos.

Atómica y la Decisión n.º 359/1983/CECA de la Comisión, de 8 de febrero, relativa a la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero-, ésta tenía como objeto los “archivos históricos”, esto es, “la parte de los archivos de las Comunidades Europeas que haya sido seleccionada, en las condiciones previstas en el [...] presente Reglamento, para ser objeto de una conservación permanente”. Se definían además “los archivos de las Comunidades Europeas” como “el conjunto de documentos y unidades archivísticas de todo tipo, cualesquiera que fueren su forma y el medio utilizado, elaborados o recibidos por una de las instituciones, uno de sus representantes o uno de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que se refieran a las actividades de la[s] [...] Comunidades Europeas”.

Esto es, se regulaba el objeto del derecho de acceso de manera muy amplia: documentos o unidades archivísticas de las instituciones comunitarias que, seleccionados para su conservación por su interés histórico o administrativo, se integraban en los archivos históricos creados por dichas instituciones, aunque luego dicho objeto se fuera acotando e incluso el acceso que pudiera otorgarse finalmente fuera bastante reducido. La norma preveía el acceso, transcurridos los treinta años preceptivos, a documentos y unidades archivísticas¹⁷⁷, entendidas éstas en un sentido material muy amplio (“cualquiera que fueren su forma y el medio utilizado”). Esto parece significar, por tanto, que se incluían no sólo los documentos escritos, sino también aquella información contenida en los archivos históricos, almacenada en otro tipo soportes (documentos de audio y vídeo, etc.).

La primera legislación comunitaria sobre acceso, por tanto, no contemplaba como objeto la información, entendida en su sentido más

¹⁷⁷ Aunque la propia norma no define lo que deba entenderse por “unidades archivísticas”, creo que puede utilizarse la definición de archivo proporcionada por el artículo 59 de la Ley de Patrimonio Histórico Español como “conjunto orgánico de documentos”.

amplio, sino que hacía referencia al soporte físico de esta información: los documentos y unidades archivísticas seleccionados para su conservación permanente en los archivos históricos¹⁷⁸.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el objeto del derecho de acceso previsto por esta norma se refería no sólo a los documentos de interés histórico, sino también a aquellos que debían conservarse en los archivos históricos por su interés administrativo, para cuya finalidad establecía la norma la obligación de las instituciones de crear archivos históricos en los que se conservaran dichos documentos -de interés histórico o administrativo- y que debían de ser abiertos al público, transcurridos treinta años desde la fecha de su elaboración.

La norma resultaba también bastante generosa a la hora de determinar el objeto del derecho de acceso en lo que se refiere al origen de los documentos accesibles, puesto que, a efectos de aplicación tanto del Reglamento como de la Decisión, resultaba irrelevante quien hubiera sido el autor del documento. De esta manera, las normas, además de reconocer el derecho de acceso a los documentos “elaborados por una de las instituciones”, también lo concedían respecto de los documentos y unidades archivísticas “recibidos por una de las instituciones, uno de sus representantes, o uno de sus agentes en el ejercicio de sus funciones”¹⁷⁹.

En el caso de que los documentos y unidades archivísticas solicitados procedieran de las instituciones pero se hallasen en manos de un Estado miembro, la norma prohibía a dicho Estado dar acceso a los documentos en

¹⁷⁸ Independientemente, eso sí, de cuál fuera el formato en que el documento se encontrara: papel, audio, vídeo o microfichas, entre otros, pues no creo que en esta época se pensara todavía, al menos de manera generalizada, en el acceso a los ficheros informáticos.

¹⁷⁹ Como veremos, el Código de Conducta de 1993 fue mucho más restrictivo del objeto de acceso según el origen de los documentos a los que se quisiera tener acceso y aún en la actualidad esta cuestión sigue resultando conflictiva.

condiciones menos estrictas que las establecidas por el Reglamento y por la Decisión¹⁸⁰. Nada se dice, sin embargo, del caso contrario, esto es, que las normas del Estado miembro al que le fuera solicitado el documento de origen comunitario, fueran más restrictivas –o, incluso, inexistentes– que las normas comunitarias. En este caso, cabe deducir que podrían ser de aplicación las normas del Estado al que se le solicita un documento que proviene de las instituciones comunitarias si la legislación aplicable es más estricta que ésta que nos ocupa, lo cual supondría una nueva reducción del objeto del derecho de acceso e incluso la frustración completa de este derecho.

En cuanto a la determinación del objeto por razón de la materia, los documentos contenidos en un archivo histórico, para poder ser accesibles, debían de referirse a las actividades de las Comunidades Europeas. Aparte de esta delimitación general de los documentos accesibles, se establecían una serie de excepciones o exclusiones al acceso, de carácter concreto, ya por razón de la materia, ya por su carácter sensible o clasificado. De esta manera, quedaban excluidos de acceso los expedientes de personal de las Comunidades Europeas, así como los documentos que contuvieran información sobre la vida privada o profesional de una persona determinada, los relativos a los asuntos sometidos a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los que estuvieran amparados por el secreto profesional o de empresa –a no ser que sus autores o destinatarios hubieran sido informados y no formularan objeción alguna a su divulgación–, y los documentos que hubieran sido clasificados bajo algún régimen de secreto o fueran considerados como confidenciales o pertenecientes a una categoría

¹⁸⁰ Recordemos que el preámbulo del Reglamento 354/83 del Consejo ya afirmaba esta voluntad de evitar la aplicación de normas menos restrictivas y se establece en uno de sus considerandos del preámbulo que “conviene evitar que los documentos y unidades archivísticas clasificadas que emanen de las instituciones comunitarias sean accesibles al público por medio de archivos nacionales en condiciones menos estrictas que las previstas en el presente Reglamento”.

más rigurosamente protegida por las instituciones y no hubieran perdido su carácter de clasificados¹⁸¹.

Como ya se señaló al principio del presente capítulo, el Reglamento de 1983 ha sido objeto de reforma por el Reglamento n.º 1700/2003, de 22 de septiembre de 2003, con la finalidad de ajustar las disposiciones del derecho de acceso a los archivos históricos a la nueva normativa derivada del artículo 255 TCE y del Reglamento n.º 1049/2001. Pero son pocas las modificaciones que ha sufrido la norma en lo que se refiere a la determinación de su objeto.

En primer lugar, el nuevo artículo 1 del Reglamento supone la ampliación de la obligación de creación de archivos históricos al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y a las agencias y organismos similares creados por el legislador comunitario, que vienen a unirse a las instituciones que ya tenían archivos históricos con la finalidad de preservar y permitir el acceso a los documentos que se hubieran conservado por considerar que gozan de interés histórico o administrativo.

Por lo que se refiere a la definición de su objeto -los archivos históricos como parte de los archivos de las instituciones de las Comunidades Europeas-, hay que señalar que la única variación introducida por el Reglamento n.º 1700/2003 ha sido la supresión del término “unidades archivísticas” de su definición, esto es, ahora el acceso se prevé sólo de los documentos que, habiendo sido parte de los archivos de las instituciones, hubieran pasado a los archivos históricos por considerarse que debían ser

¹⁸¹ Hay que recordar, según se ha expuesto ya, que tanto el Reglamento como la Decisión establecían la obligación de cada institución de revisar, a más tardar transcurridos 25 años de su elaboración, los documentos que todavía tuvieran la condición de confidenciales o continuasen clasificados, a fin de determinar si habían perdido dicho carácter y respetar así el plazo general de 30 años para el acceso previsto por las normas. De considerarse que no habían perdido dicho carácter confidencial o clasificado, seguían quedando excluidos del acceso, debiendo ser reexaminados dichos documentos cada cinco años a fin de determinar si conservaban o no el carácter de clasificados.

conservados por su interés histórico o administrativo, transcurridos quince años desde su elaboración¹⁸².

Salvo por esta exclusión, el Reglamento n.º 1700/2003 no ha alterado la delimitación del objeto del derecho de acceso que regula, aunque sí ha adecuado el régimen de excepciones al nuevo régimen previsto por el Reglamento n.º 1049/2001. El apartado 7 del artículo 4 de este Reglamento n.º 1700/2003, relativo a las excepciones, establece que éstas “podrán aplicarse [...] durante un período máximo de 30 años. En el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales, así como en el caso de los documentos sensibles, las excepciones podrán seguir aplicándose después de dicho período, si fuere necesario”. De esta manera, son estas excepciones al acceso previstas por esta norma las que siguen siendo de aplicación transcurridos 30 años y cuando los documentos se encuentran depositados en los archivos históricos, siempre que se sigan cumpliendo las condiciones de aplicación de dichas excepciones, además de, en lo que se refiere a la intimidad y la integridad de la persona, las condiciones previstas en el Reglamento n.º 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

¹⁸² La supresión del término “unidades archivísticas” tiene como consecuencia directa la necesidad de identificación y de concreción de los documentos que se deseen solicitar, no pudiendo hacerse de manera genérica, pretendiendo el acceso a conjuntos de documentos que constituyeran unidades archivísticas. A estos efectos, cobra mayor interés el mantenimiento de los registros de documentos por parte de las instituciones, que facilitan ostensiblemente la identificación de los documentos a los que se quiere acceder, pero que, por el momento, no son útiles a los efectos de los archivos históricos, porque las instituciones han creado dichos registros a raíz del Reglamento n.º 1049/2001, que no se ocupa del acceso a los archivos históricos y que otorgaba como plazo máximo para su creación el 3 de junio de 2002 (art. 11 del Reglamento) –además, en principio, de manera vinculante únicamente para el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, aunque otras instituciones también han adoptado el Reglamento–.

Finalmente, es de destacar, en cuanto a la reforma operada, la indicación que hace el nuevo artículo 9 del Reglamento, por el que “en la medida de lo posible, las instituciones deberán permitir el acceso a sus archivos en forma electrónica. Asimismo, conservarán los documentos existentes en formatos adaptados a necesidades particulares (escritura en Braille, letra de gran tamaño o cinta magnetofónica)”.

2. La Declaración n.º 17 aneja al Acta final del Tratado de Maastricht y el objeto del derecho de acceso en el Código de Conducta.

A pesar de que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el Tratado de Maastricht no reguló el derecho de acceso, la Declaración n. 17 que se incluyó como aneja sí que hacía referencia, además de a una genérica necesidad de potenciar y propiciar la transparencia en la Unión Europea, al derecho de acceso en concreto, aunque no como acceso a los documentos -tal y como se había hecho en la regulación sobre acceso a los archivos históricos-, sino que se refería a “medidas destinadas a mejorar el acceso del público *a la información* de que disponen las instituciones”.

Se trata, de hecho, de la única referencia existente en el derecho comunitario a la información, en sentido amplio, como objeto del derecho de acceso, puesto que todas las regulaciones posteriores, incluido el Código de Conducta consecuencia directa de esta Declaración aneja, regulan el derecho de acceso *a los documentos de las instituciones comunitarias* y no un derecho de acceso *a la información*, con las limitaciones respecto del objeto que esto conlleva. En el caso del Código de Conducta, estas limitaciones alcanzaron cotas insospechadas, sobre todo debido a la aplicación que del mismo hicieron tanto el Consejo como la Comisión, aunque éstas fueran en parte matizadas y corregidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En efecto, aunque el Código de Conducta, en su primer considerando, hiciera expresa referencia a la “declaración relativa al *derecho de acceso a la información*, aneja al Acta final del Tratado de la Unión Europea, en que se destaca que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las instituciones, así como la confianza del público en la Administración” y en el tercero recordara “las conclusiones del Consejo Europeo de Copenhague en que se reafirma el principio del mayor acceso posible de los ciudadanos *a la información* y se invita al Consejo y a la Comisión a que adopten sin demora las medidas necesarias para llevar a la práctica dicho principio”, el Código, sin embargo, comienza estableciendo como principio general que “el público tendrá *el mayor acceso posible a los documentos*¹⁸³ que posean la Comisión y el Consejo. Por documento se entiende todo escrito, sea cual fuere su soporte, que contenga datos existentes y que esté en poder del Consejo o de la Comisión”.

El Código de Conducta delimitaba por tanto el acceso, en el enunciado de su principio general, a los documentos, a los que además define inmediatamente como *escritos*. De manera que, aunque se dejaba cierta libertad respecto al soporte en que estos escritos se pueden encontrar, el acceso quedaba lejos de ser un acceso a la información, puesto que, en principio, todo aquello que se encontrase en formato distinto del documento escrito -como pudieran ser grabaciones en formato audio o vídeo, o los datos que no hubieran sido tratados y elaborados como documento por parte de las instituciones- podía quedar directamente excluido de acceso debido a la restrictiva definición del objeto¹⁸⁴. Nada se decía, sin embargo, sobre el lugar

¹⁸³ En ningún momento del articulado del Código de conducta aparece el término “derecho de acceso”, sino que siempre se habla de “acceso a los documentos”. Se ve claro en esta intencionada falta de mención “al derecho de acceso” que tanto el Consejo como la Comisión buscaban limitar su reconocimiento en la mayor medida posible.

¹⁸⁴ GUICHOT, sin embargo, considera al respecto que bajo esta regulación, los jueces comunitarios reconocieron, aun de manera implícita, que lo que se estaba reconociendo era un

en que dichos documentos debían encontrarse para ser accesibles, puesto que el Código de Conducta, a diferencia de las normas sobre archivos históricos, no contenía referencia alguna a archivos, registros, o al lugar de conservación de dichos documentos, sino que tan sólo hablaba genéricamente de “los documentos que posean la Comisión y el Consejo”¹⁸⁵.

principio de derecho a la información, y no sólo de acceso a los documentos. Dice el autor, refiriéndose a la Sentencia del TJCE en el asunto *Consejo c. Heidi Hautala* que “el tema se relacionaba con la posibilidad de conceder el acceso parcial a un documento. El TJCE no consideró necesario pronunciarse, pero apuntó ya que del contexto en el que surgió dicha normativa se deducía que no se refiere al acceso a los “documentos” como tales, sino al acceso a los elementos de información contenidos en ellos, y reiteró el principio del acceso parcial [...]. Es más, éste apuntó que el derecho de acceso puede llevar, en ocasiones, a la necesidad de redactar un nuevo documento que contenga datos provenientes de otros, en los casos en que sólo se permite el acceso parcial, por incurrir los restantes en alguna limitación al derecho de acceso, y ser imposible suprimirlos del documento original”. *Op. cit.* pág. 299.

¹⁸⁵ El Defensor del Pueblo europeo, Jacob SÖDERMAN, señalaba a este respecto que la definición amplia de documento del Código de Conducta resultaba plenamente compatible con el establecimiento de registros de documentos, cuya creación recomendaba, para que fueran accesibles al público salvo en lo que fueran de aplicación las excepciones “clásicas”, y que la normativa en vigor no contemplaba:

“Las reglas comunitarias dan al término documento una definición lo suficientemente amplia como para poder englobar eventuales registros de esta naturaleza, que deberían ser accesibles al público, salvo que fueran de aplicación una o varias de las excepciones clásicas. Hay que recordar que todavía, en este contexto, las reglas comunitarias actuales no imponen expresamente el mantenimiento de estos registros. Los registros constituyen un instrumento adecuado para la realización de los objetivos que se encuentran en la base de toda reglamentación relativa al acceso del público a los documentos: facilitan el ejercicio del derecho de acceso al mismo tiempo que contribuyen a una buena administración, al prevenir la pérdida de documentos. También sería útil que la obligación de establecer registros públicos de documentos figurase en las reglas comunitarias, a riesgo de discutir los tipos de documentos que deberían ser inscritos obligatoriamente en los registros. Podrían existir argumentos que llevaran a limitar esta obligación a los documentos no secretos, pero sería preferible que se registrasen todos los documentos, incluidos los confidenciales, aunque estos últimos de forma que no se revelase su contenido”. En *Le citoyen, l'administration et le Droit communautaire*, Informe general del Defensor del Pueblo Europeo, para el Congreso de 1998 de la FIDE [la traducción es propia, hecha del texto en francés].

Esta definición tan sucinta del objeto del acceso, quedaba sin embargo completamente acotada, e incluso desdibujada, por las excepciones –a las que ya hemos tenido la oportunidad de referirnos-, las limitaciones -tales como la regla de autor- que el Código regulaba, así como por la interpretación y aplicación sumamente restrictiva del mismo que llevaron a cabo tanto el Consejo como la Comisión.

En efecto, a pesar de la posible amplitud de objeto que el principio general parece encerrar al hablar genéricamente del acceso a los documentos “*que posean la Comisión y el Consejo*” y al definir los documentos como “*todo escrito [...] que esté en poder del Consejo y de la Comisión*” dicha ilusión se desvanecía rápidamente a la vista de lo que se ha venido en denominar la “regla de autor”.

Esta “regla de autor” se contenía en un párrafo que establecía que “cuando el autor del documento que posea la institución sea una persona física o jurídica, un Estado miembro, otra institución u órgano comunitario, o cualquier otro organismo nacional o internacional, la solicitud deberá dirigirse directamente al mismo”¹⁸⁶.

Esta norma constriñó enormemente el objeto del derecho de acceso, ya que significaba que, en la práctica, sólo estaban sujetos al derecho de acceso los documentos elaborados por el órgano o institución al que se realizaba la petición pero no los que éstos hubieran podido recibir del exterior cualquiera

Posteriormente, el Defensor del Pueblo volvería a reiterar la necesidad de establecer registros de documentos en las instituciones, accesibles al público en su Informe Especial de 15 de diciembre de 1997. Tanto la Comisión como el Consejo crearon sus respectivos registros en 1999, pero es la actual normativa en vigor, a través del Reglamento 1049/2001, la que establece la obligatoriedad de su creación y mantenimiento por las instituciones, como instrumento esencial para garantizar y facilitar el acceso de los documentos al público.

¹⁸⁶ Regla reproducida en el art. 2.2 de la Decisión del Consejo y en el Anexo de la Decisión de la Comisión.

que fuese su origen¹⁸⁷. Esto, además de significar la exclusión completa de la consulta de numerosos documentos en posesión de las instituciones comunitarias, frustraba además *de facto* las legítimas expectativas de acceso de los ciudadanos, al establecer sobre ellos una carga en algunos casos insuperable, puesto que, en muchos casos, los ciudadanos no podían dirigirse a los órganos autores de los documentos a los que pretendieran acceder, bien porque no tenían conocimiento de quienes eran, bien porque dichos autores no se hallaban vinculados por una normativa de acceso o de divulgación de la información –o de estarlo, los solicitantes no eran sujeto activo de dichas normas¹⁸⁸-, o porque se trataba de expedientes formados por documentos procedentes de orígenes distintos (por ejemplo, de cada uno de los Estados miembros, o de distintas agencias o, simplemente, de distintas instituciones comunitarias), por lo que la recopilación de dichos documentos podía resultar imposible o de muy difícil realización para los solicitantes.

Esta regla fue aplicada por las instituciones comunitarias, no como una excepción -puesto que no lo es-, sino como una verdadera causa de inadmisibilidad de la solicitud. La simple alusión al hecho de que la solicitud se refiriese a documentos de los que no era autora la institución aunque

¹⁸⁷ GONZÁLEZ ALONSO considera que esto significaba que “no se podía pedir a la Comisión, por ejemplo, que divulgase documentos que había recibido del Consejo o de alguno de los Estados miembros, independientemente del grado de confidencialidad que éstos atribuyesen a su contenido. Conviene recordar, a este respecto, que cualquiera de las decisiones sobre acceso público también contemplaba una excepción, en virtud de la cual debía negarse el acceso a un documento cuando su divulgación pudiera menoscabar la protección de la confidencialidad solicitada por la persona física o jurídica que hubiese proporcionado alguno de los datos contenidos en ese documento o exigida por la legislación del Estado miembro que hubiese facilitado alguno de los mencionados datos”. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.* pág. 63.

¹⁸⁸ DYRBERG también señala como en aplicación de esta norma podían quedar excluidos de acceso los estudios, informes u otros documentos encargados por las instituciones a servicios externos por limitaciones presupuestarias. DYRBERG, “El acceso público a los documentos y a las autoridades comunitarias” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.2, 1997, citado por GONZÁLEZ ALONSO.

estuvieran en su poder, la eximía de la necesidad de motivar la negativa o de justificarla en alguna de las excepciones previstas por el Código de Conducta, frustrando así toda expectativa que pudieran tener los solicitantes.

GONZÁLEZ ALONSO ilustra perfectamente los abusos a los que dio lugar la aplicación de esta regla de autor por parte de las instituciones: “sirva como ejemplo de esos abusos, la actitud inicialmente adoptada por la Secretaría General del Consejo en relación con las solicitudes de documentos elaborados bajo responsabilidad directa de la Presidencia. Por increíble que resulte, este tipo de peticiones era rechazado invocando el artículo 2.2 de la Decisión 93/731, es decir, la “regla del autor”. Solo después del procedimiento abierto por el Defensor del Pueblo a instancias de uno de sus más asiduos reclamantes, la Secretaría General del Consejo cayó en la cuenta de que debía distinguirse entre, por un lado, aquellos documentos redactados por el Estado miembro a cargo de la Presidencia en sus funciones derivadas de la Presidencia del Consejo, plenamente sometidos al régimen de acceso público de la institución; y, por otro, aquellos documentos redactados por un Estado miembro a cargo de la Presidencia sin relación con dicha Presidencia, a los que sí sería aplicable la cláusula contenida en el mencionado precepto. En esta misma línea, la Comisión se negaba, por ejemplo, a divulgar documentos elaborados por sus servicios a partir de datos e informes suministrados por los Estados miembros, sin que éstos hubiesen formulado ningún tipo de exigencia específica en materia de confidencialidad. Pero el supuesto más preocupante de invocación abusiva de la regla de autor por parte de la Comisión fue, sin duda, el relativo al acceso a los documentos que generan los comités, denominados de *comitología*”¹⁸⁹.

En efecto, no faltan ejemplos de la utilización de esta regla por parte de las instituciones para reducir al máximo los casos en los que se permitía el acceso a los documentos en su posesión.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, págs. 67 y 68.

Ante esta actitud, abusiva, de una norma ya muy generosa en cuanto a su concepción limitativa, la labor del Tribunal de Justicia y del Defensor del Pueblo europeo han sido determinantes. El Tribunal de Justicia, sin negar la legitimidad de la aplicación de la norma¹⁹⁰, intentó paliar algunos de los excesos en que incurrían las instituciones al aplicar esta regla –sobre todo en lo referente a la negativa por la Comisión a dar acceso a los documentos elaborados por los distintos Comités-, al declarar que la regla de autor debía ser de interpretación y aplicación restrictiva, en la medida que suponía una limitación del principio general de transparencia sobre el que se fundaba la Decisión 94/90 de la Comisión, ya que, de aplicarse la regla y entenderse que los Comités no forman parte de la Comisión, una faceta muy importante de la acción institucional comunitaria quedaría sustraída del escrutinio del público, limitación que no concordaba con el objetivo mismo del derecho de acceso a los documentos, exigiendo que concurriera y fuera de aplicación una de las excepciones previstas para denegar el acceso a los documentos en estos casos¹⁹¹.

Sobre esta “regla de autor” también se pronunció el Defensor del Pueblo europeo, quien ponía en duda la utilidad o las razones de ser de esta limitación práctica e insoslayable en el acceso a los documentos regulados por el Código de Conducta, recordando además que se trataba de una

¹⁹⁰ En la Sentencia de 12 de octubre de 2000, en el caso *JT's Corporation Ltd. c. Comisión* (asunto T-123/99), el TPI declaró que “la Comisión puede aplicar la regla de autor en la tramitación de una solicitud de acceso mientras no exista un principio de derecho de rango superior que le prohíba excluir del ámbito de aplicación del Código de conducta los documentos de los que ella no sea el autor”.

¹⁹¹ Sentencia del TPI de 19 de julio de 1999, *Rothmans International BV c. Comisión* (asunto T.188/97).

limitación que no aparecía en la normativa de ninguno de los Estados miembros¹⁹².

En la práctica, como hemos tenido oportunidad de ver, la aplicación de esta regla por parte de las instituciones limitaba enormemente el ámbito de los documentos accesibles y el Defensor del Pueblo recibió, en los años posteriores a la aprobación del Código de Conducta, numerosas quejas relativas a esta cuestión. Su intervención fue, en muchos casos, esencial para permitir el acceso a los documentos, y sus recomendaciones fueron tenidas en cuenta de forma que la regla del autor desapareció definitivamente en el Reglamento 1049/2001, que regula el acceso a los documentos de las instituciones, si bien ciertas cautelas se han mantenido, como consecuencia de la Declaración n.º 35 aneja al Tratado de Ámsterdam, respecto del acceso que puede concederse a los documentos que, estando en posesión de las instituciones, tuvieran terceros autores, pero que no puede considerarse que supongan la aplicación de la regla del autor¹⁹³.

¹⁹² “Esta regla, como vemos, no se presenta como una excepción al principio general de acceso. Sin embargo, sus efectos concretos son claramente restrictivos, puesto que excluye del campo de aplicación del principio general a todos los documentos de proveniencia exterior. De ahí se derivan serias dificultades de carácter práctico para el ciudadano deseoso de estudiar un expediente compuesto por documentos de orígenes diversos. Los preámbulos de las normas comunitarias no se extienden en absoluto sobre los motivos de esta restricción [...]. Ninguno de los ordenamientos nacionales que han establecido un derecho general de acceso excluyen la totalidad de los documentos externos. Algunos de estos documentos, naturalmente, caen dentro de la prohibición de difusión de los mismos, pero por la aplicación de una o de varias de las excepciones clásicas. ¿Existen circunstancias particulares, propias de las instituciones o de los órganos comunitarios, que impongan la restricción suplementaria aquí comentada?”, *Le citoyen, l’administration et le droit communautaire*, documento citado. [La traducción está hecha del texto francés].

¹⁹³ Así lo señalaba el Defensor del Pueblo europeo, para quien, incluso antes de la redacción de la nueva normativa pero, sobre todo, tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam y su declaración aneja, debía considerarse que la regla de autor no era de aplicación, Así lo reflejó en su informe *Le citoyen, l’administration et le Droit communautaire*, para el Congreso de 1998 de la FIDE, en el que el Defensor del Pueblo europeo afirmaba que “si está inspirada [la regla de autor]

3. El objeto del derecho de acceso en el Reglamento n.º 1049/2001, de 30 de mayo de 2001.

Aunque la aprobación del artículo 255 del Tratado CE, así como el Reglamento n. 1049/2001, de 30 de mayo de 2001 – en la actualidad, las normas básicas que regulan el derecho de acceso en la Unión Europea-, ha sido un gran avance respecto del reconocimiento de este derecho, éste sigue estando vinculado al acceso a los documentos y no a la información en general –tal y como preveía, como hemos visto, la Declaración n.º 17 aneja al Tratado de Maastricht-.

Ambas normas, el art. 255 TCE y el Reglamento n.º 1049/2001, hablan de acceso “a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”: esto es, en la regulación actual del derecho de acceso lo que se garantiza no es el derecho a la información entendida de manera genérica sino a los documentos de las instituciones referidas¹⁹⁴.

Por lo que respecta al objeto del derecho de acceso, se han producido cambios tendentes a un mayor reconocimiento de la amplitud del mismo, tanto en lo que se refiere a su definición, como a través de una aplicación más restrictiva limitaciones por razón del origen –veremos a continuación el cambio que se ha producido respecto de la “regla de autor” introducida por el Código de Conducta- o por razón de la materia sobre la que versan – a lo ya

por las dudas respecto a la posibilidad jurídica de incluir documentos externos en el ámbito del principio general, podríamos considerar que esas dudas han sido disipadas por la declaración 35 aneja al tratado de Ámsterdam, ya que según sus términos se permitirá a un Estado miembro «solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento procedente de ese Estado sin su consentimiento previo» [La traducción es propia, hecha del texto en francés].

¹⁹⁴ No obstante, por indicación del Defensor del Pueblo, otras instituciones, organismos y agencias han ido adoptando paulatinamente su normativa a la del Reglamento n.º 1049/2001.

hemos tenido la oportunidad de referirnos al analizar el régimen de excepciones previsto por el Reglamento-.

A) La definición de documento.

En primer lugar, por lo que respecta a la propia definición del objeto del derecho de acceso -esto es, a los documentos-, se ha producido una variación muy importante en cuando a la consideración de los mismos. El art. 3.a) del Reglamento establece que “a efectos del presente Reglamento, se entenderá por: “documento”, todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”.

El primer cambio que debemos apreciar respecto de la definición es que el Reglamento entiende al “documento” no como el soporte material en el que se almacena la información, sino como la información misma: documento es “todo *contenido*”. De esta manera, aunque literalmente la norma sigue hablando de derecho de acceso a los documentos y en ningún caso se habla claramente de “derecho de acceso a la información comunitaria”, de la definición de documento puede entenderse que el legislador comunitario ha querido darle ese sentido a la regulación del derecho que nos ocupa.

GONZÁLEZ ALONSO es más tajante respecto de esta cuestión, puesto que considera que “contemplado desde esta perspectiva, el derecho de acceso público a los documentos se transforma en realidad en un derecho general de “acceso a la información” que se encuentra en poder de las instituciones comunitarias. Una concepción que se ve igualmente avalada por el principio del “acceso parcial”, primero acogido por el Tribunal de Primera Instancia en su jurisprudencia y posteriormente codificado en el propio Reglamento.

Conforme a este principio [...] los documentos no pueden considerarse como un todo indivisible a efectos de su divulgación; si tan sólo una parte de su contenido esta cubierta por alguna de las excepciones, debe facilitarse el acceso al resto”¹⁹⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia ha matizado esta cuestión, negando que la previsión del acceso parcial por el Reglamento suponga el reconocimiento de un derecho de acceso a la información. El carácter del derecho de acceso como un derecho a los documentos y no a la información ha sido recientemente ratificado por el TPI en su Sentencia de 25 de abril de 2007, en la que se afirma que “procede recordar el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 1049/2001, que, de conformidad con su artículo 2, apartado 3, se aplica únicamente a los «documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión». [...] De la jurisprudencia resulta que debe hacerse una distinción entre el concepto de documento y el de información. El derecho de acceso del público a un documento de las instituciones sólo se refiere a los documentos, y no a la información entendida de forma más general, y no implica para las instituciones el deber de responder a cualquier solicitud de información de un particular [...]. Ciertamente, de la sentencia *Consejo/Hautala*, se desprende que la Decisión 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo, que precedió al Reglamento n.º 1049/2001, no se refería únicamente a los documentos que como tales obraban en poder de las instituciones, sino también a los elementos de información contenidos en estos documentos. Sin embargo, el acceso a los elementos de información, en el sentido de dicha sentencia, sólo puede garantizarse si tales elementos figuran en documentos, lo que presupone la existencia de éstos. [...] De lo anterior resulta que el Consejo no vulneró el derecho de la demandante a acceder a los documentos,

¹⁹⁵GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.* pág. 61.

reconocido por el Reglamento n.º 1049/2001, al negarse a facilitarle información sobre el contenido de las discusiones mantenidas [...], ya que dicha información no existía en forma de documento que permitiera su difusión”¹⁹⁶.

Es decir, que el acceso parcial reconocido primeramente por la jurisprudencia –en la Sentencia *Consejo c. Heidi Hautala*- y después recogido por el Reglamento en su art. 4.6 es, en todo caso, de nuevo, un derecho de acceso –parcial- a los documentos, en la medida que de los mismos se pueda eliminar la información que está afectada por alguna de las excepciones previstas por el art. 4 de dicho Reglamento n.º 1049/2001.

Se admite, en todo caso, que dicha información se encuentre en cualquier tipo de soporte documental: además de a las tradicionales formas de escrito en versión papel, grabación sonora, visual y audiovisual, se produce el reconocimiento específico, como no podía ser de otra forma en la actualidad, a la información almacenada en forma electrónica, esto es, ficheros y programas de ordenador –que, por supuesto, pueden contener documentos en forma de escritos, o en cualquiera de las otras formas señaladas, vídeos, archivos de audio, etc.-.

Respecto del ámbito material de los documentos, el art. 2.3 del Reglamento n.º 1049/2001 establece su aplicación a “todos los documentos que obren en poder de una institución [...], en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea”, lo que se concreta en una cierta ampliación del objeto, puesto que dichos documentos, según establece el art. 3.a) del Reglamento pueden ser referentes a “temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”; esto es, en principio, todos los documentos –tanto administrativos como legislativos- de las instituciones

¹⁹⁶ Puntos 75 a 78 de la Sentencia del TPI de 25 de abril de 2007, *WWF European Policy Programme c. Consejo* (asunto T-264/04).

vinculadas por la norma, son, en principio, accesibles, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas por el art. 4 del Reglamento¹⁹⁷.

B) La supresión de la “regla de autor” y el nuevo régimen de los documentos de terceros.

a) El acceso a los documentos de terceros en poder de las instituciones comunitarias.

El Reglamento n.º 1049/2001 ha ampliado el objeto del derecho en relación con el origen y la posesión de los documentos que son accesibles. De esta manera, el art. 2.3 del Reglamento hace una primera delimitación al establecer que “el presente Reglamento será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea”. Parece que, de esta manera, se elimina definitivamente la problemática y muy criticada “regla de autor”, puesto que el acceso se prevé de todos los documentos que se encuentren en posesión de las instituciones¹⁹⁸, independientemente de que el autor de los mismos sea un tercero, frente a la anterior exclusión que el Código de Conducta hacía, al determinar que para estos documentos, el solicitante debía

¹⁹⁷ Resume GUICHOT estos documentos de la siguiente manera: “se aplica a todos los documentos, sean finales o preparatorios, y a todos los ámbitos de actuación comunitaria, incluidos aquellos exentos, con carácter general, de control judicial, como la política exterior y de seguridad común y de justicia y de asuntos exteriores, siempre en el respeto a las normas de seguridad y a los documentos clasificados. Asimismo, debe inspirar a dichas instituciones también en lo relacionado con los documentos relativos a las actividades a que se refieren los Tratados CECA y CEEA. Abarca los documentos para uso interno y los preparatorios (siempre que sea compatible con la eficacia del procedimiento de toma de decisiones) y los definitivos, sean administrativos o legislativos”. GUICHOT, *op. cit.*, pág. 300.

¹⁹⁸ Lo que incluye, ya sin duda alguna, a los distintos Comités.

acudir al autor de los mismos y no a la institución que los custodiaba o en cuyo poder se hallaban.

No obstante, el Reglamento n.º 1049/2001 introduce alguna cautela en lo que se refiere a los documentos de los cuales sean autores terceros¹⁹⁹ y que se encuentren en posesión de alguna de las instituciones comunitarias vinculadas por la norma. Dicha cautela se expresa en el art. 4 relativo a las excepciones que, en sus apartados 4 y 5 establece lo siguiente: “4. En el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 o 2, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos”; y “5. Un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado”.

Es evidente que el régimen que aquí se establece nada tiene que ver con la anterior “regla de autor”. Aunque sí es cierto que, inspirado en la Declaración n.º 35 aneja al Tratado de Ámsterdam²⁰⁰, el art. 4.5 establece una prerrogativa especial a favor de los Estados miembros, quienes pueden solicitar a las instituciones que les requieran su consentimiento previo antes de proceder a la comunicación a los solicitantes de acceso a los documentos de los que son autores. Se explica esta regla, según el TPI– y tal era, en definitiva, la intención de la Declaración n.º 35-, “por el hecho de que el citado Reglamento no tiene por objeto ni como efecto modificar las

¹⁹⁹ El Reglamento da una definición de lo que son los terceros a los efectos de la normativa, en su art. 3.b): “toda persona física o jurídica, o entidad, exterior a la institución de que se trate, incluidos los Estados miembros, las demás instituciones y órganos comunitarios o no comunitarios y terceros países”.

²⁰⁰ La Declaración n.º 35 aneja al Tratado de Ámsterdam, determinaba que los principios establecidos en la regulación sobre el derecho de acceso “permitirán a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo”.

legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos”²⁰¹, evitando el desplazamiento de la aplicación de las legislaciones nacionales, normalmente, las más restrictivas, por la normativa comunitaria²⁰².

Los Estados miembros gozan por tanto de un régimen privilegiado respecto del resto de terceros –entendidos según el art. 3. b) del Reglamento– por cuanto según establece el art. 4.4 del Reglamento, éstos sólo serán requeridos o consultados para que se pronuncien sobre la pertinencia del acceso cuando las instituciones no puedan deducir con claridad si las excepciones previstas por el Reglamento son aplicables o no. Esto es, las instituciones no están obligadas a consultar a los terceros, pero pueden hacerlo y, en todo caso, a los documentos de terceros se les aplica el mismo régimen de excepciones que a los documentos procedentes de las instituciones comunitarias²⁰³.

La jurisprudencia comunitaria ha interpretado, en este sentido, que el art. 4.5 del Reglamento es una *lex specialis* respecto del art. 4.4, puesto que establece un “trato especial” para los Estados miembros respecto del resto de terceros contemplados por dicho apartado, siempre entendiendo que los

²⁰¹ Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2003, asunto *Mara Messina c. Comisión*, punto 41.

²⁰² Es curiosa la evolución que se ha producido en Europa en este sentido, puesto que de los Reglamentos de acceso a los archivos históricos de 1983 se deducía la preocupación contraria: evitar la aplicación de legislaciones nacionales más aperturistas que la comunitaria.

²⁰³ STPI, de 30 de noviembre de 2004, asunto *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds GmbH c. Comisión*, el TPI establece que “en el caso de documentos originarios de terceros, el artículo 4, apartado 4, del Reglamento impone a las instituciones la obligación de consultar al tercero del que proceda el documento con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas [...] salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación del mismo. De lo que se sigue que las instituciones no estarán obligadas a consultar a dicho tercero cuando resulte evidente que se ha de permitir o denegar la divulgación del documento. En el resto de casos, las instituciones tienen que consultar al tercero en cuestión” (punto 55).

documentos procedentes de terceros están sujetos al Reglamento, puesto que, según el art. 2.3 del mismo, forman parte del objeto del derecho de acceso²⁰⁴.

No obstante, la interpretación del alcance que debe tener este art. 4.5 del Reglamento ha sido objeto de variaciones en los últimos años. Así, se planteó ante la justicia comunitaria cuál deba de ser la interpretación de este artículo: si éste supone que se le otorga al Estado miembro un derecho de veto frente a la divulgación del documento –lo que reintroduciría, de alguna manera la regla de autor- o no. El TPI, en el caso asunto *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds GmbH c. Comisión*, se mostró tajante al respecto, afirmando que “del artículo 4, apartado 5, del Reglamento se desprende que los Estados miembros son objeto de un trato especial. En efecto, esta disposición confiere al Estado miembro la facultad de solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo documentos originarios de éste. Debe destacarse que el artículo 4, apartado 5, del Reglamento recoge lo previsto en la Declaración nº 35, según la cual la Conferencia conviene en que los principios y condiciones contemplados en el artículo 255 CE permitirán a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo. Esta facultad, conferida a los Estados miembros por el artículo 4, apartado 5, del Reglamento, se explica por el hecho de que el citado Reglamento no tiene por objeto ni como efecto modificar las legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos [...]”.

“Por lo tanto, el artículo 4, apartado 5, del Reglamento coloca a los Estados miembros en una situación diferente de la del resto de terceros, al establecer a este respecto una *lex specialis*. Según esta disposición, el Estado miembro tiene la facultad de solicitar ante una institución la no divulgación de un documento originario del mismo, y en ese caso la institución está

²⁰⁴ STPI asunto *Mara Messina c. Comisión*, puntos 38, 39 y 40.

obligada a no divulgarlo sin su «consentimiento previo». Si la Comisión pudiese divulgar el documento a pesar de una solicitud expresa en sentido contrario del Estado miembro del que procede, esta obligación que se impone a la institución de obtener el consentimiento previo del Estado miembro, claramente establecida en el artículo 4, apartado 5, del Reglamento, quedaría sin efectos. Por consiguiente, y al contrario de la interpretación que propone la demandante, una solicitud del Estado miembro con arreglo a esta disposición constituye un mandato a la institución para que no divulgue el documento en cuestión”.

“A este respecto, es preciso señalar que el Estado miembro no está obligado a motivar la solicitud que realice con arreglo al artículo 4, apartado 5, del Reglamento y que, una vez presentada la misma, no corresponde a la institución analizar, en particular a la luz del interés público, si la no divulgación del documento en cuestión está justificada”²⁰⁵.

Esta interpretación del TPI suponía que, si bien la regla de autor ha sido plenamente superada en lo que se refiere a los documentos procedentes de “terceros”, en general, ésta se mantiene en relación con los documentos de los que son autores los Estados miembros que estén en posesión de las instituciones comunitarias. En este caso, los Estados tendrían la posibilidad de solicitar, si lo quisieran, que se les consultara previamente si consideran que un documento del que son autores debe de ser divulgado o no y, en el caso de que denegar su consentimiento, éste no tendría por qué justificarse en el Reglamento, ni podría ser discutido por las instituciones, introduciéndose, por tanto, un verdadero derecho de veto a favor de los Estados miembros²⁰⁶.

²⁰⁵ Sentencia del TPI de 30 de noviembre de 2004, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds GmbH c. Comisión* (asunto T-168/02), apartados 57, 58 y 59 y en idénticos términos la Sentencia del TPI de 17 de marzo de 2005, asunto *Isabella Scippacercola c. Comisión*, (asunto T-187/03).

²⁰⁶ Esta interpretación podría dar lugar a ciertos excesos por parte de los Estados miembros, puesto que, aunque el origen del art. 4.5 y de la Declaración que lo provoca es evitar el

No obstante, debe señalarse que esta posición sostenida por el TPI, que supone de alguna manera el mantenimiento de la regla de autor en lo referente a los documentos de los que sean autores los Estados miembros ha sido recientemente corregida por el TJCE, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007²⁰⁷, por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la mencionada Sentencia del TPI y que ha sido anulada en su totalidad.

El TJCE considera en su Sentencia que la “interpretación adoptada por el Tribunal de Primera Instancia corre el riesgo de reintroducir, por lo que respecta a los Estados miembros, al menos parcialmente, la regla del autor, ya abandonada por el legislador comunitario. Además [...], esta interpretación entraña el riesgo de consagrar, en contra de los objetivos perseguidos por el Reglamento n.º 1049/2001, una reducción potencialmente considerable del grado de transparencia del proceso comunitario de toma de decisiones. En efecto, lejos de cubrir únicamente los documentos de los que son «autores» los Estados miembros o que han sido «elaborados» por ellos, el artículo 4, apartado 5, del Reglamento n.º 1049/2001 afecta a cualquier documento «originario» de un Estado miembro, es decir, [...] la totalidad de los documentos que un Estado miembro transmite a una institución, cualquiera que sea su autor. [...] Pues bien, cabe señalar a este respecto que [...] el reconocimiento de un derecho de veto discrecional a los Estados miembros, en estas circunstancias, podría tener como efecto que quedase sustraída de lo dispuesto por el Reglamento n.º 1049/2001 una categoría

desplazamiento de las legislaciones nacionales sobre acceso, nada se dice en aplicación del Reglamento de que los Estados miembros deban de conceder o denegar su consentimiento en función de sus legislaciones nacionales y, puesto que el procedimiento se inicia por los solicitantes ante las instituciones comunitarias, no tienen garantía ninguna de que dichos Estados apliquen sus legislaciones, pudiendo así denegar el acceso a unos documentos que de encontrarse aún en sus manos, tal vez hubieran tenido que ser divulgados en atención a la legislación nacional.

²⁰⁷ Sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007, *Suecia c. Comisión* (asunto C-64/05 P). En la Sentencia que somete a casación y que se anula, la Comisión había sido apoyada por España.

particularmente importante de documentos que pueden encontrarse en la base del proceso comunitario de toma de decisiones”²⁰⁸.

El TJCE ofrece en esta Sentencia una interpretación más restrictiva –y más acorde con la regulación del derecho de acceso por el Reglamento- del art. 4.5. De esta manera, para el Tribunal “de lo anterior resulta que el artículo 4, apartado 5, del Reglamento n.º 1049/2001 no puede interpretarse en el sentido de que dota al Estado miembro de un derecho de veto general e incondicional para oponerse discrecionalmente a la divulgación de documentos procedentes de él y en poder de una institución, de manera que el acceso a los mismos deje de estar regulado por las disposiciones de este Reglamento para estar sometido únicamente al Derecho nacional. En cambio, varios elementos abogan por una interpretación del artículo 4, apartado 5, según la cual el ejercicio de la facultad que esta disposición confiere al Estado miembro se encuentra limitado por las excepciones materiales enumeradas en los apartados 1 a 3 del mismo artículo, resultando, a este respecto, que simplemente se reconoce al Estado miembro una facultad de participación en la decisión comunitaria. Desde este punto de vista, el consentimiento previo del Estado miembro al que se refiere dicho apartado 5, no resulta un derecho de veto discrecional, sino una especie de dictamen conforme sobre la inexistencia de motivos de excepción derivados de los apartados 1 a 3”²⁰⁹.

El TJCE concluye la Sentencia anulando la dictada por el TPI y resumiendo la interpretación que debe hacerse de este apartado 4.5 que destierra definitivamente la regla de autor del sistema comunitario de acceso a los documentos ya que “este artículo 4, apartado 5, sólo autoriza al Estado miembro a oponerse a la divulgación de documentos procedentes de él sobre la base de dichas excepciones [enumeradas en el artículo 4, apartados 1 a 3

²⁰⁸ Apartados 58 a 64 de la Sentencia de 18 de diciembre de 2007.

²⁰⁹ Apartados 75 y 76 de la Sentencia de 18 de diciembre de 2007.

del Reglamento] y motivando debidamente su postura al respecto. Dicha disposición también exige de la institución a la que se dirige tal oposición que, desde que se agotan las posibilidades de diálogo leal con el Estado miembro de que se trata [...] confirme la existencia de la motivación antes mencionada y la mencione en la decisión de denegación de acceso que adopte”²¹⁰.

Esto es, la posibilidad que se reconoce a los Estados miembros de solicitar a las instituciones, conforme al art. 4.5 del Reglamento que “no se divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado” se reduce a una cooperación leal, entre las instituciones y los Estados miembros para la aplicación -motivada, en todo caso-, de las excepciones previstas en el Reglamento, sin que, en ningún caso pueda dar lugar a un veto incondicional al acceso por parte del Estado miembro autor del documento solicitado.

b) El acceso a los documentos comunitarios en poder de los Estados miembros.

Finalmente, es preciso referirse al caso inverso, esto es, el de documentos originarios de una institución comunitaria que se encuentren en manos de un Estado miembro, cuestión que se regula en el art. 5 del Reglamento.

Este artículo establece que “cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o

²¹⁰ Apartado 99 de la Sentencia de 18 de diciembre de 2007.

denegar la divulgación de dicho documento. Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución”.

De nuevo en este caso, como para los documentos de terceros, el Reglamento establece que la consulta al autor del documento -en este caso, una de las instituciones europeas-, sólo debe de realizarse en caso de que tenga dudas sobre la procedencia de la divulgación o no.

Se debe aplicar aquí –señala GONZÁLEZ ALONSO- el principio de cooperación, de manera que cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que tenga su origen en una institución “o bien se la remitirá directamente a esta última para que sea ella la que resuelva acerca de su divulgación, o bien le consultará antes de tomar una decisión al respecto”²¹¹.

No obstante, este artículo resulta confuso respecto de un detalle fundamental, que es la determinación de la legislación conforme a la cual el Estado al que se dirige la solicitud debe decidir la concesión o denegación, en su caso, del acceso.

A primera vista, parecería lógico que la legislación que deba aplicarse sea el propio Reglamento n.º 1049/2001, puesto que –dice el artículo- la decisión que se tome no debe de poner en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento. Pero la cuestión no es tan clara, puesto que estamos hablando de una solicitud que se dirige a una autoridad nacional, normalmente, una Administración y que, en principio, debería iniciarse un procedimiento que vincula a la Administración encargada de resolver y que

²¹¹ Considera GONZÁLEZ ALONSO que “en buena lógica y en justa reciprocidad por las garantías obtenidas por los Estados miembros para el supuesto en el que son sus documentos los que se encuentran en poder de las instituciones comunitarias, las autoridades nacionales deberían considerarse obligadas a realizar la consulta y vinculadas por su resultado al menos en dos casos concretos: cuando la institución autora del documento haya solicitado expresamente que éste no se divulgue; y cuando se trate de documentos clasificados como sensibles de conformidad con las normas internas de la institución”. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.* pág. 73.

viene determinado por la legislación nacional que sea aplicable. De hecho, algún autor²¹² ha considerado que la normativa a aplicar en este caso es la legislación nacional en materia de derecho de acceso, pero con respeto siempre a la obligación establecida por el art. 10 TCE, cuando determina que “los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

No obstante, esto pudiera poner en peligro “la consecución de los objetivos” del Reglamento tanto por exceso, cuando el Estado miembro tenga una legislación de acceso más generosa o aperturista que la comunitaria²¹³, o al contrario, por defecto, frustrando las legítimas expectativas de los solicitantes si el Estado que tiene en su posesión los documentos de origen comunitario tuviera una legislación al respecto más restrictiva que la comunitaria.

La Comisión ha interpretado el art. 4 en este sentido: “esta disposición constituye el corolario del apartado 5 del artículo 4 del Reglamento, que permite a un Estado miembro oponerse a que las instituciones divulguen sus documentos. En la medida en que el Reglamento no afecta a las legislaciones nacionales, no existe sin embargo un paralelismo total. En efecto, una institución a la que se presenta una solicitud de acceso a un documento originario de un Estado miembro no deberá divulgarlo si las autoridades nacionales de las que procede se oponen a ello²¹⁴. El Estado miembro al que

²¹² HARDEN, Ian, “Citizenship and Information” *European Public Law*, v. 7, junio 2001.

²¹³ Ya se produjo esta circunstancia en diversas ocasiones anteriores al Reglamento n. 1049/2001, en las que las instituciones exigieron a determinados Estados miembros la aplicación del principio de cooperación leal a fin de evitar la divulgación de documentos comunitarios por la aplicación de legislaciones nacionales más aperturistas (como es, por ejemplo, el caso de la legislación sueca). *Vid.* ROBERTS, Alasdair, “Multilateral Institutions and the right to information: experience in the European Union”, *Public Law*, v. 8, junio 2002.

²¹⁴ Hay que tener en cuenta que estas declaraciones se hicieron antes de la reciente interpretación dada por el TJCE al art. 4.5 del Reglamento en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, a la que nos acabamos de referir *supra* en el subapartado a).

se presente una solicitud de acceso a un documento originario de una institución aplicará su propia legislación. El artículo 5 del Reglamento no hace sino concretar el principio de lealtad enunciado en el artículo 10 del Tratado CE. Por tanto, el Estado miembro deberá consultar a la institución de origen en caso de duda y tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del Reglamento. En la práctica, el Estado miembro velará por conciliar las disposiciones del Reglamento con las de su propia legislación”²¹⁵.

Habrá que esperar un tiempo para ver cuál es la práctica seguida por los Estados miembros en esta cuestión²¹⁶, así como la interpretación que a este apartado dé el TJCE si tiene la oportunidad de pronunciarse al respecto. No obstante, el reciente cambio de interpretación operado por el TJCE en relación con el apartado 5, del art. 4 del Reglamento –analizada *supra*, en el subapartado a)-, hace pensar que puede inclinarse por interpretar este artículo 5 en el mismo sentido, esto es, entendiendo que la norma de aplicación será en todo caso el Reglamento comunitario, puesto que, si cuando se trata de documentos originarios de Estados miembros sólo podrá solicitarse por sus autores que no se divulgue en aplicación del Reglamento comunitario, *a fortiori*, también deberá aplicarse dicho Reglamento cuando se trate de documentos de origen comunitario, por lo que la decisión de denegar o

²¹⁵ Informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, documento COM(2004) 45 final, de 30 de enero de 2004, pág. 30.

²¹⁶ Continúa el informe de la Comisión en este sentido, señalando que “tras la entrada en vigor del Reglamento 1049/2001, las consultas procedentes de los Estados miembros son relativamente escasas. Algunos Estados miembros tienen más tendencia a consultar a las instituciones, en particular, cuando la demanda se refiere a un procedimiento de infracción. Otros Estados miembros han divulgado escritos de requerimiento y dictámenes motivados sin consulta previa a la Comisión. La información relativa a las prácticas de los Estados miembros sobre este tema sigue siendo muy fragmentaria, y no es por tanto posible evaluar la importancia de la divulgación de documentos originarios de las instituciones comunitarias por las autoridades nacionales en virtud de sus legislaciones”. Informe de la Comisión, *op. cit. supra* nota anterior.

permitir el acceso, por el Estado que se encuentra el poder del documento – consultada o no la institución autora del mismo- deberá basarse, en principio, en las excepciones establecidas por el art. 4, apartados 1 a 3 del Reglamento y no en la legislación nacional del Estado que se trate.

C) Los documentos “sensibles”.

Finalmente, a la hora de concluir el análisis del objeto del derecho de acceso tal y como se regula por el Reglamento n. 1049/ 2001, debemos hacer referencia a los denominados “documentos sensibles”.

El Reglamento se ocupa del régimen aplicable a estos documentos en su art. 9, que comienza definiéndolos como “todo documento que tenga su origen en las instituciones o en sus agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales clasificado como «TRÈS SECRET/TOP SECRET», «SECRET» o «CONFIDENTIEL», en virtud de las normas vigentes en la institución en cuestión que protegen intereses esenciales de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros en los ámbitos a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4²¹⁷, en particular la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares”. Los documentos sensibles son, por tanto, los documentos clasificados por razón de la materia que tratan, ya sean originarios de las instituciones comunitarias o provenientes de terceros.

El Reglamento no pretende la eliminación total de estos documentos de su ámbito de actuación, excluyéndolos automáticamente de acceso por razón

²¹⁷ Esto es, las excepciones que hemos denominado “imperativas”, en las que no es necesaria la realización de un juicio de ponderación de intereses.

de su clasificación, como ocurriera con el Código de Conducta²¹⁸, pero sí prevé un régimen especial de acceso, teniendo en cuenta la clasificación del documento –sin perjuicio, claro está de que sea de aplicación una de las excepciones previstas por el Reglamento-²¹⁹.

De esta manera, la tramitación de las solicitudes –conforme al procedimiento establecido por el Reglamento- debe de estar a cargo de personas autorizadas (art. 9.2). Dichas personas autorizadas serán quienes decidan cuáles son las referencias de los documentos sensibles que pueden ser incluidas en los registros de las instituciones, que deberán en todo caso ser incluidos o divulgados con el consentimiento del emisor del documento (art. 9.3). Y, en todo caso, las decisiones denegatorias del acceso deben motivarse de manera que se respeten los intereses protegidos a través de la clasificación –que también deben respetar los Estados miembros cuando tramiten solicitudes de acceso a dichos documentos- (art. 9.4 y 9.5).

A través de esta regulación lo que se pretende es extender el derecho de acceso de manera tal que no exista ninguna parcela de información comunitaria que pueda quedar excluida del mismo, al menos en el sentido de que toda solicitud de acceso debe de ser considerada de manera individual y concreta por las instituciones, sin que la denegación pueda ser automática en ningún caso, ni siquiera por razón de la materia o de su clasificación –en el buen entendido de que los documentos solicitados se analizarán para establecer si concurre o no alguna causa de exclusión del acceso-. No obstante, habrá que esperar cuál es la práctica concreta de las instituciones – que en el pasado se han mostrado, al menos la Comisión y el Consejo, en muchos casos “reacias” a una aplicación generosa del derecho de acceso-

²¹⁸ El art. 8 de la Decisión 93/731 del Consejo establecía en su art. 8 que la regulación del Código de Conducta “se aplicará respetando las disposiciones que regulan la protección de la información reservada”.

²¹⁹ Y teniendo en cuenta que el Reglamento establece la obligatoriedad de dar publicidad a las normas que establecen y regulan los documentos sensibles (art. 9.6 del Reglamento).

respecto de estos documentos para poder valorar el alcance de las limitaciones²²⁰.

²²⁰ Algunos autores, como GONZÁLEZ ALONSO se han mostrado claramente escépticos en lo que se refiere a esta materia: “conviene destacar que algunos de sus elementos [de la regulación] podrían revelarse en la práctica difícilmente compatibles con el espíritu e, incluso, con la letra del régimen comunitario de acceso público a los documentos. Mal se compadece, en efecto, con los principios de apertura y transparencia el hecho de que la Unión Europea asuma, con carácter general y para el conjunto de sus ámbitos de actuación, unas exigencias en materia de protección de la información claramente inspiradas por las normas y los estándares de seguridad de una organización de cooperación militar, la OTAN. Atendiendo a alguno de los aspectos concretos de esta nueva regulación, resulta igualmente preocupante, por ejemplo, que en el supuesto de que varias informaciones aparezcan recopiladas siempre que se aplique al conjunto un nivel de clasificación *al menos* equivalente al nivel de clasificación más elevado de los distintos elemento que la integran; o, la redefinición de lo que debe entenderse por “información reservada”, que endurece notablemente el contenido y, por tanto, el grado de protección de la que debe disfrutar esta categoría, en principio menos relevante, de información clasificada”. GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, pág. 77.

PARTE II

EL DERECHO DE ACCESO EN ESPAÑA

CAPITULO 3

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

I. LA NECESIDAD DEL ESTUDIO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ART. 105 B) CE.

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos se presenta por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico reconocido por el art. 105 b) de la Constitución Española de 1978. Se trata, por tanto, de una novedad jurídica absoluta que, sin embargo, no fue objeto ni de un gran debate político en el momento de la elaboración del texto constitucional, ni de un debate doctrinal importante tras su aprobación.

El hecho de que el artículo se formulara como un mandato al legislador para que regulara la materia: “La ley regulará –dice el artículo 105 b) CE- el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas”, y que el Tribunal Supremo lo interpretara tempranamente (en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo, de 16 de octubre de 1979) como un derecho subjetivo de configuración legal cuya eficacia quedaba irremediabilmente diferida hasta la aprobación de la ley que lo desarrollara –desarrollo legal que no tuvo lugar hasta la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP)-, llevaron a que la mayoría de los análisis jurídicos en torno a la naturaleza jurídica de este precepto se centraran en la eficacia jurídica del mismo y, en algunos casos, en la búsqueda de un fundamento que permitiera su aplicabilidad inmediata sin necesidad de esperar a que se produjera la actuación del legislador desarrollando el precepto.

Esta mediatización de los análisis doctrinales, enfocados fundamentalmente en la búsqueda de su eficacia jurídica, llevó a que la doctrina se situara, respecto de esta cuestión, en dos posiciones fundamentales: quienes han considerado que se trata de un derecho subjetivo de configuración legal y, por tanto, de eficacia diferida a su desarrollo legislativo, y quienes lo han calificado de derecho que se circunscribe dentro del derecho a la información previsto por el art. 20.1 d) CE y que, participando de su naturaleza fundamental, es de aplicación directa e inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo, al igual que el resto de los derechos fundamentales.

Si bien la doctrina se ha situado esencialmente en torno a estos dos polos -derecho de configuración legal/derecho fundamental-, sí que ha existido un cierto acuerdo en cuanto a considerar que el precepto regula no sólo un derecho, sino que estamos también ante la enunciación de un principio. Ahora bien, no siempre se ha calificado el principio de la misma manera, ni respecto a su denominación -principio de publicidad, de transparencia, de participación, etc.- ni sobre su naturaleza jurídica –como principio de actuación de las Administraciones públicas o como principio de carácter programático-.

Respecto de su naturaleza jurídica como derecho, siguiendo las posiciones establecidas en la doctrina administrativista española que se ha ocupado de la cuestión, ya se califique de derecho de configuración legal o de derecho fundamental, estamos sin duda ante un derecho subjetivo de los ciudadanos. En la actualidad, el contenido de este derecho subjetivo está regulado por los arts. 35 y 37 de la LRJAP, pero se trata de una norma de carácter legal que, como tal, puede ser modificada cuando los legisladores lo estimen oportuno dándole mayor o menor alcance –cosa distinta es que puedan introducir mayores trabas y excepciones al acceso, dejando dicho derecho vacío de contenido y contraviniendo de esta manera el mandato explícito contenido en el art. 105 b) CE-. Se trata de un derecho subjetivo que, además de tener sustantividad propia, puede, en muchos casos, ser instrumento esencial y necesario para la realización de otros derechos –y, con mayor importancia, de derechos fundamentales, como pueden ser, sobre todo, los enunciados por los arts. 20 y 23 CE-.

No obstante, el hecho de que nos encontremos ante un derecho necesario en ocasiones para la satisfacción de un derecho fundamental, no supone necesariamente como consecuencia que se trate ni de un derecho puramente instrumental, ni que participe del carácter fundamental de los derechos contenidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución española a cuya satisfacción pudiera coadyuvar; y, *a contrario*, el hecho de que se califique de derecho subjetivo de configuración legal no tiene por qué entrañar que su vulneración, falta de satisfacción o impedimento por parte de las autoridades destinatarias del mismo no pueda implicar, en determinados casos, la vulneración del derecho fundamental al que sirva.

Tampoco el hecho de que se caracterice simplemente como un derecho subjetivo de los ciudadanos –de configuración legal-, tiene que acarrear como consecuencia inmediata su pleno desconocimiento en la medida en que las leyes no lo consideren y le otorguen virtualidad jurídica plena.

Respecto a su naturaleza como principio, el acceso a los archivos y registros administrativos tiene como fundamento axiológico la realización de un principio, el de transparencia, a cuya finalidad sirve. Es, como ha dictaminado el Tribunal Supremo, el caso de los tres apartados del art. 105 CE, cuyo fundamento común es precisamente la enunciación del principio de transparencia.

Quedando establecido que el art. 105 b) CE participa de una doble naturaleza -de principio y de derecho-, debe determinarse cuáles son estas naturalezas, así como las consecuencias jurídicas -de eficacia, sobre todo- que su determinación conlleva. Resulta conveniente, por tanto, realizar un nuevo análisis del precepto sin la presión de las consecuencias que la determinación de su eficacia jurídica pudiera tener, cuestión ya resuelta por el art. 37 LRJAP.

Para ello, partiremos del propio texto constitucional con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica y la eficacia del mismo, analizando primeramente sus antecedentes -esto es, el procedimiento y debate de elaboración del texto constitucional- (II), teniendo en cuenta por supuesto las valiosísimas aportaciones de la doctrina (III), para con ello llevar a cabo un nuevo análisis interpretativo del precepto en el que se va a tener fundamentalmente en cuenta, además del tenor literal del mismo, su ubicación sistemática dentro del art. 105 CE y del Título IV CE, “Del Gobierno y de la Administración”.

II. LA ELABORACIÓN DEL ART. 105 B) CE.

1. La legislación anterior a la Constitución.

A pesar del hecho evidente de que en el ordenamiento español preconstitucional existían numerosas referencias a la publicación y

publicidad de las normas jurídicas²²¹, se puede afirmar que el art. 105 b) CE carece de antecedentes legislativos inmediatos y que en gran parte hay que ir a buscarlos en el Derecho comparado²²².

En efecto, la mayoría de la doctrina considera, en general, que existen ciertos antecedentes del reconocimiento del derecho de acceso y del principio de transparencia, pero que, en muchos de los casos, no pasaron de ser meras afirmaciones de carácter formal. Así, aparte de las distintas normas que, a lo largo del siglo XIX, comienzan a reconocer la publicidad de determinados aspectos de los procedimientos administrativos y la necesidad de publicación de las normas²²³, se considera, en general, como antecedente claro del principio de publicidad de las actuaciones de la Administración, el reconocimiento por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA) en sus artículos 62 y 63 del derecho de los interesados a conocer el estado en que se encuentra la tramitación del expediente y la posibilidad de obtención de copias y certificaciones de determinados documentos incluidos en los expedientes. No obstante, se trata éste de un reconocimiento muy tímido de un principio que ha sido considerado como consustancial del Estado de Derecho²²⁴.

²²¹ Vid. SAINZ MORENO, F. “La publicidad de las normas” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje a Jesús González Pérez, Tomo I*, Cívitas, 1993, págs. 121 y ss.

²²² Hay que recordar que la primera legislación en incorporar el principio de transparencia fue la sueca, en 1766. Y que de notable influencia en la incorporación en España del derecho de acceso fue la “*Freedom of Information Act* (FOIA)” dictada en los Estados Unidos y analizada *supra* en el Capítulo 1 de este trabajo.

²²³ Un estudio muy detallado de la evolución de estas normas se encuentra en FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997, pág 255 y ss.

²²⁴ Cuestión que se analizará en detalle más adelante. Sirvan por el momento, a modo de introducción, las palabras de GÓMEZ-REINO, que reflejan esta postura de manera muy clara cuando afirma que “en el seno del Estado en general existe una tensión evidente entre publicidad y secreto. El principio de publicidad en la acción del Estado es consustancial con una forma típica de organización, la del Estado de Derecho, expresión de los valores esenciales de la democracia burguesa, nacida de la Revolución Francesa.

Las otras dos referencias preconstitucionales al principio de transparencia y publicidad de la actuación de la Administración se encuentran, de un lado, en la Ley de Prensa e Imprenta y, de otro, en la Ley de Secretos Oficiales. No obstante, los reconocimientos de estas normas son también muy poco consistentes y acaso meramente nominales.

El art. 7.1 de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, establecía que “el Gobierno, la Administración y las Entidades públicas deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas en la forma que legal o reglamentariamente se determine”, por lo que, en todo caso, estamos ante un reconocimiento parcial del principio, puesto que el derecho a obtener información oficial queda expresamente circunscrito al sector de la prensa²²⁵. GÓMEZ-REINO considera sobre dicho texto legal que “se formula en términos de deber para la Administración y no, como sería técnicamente más correcto,

El secreto es una de las constantes que caracterizan, a través del tiempo, la acción administrativa. [...] Que la regla es el secreto es particularmente notorio en lo que se refiere al procedimiento administrativo. Así, hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no se exigía a la Administración, entre nosotros, la motivación de sus actos; incluso el artículo 43 de la vigente Ley limita la exigencia a algunas categorías de actos bien definidos, y no a todos ellos con carácter general.

La cuestión no queda ahí, el propio procedimiento administrativo se debate entre secreto y publicidad con ventaja para el primero, quizá porque se trata de un procedimiento esencialmente escrito.

La publicidad es limitada en este procedimiento porque: Primero, la información afecta sólo a los interesados en sentido técnico (art. 63). Segundo, esa información no alcanza a conocer la completa actuación administrativa, sino el estado en que se encuentra su tramitación (art. 62)”.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales” en *REDA* núm. 8, enero-marzo de 1976.

²²⁵ Aunque no se debe desdeñar este reconocimiento del principio de transparencia, no sólo por su carácter imperativo para las Administraciones Públicas –que “deberán facilitar información”-, sino por el importante papel que la prensa juega en cualquier sociedad, hay que tener en cuenta que su formulación no se hace en un Estado democrático.

a través del derecho de libre acceso de todos los ciudadanos a los documentos públicos bajo la tutela judicial. El sistema español corresponde, pues, a lo que los anglosajones llaman *hands out*, que no es más que una alternativa al sistema de acceso directo a las fuentes, con lo cual la información oficial corre el grave riesgo de convertirse en propaganda oficial. [...] Resulta realmente que el bien jurídico protegido no es, en rigor, el derecho del ciudadano a la información oficial, sino más bien el derecho del Estado a controlar esa información y su difusión posterior a los efectos de intervenir, asimismo, en el proceso de formación de la opinión pública”²²⁶.

Por otro lado, la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales también consignaba, en su artículo primero, inciso primero, un reconocimiento general del principio de publicidad. Decía este artículo que “los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación”, para inmediatamente después proceder a limitarlo, puesto que se termina ese apartado primero del artículo primero añadiendo “salvo en los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente «clasificada», cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley”²²⁷.

²²⁶ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *op. cit.* págs. 126 y 127. Téngase en cuenta, apoyando esta última afirmación, las limitaciones y controles que la misma Ley de Prensa establecía para las empresas periodísticas y editoriales a través del instrumento de la inscripción registral necesaria y previa al ejercicio de la actividad, llegando a suponer verdaderas limitaciones a la libertad de expresión. *Vid.* a este respecto SALAS, Javier, *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, Instituto García Oviedo, 1975.

²²⁷ Afirma al respecto GÓMEZ-REINO que “la Ley definitivamente aprobada por las Cortes acusa una evidente desproporción entre la regulación del principio de publicidad, que sólo afecta a parte de un artículo, el 1.º, y la regulación minuciosa de los diferentes aspectos del secreto oficial, que es objeto del resto. [...] La afirmación del principio [de transparencia] tiene así un valor simplemente retórico, puesto que deja intocada la normativa anterior a la que dicho principio es sustancialmente ajeno”. *Op. cit.* pág. 129.

Con estos antecedentes legislativos, la inclusión de un artículo referente al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos resulta, como en tantas otras materias reguladas por la Constitución, una novedad de gran importancia.

2. La elaboración del artículo 105 de la Constitución Española.

A) La Ponencia Constitucional.

En el procedimiento de elaboración de la Constitución Española, la primera referencia al derecho de acceso tiene lugar en la Sesión de la ponencia constitucional celebrada el 15 de noviembre de 1977²²⁸.

Previamente, en la Sesión anterior, celebrada el 10 de noviembre de 1977 se había decidido tomar como texto base para la redacción del Título

No obstante, no hay duda de que se trata de un reconocimiento del principio de publicidad y, como tal, fue de gran relevancia. Otra cosa es que esta declaración se viera ampliamente amortiguada por la referencia a “las normas que rijan su actuación”. Y, por otra parte, el hecho de que la norma se refiera principalmente a los secretos oficiales, si bien confirma la desproporción existente entre el secreto y la publicidad, al menos suponía que la declaración de los documentos como secretos debía someterse a un procedimiento regulado por una Ley y, por tanto, en principio, sometido a control.

²²⁸ La Ponencia que redactaría el anteproyecto de Constitución fue designada en el seno de la Comisión Constitucional creada el 1 de agosto de 1977. En esta primera sesión constitutiva de la Comisión se nombraron como Ponentes a los Señores Jordi Solé Tura (Grupo Parlamentario Comunista), Miquel Roca Junyent (Grupo Parlamentario Minoría Catalana), Gregorio Peces-Barba Martínez (Grupo Parlamentario Socialista), Manuel Fraga Iribarne (Grupo Parlamentario Alianza Popular), José Pedro Pérez-Llorca y Rodrigo, Miguel Herrero Rodríguez de Miñón y Gabriel Cisneros Laborda (Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático); el Sr. Emilio Attard Alonso presidiría la Ponencia como presidente de la Comisión Constitucional, si bien sólo participó en la primera y en la última de las Sesiones celebradas. La Ponencia se reunió en 29 sesiones que tuvieron carácter reservado. Aunque no se publicó una versión oficial, las actas y minutas levantadas por los letrados asistentes a la Ponencia se publicaron por la *Revista de las Cortes Generales*, n.º 2, págs. 250 y ss.

relativo a la Administración Pública el propuesto por el Partido Socialista²²⁹. Dicho texto contenía un artículo 3 que establecía lo siguiente: “La Administración Pública está sujeta al principio de publicidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones. Los actos de la Administración que se refieran a derechos o intereses de carácter particular serán motivados. Los archivos y registros están abiertos a la consulta de los ciudadanos. Una Ley determinará las condiciones de ejercicio de este derecho y podrá limitarlo cuando ponga en peligro la seguridad y defensa del Estado o la intimidad de las personas. También regulará la destrucción de documentos carentes de todo interés”²³⁰.

Llama la atención que en la redacción originaria del artículo tomado como base se hacía referencia expresa tanto al principio de transparencia, como al de publicidad. Aparece así el derecho de acceso –además de con la denominación de “derecho”- como claro medio de realización de dichos principios de transparencia y publicidad.

En esta Sesión de 10 de noviembre de 1977 se acuerda que, sobre dicho texto y tras el debate sostenido por los miembros de la Ponencia, serán los Letrados²³¹ quienes elaboren una redacción sintetizadora de los artículos sobre las Administraciones públicas. Dicha propuesta es presentada en la siguiente sesión de la Ponencia, el día 15 de noviembre.

²²⁹ “Actas de la Ponencia Constitucional”, *RCG*, n.º 2, pág. 320.

²³⁰ *Vid.* PECES BARBA, G. *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Apéndice 2: texto propuesto por el Partido Socialista para la redacción del Título sobre Administración Pública del Anteproyecto de Constitución.

²³¹ Los letrados que asistían a la Ponencia eran D. Fernando Garrido Falla, D. Francisco Rubio Llorente y D. José Manuel Serrano Alberca.

En dicha Sesión, se presenta y se aprueba, sin que quede reflejado en el Acta debate o discusión alguna sobre el tema²³², entre otros, el artículo 101 bis, de la siguiente manera:

“Artículo 101 bis. La Ley regulará:

- a) La participación de los ciudadanos a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en la formación de las decisiones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos con las solas limitaciones que exijan la seguridad y defensa del Estado o la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual los actos administrativos deben producirse.
- d) La sumisión de las disposiciones y resoluciones administrativas a los principios de jerarquía normativa e inderogabilidad singular de los reglamentos”²³³.

B) El Borrador del Anteproyecto de Constitución.

El texto de este artículo 101 bis aparecería, con ciertas modificaciones – las únicas realizadas al apartado b) del artículo en todo el procedimiento de elaboración del Texto-, en el Borrador del Proyecto de Constitución como art. 103, con un texto considerado por la Ponencia como “provisional”, al oponerse UCD a la redacción del primer apartado. UCD propugnaba, además, la refundición de este artículo con otros de los relativos a las

²³² Hay que tener en cuenta que, en esta Sesión, es en la que se elaboran y discuten, además, los artículos del Borrador de Anteproyecto relativos a las autonomías y al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, nada menos.

²³³ “Actas de la Ponencia Constitucional”, *op. cit.* pág. 332.

Administraciones públicas. El texto finalmente presentado en el Borrador es el siguiente:

“Artículo 103. La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos a través de las organizaciones y las asociaciones reconocidas por la ley en la formación de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual los actos administrativos deben producirse.

d) La sumisión de las disposiciones y resoluciones administrativas a los principios de jerarquía normativa e inderogabilidad singular de los reglamentos”.

Como ya hemos señalado, se aprecia a simple vista que el apartado relativo al derecho de acceso sufre importantes modificaciones, sin que de las mismas se hagan ningún eco las Actas de la Ponencia constitucional. Por lo que se refiere al apartado que nos interesa fundamentalmente, el apartado b) del artículo, la modificación llevada a cabo se refiere a la sustitución de la expresión “con las solas limitaciones que exijan la seguridad y defensa del Estado o la intimidad de las personas” por la de “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

A pesar de que la nueva expresión utilizada para hacer referencia a las excepciones al acceso no presenta grandes diferencias respecto de la planteada inicialmente, no es baladí el cambio. Además de incluirse, en este momento, la excepción relativa a la averiguación de los delitos, el lenguaje

utilizado varía sustancialmente presentándose con una fuerza muy distinta – además de con un lenguaje que puede suscitar una distinta interpretación jurídica del precepto-.

En primer lugar, porque se omite la referencia directa a las “limitaciones”. Es evidente que la expresión “salvo en lo que afecta a” es introductoria de una serie de limitaciones o excepciones, pero no se presentan directamente como tales, sino que se expresa de una manera mucho más imprecisa y ambigua. “Lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas” pueden ser otras cosas distintas a las *limitaciones* entendidas en el sentido jurídico estricto del Derecho administrativo, como elemento esencial de la actividad de policía de la Administración, pudiendo plantear problemas, sobre todo, desde el punto de vista del principio de legalidad²³⁴.

²³⁴ Atendiendo en este sentido a la definición de “actividad administrativa de policía” dada por GARCÍA DE ENTERRÍA, para el cual esta actividad “se caracterizaría por ser una actividad de limitación de derechos de los ciudadanos, con objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad, y tal actividad se expresaría en formas típicas, las más peculiares de las cuales serían órdenes, sanciones y coacciones”. Más concretamente, se definen las limitaciones administrativas de derechos como “una incidencia que no modifica el derecho subjetivo afectado, ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterados todo el resto de elementos del mismo (configuración, funcionalidad, límites, protección). Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarlos, bien con los derechos o intereses de otro sujeto, bien (lo que es el supuesto normal de las limitaciones administrativas) con los intereses o derechos de la comunidad o del aparato administrativo”. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo II*, 8.ª edición, Cívitas, págs. 104 y 105.

También SANTAMARÍA PASTOR da una definición de limitación parecida en cuanto que considera que “supuesto el contenido estándar de un derecho (esto es, el conjunto de facultades que lo integran y, negativamente, las excluidas del mismo), previamente definido por las normas, la limitación supone una comprensión, eliminación o mutilación parcial de alguno de dichos contenidos cuando concurren determinadas circunstancias de hecho que así lo impongan. Esta privación parcial puede producirse de tres formas distintas: i) la prohibición de un modo concreto de ejercicio del

Hay que tener en cuenta, también, que la redacción inicial no hablaba sólo de limitaciones, sino de “las solas limitaciones *que exijan...*”, esto es, el artículo inicialmente propuesto determinaba que las limitaciones que la ley regulara fueran extremadamente estrictas y de interpretación restrictiva. Esto quiere decir que, si las limitaciones que se establecen a los derechos ya de por sí se deben de interpretar de manera restrictiva, en este caso, dichas limitaciones debían ser, si cabe, incluso más estrictas, y circunscritas a las mínimas restricciones que la protección de la seguridad, la intimidad y la averiguación de los delitos “exijan”²³⁵.

Tampoco hay referencia alguna en las Actas de la ponencia a las razones que llevan a añadir la averiguación de los delitos como excepción del derecho

derecho; ii) la privación de alguna de las facultades integrantes del contenido del derecho; y iii) la imposición de deberes especiales o requisitos positivos para el ejercicio de un derecho”. *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2004, págs. 273 y 274.

Si bien este concepto de limitación pudiera ser perfectamente compatible con la definición del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos –siempre que se entendiera éste como un derecho subjetivo frente a la Administración, la cual introduce límites al ejercicio del mismo por razones de orden público-, el problema fundamental que se hubiera planteado es desde el punto de vista del principio de legalidad, pues todas las limitaciones que las Administraciones públicas establezcan frente al ejercicio de los derechos subjetivos han de establecerse normativamente de manera específica. Tal y como recuerda SANTAMARÍA [ibidem] “debe recordarse la plena aplicación a este campo de las limitaciones de los principios formales y materiales de la actividad ordenadora [...] (reserva de ley, especificación, proporcionalidad y *favor libertatis*); un recordatorio necesario, que debe completarse con la advertencia de que es en este ámbito donde dichos principios deben operar con mayor rigor, dada la permanente tendencia de la Administración a desconocerlos u obviarlos”.

Obviamente, todos estos problemas de legalidad y técnica jurídica desaparecen con la sustitución de la expresión “con las solas limitaciones” por la consagrada definitivamente por el texto constitucional.

²³⁵ POMED considera que la expresión “con las solas excepciones que exijan” supone que las excepciones que se contemplan lo son en un sentido estricto. POMED SÁNCHEZ, L.A., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, 1989, pág. 126.

de acceso²³⁶, aunque se trata ésta de una excepción común en las normas relativas al derecho de acceso en el Derecho comparado, por lo cual no es de extrañar su inclusión²³⁷.

C) La presentación del Anteproyecto y los votos particulares de los Ponentes.

El art. 103 permanece sin modificaciones en el segundo y tercer Borrador del Anteproyecto y así continúa en el Anteproyecto de Constitución publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, número 44, de 5 de enero de 1978.

A la redacción de este artículo propuesta en el Anteproyecto de Constitución, sólo se le formula un único voto particular, relativo al apartado d) y formulado por el grupo parlamentario socialista que propone una alteración en el texto para que se introduzca un inciso relativo a la “interdicción de la arbitrariedad”²³⁸.

Es importante hacer notar que apartado b) que nos ocupa mantendría la redacción propuesta por el primer borrador y es, de hecho, el texto que finalmente sería aprobado como art. 105 b) de la Constitución²³⁹.

²³⁶ POMED considera que el hecho de que no haya referencia alguna en las Actas de la Ponencia constitucional a las modificaciones operadas en este artículo entre el primer borrador y el definitivo puede deberse simplemente a un error sin mayor trascendencia debido al carácter informal de las minutas. POMED SÁNCHEZ, L., *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 126. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que muchas cuestiones relativas a la Constitución se consensuaban y acordaban de manera extraoficial y, por tanto, sin que haya quedado constancia de las mismas.

²³⁷ Notablemente por el derecho norteamericano, a través de la reforma de la FOIA en 1974. *Vid.* al respecto, el apartado III.3.G) del Capítulo 1 de este trabajo.

²³⁸ *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, de 5 de enero de 1978, pág. 718.

²³⁹ Para SAEZ LORENZO esto se debe a una actitud de indiferencia por parte de nuestros parlamentarios puesto que, a pesar del indudable interés del precepto, éste “no mereció la atención

D) La fase de enmiendas al Anteproyecto.

Aunque dicho apartado sólo fue objeto de un par de enmiendas y de un voto particular en el Senado, creo que es interesante analizar, aunque someramente, el periplo legislativo sufrido por el artículo entero, que sí sería objeto de más enmiendas y votos particulares y sufriría importantes modificaciones desde el texto original propuesto por la Ponencia hasta su aprobación como art. 105.

Abierta la fase de presentación de enmiendas en el Congreso, los diputados sólo formulan tres relativas al artículo 103, de las cuales sólo una se refiere al apartado b) que nos ocupa. Es la enmienda número 2, presentada por el Sr. Carro Martínez, de Alianza Popular que, por lo que se refiere al art. 103 en su totalidad, considera que “es un precepto de política normativa sin verdadero rango constitucional”.

La segunda enmienda se refiere al apartado d): se trata de la enmienda 540 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, y que planteaba la adhesión de este grupo al voto particular formulado por el Grupo Parlamentario Socialista respecto del art. 103 b). La motivación de la misma era que suponía “mayor complementación y precisión jurídica”.

Por último, la Enmienda 691, se refiere a los apartados a), c) y d). Presentada por el diputado Sr. López Rodó, de Alianza Popular, propone modificar el apartado a) añadiendo la expresión “directamente o” después de la palabra “ciudadanos” y cuya justificación es que “la participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones administrativas no sólo ha de hacerse a través de organizaciones, sino también directamente, como ocurre en el caso de la información pública”. Respecto del apartado c), aducía el

de quienes elaboraron el texto constitucional”. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1982, págs. 37 y ss.

diputado que “debiera añadirse la siguiente coletilla: “sin que en ningún caso pueda omitirse el trámite de audiencia al interesado” cuya justificación es que “es un principio general del Derecho que rige también el procedimiento administrativo”. Y, finalmente, respecto del apartado d) se propone que en vez de “e inderogabilidad singular de los reglamentos” el artículo diga “y de la inderogabilidad de los reglamentos por disposiciones de carácter particular”, a la que acompaña la justificación de que “la expresión inderogabilidad singular resulta oscura. La redacción propuesta en la enmienda aclara su significado”.

E) El Informe de la Ponencia.

El Informe de la Ponencia²⁴⁰ sobre las enmiendas presentadas al artículo que nos ocupa, sólo acogió, en parte, la formulada por el diputado Sr. López Rodó sobre el apartado a) del artículo 103 –que, en la reordenación del texto pasó a ser el art. 97-.

El Informe de la Ponencia establecía a este respecto que “La Ponencia mantiene, por mayoría, el texto del anteproyecto, no aceptando la enmienda n.º 2 del Sr. Carro Martínez, por entender que la Constitución debe contener una serie de principios en relación con la Administración que la ley ha de desarrollar, no aceptando tampoco la enmienda n.º 450 del Grupo Mixto, por entender que la interdicción de la arbitrariedad puede considerarse recogida en otras garantías que este artículo y el art. 104 establecen, recogiendo, en parte, con la nueva redacción, la propuesta del Sr. López Rodó contenida en su enmienda n.º 691, apartado a) y no aceptando, en cambio, la misma enmienda al apartado c) por entender que la audiencia del interesado se considera implícita en el procedimiento administrativo y que, en todo caso, será la ley la que establezca los requisitos y demás condiciones del

²⁴⁰ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, número 82, de 17 de abril de 1978.

procedimiento. Tampoco el apartado d), por entender que no es necesario explicar el contenido del principio relativo a la inderogabilidad singular de los reglamentos. La Ponencia no acepta, por mayoría, la nueva propuesta de ordenación de los artículos 101, 103 y 104 contenida en la enmienda n.º 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático”.

El artículo -y las enmiendas presentadas al mismo- fue discutido por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en la sesión número 16, celebrada el 6 de junio de 1978²⁴¹. En la misma se discutieron las enmiendas al texto presentadas por los diputados, de las cuales se acogieron las presentadas por López Rodó para los apartados a) y c), y la supresión del apartado d) propuesta por la UCD²⁴².

Como ya hemos señalado, el apartado b) relativo al acceso a archivos y registros, no fue objeto de ninguna enmienda y, por tanto, fue votado y aprobado sin discusión (y por unanimidad de los miembros de la Comisión).

F) La tramitación del Proyecto en Congreso y Senado.

Tampoco en la Sesión del Pleno del Congreso, celebrada el 13 de julio de 1978, en la que se debatió dicho artículo, se presentó ninguna enmienda ni comentario y, simplemente, se procedió a votar en bloque los artículos 94 a 100, obteniéndose un resultado de 259 votos a favor, tres en contra y cuatro abstenciones, sobre los 266 votos emitidos²⁴³.

Ya en el Senado, se presentaron dos enmiendas al texto del artículo, la enmienda número 2 presentada por el Senador D. Lorenzo Martín-Retortillo

²⁴¹ *Diario de Sesiones del Congreso* de los Diputados, número 81.

²⁴² Enmienda defendida por el Sr. Meilán Gil, por entender que la inderogabilidad singular de los reglamentos quedaba implícita en el artículo 9 relativo al reconocimiento del principio de jerarquía normativa.

²⁴³ *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 109, de 13 de julio de 1978. Págs. 4230 y 4231.

Baquer, referente a los apartados a) y c) del artículo, y la presentada por el Senador D. Lluís María Xirinacs Damians, que se refería a la totalidad del artículo para el que presentó una redacción alternativa.

La enmienda presentada por D. Lorenzo Martín-Retortillo para el primer apartado del artículo, era del siguiente tenor: “Parece más preciso, más correcto, más defendible, hablar del «procedimiento de elaboración de las disposiciones», que de la «formación» de las mismas. Por ello, se propone, que la letra a) quede redactada del siguiente modo:

«La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten»²⁴⁴.

Respecto del apartado c) se decía que “el procedimiento administrativo no se agota en la producción de actos administrativos, sino que tiene mucha más amplitud. Parece más adecuado introducir una redacción que no sea tan restrictiva.

Redacción que se propone: Que la letra c) quede redactada en los términos siguientes:

«Las modalidades del procedimiento administrativo, sin que en ningún caso, allí donde haya interesados, pueda prescindirse del trámite de audiencia»²⁴⁵.

²⁴⁴ La enmienda fue aprobada por la Comisión de Constitución del Senado y configuraría el texto definitivo del artículo 105 a) CE. *Diario de sesiones del Senado*, núm. 50, de 6 de septiembre de 1978.

²⁴⁵ También esta enmienda sería aprobada en la Comisión de Constitución pero con un texto algo distinto fruto de una enmienda “in voce” presentada por D. Lorenzo Martín-Retortillo, “La ley regulará: c) Las modalidades del procedimiento administrativo y garantizará la audiencia de los interesados”. *Diario de sesiones del Senado*, núm. 50, de 6 de septiembre de 1978.

Por lo que se refiere a la enmienda presentada por Don Lluís Maria Xirinacs i Damians, en esta se proponía un nuevo texto para todo el artículo del siguiente tenor:

“1. El derecho de participación de los ciudadanos, directamente o por medio de las organizaciones, asociaciones y Asambleas populares reconocidas por la ley, se podrá ejercer en la formación de disposiciones administrativas que les afecten.

2. El derecho de información de los ciudadanos se podrá ejercer mediante el acceso a los archivos y registros administrativos, excepto en aquello que afecte a la seguridad y defensa de la Confederación y a la intimidad de las personas. En este último caso no será obstáculo para el ejercicio de este derecho el hecho de que la información afecte a la protección de los intereses de la sociedad.

3. La ley regulará estos derechos y el procedimiento a través del cual los actos administrativos han de producirse, sin que en ningún caso pueda omitirse el trámite de audiencia y de posibilidad de participación del interesado”.

Texto que el Senador proponía como alternativo al del Anteproyecto con la siguiente justificación: “Afirmación de los derechos de participación y de información a propósito de las disposiciones administrativas, en vista a equilibrar el peso de la democracia directa al lado de la democracia representativa en un sistema mixto de participación.”²⁴⁶.

²⁴⁶ Esta es la única enmienda presentada que propusiera un texto alternativo al del apartado b) del artículo. Aunque el rechazo a la misma fue rotundo (en sede de la Comisión de Constitución del Senado, fue rechazada por 14 votos en contra y 6 abstenciones, y en Pleno del Senado –dado que el Senador insistió en mantenerlo como voto particular- fue rechazado por 103 votos en contra, 1 a favor y 4 abstenciones), resulta interesante su formulación, porque plantea el acceso a los archivos y registros como instrumental de un genérico derecho de información de los ciudadanos. Dicha

G) La aprobación del Texto Constitucional y sus primeras repercusiones.

Las últimas modificaciones sufridas por el artículo antes de su aprobación definitiva se refieren a la redacción de su apartado c), aparecida en el Dictamen publicado tras la Comisión mixta Congreso-Senado, en la que se solventaron las diferencias entre los textos del Congreso y del Senado y que tuvo carácter secreto.

El análisis de la elaboración de este artículo 105, desde el primer borrador de la Comisión constitucional hasta su redacción definitiva, es interesante no sólo a efectos históricos, sino para averiguar el fundamento jurídico de dicho artículo, fundamentalmente en su apartado b), que carece de antecedentes legislativos directos y que no tiene equivalente en ninguna de las legislaciones sobre derecho de acceso presentes en el Derecho comparado de la época²⁴⁷.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el apartado b) del art. 105 no fue objeto de modificaciones desde la presentación del Anteproyecto y dio lugar a un escaso debate, tanto en el Congreso como en el Senado. FERNÁNDEZ RAMOS recuerda en este sentido cómo la opinión de la doctrina

fundamentación del derecho de acceso, como veremos más adelante, ha sido sostenida en nuestro país por parte de la doctrina administrativista que se ha ocupado de la cuestión.

²⁴⁷ No obstante, posteriormente, la Constitución portuguesa incluiría un artículo de tenor muy parecido al del art. 105 b), en su reforma mediante Ley Constitucional n.º 1/89, de 8 de julio, aunque con una diferencia sustancial, puesto que el nuevo art. 268,2 establece que “los ciudadanos tienen también *el derecho* de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley en materias relativas a la seguridad interna y externa, la investigación criminal y la intimidad de las personas” (MIRANDA, Jorge, “*As Constituições portuguesas de 1822 ao texto actual da Constituição*”, Lisboa, 1997).

es que hubo una clara falta de interés y de sensibilidad de los constituyentes para apreciar el alcance y trascendencia de este precepto²⁴⁸.

ÁLVAREZ RICO considera a este respecto que “el mecanismo de consenso “devoró” el artículo en cuestión sin dejarlo aflorar al terreno abierto del debate y sin permitir, como sucedió con otros artículos, que los parlamentarios manifestaran sus respectivas posiciones. O, quizá, fuera el escepticismo ante un mandato legal que de antemano se creía considerado al fracaso y la inutilidad después de muchos años de negar sistemáticamente la información a los administrados o de presentársela manipulada, evitando a toda costa que se acercaran al recinto mayestático e inalcanzable de la Administración”²⁴⁹, si bien, posteriormente, el mismo autor reflexionaría de nuevo sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso tras su desarrollo legislativo por la LRJAP, por considerar que en torno a esta cuestión “se juega en gran medida el nuevo rostro de las Administraciones Públicas del siglo XXI, en el que el documento de papel no será el alimento único del monstruo burocrático que es la Administración Pública, sino que dará paso a una “burocracia sin papel” que esperamos sea más transparente, sencilla y cercana al ciudadano. Tales objetivos dependerán en gran medida de la facilidad del acceso de los ciudadanos a la Administración, de la amplitud de información y de su eficacia y transparencia”²⁵⁰.

²⁴⁸ Cita así, a este respecto a DESANTES GUANTER, a SAEZ LORENZO y a ÁLVAREZ RICO. FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pág. 324. No obstante, podría pensarse también que no era cuestión de desinterés, sino de claro acuerdo en la introducción novedosa de un derecho que abría grandes posibilidades de realización del principio de transparencia, aunque no parece ser ésta la visión de la doctrina.

²⁴⁹ ÁLVAREZ RICO, “El derecho de acceso a los documentos administrativos” *REDA*, núm. 183, julio-septiembre, 1979, págs. 106-107.

²⁵⁰ ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I. “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” en *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, págs. 473 y ss.

Otros, como ALZAGA VILLAMIL, fueron también muy escépticos respecto de la adecuación de la decisión de introducir un precepto como éste en el texto constitucional. Éste autor consideró en los primeros momentos tras la aprobación de la Constitución que “estamos aquí de nuevo ante la constitucionalización de un principio de actuación que va a resultar más que polémico. En efecto, nuestra Administración como la de la generalidad de los países del Continente europeo, conserva un cierto grado de reserva sobre los expedientes administrativos, sin perjuicio de la posibilidad de que los particulares interesados puedan tener conocimiento del mismo. Pero he aquí que en virtud de lo dispuesto en este párrafo del artículo 105 de nuestra Constitución, nos incardinamos en la corriente minoritaria de aquellas Administraciones públicas que actúan sobre la base de la publicidad de los actos del Estado. Como es sabido, este principio se incorporó por primera vez a un ordenamiento jurídico en Suecia, en 1766, donde se reconoció a todos los particulares que, sin que justificasen legitimación alguna en el expediente que desearan conocer, tuvieran derecho a leerlo e incluso copiarlo. Este principio de publicidad ha informado la “*Free Information Act*” dictada en Estados Unidos de Norteamérica en 1966. [...] Pero la inmensa mayoría de los grandes países con sólida tradición democrática no se han aventurado hasta el presente a incorporar este principio que puede prestarse no ya a colas interminables de curiosos desocupados sino, lo que es mucho más grave, a introducir pugnas políticas y las maniobras partidarias en los despachos de trabajo de los diversos organismos de nuestra Administración Pública. Consecuentemente, nos permitiríamos insinuar que la ley que haya de desarrollar este principio sea especialmente meditada y reúna cautelas imprescindibles para prevenir tales riesgos”²⁵¹.

A pesar del escaso interés prestado por este artículo de la Constitución, la opinión mayoritaria de entre la doctrina que estudió esta cuestión fue la de

²⁵¹ ALZAGA VILLAMIL, O. *La Constitución Española de 1978*. Madrid, 1978, pág. 650.

felicitar por la introducción de un artículo de esta consideración en el texto constitucional, resaltando la importancia trascendental del mismo en la forma de actuación de la Administración (como un necesario cambio en la cultura de la misma) y buscando, por ello, mecanismos que permitieran su aplicabilidad inmediata²⁵².

III. LAS POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE ACCESO DEL ART. 105 B) CE.

La doctrina que se ha ocupado del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos ha sostenido variadas opiniones respecto de la naturaleza jurídica de dicho derecho.

Algunos de los administrativistas que han tratado esta cuestión, sobre todo en los primeros años tras la aprobación del texto constitucional, construyeron su argumentación jurídica sobre la naturaleza jurídica de este derecho, en función del punto de vista que tenían sobre su eficacia jurídica, fundamentalmente mediatizada por la primera y trascendental Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ponente D. Fernando Roldán Martínez), en la que se dictaminaba, entre otras cuestiones, sobre la aplicabilidad directa del derecho de acceso previsto por el art. 105 b) CE o la necesidad de su previo desarrollo legislativo para otorgarle eficacia jurídica directa.

A partir de ese momento, la doctrina se situó a uno u otro lado, en función de su consideración sobre la efectividad inmediata o mediata del derecho previsto por el art. 105 b) y la búsqueda de argumentos jurídicos –en

²⁵² Entre otros, por ejemplo, podemos hacer referencia a SAINZ MORENO, MUÑOZ MACHADO, T.R. FERNÁNDEZ, SAEZ LORENZO, cuyas posturas en torno a la cuestión que nos ocupa analizaremos en los siguientes apartados.

ocasiones, a mi parecer, incluso algo forzados- para justificar una u otra postura. La asociación a una naturaleza jurídica “contaminada” de la de los derechos fundamentales para justificar su eficacia inmediata o, al contrario, su calificación como un artículo que prevé una reserva de ley por la necesidad de diseñar *a priori* los mecanismos procedimentales por los que la Administración debe canalizar el ejercicio de este derecho, para justificar la contraria, esto es, la eficacia mediata de este precepto, perdieron tan sólo en parte su interés una vez que finalmente se produjo el desarrollo legal del precepto a través del art. 37 LRJAP, sin dejar lugar a dudas sobre la eficacia de dicho derecho.

No obstante, dicho desarrollo legislativo se hizo esperar largamente, puesto que no tuvo lugar hasta 1992, haciendo de esta cuestión un tema tan esencial que, en algunos casos, mediatizó completamente las argumentaciones dadas por la doctrina, hasta tal punto que su finalidad principal era la de poder otorgar virtualidad jurídica inmediata a este derecho.

Por ello, siguen siendo éstas las posturas que la doctrina maneja para determinar la naturaleza jurídica del derecho: para algunos, su vinculación con los derechos fundamentales –sea ésta identidad de naturaleza o de carácter instrumental respecto de los mismos- se entiende independientemente de su eficacia, ya indudable. Para otros, sin embargo, estamos ante un derecho subjetivo que carece de vinculación ontológica con los derechos fundamentales, aunque, por supuesto, pueda ser un requisito esencial para la satisfacción de los mismos, fundamentalmente de los previstos por los arts. 20 y 23 CE.

En este sentido, las posturas doctrinales respecto a la naturaleza jurídica del derecho de acceso se pueden clasificar, pues, tomando como base la cuestión de la eficacia inmediata o mediata de dicho precepto. FERNÁNDEZ RAMOS, en esta línea, sintetiza las posturas doctrinales en varios grupos: las posturas que conciben el derecho contenido en el art. 105 b) como un derecho

constitucional de configuración legal; las que lo consideran un derecho ontológicamente instrumental; las que lo consideran un derecho autónomo implícito en el art. 20.1 d) CE; y la que él mismo adopta, de considerar el derecho de acceso como una manifestación concreta del derecho a recibir información²⁵³.

Aunque es evidente que esta clasificación resulta de gran interés y relevancia por tener un carácter eminentemente clarificativo de la cuestión, considero conveniente utilizar otra que, si bien lógicamente tiene ciertos puntos en común, introduce otros elementos y algunas diferencias que considero que son relevantes a la hora de analizar la naturaleza jurídica del derecho que nos ocupa²⁵⁴.

Creo que resulta esencial, en primer lugar, llevar a cabo el análisis de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, antes de dar paso al examen de las distintas posturas doctrinales. Éstas, pueden clasificarse en varios grupos diferenciados: 1) aquéllas que consideran el derecho de acceso como expresión de un derecho subjetivo de configuración legal; 2) las que lo consideran como un derecho instrumental de otros derechos fundamentales y en concreto, las que lo determinan como una expresión del derecho a la información contenido en el art. 20.1 d); y, 3) aquéllas otras que lo entienden como enunciación de un principio objetivo de la actuación administrativa o como mecanismo de garantía de los derechos de los ciudadanos ante la Administración y de control de la misma.

Es evidente que las distintas posturas ahora enunciadas no son compartimentos estancos y separados. Algunas de ellas son subsumibles en otras, y aunque, en algunos casos, estas teorías pueden resultar incompatibles entre sí, otras perspectivas son perfectamente compatibles y

²⁵³ FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.* págs. 311 y ss.

²⁵⁴ Notablemente porque se va a llegar a consecuencias radicalmente distintas de las que plantea el autor citado.

complementarias. La razón de presentarlas separadas, además de tener un afán sistematizador de la cuestión, pretende tomar en consideración todos los elementos presentes y a tener en cuenta, para después determinar cuáles sean los que, a nuestro parecer, configuran la naturaleza jurídica del derecho que nos ocupa.

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979.

Fue muy tempranamente, después de la aprobación de la Constitución y de la aparición por tanto en el ordenamiento jurídico español del derecho de acceso, cuando se planteó ante los Tribunales la aplicabilidad de este art. 105 b) CE a falta de su concreción legislativa. Si bien en un primer momento la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Vizcaya había considerado que dicho artículo era aplicable al caso –y así lo declaró en Sentencia de 30 de enero de 1979-, el Tribunal Supremo no tardó en revocar dicha Sentencia, precisamente por considerar que el art. 105 b) CE no podía ser aplicado sin ser previamente objeto de desarrollo legislativo.

Esta Sentencia dio lugar a importantes discusiones doctrinales y fue además, como se ha señalado, la causa fundamental del posicionamiento de la doctrina sobre la aplicabilidad mediata o inmediata–tras su regulación por una ley- del derecho de acceso regulado por el art. 105 b) CE. La Sentencia plantea varias cuestiones que han sido analizadas en profundidad por diversos autores –fundamentalmente, por SAINZ MORENO y PRIETO SANCHÍS- y criticada por muchos más, aunque no faltan, desde luego y como tendremos oportunidad de ver en el siguiente punto, quienes entienden que la postura tomada por la Sentencia es conforme a la previsión constitucional del derecho de acceso.

El primer elemento que se puede destacar de esta Sentencia, -como señaló SAINZ MORENO en su comentario de la misma²⁵⁵-, es que se trata de un supuesto de hecho que plantea una cuestión plenamente preconstitucional, puesto que los actos administrativos impugnados ante la jurisdicción contenciosa son anteriores a la entrada en vigor de la Constitución²⁵⁶, por lo cual, en principio, en la resolución de este caso no tendría por qué haberse aplicado el precepto constitucional que nos ocupa. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Vizcaya, en su Sentencia de 30 de enero de 1979 –después revocada por la Sentencia que nos ocupa-, esto es, recién entrada en vigor la Constitución, decidió estimar el recurso por la aplicación al caso del nuevo Texto Constitucional recién estrenado, a pesar de no tener éste carácter retroactivo. El Tribunal Supremo, sin embargo, no hizo referencia alguna a este hecho y rechaza los argumentos utilizados por el Tribunal “a quo”, no porque fuera improcedente la aplicación del texto constitucional como tal, sino porque lo que a su parecer no resultaba aplicable, hasta su desarrollo legislativo, era el derecho de acceso previsto por el art. 105 CE, por lo que, al carecer la Asociación de Vecinos de interés directo en el expediente del que se solicitaba vista, no podía “tomar vista” de dichos expedientes.

²⁵⁵ SAINZ MORENO, F., “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros Administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979” en *REDA*, núm. 24, 1980, págs. 118 y ss.

²⁵⁶ El hecho que originó la Sentencia fue una solicitud de la Asociación de Vecinos de Erandio, con fecha 14 de diciembre de 1976, para consultar unos expedientes administrativos de concesión de terrenos demaniales que habían sido tramitados y resueltos en los años 1947, 1958 y 1965 respectivamente. Dicha solicitud fue denegada por resolución del Presidente de la Junta de Obras del Puerto de Bilbao, por entender que dichos expedientes habían sido objeto en su día de la preceptiva información pública y que, al haber recaído resolución sobre los mismos, no podían intervenir los interesados que no se hubieran personado durante su tramitación. La denegación de la solicitud tiene lugar el 15 de enero de 1977 y, recurrida ésta, la resolución del Ministerio de Obras Públicas del recurso de alzada, desestimatoria del mismo se produce en fecha de 4 de marzo de 1978.

Así, el Tribunal Supremo considera en esta Sentencia que “las razones o fundamentos consignados por el Tribunal «a quo» en los Considerandos de la Sentencia apelada (...) anulando en el Fallo los acuerdos que denegaron la exhibición de dichos expedientes y el reconocimiento, a la actora, del derecho a acceder y examinar los tan repetidos expedientes administrativos de concesión de terrenos no pueden ser aceptados por esta Sala; porque con arreglo a la técnica de la Ley de Procedimiento Administrativo, la legitimación para intervenir como interesado en un procedimiento administrativo sólo se reconoce a los que ostentan derechos que resultaran directamente afectados por la decisión, y, a los portadores de intereses legítimos, personales y directos, pero, para que éstos segundos, es decir, los titulares de intereses, la Ley les reconozca legitimación, o sea, el carácter de interesados legítimos, se requiere que se personasen en el procedimiento, antes de recaer resolución definitiva ; (...) es incuestionable que no reúne el carácter de ser interesado legítimo a los efectos contenidos en su escrito”.

El Tribunal Supremo recurre a este argumento para desestimar las pretensiones de los solicitantes puesto que considera –y éste es el tema que nos interesa fundamentalmente- “que si bien la sentencia apelada implícitamente reconoce que en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no existe un asidero seguro para la pretensión de quien, como la actora, no ha sido parte en aquellos expedientes concesionales que ya fueron resueltos por el correspondiente acto administrativo que les puso término y eran firmes por no reconocer la Ley Procedimiento Administrativo más que una publicidad limitada del procedimiento, pero, *apoyándose en otros textos legales, que admiten con más amplitud el principio de publicidad en la actividad administrativa del Estado, los utiliza, como la propia sentencia manifiesta como «argumento definitivo», para estimar el recurso, dichos textos legales son el art. 105-b) de la reciente Constitución y el art. 1.º de la Ley de Secretos Oficiales de 5 abril 1968, [...]*, tal argumentación no es

compartida por esta Sala, porque sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales, sin embargo, *cuando éstos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional expresamente dispone que «una Ley regule» el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, indudablemente se está manifestando, por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten*, porque todas las normas declarativas de principios básicos, precisan de una reglamentación complementaria, de desarrollo y aplicación concreta, de las que no cabe decir que por el hecho de que encaucen aquellos principios en aras de la convivencia general, las nieguen o sean contrarias a las normas jurídicas básicas recogidas en el texto constitucional sino que, por el contrario, las afirman al posibilitar su aplicación, como así sucede por ejemplo con la libertad de ir y venir por todo el territorio nacional, que precisa de un Código de la Circulación, que realmente limita dicha libertad, pero no está en contradicción con ella, sino que al contrario evita llegar a consecuencias absurdas y permite que la libertad de trasladarse de un lugar a otro pueda tener efectividad²⁵⁷, de igual modo *puede predicarse del principio de publicidad que consagra el art. 105 de la Constitución, que exige de una Ley que lo regule, y, mientras ésta no se elabore y publique, no se puede situar a la Administración frente a una laguna legal, para resolver las situaciones jurídicas que se produzcan, pues, la actividad administrativa, ha de estar en todo momento sometida al Ordenamiento Jurídico preestablecido, por lo que mientras esa Ley de desarrollo que enuncia el texto constitucional no exista, sigue siendo aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, de no estimarlo así se quebrantarían los principios fundamentales en todo Estado de Derecho el de la certeza del Derecho y la Seguridad jurídica, por los que tanto el*

²⁵⁷ Este argumento comparativo con el Código de circulación fue muy criticado por la doctrina.

administrado como la Administración conocen la norma y pliegan a ella su conducta, el Estado, a través de la potestad legislativa de las Cortes, es el que dicta el Derecho, a la jurisdicción sólo le corresponde aplicarlo al caso concreto y la formulación del Derecho por los Tribunales y la Jurisprudencia no debe alcanzar hasta el extremo de sustituir los sistemas jurídicos establecidos por esto, es muy peligroso el subjetivismo interpretativo que desborde la norma establecida sobre el principio de publicidad en los procedimientos administrativos, nuestra Ley Orgánica, sólo confiere a los Tribunales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero no hacer una modificación legislativa al socaire de una interpretación hecha al amparo de un principio constitucional que no deja a los Tribunales la facultad de desarrollo, sino que expresamente prescribe que sea una Ley la que lo regule, por lo que mientras esta Ley no se dicte, es claro que el ámbito o extensión que debe darse al principio de publicidad, tiene que ser el fijado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sin que por tanto, se pueda reconocer a los administrados no legitimados en un procedimiento administrativo ya terminado el derecho de que se les dé vista del mismo”²⁵⁸.

Siguiendo a SAINZ MORENO, podemos sintetizar los argumentos expuestos por la Sentencia de la siguiente manera:

a) El artículo 105 b) CE declara un principio básico: el principio de publicidad.

b) La expresión «la ley regulará» indica la necesidad de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten, para que pueda ser aplicado.

c) Hasta la producción de ese desarrollo legislativo, sigue vigente la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, puesto que otra solución

²⁵⁸ Esta Sentencia no es sólo criticable por su argumentación jurídica y las importantes consecuencias que de la misma se derivaron, sino también por el oscurantismo de su redacción y su sintaxis enrevesada.

conduciría a un «peligroso subjetivismo interpretativo» contrario a la función judicial, puesto que el principio constitucional no deja a los Tribunales facultad de desarrollo que corresponde a la Ley.

SAINZ MORENO fue sumamente crítico con la sentencia comentada –y, después de él, muchos han sido los autores que se han sumado a estas críticas-, no sólo por no tener en cuenta, como hemos señalado, un dato objetivo que le hubiera librado de tener que interpretar dicho precepto –la preconstitucionalidad de los hechos planteados- sino por su manera de afrontar una cuestión que era fundamental en los primeros años de vida de la Constitución de 1978: su eficacia jurídica, esto es, el alcance normativo inmediato de sus preceptos.

Además de considerar que el Tribunal interpretaba erróneamente la expresión “la ley regulará”, para SAINZ MORENO la Sentencia equivoca en esta interpretación la naturaleza jurídica del propio derecho de acceso. Para el autor -como tendremos oportunidad de analizar en profundidad en los siguientes apartados-, el derecho de acceso es una concreción del derecho a la libertad de expresión regulado por el artículo 20 CE y, por lo tanto, de aplicación inmediata, argumento al que se le suma el de que los términos en los que viene establecido por el art. 105 b) CE no formulan una mera declaración –como aduce el Tribunal- necesitada de un previo desarrollo legislativo, sino que configuran un contenido normativo perfectamente definido tanto positivamente como en sus límites de aplicación, por lo que no es condición necesaria para el ejercicio del derecho que el legislador lo regule, ya que éste sólo desarrolla y reglamenta el derecho, no “lo hace posible”.

Las críticas de SAINZ MORENO van más allá, y se refieren a todos y cada uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, puesto que considera que la aplicación del art. 105 b) CE no sólo no tiene por qué suponer una derogación o modificación de la Ley de Procedimiento

Administrativo –dado que ambas normas son claramente compatibles-, sino porque, además, debe hacerse una interpretación de los conceptos normativos de la ley que sea compatible con el texto constitucional²⁵⁹. Es, en definitiva, una crítica demoledora a una Sentencia que suscitó una viva polémica a lo largo de los años sucesivos, puesto que no hay que olvidar que el desarrollo legislativo de este precepto no tuvo lugar hasta 1992, salvo por lo que se refiere a determinados ámbitos sectoriales, como son el ámbito local (LBRL) o el de patrimonio histórico (LPHE).

CASTELLS ARRECHE, en esta línea, es sumamente crítico, afirmando que esta “retrógrada doctrina jurisprudencial era por otra parte simple exponente de un medio general reactivo a la puesta en marcha efectiva de lo señalado por el artículo 105 b)”²⁶⁰.

²⁵⁹ Respecto de este argumento dice SAINZ MORENO que “en primer lugar, porque la Ley de Procedimiento Administrativo no prohíbe a los ciudadanos el acceso a los archivos administrativos, sino que se limita a reconocer a ciertos «interesados» capacidad procesal para intervenir en los procedimientos administrativos y para obtener la información y la documentación correspondiente. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo se limita a definir la noción de «interesado», (...) al efecto de participar en un procedimiento administrativo, cuestión bien distinta pues, de la noción de «ciudadano», sin más, que tiene derecho a conocer el contenido de los archivos y registros administrativos”. SAINZ MORENO, op. cit. pág. 122.

De la actual regulación del derecho de acceso de los ciudadanos por el art. 37 LRJAP, independiente de los derechos reconocidos a los interesados, se deduce no sólo la absoluta corrección argumental del autor en lo que se refiere a la compatibilidad jurídica entre las normas en cuestión, sino su absoluta viabilidad en el campo de la aplicación práctica. Otra cosa será, la corrección del desarrollo legislativo del art. 105 b) operado por la LRJAP en esta cuestión.

²⁶⁰ CASTELLS ARTECHE, “El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública”, RVAP, vol. 1, núm. 19, sept.-dic. 1984, págs. 135 y ss. “Sólo en este ambiente –dice el autor- puede comprenderse que el proyecto de ley por el que se aprobaban las bases de Administración Local, de 25 de mayo de 1981, ya caducado, ninguna mención presentaba en su extenso articulado al reconocimiento del Derecho de acceso a archivos y registros administrativos, precisamente en la Administración más próxima en todos los sentidos a los administrados. Alusión que sí parece, aunque se señale ya su carácter restrictivo en la primera y única tentativa de reforma

También GONZÁLEZ SALINAS formuló importantes críticas a la Sentencia, tanto por lo que se refiere a la cuestión de la eficacia directa del art. 105 b) CE, como por los argumentos sobre legitimación activa que maneja el Tribunal Supremo para denegar el acceso. En este sentido, GONZÁLEZ SALINAS considera que “la Ley de Procedimiento Administrativo está partiendo de la idea de posibilitar a los comparecientes la toma de vista, porque evidentemente para poder alegar, previamente hay que informarse (art. 83 LPA). Pero parece excesivo que la finalidad de la Ley de Procedimiento Administrativo haya sido exigir la comparecencia (que sea interesado en los términos del art. 23 LPA) para la simple vista. Que se exija un interés en el tema parece lógico a la hora de pedir información sobre un expediente en tramitación. Que ese interés sea cualificado por su carácter directo o incluso personal y legítimo, también puede entenderse lógico. Pero ligar irremisiblemente la cualidad del que sólo pide vista con el que se convierte en interesado (en sentido técnico) en el procedimiento es ir contra la lógica; [...] Una vez terminado el procedimiento, exigir que se hubiese intervenido activamente en el mismo para poder tomar vista del expediente también parece una interpretación excesivamente rigurosa de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo. Tal es el caso y la interpretación en la sentencia comentada. Significa que una vez recaída resolución en el procedimiento, éste queda definitivamente cerrado y opaco incluso para aquellos que tengan un cualificado interés personal, directo y legítimo si no tuvieron intervención activa en aquél”²⁶¹.

de la vigente ley de Procedimiento Administrativo, en proyecto presentado al Congreso de los Diputados en octubre de 1981, igualmente caducado”.

²⁶¹ GONZÁLEZ SALINAS, J., “Interés legitimador para tener acceso a los archivos de la Administración. Principio de transparencia administrativa en la Constitución. Inaplicabilidad directa (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1976)”, en *RCDI*, año 56, núm. 538, 1980, págs. 718 y ss.

En relación precisamente con la aplicabilidad de la LPA, este autor critica también la solución por la que opta el Tribunal –de denegar eficacia directa al art. 105 b) CE- por la incompatibilidad existente entre éste artículo y las previsiones de la LPA. A este respecto considera que “se aduce el principio de legalidad de la Administración, en el sentido de apoyar la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo para cubrir el vacío que, de entenderla derogada, se produciría a falta de la legislación de desarrollo. Si la Administración debe estar sometida al ordenamiento jurídico preestablecido –se parece sostener- es anómalo entender que pueda quedar fundamentada su actuación en el genérico e inconcreto artículo 105 b) de la Constitución Española. El argumento no tiene excesiva consistencia, por cuanto una cosa es que la Administración deba actuar con sometimiento pleno al Derecho, y otra cuestión distinta determinar cuál es el Derecho aplicable. Por el hecho de tener que estar sometida la Administración al Derecho, no puede justificarse que una ley no haya podido ser derogada por otra menos precisa y concreta”²⁶².

Otro de los comentaristas iniciales de la Sentencia, PRIETO SANCHÍS, se muestra más comprensivo con la solución adoptada por el Tribunal Supremo, reconociendo, de entrada, la complejidad que reviste la interpretación de dicho artículo en su estudio previo sobre la eficacia de los preceptos constitucionales²⁶³ y sobre la labor de interpretación y aplicación de la misma que corresponde a jueces y Tribunales²⁶⁴.

²⁶² *Ibidem*, pág. 731.

²⁶³ PRIETO SANCHÍS, L “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)” en *REDC* n.º 1, enero-abril, 1981, págs. 207 a 234.

²⁶⁴ Sobre dicha actuación del Tribunal Supremo afirma el autor que “aunque es justo reconocer que la mayor parte de las sentencias atribuyen a la Constitución un papel relevante como norma para la resolución de los conflictos, no podemos omitir el comentario de algunos fallos que ofrecen tesis más «conservadoras», entendiendo que la Constitución es un mero programa dirigido al legislador, o, lo que viene a ser lo mismo, que la ley constituye una mediación necesaria para que las

Si bien el autor, en ese estudio previo, parece tildar a la Sentencia posteriormente analizada de “conservadora”, no obstante, considerara la solución aplicada como acertada dado el caso. Esto es, lo que el autor califica de “conservador” no es el que el Tribunal Supremo no acepte la eficacia directa del artículo, sino que ni siquiera lo considere como precepto interpretativo del ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, en el sentido del resto de principios previstos por la Constitución, es decir, no en su vertiente de derecho subjetivo, sino como enunciador del principio de publicidad de la actuación administrativa.

Respecto a la vertiente del precepto como reconocedor de un derecho subjetivo, PRIETO parece estar conforme con la decisión adoptada por el Tribunal Supremo. En este sentido, señala que “se adhiere, con ello, la Sentencia a la tesis ya conocida del valor meramente programático de los preceptos constitucionales, aunque no de todos, sino sólo de aquellos que declaran principios básicos y requieren de forma expresa un desarrollo legal; o sea, que los mandatos al legislador que suelen aparecer en forma de «reservas reforzadas» son sólo eso, mandatos al legislador y no preceptos con vocación transformadora inmediata (...). En principio, no puede sorprender que el Tribunal Supremo actúe con cautelas a la hora de aplicar ciertos artículos constitucionales; no sería correcto afirmar que la Constitución se compone de recomendaciones morales, pero tampoco es posible predicar la

disposiciones constitucionales encuentren aplicación en la jurisdicción ordinaria. La verdad es que esta última afirmación nunca se encuentra formulada sin matizaciones en la jurisprudencia del Supremo; siempre se reconoce el carácter jurídico y, por lo tanto, obligatorio de la preceptiva constitucional, incluso en aquellas sentencias que parecen menos dispuestas a su directa aplicación. Tal es el caso de un fallo de la Sala III de 16 de octubre de 1979 que, «sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales», se negará no obstante a interpretar la Ley de Procedimiento Administrativo a la luz del art. 105 b) de la Constitución, que reconoce el principio de publicidad, por considerarlo únicamente como un mandato al legislador”. PRIETO SANCHÍS, “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo... (I)”, *op. cit.* pág. 220.

misma eficacia real para todos los preceptos, no por motivos jurídicos-formales, sino porque su presentación lingüística es muy diversa. Por otra parte, y al margen de que probablemente no todos los mandatos al legislador (la ley regulará...) tienen el mismo alcance y significado, lo cierto es que el desarrollo legislativo no hace posible el ejercicio del derecho, sino que lo organiza y limita de manera que, hasta que ello suceda, los Tribunales vienen obligados a aplicar el precepto constitucional, aunque sólo sea para interpretar la legislación vigente”²⁶⁵.

Sin embargo, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la Sentencia ni siquiera reconoce el valor interpretativo del precepto a la hora de aplicar la Ley de Procedimiento Administrativo tras la aprobación de la Constitución. El Tribunal Supremo esgrime como argumentos la seguridad jurídica a la certeza del derecho, para garantía de los cuales considera necesario un previo desarrollo legislativo, puesto que, en el caso contrario, de declararse la eficacia del precepto constitucional sin que se hubiera llevado a cabo el que se considera como imprescindible desarrollo, se produciría una laguna legal frente a la cual no se puede situar a la Administración.

El Tribunal Supremo añade a esto el que tampoco se considera el adecuado para llevar a cabo esa tarea de interpretación, porque no puede “hacer una modificación legislativa al socaire de una interpretación hecha al amparo de un principio constitucional que no deja a los Tribunales la facultad de desarrollo, sino que expresamente prescribe que sea una ley la que lo regule”.

Está claro que, en este caso, la visión del Tribunal Supremo no es sólo conservadora, sino que resulta incluso alarmista y catastrofista en la exposición de sus argumentos para denegar la eficacia inmediata del

²⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, L “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (II)” en *REDC* n.º 2, mayo-agosto, 1981, págs. 215 a 245.

precepto, cuya virtual aplicabilidad rechaza no sólo en cuanto que derecho subjetivo –lo cual sí resulta argumentable y así lo ha entendido buena parte de la doctrina- sino también su aplicabilidad como principio objetivo de la actuación administrativa, aduciendo que su admisibilidad provocaría dos nefastos resultados: la sustitución del legislador y una laguna legal en las normas reguladoras de la actuación de la Administración²⁶⁶.

2. El derecho de acceso como derecho subjetivo de configuración legal.

Esta fue la postura sostenida por algunos autores en los primeros años después de la aprobación de la Constitución. En aquel momento, la cuestión de la interpretación del art. 105 b) CE como derecho de configuración legal tenía graves consecuencias jurídicas, entre otras, la ineficacia del derecho, puesto que no había desarrollo legislativo del mismo que le otorgara la eficacia deseada, desarrollo que no llegaría hasta 1992, con la LRJAP.

Fue ÁLVAREZ RICO el primero en realizar un análisis del art. 105 b) CE tras la aprobación de la Constitución y el primero en inaugurar esta línea doctrinal de considerar el derecho de acceso como un derecho subjetivo de configuración legal. Refiriéndose a la naturaleza jurídica del derecho, ÁLVAREZ RICO consideraba que, a pesar de que la constitucionalización del derecho de acceso lo elevaba en el orden formal al máximo rango, “sin embargo, esta asunción de índole formal que hace la Constitución del derecho no es suficiente para que sin más afirmemos que ha alcanzado el necesario nivel de eficacia y operatividad jurídica para influir desde ya sobre

²⁶⁶ Ahora bien, de esta argumentación lo que sí se puede deducir es que, implícitamente, el Tribunal reconoce una doble naturaleza del acceso a los archivos y registros administrativos establecido en el art. 105 b) CE, como derecho subjetivo y como principio objetivo de la actuación administrativa, pero negando en ambos casos cualquier tipo de eficacia previa a un desarrollo por parte de la ley.

las relaciones Administración-administrados”. Y sitúa al artículo 105 CE entre “los artículos cuyo desarrollo y explicitación se encomienda a una Ley, sea ordinaria o de carácter orgánico. [...] El derecho a la información administrativa, pues, se conforma constitucionalmente en el artículo 105 b), pero la exigencia de que habrá de ser estructurado y diseñado por una Ley posterior *paraliza* la eficacia de este precepto hasta tanto se logre su desarrollo legal primero y reglamentario después. El derecho, por tanto, *tiene consagración constitucional, pero sólo se configura como tal derecho cuando haya aparecido la Ley prevista en la propia Constitución*”²⁶⁷.

EMBID IRUJO²⁶⁸ también se sitúa en la línea doctrinal de considerar al derecho de acceso como un derecho subjetivo de configuración legal –al mismo tiempo que, como tendremos ocasión de analizar con mayor profundidad más adelante, lo presenta como un principio objetivo de funcionamiento de las Administraciones Públicas-. Para este autor, el art. 105 b) CE consagra un derecho de los ciudadanos que se constituye como “una de las prerrogativas que tienen [los ciudadanos] frente a la Administración pública [...]. Un «derecho» de los ciudadanos que debe, lógicamente, llevar consigo una obligación para la Administración pública. [...] El acceso a los archivos y registros es, por tanto, un principio objetivo, básico para entender la imagen constitucional de la Administración como poder inmerso en el mandato general de transparencia, pero, al mismo tiempo, la referencia a los ciudadanos funda un derecho subjetivo”.

La postura sostenida por EMBID, sin embargo, no resulta tan radical como la sostenida por ÁLVAREZ RICO, que acabamos de ver, y para quien –al igual que para el Tribunal Supremo- la consecuencia directa de la

²⁶⁷ ÁLVAREZ RICO, “El derecho de acceso a los documentos administrativos” *op. cit.* págs. 109-110.

²⁶⁸ EMBID IRUJO, A. “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I*, Civitas, 1993.

consideración del derecho de acceso como un derecho de configuración legal era que suponía un impedimento absoluto a su aplicación práctica²⁶⁹.

EMBID entiende que el derecho de acceso puede tener una conexión específica con determinados derechos fundamentales, esencialmente el de participación política previsto en el art. 23 CE y el de libertad de expresión del art. 20 CE, conexión que, en la práctica, supondrá la posible articulación del derecho de acceso como manifestación concreta del ejercicio de estos derechos fundamentales pero sin que ello signifique, como han argumentado otros autores como SAINZ MORENO, que participe de ese carácter fundamental que permite a aplicación material directa de estos derechos²⁷⁰. El

²⁶⁹ No obstante, la posición de EMBID no deja lugar a dudas y su posición se refleja claramente cuando concluye que “esta dependencia del derecho de acceso de lo previsto en la Constitución, sí, pero al mismo tiempo de la regulación que diversas Leyes puedan hacer del mismo aparece en la misma construcción general del derecho que se contiene en el art. 35 h) [LRJAP] que, recordémoslo otra vez, otorga a los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas el derecho «al acceso a los registros y Archivos (...) en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes». Necesaria regulación legal que es, además, plural. Regulación legal, añadiría, complementadora de lo previsto en la CE, sólo mediante la cual es, realmente, posible el ejercicio del derecho”. EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la administración (Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1994, págs. 92 y 93.

²⁷⁰ Dice EMBID a este respecto que “no quiere decir que no pueda existir una conexión específica de este derecho subjetivo con algunos derechos fundamentales como pueden ser el de participación política (art. 23, sin derecho de acceso no habría reales posibilidades de participación política podría decirse) o el de libertad de expresión [art. 20.1 a)] en el supuesto de que quienes soliciten documentos puedan ser periodistas que los precisen para hacer, así, efectivo su derecho fundamental. No obstante, esta conexión profunda no hace que se comunique el carácter fundamental de unos derechos que, evidentemente, lo tienen al de acceso a archivos y registros. Lo único que sucederá en el plano de la práctica es que, muy probablemente, la articulación procesal de la discusión en torno al acceso a los documentos, se fundamentará, sustancialmente, sobre el derecho de participación política o la libertad de expresión para, de ese modo, incrementar las posibilidades de garantía jurisdiccional. De esa forma, el derecho de acceso se configurará en las demandas y en los considerandos de las sentencias, como un elemento auxiliar del proceso del discurso jurídico en general y ese carácter auxiliar puede hacer pensar, en algún momento, en la conexión de naturaleza

derecho de acceso en este sentido será pues aducible ante la Administración y ante la jurisdicción como requisito necesario para la plena satisfacción en el ejercicio de estos derechos fundamentales, pero no se trata de un elemento esencial de los mismos o de un derecho que participe de esa naturaleza fundamental. “Su situación constitucional –dice EMBID- (el art. 105 no se encuentra, obviamente, entre los arts. 14 a 29 más la referencia a la objeción de conciencia del art. 30), no permite esa predicación fundamental y, por ello, no puede hablarse de necesaria regulación por ley orgánica (art. 81) ni, tampoco, de la previsión de un proceso ordinario especial de protección de un recurso de amparo (art. 53.2)”²⁷¹.

También POMED SÁNCHEZ parece situarse dentro de esta línea doctrinal que, sin negar la evidente conexión existente entre el ejercicio del derecho de acceso y la realización material de algunos derechos fundamentales – notablemente, en lo que se refiere al derecho a la libertad de expresión e información contenido en el art. 20. 1 a) y d) CE²⁷²-, considera que el derecho de acceso es un derecho que entronca con el derecho especificado por el art. 20 CE, pero sin que esto conlleve su participación de la naturaleza jurídica fundamental que caracteriza a este derecho en la Constitución.

POMED también relaciona el derecho de acceso con el derecho a la participación de los ciudadanos, desde el punto de vista de la transparencia y del principio de publicidad que derivan del reconocimiento del derecho de

que pudiera producir el derecho básico”. EMBID IRUJO, “El derecho de acceso...”, *op. cit.*, págs. 732 y 733.

²⁷¹ EMBID, *ibídem*.

²⁷² “El derecho contenido en el art. 105 b) de la Constitución es –dice el autor- especificación con relación a un terreno materialmente acotado, el de la Administración Pública, de las exigencias que dimanarían del derecho a la libertad de expresión 20.1 a), y a la información, 20.1 d), a la par que un medio para el correcto ejercicio de este último. POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos...*, *op. cit.* pág. 80.

acceso²⁷³, aunque considera que el derecho reconocido en el art. 105 b) “no debe entroncarse tanto con el requisito de publicidad en la actuación ejecutiva de la Administración que pudiera ser fácilmente confundida en este campo, con la pura actividad de relaciones públicas, de promoción, cuanto con el modesto correlato y especificación de aquél que viene a suponer al principio de transparencia”, para el autor mucho más concreto que el de participación²⁷⁴.

La postura de POMED queda claramente de manifiesto cuando éste se pronuncia respecto de la STS de 16 de octubre de 1979²⁷⁵, esto es, a favor de la solución adoptada por el Tribunal Supremo, aunque haciendo algunas matizaciones al respecto, puesto que, si bien considera que la Constitución opera en este caso una reserva material de ley que supondrá un necesario

²⁷³ “Principio de publicidad, búsqueda de la transparencia, que encuadra nuestro constituyente en un marco ideológico más extenso, deduciéndolo, persiguiéndola, en su relación con la idea de participación, en su derivación del derecho a la información, pudiendo así afirmarse que, a partir de la aprobación de la Constitución de 1978, el actuar administrativo se producirá a la luz del día, en la plaza pública, o no habrá tal”. [...] “Resulta hoy en día lugar común proclamar el carácter fundamentalmente instrumental del derecho a la información, en especial en el campo de la documentación pública, tendiéndose a considerar como fin cualificado para el ejercicio del mismo su interrelación con el derecho a la participación”. POMED SÁNCHEZ, *op. cit.* pág. 95.

²⁷⁴ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 109.

²⁷⁵ Sobre todo, por su interpretación *a contrario* de la postura sostenida sobre la misma por SAINZ MORENO en su comentario en “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en *REDA*, núm. 24, 1980. POMED resume la postura de SAINZ MORENO –favorable al reconocimiento de la eficacia inmediata del art. 105 b) y en contra por tanto de la aludida Sentencia- de la siguiente manera: “[entiende SAINZ MORENO que], en la medida en que la ley prevé, el art. 105 b) CE, no hace posible el derecho, sino que simplemente lo desarrolla y lo reglamenta con la finalidad de que su ejercicio sea ordenado,(...) en tanto la ley especial se dicta, el mismo ni tiene más límites que los que resultan de la misma Constitución y del resto del ordenamiento vigente (en especial de la Ley de Secretos Oficiales), siempre y cuando éstos sean compatibles con el contenido esencial de aquél”. Sobre esta postura, POMED considera que se trata de una tesis “sugestiva y defendida con el rigor y la seriedad que caracterizan los trabajos de Sainz Moreno, pero que tal vez tienda a hacer olvidar ese juego entre la Constitución y la ley que nosotros tratamos, en todo caso, de respetar”. POMED, *El derecho de acceso...*, *op. cit.*, pág. 139.

desarrollo legislativo para otorgar al derecho previsto por el art. 105 b) CE de eficacia real, no debe de olvidarse “el innegable valor interpretativo que con relación a la totalidad del ordenamiento cabe predicar del precepto”, aunque considera que dicho valor interpretativo no dota de eficacia jurídica al precepto estudiado²⁷⁶.

POMED sostiene, en definitiva, que nos hallamos ante un derecho subjetivo regulado por la Constitución que, en virtud de las características técnicas con las que debe contar la Administración para garantizar su efectivo ejercicio, queda diferido hasta su configuración por la ley que debe regular dicho derecho de acceso. Esto es, también este autor sostiene que nos encontramos ante un derecho subjetivo de configuración legal²⁷⁷ y que la expresión “la ley regulará” con la que se inicia el art. 105 CE supone una “reserva material de ley en relación con el surgimiento efectivo del derecho subjetivo al mundo jurídico, y ello vendrá justificado por la necesidad técnica de regular una serie de extremos que, indudablemente, no deben ser recogidos en la Constitución. [...] Se está imponiendo una reserva de procedimiento, que implica la necesidad de una previa habilitación legal para la actuación de la Administración, habilitación no inserta en el precepto constitucional. De cuanto llevamos dicho podrá el lector deducir con

²⁷⁶ POMED, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 141.

²⁷⁷ El argumento utilizado por POMED para llegar a esta conclusión se centra en el valor normativo de la Constitución y en cómo en la misma nos encontramos con preceptos que gozan de distinta eficacia normativa, en virtud, fundamentalmente, del sujeto destinatario –resaltando así la distinta vinculación de los poderes públicos y de los particulares a la norma- y del “carácter ontológicamente distinto de la misma (la Constitución) respecto del ordenamiento jurídico (...). Afirmer el carácter normativo de la Constitución no implica afirmar que sea la misma una única norma completa. (...) No se trata de diferir la eficacia de las normas constitucionales hasta la emanación de la correspondiente ley de desarrollo, ni tampoco de negarles toda fuerza vinculante, sino de poner de manifiesto el distinto grado de sujeción y de vigencia que los diversos preceptos de la Norma Suprema tendrán en relación con los poderes públicos y los particulares, al tiempo que se recuerda la necesidad de modular y completar lo que son mandatos, principios, exigencias, precisadas de una correcta adecuación al momento en que hayan de ser aplicadas”.

facilidad que, a nuestro entender, nos hallamos en presencia de una reserva de ley relativa. [...] La referencia que el propio art. 105 b) CE efectúa a la ley no debe entenderse, por su singularización, en el sentido de pregonar el carácter de *lex consumens* de la misma, sino en el de acentuar con firmeza el rango jerárquico del instrumento normativo que deberá utilizarse para el desarrollo del precepto”.

También CHINCHILLA MARÍN²⁷⁸ parece sostener esta tesis, fundamentalmente por oposición a quienes consideran que el derecho de acceso participa del carácter fundamental del derecho a comunicar y recibir información del art. 20.1 CE. En este sentido, la autora entiende que estamos ante un derecho que tiene una naturaleza distinta de la de este último y que carece de naturaleza fundamental²⁷⁹. “Se trata de un derecho –dice la autora– cuyo mayor o menor alcance corresponde fijarlo al legislador ordinario, habiendo sido configurado en el texto constitucional como un *principio de actuación de la Administración*, impuesto por exigencias de la democracia y de la transparencia administrativa”. Implícitamente, parece que CHINCHILLA MARÍN sostiene la tesis de un derecho subjetivo de configuración legal y por tanto de eficacia diferida a la actuación del legislador, cuya concreción

²⁷⁸ CHINCHILLA MARÍN, C., *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988.

²⁷⁹ FERNÁNDEZ RAMOS ha criticado la postura sostenida por CHINCHILLA por considerar que su negativa a relacionar ambos derechos se debe a “una concreta interpretación dogmática del derecho a la información” porque vincula –como otros autores– el derecho a la información previsto por el art. 20.1 d) a los profesionales de la información, esto es, un derecho del periodista a informar y del público a ser informado, pero que no incluye el derecho del público “a informarse”, manteniendo de esta manera la “tesis de la intermediación de los medios” que parte de “la identificación entre información y noticia: el público no tendría tanto derecho a la información misma como a la noticia producida por los medios de comunicación y que el público se limita a «consumir», relegándose al público a una posición estrictamente pasiva y dependiente”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* págs. 339 y ss.

constitucional se puede situar entre los principios objetivos a los que el Título IV de la Constitución somete a las Administraciones Públicas²⁸⁰.

3. El derecho de acceso como derecho instrumental de otros derechos fundamentales: en concreto, como expresión del derecho a la información contenido en el art. 20.1 d) CE.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, frente a la interpretación del art. 105 b) CE mantenida por el Tribunal Supremo en su polémica Sentencia de 16 de octubre de 1979, surgieron rápidas contestaciones a la misma por parte de un sector de la doctrina administrativista, que entendía que la falta de

²⁸⁰ La autora justifica esta disociación entre derecho de acceso y el derecho previsto por el art. 20.1.d) -en contra, como veremos a continuación de una parte importante de la doctrina encabezada por SAINZ MORENO-, en varios elementos caracterizadores de los derechos:

- por la diferencia existente entre sujetos titulares de uno y otro derecho: puesto que el art. 20.1.d) habla de “todos” como sujeto activo del derecho y de los medios de comunicación social y al Estado, como sujetos pasivos, mientras que el derecho de acceso se reconoce a los “ciudadanos” frente a la Administración. Dice la autora que “si bien es cierto que el derecho de acceso a los documentos viene reconocido a los ciudadanos en razón del interés general (el interés por la transparencia de la organización administrativa y por la participación de los ciudadanos en la misma), tal derecho se ejerce en base a un interés diferenciado; no en el sentido de que se exija un interés legítimo para el acceso, sino de que el derecho de acceso implica una relación directa y personalizada entre la Administración y el destinatario de la información, que no se da en el ámbito de la información que prestan los medios de comunicación”.

- por la diferencia respecto del objeto sobre el que recaen cada uno de los derechos: para la autora, el contenido al que se refiere el art. 20 son las noticias, frente a los archivos y registros administrativos como contenido objetivo del art. 105 b), lo que para la autora supone “un concepto restringido de información, se trata de una información sectorial que se ciñe, según los casos, a un ámbito concreto de los intereses de los administrados”.

- finalmente, también, por la diferencia de medios técnicos empleados en su respectivo ejercicio: al ser el derecho a la información del art. 20 un derecho cuyo ejercicio supone el destinar la información al público en general, ésta se canaliza a través de los medios de comunicación y los medios para ellos, como son la prensa, la radio y la televisión, frente a la vía de obtención de los documentos a través del derecho de acceso. CHINCHILLA MARÍN, *op. cit.*, págs. 40 a 42.

actuación por parte del legislativo, cumpliendo el mandato que la Constitución establecía, de regular a través de una Ley, entre otros, el derecho de acceso a archivos y registros, no podía tener como consecuencia la inexistencia material de dicho derecho en el ordenamiento jurídico. Muy al contrario, estos autores entienden que esta previsión constitucional –concreta, además, en cuanto a lo que se refiere a sujetos activos y pasivos, así como al objeto del derecho y las excepciones que permiten limitarlo- era más que suficiente para otorgarle la relevancia jurídica que un derecho previsto constitucionalmente debe tener.

A fin de otorgarle la eficacia normativa deseada y rechazada por la interpretación de la Constitución llevada a cabo por el Tribunal Supremo en este punto, la doctrina sostiene una interpretación del precepto que hubiera permitido una aplicación inmediata de dicho derecho: su subsunción o relación directa con los derechos fundamentales que sí son objeto de aplicación inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo.

Por tanto, frente a la tesis del carácter de derecho subjetivo de configuración legal del derecho de acceso, con la inevitable consecuencia – asignada por el Tribunal Supremo- de su eficacia mediata y diferida hasta la entrada en vigor de la Ley que desarrolló dicho precepto constitucional -la LRJAP-, este sector doctrinal se inclinó por considerar al derecho de acceso como elemento integrante y necesario de determinados derechos fundamentales y, por consiguiente, contagiado de alguna manera de dicha naturaleza fundamental, lo que determinaba que el precepto contenido en el art. 105 b) CE fuera de inmediata aplicación.

Esta fue la postura adoptada por SAINZ MORENO al poco tiempo de la promulgación de la Constitución. Frente a la muy discutida Sentencia del Tribunal Supremo, ya analizada, cuya postura era la de rechazar al eficacia directa del derecho de acceso, SAINZ MORENO reivindica dicha aplicabilidad inmediata, para lo cual presenta varios argumentos.

En primer lugar, frente a la determinación de la Sentencia respecto a la esencial intermediación del legislador que impone la expresión “la ley regulará”, SAINZ MORENO afirma que “la expresión la ley regulará utilizada con alguna frecuencia en nuestra Constitución, no tiene en ella un único significado técnico, válido para todos los supuestos en los que aparece”²⁸¹, por lo que este desarrollo no tiene por qué ser esencial y previo a la aplicación del precepto.

En segundo lugar, y como argumento central, el autor aduce que, en este caso precisamente “el artículo 105 b) de la Constitución no se limita a formular una «declaración de principios básicos» del tipo de la contenida en el Capítulo II del Título I (arts. 39 a 52), cuyo valor es el que le confiere el artículo 53.3, sino que tiene un contenido normativo bien definido tanto positivamente («acceso a de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos») como negativamente («salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»), contenido que consiste, en definitiva, en una concreción del derecho a la libertad de expresión regulado por el artículo 20 y, por tanto, amparado en lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución”.

De todo ello deduce el autor que el art. 105 b) CE, al hacer una concreción del derecho de libertad de expresión contenido en el art. 20 CE, es un precepto de inmediata aplicación sin previo desarrollo legislativo y sin que ello suponga, por otra parte, la modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo: “no es condición esencial para el ejercicio de este derecho que el legislador lo regule, pues tal regulación no «lo hace posible» sino que, simplemente, lo desarrolla y reglamenta con la finalidad de que su ejercicio sea «ordenado» [...] delimitando, por otra parte, el alcance de ciertas restricciones [...]. Mientras tal regulación se produce, la Administración

²⁸¹SAINZ MORENO, “El acceso de los ciudadanos...” *op. cit.* pág. 121.

deberá adoptar, caso por caso, la decisión que corresponda dentro de los límites normativos trazados por la Constitución y por las demás normas de ordenamiento vigente que no anulen el contenido esencial”²⁸².

Como último argumento, SAINZ MORENO afirma que la aplicación inmediata del precepto que nos ocupa no supone modificación alguna de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo además ambas normas perfectamente compatibles entre sí. Por ello, concluye el autor, “el artículo 105 b) de la Constitución, en cuanto que realiza una concreción del derecho de libertad de expresión (artículo 20 de la Constitución), es un precepto de inmediata aplicación sin previo desarrollo legislativo y sin que ello suponga, por otra parte, la modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo. En tanto que la ley especial se dicta, el ejercicio de este derecho no tiene más límites que los que resultan de la misma Constitución y del resto del ordenamiento vigente (en especial de la legislación sobre secretos oficiales) en la medida en que, estos últimos, sean compatibles con el contenido esencial del derecho reconocido por el citado artículo”²⁸³.

Esto es, si bien SAINZ MORENO no dice con todas estas palabras que el derecho de acceso participa de la naturaleza de los derechos fundamentales por su relación con el derecho a la libertad de expresión contenido en el art. 20 CE, sí puede deducirse de su argumentación que es ésta su opinión y que, precisamente, la aplicabilidad inmediata que reivindica de este precepto deriva de esa peculiar naturaleza jurídica. Ello se puede deducir, fundamentalmente, de su afirmación de que el derecho de acceso es una “concreción” del derecho a la libertad de expresión y que, por lo tanto, se encuentra “amparado por los dispuesto en los párrafos 1 y 2 del art. 53 de la

²⁸² *Ibidem*, pág. 122.

²⁸³ Recordando además al respecto que debe hacerse una interpretación de la norma que resulte compatible con los preceptos constitucionales. *Ibidem*, pág. 121.

Constitución”²⁸⁴, que es lo mismo, al fin y al cabo, que reconocer que el derecho de acceso participa de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales y, por lo tanto, de su específica protección además, claro está, de su inmediata eficacia y aplicabilidad directa –puesto que por ello se utiliza este argumento y no otro-²⁸⁵.

Esta técnica jurídica para calificar el derecho de acceso fue adoptada también por MUÑOZ MACHADO, aunque vinculando este autor esencialmente el derecho de acceso con otro derecho fundamental, el de la participación política prevista por el artículo 23 CE, en crítica de la misma Sentencia del Tribunal Supremo. De esta manera, aducía que el derecho a obtener información es una exigencia del derecho de participación y del derecho de expresión, que precisan de una información previa, por lo que, conectados los preceptos de los arts. 20, 53 y 105 b) CE, el derecho de acceso a los documentos administrativos “es directamente aplicable, vincula a los poderes públicos y su ejercicio está garantizado mediante procedimientos especiales de amparo ordinario y constitucional”²⁸⁶.

²⁸⁴ *Ibidem*, pág. 122.

²⁸⁵ Recordemos que el art. 53 encabeza el capítulo IV, del Título II de la Constitución bajo el rótulo de “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” y dispone en sus apartados primero y segundo que: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

²⁸⁶ MUÑOZ MACHADO, S. “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en el *Seminario sobre “Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas”*, organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, en cita de SAEZ LORENZO, M.C., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1982, págs. 38 y 39.

También MESTRE DELGADO²⁸⁷ mantiene una postura que no se encuentra muy alejada de las anteriores, aunque con ciertas matizaciones, puesto que este autor, además de considerar al derecho de acceso como instrumental de algunos derechos fundamentales o en íntima conexión con éstos, considera que estamos ante la enunciación del principio de transparencia de la actuación de la Administración y ante “una garantía que incorpora, no ya la atribución de un derecho reaccional, frente al comportamiento administrativo, sino el principio participativo [...]. En este ámbito se integra, en mi opinión, el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, que el artículo 105 b) de la Constitución reconoce, y que constituye, por otra parte, un reflejo importante del principio de transparencia administrativa, que el profesor CH. DEBBASCH califica como perteneciente a una tercera generación de derechos del hombre, y que posee innegable carácter de medio de control de la actuación administrativa. Y ello en un doble aspecto: de una parte, en el más inmediato que se encuentra vinculado a la posición del interesado en cada concreto procedimiento administrativo, en la medida en que puede reconocerse su derecho a conocer el contenido concreto y, puntualmente, del mismo; de otro lado, en el más amplio relacionado con el derecho de los ciudadanos a estar informados –y cuestión más polémica y compleja, en su caso a actuar- del funcionamiento ordinario y cotidiano de las Administraciones. La determinación del alcance de este derecho, su significación y eficacia, constituye una labor, desde esta perspectiva, de indudable trascendencia para ultimar, en definitiva, el régimen de garantías de la posición que ocupa, en nuestro Derecho Administrativo, el ciudadano”²⁸⁸, cuestión que tendremos ocasión de analizar más adelante.

²⁸⁷ MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Cívitas, 1988.

²⁸⁸ *Ibidem*, págs. 25, 28 y 29.

Desde el punto de vista de su calificación como derecho, MESTRE DELGADO considera que el art. 105 b) CE establece, además de un mandato constitucional, un auténtico derecho al que debe otorgársele eficacia inmediata porque “cualquier actuación de los poderes públicos debe estar dirigida a favorecer la efectividad del derecho reconocido en el art. 105 b) de la Constitución” y que “no constituye una decisión ajustada a las exigencias constitucionales denegar el acceso a los archivos y registros administrativos por el mero hecho de que [no] exista desarrollo legal del tantas veces repetido precepto constitucional”²⁸⁹. El autor, si bien no se apoya en este argumento para justificar la eficacia inmediata del precepto señalado, sí considera que estamos ante un derecho que resulta instrumental de otros derechos fundamentales.

En especial, el autor hace un análisis de la relación del derecho de acceso con los derechos y libertades fundamentales previstos en los arts. 23²⁹⁰, 20.1 d)²⁹¹, 24.1 CE²⁹².

²⁸⁹ *Ibidem*, pág. 82.

²⁹⁰ “Es claro -dice el autor-, que el derecho a acceder a los archivos y registros administrativos constituye un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho fundamental a que alude el art. 23.1 CE”. *Ibidem*, pág. 88.

²⁹¹ “Es evidente que el derecho fundamental que nos ocupa [a comunicar y recibir información veraz] ampara la libertad de los informadores a acceder a los archivos y registros administrativos”. *Ibidem* pág. 98.

²⁹² Dice el autor a este respecto que “entendido el derecho de acceso a registros y archivos administrativos como un derecho instrumental, que coadyuva a la formación de una opinión pública libre, al mantenimiento del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es difícil convenir en que la negativa al ejercicio del mismo pueda determinar una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es distinto, según hemos indicado, al estricto derecho de audiencia. Lo que sucede es que con motivo de la denegación de la posibilidad de conocer documentos incorporados a expedientes administrativos, es posible apreciar la existencia de vulneraciones al derecho que venimos analizando; la cuestión se plantea en los siguientes términos: si el derecho a la tutela judicial incorpora el derecho a acceder sin trabas justificadas a la Jurisdicción y, eventualmente, el de

Sin embargo, de esta vinculación MESTRE DELGADO no parece deducir que el derecho de acceso participe de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales o que se trate de un elemento integrante de los mismos. Bien al contrario, el autor afirma que el derecho de acceso “goza de virtualidad propia, como instrumento para el control de las Administraciones Públicas”, si bien “proyecta sus efectos sobre otros derechos que gozan también de protección constitucional”²⁹³. Esto es, aunque vincula –pues es indudable la existencia de esa vinculación- el derecho de acceso con algunos de los derechos fundamentales previstos por la Constitución, no concluye que esta relación otorgue carácter fundamental al derecho de acceso²⁹⁴, pues, además,

obtener una resolución fundada en Derecho, sobre el fondo, es preciso que los jueces –y las partes, a fin de respetar el principio de contradicción- puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la Jurisdicción”. *Ibidem*, pág. 107

²⁹³ MESTRE DELGADO, “Consideración introductoria sobre el derecho de acceso a registros y archivos administrativos” *RCDI*, 1999, pág. 1427.

²⁹⁴ Esta postura también es sostenida por otros autores que, si bien califican al derecho de acceso como un derecho subjetivo de configuración legal, no desconocen que éste está íntimamente vinculado al ejercicio de algunos de los derechos fundamentales, especialmente los enunciados por los arts. 20 y 23 CE, pero sin que de ello se derive que el derecho de acceso goce de su misma naturaleza fundamental. Tal es, por ejemplo, la postura sostenida por CASTELLS ARRECHE (*op. cit.* pág. 136) para quien el derecho de acceso “también se encuentra estrechamente ligado a otros derechos constitucionales, incluso como auténtico requisito para la propia existencia real de esos derechos en sede constitucional. Así, es un lugar común que la misma libertad de expresión sólo admitirá ser realizada con un mínimo de garantía, si quien la ejercita dispone a su vez de una base suficiente de información sobre lo debatido o afirmado; del mismo modo que una de las grandes cuestiones del momento, la participación popular en las decisiones públicas, requiere ante todo estar suficientemente informado”. También en este sentido EMBID IRUJO para quien el derecho de acceso es un derecho subjetivo configurado legalmente del que “hay que alejar cualquier tipo de configuración como derecho fundamental [...] al menos de derecho fundamental según las premisas de nuestro ordenamiento constitucional para esta categoría”, lo cual no obsta para que pueda existir una conexión específica de este derecho con otros derechos fundamentales que, en todo caso, no le comunican su carácter fundamental. “Lo único que sucederá en el plano de la práctica –dice el autor- es que, muy probablemente, la articulación procesal de la discusión en torno al acceso de los documentos, se fundamentará, sustancialmente, sobre el derecho de participación política o la

como hemos visto, el autor correlaciona la eficacia inmediata del derecho de acceso no con su carácter fundamental, sino con su traducción como elemento garante del principio de transparencia²⁹⁵.

FERNÁNDEZ RAMOS ha sido quien más radicalmente parece haber defendido esta postura y, de esta manera, sostiene como tesis que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho a recibir información. Para ello, este autor parte de considerar –en contra de lo sostenido por CHINCHILLA MARÍN- que la libertad de información recogida por el art. 20.1.d) CE no se limita a reconocer la posibilidad de los medios de comunicación de recabar información y la del público de recibir “noticias”, sino que “el objeto de la libertad de informarse está constituida por lo que convencionalmente se llaman las “fuentes de información”, es decir, un objeto que comprende una multiplicidad de figuras [...] y en cuanto al contenido de la libertad de informarse, sería el acceso a dichas fuentes, que comprendería actividades muy heterogéneas: desde la mínima, consistente en la mera recepción de las noticias [...] hasta actividades de investigación. Pero en todo caso el derecho a informarse es claramente un derecho de libertad”²⁹⁶. Esto es, para dicho autor, frente a las tesis que sostienen un derecho de estructura prestacional en el que el derecho enunciado presupone sólo una actividad pasiva del público a recibir las noticias, para FERNÁNDEZ RAMOS

libertad de expresión para, de ese modo, incrementar las posibilidades de garantía jurisdiccional”. EMBID IRUJO, “El derecho de acceso...”, *op. cit.* págs. 732 y 733.

²⁹⁵ No obstante, no es ésta una posición unánime. FERNÁNDEZ RAMOS (*El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 335) considera, contrariamente a la postura doctrinal de MESTRE DELGADO, que puede deducirse implícita en ella que “en determinados supuestos, debido a su función instrumental en relación con determinados derechos fundamentales, el derecho de acceso pasaría a integrarse en el contenido de tales derechos y, en consecuencia, éstos le comunicarían –en tal contexto- su carácter fundamental”, aunque FERNÁNDEZ RAMOS reconoce que se trata de una opinión que “el autor no expresa de un modo general y, en todo caso, no la lleva hasta sus últimas consecuencias”.

²⁹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS *El derecho de acceso...*, *op. cit.* págs. 350 y ss.

este derecho incluye una facultad de los ciudadanos a informarse (un derecho de libertad) dentro del derecho a recibir información del art. 20.1. d) CE. “Este precepto –dice el autor sobre el art. 105 b) CE- significa declarar, de un modo directo, la publicidad de la información contenida en los archivos y registros administrativos, de tal modo que la información plasmada en los documentos en ellos depositados debe ser considerada como información pública y puede ser objeto inmediato de la libertad de informarse, contenida en el derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE , salvo aquella información que afecte a los bienes constitucionalmente protegidos²⁹⁷. Asimismo, el art. 105 b) CE establece no tanto una reserva de ley como un mandato positivo al legislador –con unos límites predeterminados- para que regule el ejercicio de este derecho, pues el constituyente parte de la efectiva inexistencia de dicha regulación”.

FERNÁNDEZ RAMOS intenta, no obstante, compatibilizar su argumento del derecho de acceso como parte integrante del derecho fundamental previsto por el art. 20.1.d) CE y, por tanto, de aplicabilidad inmediata, con la necesidad de un desarrollo legislativo ordenado por el art. 105 CE, que no afectaría a otros casos del derecho a la información que no necesitan, según el texto constitucional, de ninguna Ley para regular su ejercicio. Para ello considera que “aun cuando el ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos, como derecho de libertad que es, no puede ser condicionado a un previo desarrollo legal, ello no significa que tal desarrollo sea irrelevante. De modo similar a lo que ocurre con otros derechos de libertad, el derecho de acceso precisa para su pleno desenvolvimiento como institución de un cierto contenido prestacional que, obviamente, no está garantizado por el art. 20.1. d). En concreto [...], el dispositivo del derecho de acceso debe ser completado con una cierta actividad de la Administración

²⁹⁷ Esto es, la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

de «información sobre la información» y en particular mediante la actividad de señalización de los documentos. La falta de una normativa sobre este aspecto no impide el ejercicio individualizado del derecho, pero sin duda resta efectividad al conjunto de la institución»²⁹⁸.

PARADA y BACIGALUPO SAGGESE se alinean con esta tesis de FERNÁNDEZ RAMOS, aunque introducen ciertas matizaciones a la misma, pues si bien sostienen que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho fundamental a recibir información, al mismo tiempo lo califican de derecho subjetivo de configuración legal, aunque con consecuencias jurídicas radicalmente distintas a las expuestas por los autores que sostienen esta postura doctrinal. Para PARADA y BACIGALUPO SAGGESE, aunque el art. 105 CE no menciona en ninguno de sus tres apartados la palabra *derecho*, “no cabe duda que el triple mandato al legislador en ellos contenido tiene por objeto la regulación por éste de tres auténticos derechos subjetivos”. Postura que matizan añadiendo que “el art. 105 CE no contiene ciertamente derechos constitucionales acabados, pero sí, cuando menos, derechos constitucionales de configuración legal y no meras normas declaratorias de principios constitucionales de carácter programático, necesitados para ser efectivos de normas legales que los desarrollen. Ello conlleva, por tanto, que también el art. 105 b) CE es de aplicación inmediata. Ahora bien, [...] la eficacia normativa directa de este precepto constitucional nada aclara sobre si el derecho de acceso a los documentos administrativos es [...] un mero derecho de configuración legal (es decir, un derecho que –si bien es inmediatamente operativo- requiere de desarrollo legal para ser plenamente efectivo), un derecho instrumentalmente conectado con el ejercicio de determinados derechos fundamentales (en particular, los reconocidos en los arts. 20.1.d),

²⁹⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* págs. 356 y 357. No obstante, creo que resulta harto discutible el que el derecho de acceso a los archivos y registros pueda ser clasificado simplemente de derecho de libertad. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

18.1, 23.2 o 24.1 CE) y por ello dotado, en ocasiones, de naturaleza fundamental o, bien incluso un derecho fundamental propiamente dicho por hallarse implícito o ser una manifestación concreta del derecho fundamental a recibir libremente información (art. 20.1 d) CE). [...] Por nuestra parte, compartimos el punto de vista [...] según el cual el derecho de acceso a los documentos administrativos no es sino una manifestación del derecho fundamental a recibir información, y más concretamente de la libertad de informarse en cuanto derecho de libertad también contenido en el citado artículo 20.1 d) CE.”²⁹⁹.

4. El art. 105 b) CE como precepto constitucional declarativo de principios.

Si bien, como hemos tenido oportunidad de ver, la doctrina no está de acuerdo respecto del fundamento del art. 105 CE, ni sobre su configuración como derecho, si parece estar más de acuerdo en cuanto al hecho de que, a través de su anunciado, la Constitución establece una serie de principios de actuación de la Administración. Ahora bien, las posiciones doctrinales también varían en lo que se refiere al principio que se enuncia: principio de transparencia, principio de publicidad de la actuación administrativa o principio participativo.

Así lo declaraba muy tempranamente tras la aprobación del texto constitucional Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ para quien “el artículo 105 b) introduce en nuestro ordenamiento un principio de publicidad y

²⁹⁹ PARADA VÁZQUEZ, R. y BACIGALUPO SAGGESE, M. “Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. ALZAGA VILLAAMIL, Cortes Generales, 1996-1999.

transparencia en la acción administrativa directamente lanzado contra las restricciones impuestas en el pasado por la Ley de Secretos Oficiales”³⁰⁰.

Por otro lado, también la doctrina ha visto, en este artículo, una enunciación esencial del principio de participación. Para ÁLVAREZ RICO, en este sentido, está claro que la regulación del derecho de acceso es de singular valor para comprobar el alcance de la participación ciudadana, siendo “motor de la modernización de la Administración Pública y acicate para su eficacia y transparencia, como sistema para acercar la Administración al ciudadano, dando paso a una nueva cultura administrativa” y también destaca su importancia como “medio o soporte de otros derechos como el de participación, el de comunicar o recibir información libremente o el de igualdad ante la Ley”³⁰¹.

De la enunciación de estos principios se deriva, para un sector de la doctrina, además, un mecanismo de control para la Administración. Ésta es la posición sostenida, entre otros por ÁLVAREZ RICO para quien “una vertiente del máximo interés del derecho a la información es la de su utilización como dispositivo para controlar la actividad de la Administración. Sólo los controles externos alcanzan mayor grado de efectividad y, entre ellos, pese a sus deficiencias evidentes, el judicial es el que goza de mayor aceptación y confianza. Sin embargo, ni este control ni el parlamentario potenciado por en nuestra Constitución, ni siquiera la actuación del Defensor del Pueblo, podrán efectuarse con posibilidades de éxito si falla la información administrativa, si los documentos y los registros son escamoteados a los ciudadanos, si la Administración cierra a cal y canto sus recintos impidiendo que el público se acerque a ellos en demanda de información. [...] Creemos que estamos ante

³⁰⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución” en *Lecturas sobre la Constitución Española (I)*. UNED, 1978, pág. 369.

³⁰¹ ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I., “El derecho de acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág.474

un valioso instrumento para remodelar a fondo las relaciones Estado-ciudadanos y Administración-administrados [...]. El Derecho a la información es un instrumento imprescindible al servicio del control de la Administración Pública”³⁰².

BERMEJO VERA señala la importancia que el art. 105 CE tiene en el plano de la garantía de los “directamente afectados” desde una triple vertiente: “a) como garantía de que los ciudadanos serán oídos –y, en consecuencia, podrán conocer públicamente los expedientes- en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; b) como garantía respecto del sistema de producción de las decisiones administrativas –y, por tanto, frente al secretismo procedimental- a través de la audiencia del interesado; y c) como configuración de un derecho subjetivo de acceso a los archivos y registros administrativos concedido a los “ciudadanos”, de cuyo ejercicio afirma que “constituye una importantísima garantía para la efectividad real de la transparencia de las Administraciones”³⁰³.

También en este sentido CASTELLS ARTECHE, de manera mucho más dramática, sitúa la necesidad del reconocimiento del derecho de acceso en la sociedad moderna industrial, en la que “quien posee un máximo de información ostentará una igual equivalencia de poder. Desde este plano, la tradicional «potentior persona» denominada Administración Pública estará en condiciones, mediante el substancial acopio de elementos informativos a su disposición, de desnivelar en mayor medida aún el oscilante fiel de la balanza cara a unos administrados paulatinamente disminuidos. [...] Incidencia que se producirá en la habitual tensión entre el poder y libertad que supondrá una vez más para la Administración pública y el Derecho que la regula, un difícil

³⁰² ÁLVAREZ RICO, “El derecho de acceso a los documentos...”, *op. cit.* pág. 125.

³⁰³ BERMEJO VERA, J. “El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del Ordenamiento jurídico español”, en *REDA*, núm. 57, 1988.

reto; una vez más esta parcela institucional y jurídica significará, como ha hecho notar VILLAR PALASÍ, la palestra de lucha entre una incesante creación y expansión del poder y un constante crecimiento de técnicas de garantía contrapuestas, con la pretensión de alcanzar el adecuado equilibrio entre privilegios y garantías. La descompensación relacional Administración-administrados, fruto de la acumulación de poder en el seno de la Administración requiere la virtualización de cuantos derechos puedan instrumentalizarse al servicio de los ciudadanos, para que verdaderamente y sin menoscabo del interés general y de la operatividad de la Administración su esfera vital sea respetada. En este contexto es oportuno situar el derecho del artículo 105 b) de la Constitución [...]. Será imprescindible hallarse informado, para aspirar con fundamento a la democratización de las estructuras administrativas y al control de sus actuaciones”³⁰⁴.

EMBID IRUJO también entiende que el art. 105 b) CE consagra –además de un derecho subjetivo- un principio objetivo del funcionamiento de la actual Administración pública, que se relaciona, de manera esencial, con los principios de transparencia administrativa y de control de la Administración pública que, para el autor “opera a varios niveles y no sólo, obviamente, por la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa”³⁰⁵.

POMED también destaca el papel del derecho de acceso como mecanismo de control de la Administración y como mecanismo de participación en el poder político y la interacción que se produce entre estos dos elementos: “la información presenta, en nuestra sociedad finisecular, una doble faz. De una parte su posesión deviene un requisito imprescindible para poder participar en el proceso democrático, controlando a los gobernantes. De otra, el ciudadano aparece en muchas ocasiones inerme frente a su aprehensión ilegítima, violándose de este modo el derecho a la intimidad. Aspectos ambos

³⁰⁴ CASTELLS ARTECHE, *op. cit.* págs. 135 y 136.

³⁰⁵ EMBID IRUJO, *op. cit.* pág. 729.

que se interrelacionan, puesto que frente a determinadas actuaciones de los poderes públicos que los ciudadanos perciben como limitadoras de su esfera de libertad y de participación en los asuntos públicos, esos mismos ciudadanos reaccionan exigiendo un mayor caudal de información y la reducción de los espacios ajenos al control democrático”³⁰⁶.

MESTRE DELGADO es quien, a mi juicio, ha destacado de manera más rotunda este aspecto del derecho de acceso, desde el punto de vista de la interacción existente entre los principios participativo y de transparencia como mecanismos esenciales del control de la Administración. Así, afirma el autor sobre el art. 105 b) que “esta regla constituye la expresión del principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas, que sirve, en definitiva, para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, consustancial con el principio democrático. La consideración del carácter prestacional de las Administraciones Públicas y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a quienes debe servir en el Estado Social de Derecho, subrayan el vigor constitucional de aquél principio. Su justificación en nuestro orden constitucional deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa.”³⁰⁷.

Por último, pero no por ello menos importante, debemos destacar en este sentido la importancia que SAINZ MORENO da a este precepto a la hora de la búsqueda de un necesario equilibrio que debe de existir entre las exigencias de transparencia y la existencia de reticencias a la misma por parte de la Administración –así como, no hay que olvidarlo, casos en los que el secreto o la reserva, son necesarios y obligatorios, además de garantía de determinados

³⁰⁶ POMED SÁNCHEZ, “La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa” en *Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez. (Tomo I)*, Cívitas, 1993.

³⁰⁷ MESTRE DELGADO “Consideración introductoria...” *op. cit.* pág. 1435.

derechos fundamentales-, para lo cual que participa con gran relevancia el principio establecido por la Constitución, entre otros, en el art. 105 b). Así, el autor señala que “el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos (arts. 9.2 y 23.1 CE). Y, sin embargo, al mismo tiempo que se pide transparencia, se exige a la Administración que se guarde riguroso secreto de todo aquello que conoce y cuya difusión externa, o comunicación interna, pueda causar algún perjuicio personal, profesional o económico a los ciudadanos. [...] Así pues, de un lado la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide [arts. 105.b), 109 y 23 CE], pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente³⁰⁸ .

IV. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DEL ART. 105 B) CE.

De las posturas doctrinales anteriormente estudiadas se deduce la riqueza e importancia jurídico-política que se deriva de un precepto constitucional que, sin embargo, no suscitó prácticamente debate político alguno en el momento de su formulación y que pasó casi desapercibido en el proceso constituyente. El hecho, además, de la tardanza en su desarrollo por parte del legislador –casi catorce años desde la aprobación del Texto constitucional-, hace entrever la dificultad y las reticencias existentes para articular legalmente un derecho y un principio objetivo que podrían llevar a revolucionar la tradicional actuación oscurantista de la Administración, pero

³⁰⁸ SAINZ MORENO, F. “Secreto e información en el Derecho Público” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Cívitas, 1991.

cuyo reconocimiento sin las pertinentes garantías puede llevar a situaciones incluso más perniciosas que las provocadas por la apertura³⁰⁹.

El equilibrio entre secreto y transparencia se planteaba pues, en los primeros años de la democracia, como un problema jurídico-político cuyas soluciones, además de requerir para su articulación de una exquisita técnica jurídica, debían superar una tradición de siglos en una coyuntura política de transición hacia un régimen democrático de instituciones plenamente sometidas a la ley y a los controles que son propios de las democracias.

Es en este contexto –creo- en el que se deben de situar determinadas afirmaciones doctrinales –como las sostenidas por SAINZ MORENO Y MUÑOZ MACHADO en sus críticas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979, que consideró que el derecho de acceso no era aplicable³¹⁰,- en las que, más que sostener una determinada concepción de la naturaleza jurídica del derecho de acceso, lo que buscaban era la efectiva realización del principio de transparencia y la consecución de un cambio real en las estructuras de la actuación administrativa y en la relación de la Administración con los ciudadanos, resultando prácticamente insoportable la idea de que dicho cambio, propugnado no sólo por el texto constitucional sino por la sociedad española, se dejara en manos de la decisión política de los legisladores.

Me parece por ello adecuado realizar -sin perder de vista, por supuesto, las valiosísimas aportaciones de la doctrina en la cuestión-, un nuevo estudio del precepto constitucional, partiendo desde la óptica de la propia Constitución, pero sin las presiones de tener que esgrimir argumentos

³⁰⁹ En este sentido vid. SAINZ MORENO, “Secreto e información...” *op. cit.* y BERMEJO VERA, “El secreto en las Administraciones Públicas...” *op. cit.*

³¹⁰ Afirmando, como ya hemos tenido ocasión de analizar, la aplicabilidad inmediata del art. 105 b) CE por su participación del carácter fundamental del derecho a la información contenido en el art. 20.1 d) CE, del que consideran forma parte el derecho de acceso.

jurídicos cuyas consecuencias prácticas tuvieran una importe trascendencia por conllevar la aplicabilidad o no del derecho de acceso. Estudio, sin embargo, que resulta de interés no sólo para enjuiciar el desarrollo legislativo llevado a cabo por la LRJAP en su art. 37, sino también porque se efectúa en un tiempo en el que se avecina la necesidad de valorar el alcance de las previsiones constitucionales y legales sobre el derecho de acceso a la luz de la nueva normativa del Consejo de Europa, puesto que, una vez se apruebe el texto legal del instrumento obligatorio sobre el derecho de acceso a los documentos oficiales que se está elaborando en el seno del Consejo de Europa, éste resultará plenamente vinculante para España.

Para llevar a cabo este estudio, es conveniente replantearse la perspectiva de análisis del art. 105 b) CE, partiendo, para ello, de una interpretación objetiva del precepto a fin de delimitar cuál sea su naturaleza jurídica y su fundamento, para poder, a partir de esta configuración, estudiar su virtualidad normativa y jurídico-práctica conforme a las técnicas del Derecho administrativo.

Para poder determinar la configuración constitucional que nuestra Norma Fundamental da del derecho de acceso en su artículo 105 b), hay que comenzar por establecer cuál sea el valor normativo que ésta le otorga, tarea que se va a afrontar, en primer lugar, recordando el valor normativo de la Constitución en su conjunto y el de las distintas partes que la componen; en segundo lugar, interpretando el art. 105 b) CE a través de las técnicas hermenéuticas propias del Derecho, fundamentalmente a través de la combinación de los criterios literal, histórico, sistemático y axiológico; para terminar, a partir de este análisis del precepto, determinando cuál es la eficacia jurídica que al mismo otorga la Constitución.

1. El valor normativo de la Constitución en relación con el art. 105 de la misma.

La cuestión del valor normativo de la Constitución, que suscitó una viva polémica poco tiempo después de su aprobación, fundamentalmente al hilo de la publicación del importantísimo trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA “La Constitución como norma jurídica”³¹¹, es ahora una cuestión fuera de duda, aceptada como tal, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional.

La Constitución española se configura, por tanto, como una constitución normativa, por oposición a las constituciones políticas del siglo XIX, en el sentido de que se trata de una norma jurídica, la norma suprema, además, del ordenamiento jurídico. Carácter jurídico que, sin duda, buscaban los constituyentes y que tuvo plasmación directa en numerosos preceptos, entre los cuáles resultan esenciales los arts. 1, 9.1 y 53 CE.

Valor normativo que, como es harto sabido, no es homogéneo en cuanto que, como texto fundamental y vértice del ordenamiento jurídico, cumple numerosas funciones: de carácter político, organizativo y garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que se traducen en preceptos de distinta naturaleza y aplicabilidad. Como resumiera GARCÍA DE ENTERRÍA, “la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad”³¹².

³¹¹ Publicado junto con un trabajo sobre el Tribunal Constitucional en la obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, 1981.

³¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma jurídica” *op. cit.* pág. 49.

A) La heterogeneidad normativa de los preceptos constitucionales.

SANTAMARÍA PASTOR³¹³, teniendo en cuenta esta heterogeneidad del Texto Constitucional, clasifica los preceptos constitucionales en cinco grupos:

a) En primer lugar, las que denomina “normas principales”, cuya función es definir los rasgos generales del sistema político, los valores superiores del mismo, los fines generales del Estado y los principios vertebradores del sistema normativo.

b) Las que el autor llama “normas directivas de la actividad de los poderes públicos” entre las que se encuentran mandatos al legislador –consistentes bien en la orden de elaboración y aprobación de leyes específicas o en la imposición de regular una materia concreta-, habilitaciones al legislador para regular potestativamente materias determinadas –normalmente con indicaciones parciales acerca del contenido que deben regular-, reservas de ley y directrices materiales de la actuación de los poderes públicos –en cuanto que ordenan la persecución de determinados fines u objetivos-.

c) En tercer lugar, las “normas organizatorias” entre las que el autor incluye las normas constitutivas de entes u órganos públicos y las normas atributivas de competencia a dichos órganos.

d) Las “normas materiales”, que engloban los preceptos relativos al sistema de fuentes, las que reconocen derechos constitucionales, así como otras que establecen determinadas materias de carácter constitucional.

e) Por último, las que SANTAMARÍA denomina como “normas garantizadoras” que “tienen por objeto establecer los órganos,

³¹³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ramón Areces, 1988, págs. 444 y ss.

procedimientos y principios tendentes a asegurar el respeto al texto constitucional y, en general la observancia del sistema normativo”.

Según establece el art. 9.1 CE, “los poderes públicos están sujetos a la Constitución” y, como tal, la Administración se encuentra sujeta a todos los tipos de normas –con su distinta eficacia jurídica- de la clasificación anterior. Así, la Constitución configura a la Administración con una serie de prerrogativas y potestades, pero sometida al cumplimiento de una serie de principios, objetivos en el ejercicio del poder y limitaciones, entre ellas, por encima de todas las demás, el respeto en su actuación al servicio de los intereses generales de los derechos y libertades fundamentales.

Para garantizar el necesario equilibrio entre las potestades de la Administración y los derechos de los ciudadanos, la Constitución establece una serie de garantías constitucionales, que en la terminología de la clasificación utilizada, han sido calificadas como “normas garantizadoras”. Mandatos que la Constitución establece y que la Administración debe en todo caso respetar a la hora de articular los mecanismos para servir el interés general, sin lesionar las libertades y derechos fundamentales en ese ejercicio de poder.

Sin embargo, algunas de estas garantías constitucionales se establecen en la Constitución en forma de lo que acabamos de denominar “normas directivas de la actividad de los poderes públicos”, que necesitan de una posterior articulación jurídica que los desarrolle y configure. Articulación que corresponde al poder legislativo cuando se trata de elementos esenciales de la configuración política del reparto y ejercicio del poder; de ahí, que la Constitución establezca para estas cuestiones una reserva de ley o un mandato directo al legislador para que las regule.

B) La situación del art. 105 CE entre los preceptos constitucionales.

Es en este contexto, entiendo, en el que debe situarse al art. 105 CE en su totalidad. Ubicado sistemáticamente dentro del Título VI relativo al Gobierno y a la Administración, en él tiene cabida la articulación y ejercicio del poder por parte del Gobierno y la Administración y las directrices que debe de seguir en este ejercicio³¹⁴. Por ello, se establecen una serie de principios objetivos a los que debe someterse –enunciados fundamentalmente en el art. 103 CE-, y una serie de controles objetivos a la misma, que suponen el necesario cumplimiento de las “normas garantizadoras”, como son las garantías de los derechos y libertades fundamentales (arts. 53 a 55 CE), el control de la legalidad administrativa (art. 106 CE) o los controles sobre las Administraciones de las Comunidades Autónomas (art. 155 y 161.2 CE).

Es en este contexto, precisamente, en el que creemos debe de situarse al art. 105 CE en su totalidad, puesto que establece una serie de garantías constitucionales, entendidas desde una triple vertiente.

a) En primer lugar, el apartado primero de este art. 105 CE establece la participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones de carácter general. Esto es, se enuncia, a través del principio participativo, un control de

³¹⁴ En este sentido, como veremos [*infra*, apartado IV.2.B).b) de este capítulo] es innegable la vinculación existente entre el art. 105 y los artículos que lo acompañan, 103 a 107 CE, que establecen los principios esenciales de funcionamiento de las Administraciones Públicas, aunque como afirma SÁNCHEZ MORÓN “para conocer cómo se regula la Administración en la Constitución es necesario no detenerse en los artículos 103 a 107, sino leer todo el texto constitucional. Los citados artículos deben integrarse con los demás preceptos constitucionales y, en especial, con los principios generales. Por otra parte, deben entenderse referidos al conjunto de las administraciones públicas y no sólo a la Administración central o del Estado, a pesar de su colocación sistemática. De ello derivan una serie de principios administrativos básicos que podríamos resumir así: legalidad, objetividad o imparcialidad, eficacia, descentralización o desconcentración, cohesión del aparato administrativo (jerarquía y coordinación), participación y transparencia”. SÁNCHEZ MORÓN, M. “El principio de participación en la Constitución Española”, en *RAP*, núm. 89, mayo-agosto 1979, pág. 196.

la Administración en el establecimiento de los instrumentos que le permiten el ejercicio material de las potestades que le son atribuidas. Un control previo al ejercicio, puesto que, en virtud del principio de legalidad, la Administración necesita de habilitación previa para el ejercicio de cualesquiera actividades que supongan un ejercicio de poder. De esta manera, la Constitución, así como a través de la articulación de otros principios contenidos en los arts. 9 y 103, establece aquí una garantía en favor de los ciudadanos, quienes están llamados a participar en la elaboración de esas disposiciones de carácter general junto con los órganos administrativos.

b) En segundo lugar, el art. 105 c) CE establece una garantía constitucional esencial a la hora de arbitrar la actividad de las Administraciones Públicas y el respeto de las libertades y derechos de los ciudadanos: la obligación de que toda su actividad se realice a través de un procedimiento, cauce legal en el que, además, se debe garantizar la posible defensa y participación de los ciudadanos que puedan verse afectados por dicha actuación, a través del llamado trámite de audiencia³¹⁵.

³¹⁵ La importancia que tradicionalmente se ha dado en el Derecho español al procedimiento administrativo como garantía, aparece reflejada ya en la Exposición de motivos de la Ley de 31 de diciembre de 1881, que dictó bases para el procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas: “Si los derechos de los ciudadanos han de estar debidamente garantizados, y si éstos han de contar, como es justo, con la seguridad de ser fielmente atendidos cuando los ejercitan, preciso es que en la ley de Procedimiento, la ley Adjetiva, encuentren la garantía necesaria de que será una verdad aquel ejercicio que las leyes sustantivas les reconocen, pues de otro modo el derecho podrá tenerse, pero no ejercitarse y el derecho sin ejercicio deja de ser tal derecho en la vida de la realidad. [...] De aquí el constante propósito de todos los tiempos, de las situaciones todas, de hacer leyes de procedimientos en las que el ciudadano adquiriera la confianza de que, cuando trate de hacer valer sus derechos, tiene una norma fija a que atenerse en sus reclamaciones, norma de que no puede prescindir la autoridad ante la cual le demande. Si esta necesidad se ha sentido constante y visiblemente en todos los ramos del Derecho, en donde la necesidad es más palpable, más imperiosa, es, sin duda alguna, en el administrativo, ya que por su especialidad, ya por la singularidad que ofrece de que la autoridad que en primer término ha de resolver es la representante de la

c) En tercer lugar, el art. 105 b) CE establece otra garantía constitucional, concebida ésta al margen de los procedimientos administrativos, permitiendo a los ciudadanos su defensa y el control de la actuación de la Administración aunque no sean parte o interesados en un procedimiento administrativo concreto. Garantía que resulta un elemento esencial de control de la Administración, quien está obligada a actuar correctamente y conforme al principio de legalidad no sólo por la fiscalización de su actividad por los Tribunales (art. 106.1 CE), sino también por la posibilidad de que, después de haber actuado, su labor pueda ser conocida por los ciudadanos, estableciéndose así, en este posible acceso por los mismos a la constancia escrita de su actuación, un nuevo límite y control en el ejercicio de sus potestades.

El art. 105 CE prevé, por tanto, en sus tres apartados una serie de garantías que resultan esenciales para el funcionamiento de la Administración en un Estado democrático de Derecho como es el nuestro. Dichas garantías son de tal magnitud que los constituyentes consideraron que debía de ser el poder legislativo quien las articulara para garantizar su correcto funcionamiento. Esto es, la Constitución establece una reserva de ley en estas cuestiones, lo cual es del todo lógico, puesto que no tendría razón de ser el

Administración de quien el reconocimiento del derecho se demanda”. Citado por ROYO VILLANOVA.

Este autor señalaba, a propósito del carácter esencial de la audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo, que “la necesidad de observar ciertas formas se considera, con razón, como una garantía de que el contenido se ajustará al derecho. La más eficaz de todas estas garantías es la colaboración en el procedimiento de las personas cuyos derechos u obligaciones pueden resultar o resultarán afectados por el procedimiento en cuestión”. ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, en la Revista de Estudios Políticos, núm. 48, noviembre-diciembre 1949, págs. 55 y ss.

dejar a la Administración que fuera quien estableciera las propias garantías que debe de cumplir³¹⁶.

Ahora bien, la articulación normativa en forma de ley de estas garantías, las convierte en derechos subjetivos de los ciudadanos ante la Administración, otorgándoles así una doble naturaleza jurídica: de derechos subjetivos de los ciudadanos que podrán ejercer con las limitaciones y configuraciones que la ley establezca, y de garantías enunciadas en forma de principios objetivos que, en todo caso, debe respetar la Administración.

2. La interpretación del art. 105 CE.

Una vez establecido el carácter normativo del art. 105 CE - independientemente de que después consideremos si estamos ante un precepto cuya eficacia es inmediata o se difiere a su regulación por Ley-, debemos determinar su contenido, el fundamento y la finalidad del derecho de acceso, aplicando las reglas de interpretación de las normas jurídicas.

A) Interpretación desde la perspectiva literal y lógico-gramatical.

Aunque el análisis y la interpretación de este precepto va a ser objeto de detenido estudio a lo largo de todo el presente trabajo, creo que resulta

³¹⁶ Garantías que, como veremos, tienen en su base otros tantos principios de actuación de las Administraciones Públicas -sólo que enunciados en forma de derechos subjetivos-: los principios de participación, de transparencia y de procedimiento (como principio de ordenación), todos ellos esenciales para garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos en el ejercicio de la actividad administrativa. Estas garantías de la actuación administrativa, que tienen como respectivos colorarios los principios señalados, pueden ponerse fácilmente en conexión con el derecho a una buena Administración -reconocido ahora por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 41) - que, como se ha tenido ocasión de señalar -*vid. supra*. Capítulo 2- está íntimamente relacionado con el derecho de acceso a los documentos, pues es una garantía del mismo.

conveniente anticipar, provisionalmente, un pequeño análisis lógico-gramatical y literal del artículo.

De la interpretación literal del precepto: “La ley regulará: b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la defensa y seguridad del Estado, la intimidad y la investigación de los delitos”, lo primero que destaca es que la Constitución establece un mandato al legislador: que el acceso debe de ser regulado por Ley; recordemos al respecto que hemos clasificado este artículo entre “las normas directivas de la actividad de los poderes públicos”.

Esta norma, además, establece dos tipos de directivas o mandatos a los poderes públicos: una primera, dirigida al legislador para que regule el acceso a los archivos y registros administrativos con las características y limitaciones que el artículo dispone; pero, además, del tenor de la norma se deduce un segundo mandato, esto es, deberá ser la Administración quien asegure ese acceso, en las condiciones que establece el art. 105 b) CE, con las precisiones que establezca el legislador en la regulación legal y específica de la materia.

Del tenor de la norma se deduce también que ésta tiene dos tipos de destinatarios: uno inmediato, el legislador, sobre el que establece la obligación de regular el acceso y otro de carácter mediato, los ciudadanos, que reciben una doble garantía jurídica, primero a través de la obligación del legislador por lo que se refiere a su regulación y, después, de la Administración para el cumplimiento del precepto, que, una vez desarrollado legalmente, se convertirá en un derecho subjetivo de los ciudadanos frente a la Administración (contrapartida legal de la obligación de cumplimiento que pesa sobre la Administración).

El precepto, aun siendo en primer lugar un mandato al legislador para que elabore un desarrollo legal completo del mismo, se configura como una

norma jurídica completa³¹⁷: la proposición jurídica presenta un sujeto activo, el legislador; un sujeto pasivo, la Administraciones Públicas; un contenido jurídico determinado, el derecho de acceso de los ciudadanos; un objeto de la acción jurídica, los archivos y registros administrativos; y, el alcance y límites de dicho contenido, “salvo en lo que afecte a la defensa y seguridad del Estado, la intimidad y la investigación de los delitos”.

Una vez visto el carácter de norma completa del examen lógico-sintáctico del precepto, se puede realizar un somero análisis literal del mismo. En primer lugar, el precepto no habla de “derecho de acceso”, sino de acceso –a secas- a la documentación que controla la Administración, lo cual supone que el derecho subjetivo que resulta del artículo no se deduce directamente de la redacción del artículo, sino de la obligación jurídica que establece. Estamos ante una doble obligación jurídica, la del legislador de establecer una regulación, que determinará a su vez una obligación de la Administración frente a los ciudadanos, beneficiarios de dicha obligación, pues es a estos a quienes se favorece con la posibilidad de poder acceder a los archivos y registros administrativos; esto es, una vez producido el desarrollo legislativo del precepto y como contrapartida de esta obligación, estaremos ante un derecho subjetivo de los ciudadanos³¹⁸. Por tanto, si dicho derecho subjetivo surge una vez que el legislador establezca la concreta obligación de la Administración, por el momento podemos afirmar que estamos ante un derecho subjetivo de configuración legal.

³¹⁷ Uno de los argumentos más esgrimidos por la doctrina para reclamar la eficacia directa e inmediata del precepto, *vid.* SAINZ MORENO, “El acceso de los ciudadanos...” *op. cit.* pág. 122.

³¹⁸ El carácter de derecho, del acceso a los archivos y registros, no ha sido cuestionado en ningún momento ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Así, la primera Sentencia al respecto, la del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1979, a la que nos hemos referido repetidamente, aun negando la aplicabilidad inmediata del precepto afirma que “es claro que el ámbito o extensión que debe darse al principio de publicidad, tiene que ser el fijado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sin que por tanto, se pueda reconocer a los administrados no legitimados en un procedimiento administrativo ya terminado el *derecho* de que se le dé vista del mismo”.

Este deber de facilitar el acceso, se podrá configurar como la obligación a la que queda sujeta la Administración por el ejercicio de los ciudadanos de un derecho subjetivo. No obstante, a parte de ello, hasta el momento de la configuración del derecho e incluso después de regulado éste, la Constitución establece un mandato a la Administración, un deber de actuar de manera que sea compatible con el ejercicio de ese acceso en general –si fuera tan solo la obligación correlativa a un derecho subjetivo probablemente se hubiera dado al precepto distinta redacción-; es decir, se establece aquí una pauta general de actuación de la Administración respecto a parte de sus documentos, al menos respecto de aquellos que se encuentran o deben estar recogidos en los archivos o incluidos en los registros administrativos, por lo que podemos hablar, además, de un principio general de actuación de las Administraciones Públicas.

Respecto del objeto del acceso, nos referiremos a él con más detenimiento, pero sirva ahora para configurar el precepto constitucional decir que se trata de un objeto muy bien delimitado: “los archivos y registros administrativos”. Queda claro que el artículo se está refiriendo a documentación puramente administrativa –aunque no a todos los documentos en manos de la Administración o procedentes de la misma- y no a otra documentación que se encuentre en manos de otros poderes públicos o de los particulares. El acceso, por tanto, no se refiere a la información administrativa entendida genéricamente, ni siquiera a la documentación administrativa en general, sino a aquella que se encuentre recogida o referenciada en los archivos de la Administración y en los registros administrativos. Es decir, que no nos encontramos ante un genérico derecho a la información o a la documentación administrativa, en ningún caso, tal y como éste es entendido en otros países³¹⁹.

³¹⁹ Aunque será objeto de detallado estudio, se debe señalar que el hecho de que el objeto del acceso sea a los archivos y registros administrativos, y no a la documentación de la Administración

A pesar de esta primera limitación en cuanto al objeto que se deduce de su formulación literal, hay que entender que el acceso de los ciudadanos se debe interpretar en sentido amplio y genérico, cuyas solas limitaciones son las derivadas de que pueda afectar a una serie de bienes jurídicos protegidos “la defensa y seguridad del Estado, la intimidad y la investigación de los delitos”. Salvo en estos casos, debe entenderse que el interés jurídico de los ciudadanos a conocer el contenido de los documentos administrativos – recogidos, claro está, en los archivos y registros administrativos- debe ser preferente a cualquier otro esgrimido por la Administración, por lo que dichas limitaciones o excepciones deberían, en principio, ser objeto de una interpretación restrictiva y, como tal desarrollarse así por el legislador³²⁰.

en general, determina que, en muchos casos, no sean accesibles informes y otros documentos que se han usado en la toma de decisiones y que, sin embargo, no se incorporan a los expedientes. La LRJAP, en su desarrollo normativo del precepto, ha restringido aún más el objeto del derecho de acceso, al establecer en su art. 37.1 que “los ciudadanos tienen derecho a 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 la solicitud*”.

Restricción del objeto del derecho que ha sido muy criticada por la doctrina, entre otros, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Carperi, 1993, págs. 143 y 144 y PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92)*, Marcial Pons, págs. 163 y 164. Este último, afirma de la restricción del objeto por la LRJAP que “se trata ciertamente de una amputación de un derecho constitucionalmente protegido”.

³²⁰ Aunque no haya sido éste el caso, puesto que el desarrollo legislativo operado por el art. 37 LRJAP, interpreta y desarrolla el precepto muy restrictivamente, mientras que las excepciones –que serán objeto de estudio pormenorizado, *infra*, capítulo 8- son objeto de una interpretación extensiva no sólo en cuanto a su contenido, sino también en número y objeto de las mismas. Además, debemos recordar que la regulación de este derecho dista mucho del sistema comunitario de acceso a la documentación, establecido en el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que prevé que las instituciones comunitarias a las que se les solicite ese acceso han de realizar un juicio de

B) La interpretación sistemática, axiológica y teleológica del precepto.

En la exégesis de este precepto, creo que resulta esencial tener en cuenta su análisis sistemático, dentro del propio art. 105 CE, en concreto, y dentro de la Constitución, en general, a fin de estudiar si del mismo se deduce una finalidad común.

a) La interpretación sistemática de los tres apartados del art. 105 CE.

El art. 105 CE establece una serie de mandatos al legislador para que regule elementos que se refieren a momentos distintos de la actuación administrativa: la fase de elaboración de disposiciones de carácter general en el apartado a), la fase de la instrucción de los procedimientos administrativos en el apartado c) y el tratamiento de los documentos e información administrativa que se encuentra archivada o incorporada a los registros en el apartado b). No obstante lo cual, es innegable que dichos preceptos sí tienen elementos comunes y así lo ha destacado tanto parte de la doctrina que ha llevado a cabo la exégesis de dichos preceptos constitucionales³²¹, como la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

ponderación de intereses individualizado, en el tienen que valorar, en cada caso, los intereses jurídicos protegidos por la norma y el interés jurídico superior –que se presume– en conocer el contenido de los documentos, siempre que no se refieran a las denominadas excepciones absolutas establecidas por la norma.

³²¹ No obstante, para otros, el apartado b) no guarda una estrecha relación con los otros apartados que se refieren al procedimiento administrativo e incluso ha sido perjudicial para su consideración autónoma el que se incluyera entre los apartados a) y c). DESANTES GUANTER considera al respecto que “la circunscripción del derecho reconocido por el apartado b) entre otros dos textos homogéneos entre sí y, en gran medida, heterogéneos con él, puede ser una de las razones de que no fuera objeto de discusión en el *iter* parlamentario”. DESANTES GUANTER, J.M.

Un primer elemento común que caracteriza a estos preceptos es que se trata de mandatos que mediatizan la actuación administrativa en su relación con los ciudadanos, en cuanto que establecen una serie de pautas, en forma de obligaciones jurídicas, que la Administración debe cumplir en todo caso: por ello, deberá dictar actos a través de un procedimiento administrativo en el que se garantice la audiencia de los interesados, elaborar las disposiciones administrativas garantizando la participación de los ciudadanos y permitir que los ciudadanos accedan a los elementos de constancia documental de dicha actuación, a través de la consulta de los archivos y registros administrativos en los que los agentes administrativos están obligados a consignar los documentos en los que consta por escrito su propia actuación, expedientes administrativos y otros documentos consignados en los registros.

b) La interpretación sistemática del art. 105 CE dentro del Título IV “Del Gobierno y de la administración”.

Se debe ir un paso más allá para poder observar que dichos mandatos positivos –pues, aunque el legislador debe desarrollarlos a fin de garantizar su plena aplicación son, en sí mismos y como repetidas veces ha afirmado la doctrina, suficientemente claros y explícitos como para permitir orientar la actuación de la Administración- son la traducción de una serie de principios que la Constitución establece para la actuación administrativa.

Efectivamente, si contemplamos el art. 105 CE en el conjunto de la Constitución, éste se encuentra situado dentro del Título IV, “del Gobierno y de la Administración”. En él, como es harto sabido, se dedican los primeros artículos (97 a 102) al Gobierno, a la formación del mismo y a sus funciones, mientras que los artículos 103 a 107 se refieren a la Administración. El art.

“Documentación y participación administrativa” en la *Revista General de Información y Documentación*, Vol. 2 (2), 1992, págs. 121-138.

105 se debe de poner en relación, fundamentalmente, con los arts. 103 y 106 que son los que establecen el resto de principios de actuación de las Administraciones públicas, entre otros, los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (103.1), de imparcialidad (103.3), de legalidad (106.1) y de responsabilidad (106.2).

Pues bien, el artículo 105 CE, situado entre ambos, establece también una serie de principios de actuación cuya formulación positiva, como hemos dicho, se traduce en los mandatos que el artículo dirige a la Administración y que deben desarrollarse por ley: los principios de transparencia y participación, que son garantías de los ciudadanos que la Constitución establece junto con la garantía que supone el reconocimiento de un procedimiento administrativo previo y obligatorio y el de la audiencia de los interesados que son parte en los mismos.

c) Los elementos axiológicos presentes en el art. 105 CE: los principios de transparencia y de participación.

Los principios de transparencia y de participación se encuentran enunciados, como decimos, en el art. 105 CE y son garantías reconocidas junto a la actuación reglada mediante el correspondiente procedimiento administrativo. Así lo ha entendido, además de la doctrina, como hemos tenido ocasión de estudiar en los anteriores apartados del presente capítulo, el Tribunal Constitucional, que reconoce en varias de sus sentencias que el principio participativo se encuentra reconocido en este art. 105 CE. Así, en su Sentencia 119/1995, de 17 de julio, ha afirmado que “el artículo 23.1 CE no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente. De hecho, el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones. [...] Es el caso [...] del

artículo 105, según el cual la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas [apartado a], y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos [apartado c)]”.

También la STC 102/1995, de 26 de junio, afirma que “la audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente está prevista por el texto constitucional [artículo 105 a) y c) CE]. [...] Se trata pues, de un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como de una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (artículos 1, 31.2 y 103 CE)”.

En este mismo sentido y siguiendo la doctrina constitucional, también el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) se ha pronunciado categóricamente sobre la cuestión al afirmar en su Sentencia de 4 de julio de 1987 que la “audiencia corporativa³²² es una más en la constelación de normas que a lo largo y a lo ancho del texto constitucional van diseñando la imagen de una Administración Pública auténticamente democrática y, en consecuencia, *el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido art. 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática*. [...] Se configura así una Administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o «administrados», con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta de los problemas”.

³²² Refiriéndose al artículo 105 a) CE.

Aunque, como señala el Tribunal Supremo los principios de participación y transparencia son fundamento de los tres apartados del art. 105, no hay duda de que en cada apartado se reflejan con una distinta intensidad.

a') El principio de transparencia.

Uno de los autores que mejor y más concisamente han resumido el significado del principio de transparencia, es DEBBASCH³²³. Para este autor, el término “transparencia” ha sido una imposición de las últimas décadas que ha venido sustituyendo al concepto de publicidad de la actuación administrativa³²⁴ para calificar un movimiento de la Administración de apertura hacia el exterior, sustitución que ha tenido lugar porque la idea de transparencia es más amplia y exigente que la de publicidad. Esta idea – argumenta el autor- corresponde a una presión cada vez mayor que la sociedad ejerce sobre la Administración debido a que el mayor desarrollo del peso de la Administración en la sociedad ha provocado una especie de efecto *boomerang* desplazando las tradicionales reivindicaciones frente al poder político hacia la Administración³²⁵. Los ciudadanos modernos, mejor

³²³ DEBBASCH, C. “Introduction”, en *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, pág. 11 y ss.

³²⁴ No hay más que observar, en nuestro ámbito jurídico, cómo las primeras Sentencias que se refieren al artículo 105 CE hablan de principio de publicidad (STS de 16 de octubre de 1979) y, posteriormente, se refieren, como hemos visto a los principios de transparencia y de participación (STS de 4 de julio de 1987, entre otras),

³²⁵ Así lo señala también SAINZ MORENO, cuando afirma que la “transparencia es una de las palabras clave del discurso político actual, como hace poco lo fue la de participación, que tanta euforia produjo. No es, ciertamente, una idea nueva, como no lo son la mayoría de las que se usan en el lenguaje político y jurídico actual, pero sí es, en este momento, una idea que tiene especial fuerza y se incorpora, incluso simbólicamente, a la arquitectura de los edificios públicos, bóvedas de cristal, cubos de cristal, paredes traslúcidas. Forma parte, también, de otro de los conceptos centrales del

formados, no quieren seguir obedeciendo sin conocer lo que hace la Administración. Hasta hace pocos años –continúa DEBBASCH- se estimaba que el consentimiento era la única condición existente en un sistema democrático para que los ciudadanos obedecieran, pero actualmente, a esta idea de consentimiento se une la del conocimiento: no aceptar ser gobernado sin conocer. Es esta idea moderna de conocimiento la que supone la transparencia. Por ello, el autor considera que el derecho a la transparencia forma parte de la tercera generación de derechos del hombre. Sin ella, por tanto, la Administración carecerá de verdadera legitimación en su actuación³²⁶.

DEBBASCH considera que el concepto de transparencia administrativa, que busca convertir a la Administración en una “casa de cristal” se compone de varios factores y se proyecta a través de tres mecanismos.

Los factores que determinan esa transparencia son, para este autor:

1) El derecho a saber, puesto que la Administración sirve los intereses generales y los ciudadanos tienen el derecho a saber qué ocurre en el interior de la Administración, que está al servicio de dichos ciudadanos.

2) El derecho a controlar, de manera que, sabiendo qué hace la Administración, pueda controlarse la legalidad y la oportunidad de las decisiones administrativas, sabiendo además así cómo se utilizan los fondos públicos.

momento, el de buen gobierno”. SAINZ MORENO, “Secreto y transparencia”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, dir. SAINZ MORENO, INAP, 2004.

³²⁶ DEBBASCH, *op. cit.* pág. 11. La cita está tomada literalmente del texto, en francés, del autor.

3) El derecho de los ciudadanos a ser actores y no sólo espectadores de la vida política. Es el necesario paso de administrado a usuario (y ciudadano)³²⁷.

Para la realización de todos estos elementos, el autor señala tres mecanismos o instrumentos:

1) El derecho de acceso a los expedientes administrativos. No son propiedad de la Administración sino de los usuarios, por lo que deben estar a disposición de los ciudadanos; el consumidor, el usuario, tienen el derecho a acceder a los expedientes administrativos, que son públicos.

2) El derecho de acceso a la motivación de los actos administrativos, conociendo así el proceso intelectual de la Administración en la toma de decisiones administrativas, así como el mismo desarrollo de los procedimientos administrativos.

3) Y, finalmente, la participación, puesto que –dice el autor- la mejor manera de realizar el principio de transparencia es haciendo participar a los ciudadanos en los procedimientos administrativos.

Otros autores aducen también otros motivos que han llevado a elevar la transparencia a la categoría de principio esencial de un Estado democrático. AUBY considera que “otro factor que explica esta evolución se refiere a la actitud de la Administración, consciente de la necesidad de hacerse comprender y aceptar, incluso por actividades tan poco populares como la imposición fiscal. Se trata en este caso de una respuesta a la instancia de los administrados, menos respetuosos de la autoridad, deseosos de participar, de ser tratados en calidad de asociados. Por otra parte, una nueva generación de altos funcionarios concibe la Administración como una empresa animada por un espíritu de marketing, dado que ellos consideran que la eficacia excluye

³²⁷ Vid. MONTIEL, F., “El ciudadano y el administrado” en *RAP*, núm. 48, septiembre-diciembre 1985, págs. 127 a 141.

cada vez más las relaciones de autoridad. La Administración debe llevar una política de relaciones públicas que la haga mejor conocida y admitida. La información, la publicidad constituyen elementos esenciales de esta política”³²⁸.

RIVERO³²⁹ también se pregunta por qué justamente esa necesidad de transparencia de la Administración³³⁰, de que ésta se convierta en una “casa de cristal” ha surgido en las últimas décadas, cuando la fórmula de la transparencia se encuentra ya implícita en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 15 enuncia que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”. Ahora bien, para poder pedirle cuentas, dice el autor, es necesario saber lo que hace el agente, cual es su actividad como administrador. La transparencia, por tanto, es una fórmula implícita en la Declaración de 1789, incluso en su Preámbulo. Entonces, se pregunta el autor, si los hombres de 1789 querían una Administración transparente ¿por qué no lo ha sido? ¿a qué se debe el largo olvido de esta exigencia que parecía estar incluida en la idea democrática?

La respuesta se encuentra, evidentemente, en la concepción inicial de la actividad de la Administración, como simple ejecutor de la ley sin autonomía decisoria. A lo que se añade, para RIVERO, otro factor, la concepción de la democracia representativa, como sistema en el que sólo al Parlamento

³²⁸ AUBY, J.M. “Hacia la “transparencia” de la Administración en Francia”, en *RAP*, núm. 95, mayo-agosto 1981, pág. 316.

³²⁹ RIVERO, J. “Rapport de synthèse” en *La transparence administrative en Europe*, *op. cit.* págs. 307 y ss.

³³⁰ RIVERO señala, de entrada, que el término transparencia no es jurídico de origen, sino que aparece por primera vez en el discurso político-sociológico asociado a una imagen, la de “casa de cristal” y que se trata de una palabra vaga, que carece de la precisión deseada para los términos jurídicos: “«Transparence»... -dice el autor- Je n’aime pas beaucoup les mots flous, et celui-là n’a évidemment pas la précision que nous souhaitons pour les termes juridiques”. RIVERO, *op. cit.* pág. 307.

corresponde el control de la Administración, de manera que la preconización de la apertura de la Administración a los ciudadanos supone el alejamiento del principio de la democracia representativa y el acercamiento a la democracia directa. Razones que explican, para el autor, la larga indiferencia de los Estados a la idea de la transparencia en la Administración.

El resurgimiento en las últimas décadas de esta idea no se debe, sin embargo, a una reacción popular³³¹. La causa se encuentra en la penetración, cada vez mayor, de la Administración en la vida cotidiana. Esta intervención exige una serie de reglamentaciones cuyo cumplimiento resulta muy difícil de controlar por la Administración. Por ello, algunos de los administradores comienzan a sentir que, para que las normas se obedezcan, es necesaria otra cosa aparte del miedo a la sanción o el respeto a la autoridad de la cual emana la norma. Debe buscarse la adhesión del ciudadano a la norma por otros mecanismos: si comprende y conoce las razones por las que se regula normativamente una materia, hay más posibilidades de que cumpla dicha normativa.

A estas razones añade el autor, además, por un lado, la mutación tecnológica y las posibilidades que esta conlleva para la Administración de almacenar electrónicamente cantidades ingentes de información sobre los ciudadanos y, por otro, el proceso de construcción europeo, así como la necesidad de adaptarse a dicho proceso.

ARENA sigue esta línea y define por su parte la transparencia como “una gran metáfora”. Para el autor la transparencia “no es, propiamente, un instituto, sino un conjunto de institutos y de normas que, en su conjunto, delinean un modo de ser de la Administración [...], un objetivo a alcanzar con diferentes medios, entre los que los principales son: el derecho de acceso,

³³¹ Dice el autor, muy gráficamente, que “aucun d’entre nous, n’a évoqué une «manif» au tours de laquelle le peuple en foule serait venu crier devant les palais administratifs: «transparence! Transparence!». *Op. cit.* pág. 310.

la puesta a disposición de los ciudadanos de todas las informaciones [...] que deben ser publicadas, la publicidad de los órdenes del día y de las actas de de los órganos colegiados, la participación en el procedimiento, la motivación de los procedimientos, la posibilidad (gracias al responsable del procedimiento) de tener un interlocutor único en las relaciones con la Administración, etc.»³³².

Para el autor, por tanto, la transparencia administrativa no sólo engloba muchos más elementos a parte del derecho de acceso, sino que, además, puede cobrar diferentes significados o acepciones, en función de la manera en que se quieran formular las relaciones de la Administración con los ciudadanos³³³.

³³² ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia” en *RVAP*, núm. 37, enero-abril 1994, págs. 9 y ss.

³³³ ARENA presenta dos concepciones distintas de la transparencia administrativa, la transparencia interna de la Administración, “in verticale” y otra “horizontal” en la que la Administración se comporta como una casa de cristal, hacia el exterior.

La primera de las acepciones supone, según el autor, una interpretación enunciada por CHARDON según la cual “la pirámide ministerial es impenetrable desde el exterior (gracias al secreto del cargo), pero en su interior se deja penetrar desde arriba hacia abajo por la actividad y la voluntad de los vértices políticos y administrativo y, en última instancia, por la voluntad del legislador. La Administración es transparente frente a la voluntad de los gobernantes, ya que deja pasar esta voluntad sin distorsionarla, desde el principio al fin de la cadena de mando, siendo por tanto no sólo un instrumento, sino un instrumento transparente”.

La segunda interpretación supone, claro está, “una mayor visibilidad externa del proceso decisional de la Administración. [...] esencial para la consecución de una democracia más desarrollada” que será la que dote a la Administración de una nueva legitimación. “Este modo de entender la transparencia administrativa –continúa el autor- se basa a su vez sobre la hipótesis de que la relación entre la Administración y los ciudadanos no se base más o no lo sea prevalentemente sobre el binomio autoridad-libertad, sino sobre el binomio función-interés. Según este último, la relación entre la Administración y el usuario se basa en la capacidad de la Administración de desarrollar su propia función de manera imparcial y eficiente, satisfaciendo el interés del que el usuario es titular. Dicho de otra manera, el titular del interés es el único verdaderamente en situación de controlar la calidad del resultado obtenido y el único legitimado para declarar si el desarrollo de la tarea administrativa ha satisfecho o no su interés”. ARENA, *op. cit.* págs. 10 y 11.

Siguiendo a estos autores en esta esquemática presentación del principio de transparencia, no hay duda de que el art. 105 CE es una positivación del principio de transparencia -aunque podamos discutir su eficacia jurídica inmediata o posterior-. Está claro que, en el entorno jurídico-político que nos rodea, dicho concepto ha sido usado como elemento esencial en la búsqueda de una legitimidad democrática que se considera que se ha ido perdiendo, ya sea por el tipo de sistema político-jurídico instaurado –como ocurre en la Unión Europea, en la que el “déficit democrático”, señalado sobre todo por los “euroescépticos” se ha intentado paliar, entre otros instrumentos, a través del acrecimiento o el aumento de transparencia de las instituciones-, ya sea porque la Administración ha sufrido un desarrollo tan importante y una intervención en la vida social y económica de los países tan descomunal, que hace necesario buscar otros mecanismos de control aparte de los clásicos propugnados por el Derecho administrativo³³⁴. Está claro que la finalidad de potenciar la transparencia no tiene por objeto transformar a la Administración en una institución democrática³³⁵, sino acercar la Administración a los

³³⁴ Que sin duda, en nuestro ordenamiento, queda asegurado a través del control judicial de la actividad administrativa consagrado en el art. 106.1 CE.

³³⁵ La doctrina, tanto nacional como extranjera, no se ha cansado de señalar que una cosa es un sistema político democrático y otra una Administración democrática y que ambas cosas no tienen por qué ir unidas. Así, por ejemplo, AUBY señala que “una democracia política no siempre es una democracia administrativa, económica o social. Incluso bajo los regímenes más democráticos, la Administración francesa ha permanecido profundamente autoritaria”. AUBY, J.M. “Hacia la transparencia de la administración en Francia” *op. cit.*, págs. 315 y ss. Y, entre nosotros, MARTÍN REBOLLO lo ha resumido también de la siguiente manera: “la Administración es, pues, el brazo ejecutor de los fines del Estado cuya legitimidad, a diferencia de éste, no reside en que sea representativa, sino en su carácter servicial, en su dependencia y su instrumentalización al servicio de la eficacia y la objetividad de su funcionamiento. De ahí que no pueda, ni deba confundirse, como frecuentemente se hace, una Administración democrática con una Administración representativa. La Administración no representa a nadie; sirve los intereses generales. La Administración es democrática si asume los valores constitucionales, si es eficaz, objetiva y transparente; si está suficientemente controlada desde fuera”. MARTÍN REBOLLO, L., *Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico*, Asamblea Regional de Cantabria, 1989, págs. 45 y 46.

ciudadanos, consiguiendo su colaboración, con la finalidad de garantizar que esta pueda seguir actuando, sirviendo los intereses generales, a través del consentimiento y la participación activa de los ciudadanos³³⁶ que exigen cada vez más, para conceder ese consentimiento, un conocimiento expreso –o al menos la posibilidad de conocer- de la actuación que otorgan los instrumentos instaurados para garantizar la transparencia.

SAINZ MORENO señala a este respecto que “la transparencia de la Administración Pública no se alcanza sólo con la regulación del acceso de los ciudadanos a los registros y a los archivos administrativos, ni por la vía pasiva de la información a los ciudadanos. El principio de transparencia administrativa exige, también, racionalidad, claridad, certeza en la relación de la Administración con los ciudadanos. Lo que el ciudadano percibe como opacidad de la Administración es, de hecho, con mucha frecuencia, la consecuencia de un problema de organización o funcional. [...] Todo poder político, no sólo la Administración, está sometido en un Estado social y democrático de Derecho a un proceso constante de racionalización y transparencia, desencadenado por la propia dinámica del principio democrático. [...] La Administración, en ese contexto, está también abierta al conocimiento general, porque sólo así es posible la realización de los principios constitucionales de participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) y su pleno control (art. 106 de la CE). Pero la transparencia no se logra sólo sometiendo a la Administración a una posición pasiva de responder a las peticiones de información de los ciudadanos, sino que exige de ésta una posición activa de imagen, información y conocimiento”³³⁷.

No obstante, es evidente que dicho principio no se puede presentar ni como la solución total a la evidente crisis de legitimación que ha sufrido no

³³⁶ Cada vez más necesaria al ampliarse la intervención de la Administración en todos sectores de actividad del Estado.

³³⁷ SAINZ MORENO, “Secreto y transparencia”, *op. cit.* págs. 166 y 167.

sólo la Administración sino el poder político en general, ni como un principio formulado en términos absolutos e irrevocables. Como en este sentido señalara BERMEJO VERA, “el principio de transparencia de los asuntos y cuestiones “oficiales” es, como ha sido reiteradamente señalado, consustancial con los regímenes democráticos contemporáneos. Desde un punto de vista sociopolítico, nadie se atrevería, probablemente, a negar las profundas vinculaciones sustantivas que existen entre el principio de publicidad de las decisiones gubernamentales y los propios fundamentos de la democracia, pues es ésta una forma de gobierno que excluye, por principio, la ocultación y el secreto de las medidas y decisiones que se producen para favorecer los intereses generales a que aquélla sirve prioritariamente. [...].

Una formulación incondicionada del principio de publicidad –y consiguiente eliminación del secreto administrativo- podría amenazar importantísimos fundamentos del propio régimen democrático, como entre nosotros suelen considerarse a los derechos fundamentales de los ciudadanos, e incluso del propio Estado. Se trata, por tanto, de una muy delicada tensión para cuyas valoraciones no bastan actitudes románticas en defensa de la publicidad o transparencia incondicionadas, ni tampoco, por el contrario, posiciones atrincheradas en pro de las informaciones oficiales ocultas o previamente depuradas para la asimilación por parte del gran público.[...].

Los “principios y valores”, en efecto, que el texto constitucional recoge y ampara son radicalmente incompatibles con las interpretaciones restrictivas de la transparencia y publicidad de las acciones gubernamentales”³³⁸.

Es en este sentido en el que se debe de interpretar el art. 105 CE en su totalidad –pues, como ya hemos señalado, así lo ha considerado la jurisprudencia- cuyo fundamento es el principio de transparencia entendido en sus varias vertientes, esto es, no sólo limitado al derecho de acceso que

³³⁸ BERMEJO VERA, “El secreto en las Administraciones públicas...”, *op. cit.* págs. 17, 18 y 20.

configura y delimita el apartado b) del artículo, sino también en sus apartados a) y c) a través de los mecanismos de participación que propugna en la elaboración de disposiciones administrativas y de constitucionalización del procedimiento administrativo como cauce de producción de los actos administrativos en el que los ciudadanos interesados tienen garantizada la audiencia en defensa de sus intereses y derechos y en el cual la Administración tiene que motivar sus resoluciones, permitiendo así el control y revisión de sus actos.

No obstante lo cual, es evidente que uno de los mayores exponentes de la transparencia en el texto constitucional es el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Está fuera de duda que la intención de los constituyentes era incluir en este artículo un mecanismo por el que se fomentara la transparencia³³⁹, a fin de perfilar las vías de transición hacia la Administración del nuevo sistema político democrático. Como hemos afirmado ya, en la Administración propia de un sistema democrático, como el que consagraba la Constitución española de 1978, es necesario que se habiliten cauces que permitan el control por los ciudadanos, además de por los poderes políticos, de la actuación de una institución vicarial, como lo es la Administración pública establecida en la Constitución, que debe servir los intereses generales conforme a los principios de legalidad, de eficacia y de

³³⁹ Como ya hemos tenido ocasión de estudiar, el artículo 105 CE tiene como antecedente el texto del partido socialista sobre la Administración, que se tomaría de base para la elaboración del Título IV de la Constitución y que establecía estos principios de manera clara y rotunda: “La Administración Pública está sujeta al principio de publicidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones. Los actos de la Administración que se refieran a derechos o intereses de carácter particular serán motivados. Los archivos y registros están abiertos a la consulta de los ciudadanos. Una Ley determinará las condiciones de ejercicio de este derecho y podrá limitarlo cuando ponga en peligro la seguridad y defensa del Estado o la intimidad de la personas. También regulará la destrucción de documentos carentes de todo interés”. En PECES BARBA, G., *op. cit.*, Anexo.

Aunque posteriormente la redacción que se eligió para el art. 105 CE dista mucho de este texto base, no hay duda que los constituyentes tenían en mente el principio de transparencia al regularlo. *Vid. supra*, el apartado II de este mismo Capítulo.

objetividad, para lo cual se le ha dotado de unas prerrogativas y potestades que deben de ir contrapesadas por unas garantías jurídicas efectivas para los ciudadanos.

Y es dentro de estas garantías el lugar en el que el art. 105 CE tiene su mayor virtualidad. A las clásicas garantías que establece el Derecho administrativo, se viene a sumar el principio de transparencia, como sistema de control por los ciudadanos de la legalidad y de la correcta actuación de la Administración, de tal forma que, como tal mecanismo de garantía, resulta consustancial a un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro.

De esta manera, el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos se instaura como uno de los más importantes y claros mecanismos que prevé la Constitución para la realización de ese principio de transparencia. Una garantía de los ciudadanos ante la Administración de la misma relevancia y virtualidad que los otros mecanismos previstos por el art. 105 CE, como son el procedimiento administrativo previsto por el apartado c) y el posterior recurso judicial previsto por el art. 106.1 CE.

Dada la importantísima relevancia de estos mecanismos de protección y garantía, tendrá que ser a través de las leyes -del Derecho administrativo-, como se traduzca este mandato constitucional de transparencia, sin desvirtuarlo. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA³⁴⁰, siguiendo la famosa frase de WERNER, “el Derecho administrativo es el Derecho constitucional concretizado”, es decir, un Derecho que en el plano de lo cotidiano sirve de instrumento, de herramienta y de palanca a la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionalmente determinados, al mismo

³⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, op. cit. pág. 43.

tiempo que constituye para los ciudadanos una técnica de limitación, de control y de garantía³⁴¹.

De esta manera, el Derecho administrativo, siguiendo el mandato constitucional –recordemos que el artículo 105 comienza estableciendo “La ley regulará...”- tiene que desarrollar y positivizar el derecho de acceso de forma que realmente lleve, junto con el resto de mecanismos que lo garantizan, al efectivo cumplimiento del principio de transparencia y de las finalidades que éste persigue, siendo un primer paso la positivación que, en este concreto aspecto, se ha llevado a cabo, aunque muy tardíamente, a través de la LRJAP³⁴², si bien es ciertamente discutible que su regulación, tan restrictiva, resulte suficiente para cumplir con el mandato constitucional y la finalidad que éste entraña³⁴³.

b’) El principio de participación.

El otro de los fundamentos axiológicos que tienen en común los tres apartados del art. 105 –aunque en diversa medida- es el principio de participación, que puede ser entendido como un principio independiente –sobre todo si lo consideramos desde el punto de vista de la participación de tipo político-, o bien como principio que se integra como parte del de

³⁴¹ MARTÍN REBOLLO, L. *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, op. cit. pág. 19.

³⁴² Que además de regular el derecho de acceso en los arts. 35 y 37 LRJAP, establece en su art. 3, relativo a los principios generales que “5. En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”. Este apartado fue incluido en la reforma de la LRJAP llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

³⁴³ Cuestión cuyo análisis tiene su sede en otros capítulos del presente trabajo.

transparencia –sobre todo, desde una perspectiva funcional, como participación de carácter administrativo-³⁴⁴.

El principio de participación aparece como fundamento sustancial de los apartados a) y c) del artículo que nos ocupa, principio que se establece a través de las técnicas de audiencia a los ciudadanos tanto en la elaboración de las normas como en el transcurso del procedimiento administrativo, así como en el carácter esencial de este último a la hora de la producción de los actos administrativos, de nuevo como garantía esencial del Estado democrático y como medio de control de la Administración.

El Tribunal Constitucional ha determinado la existencia del principio participativo en la base del reconocimiento de la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, si bien establece una clara diferencia entre esta participación, que podríamos denominar “administrativa”, y la participación política consagrada por el art. 23 CE. Así lo expresa en su Sentencia 119/1995, de 17 de julio, refiriéndose al trámite de información pública y su inclusión dentro del art. 105 a) CE, siguiendo una doctrina ya anteriormente establecida por dicho Tribunal, en la que se afirma que “el artículo 23.1 CE garantiza un derecho de participación que puede ejercerse de dos formas distintas, bien directamente, bien por medio de representantes [...] lo que apunta, sin ningún género de dudas, a la representación política, con exclusión de otras posibles

³⁴⁴ Sobre los distintos tipos y conceptos de participación, *vid.* entre otros GARCÍA DE ENTERRÍA “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa” en el *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Cívitas, 1989*; MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración” en *RAP*, núm. 84, septiembre-diciembre 1977; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “La participación en la Administración Pública. Principios y límites”, *Anuari de la Facultat de Pret*, Lérida, 1985 o, SÁNCHEZ MORÓN, “El principio de participación en la Constitución Española”, en *RAP*, núm. 89, mayo-agosto 1979 y *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de estudios constitucionales, 1980.

representaciones de carácter corporativo, profesional, etc. [...]. El derecho a la participación que se considera vulnerado no es un derecho de participación política incardinable en el artículo 23.1 CE. Se trata de una participación en la actuación administrativa, que no es tanto una manifestación del ejercicio de la soberanía popular, cuanto uno de los cauces de los que en un Estado social deben disponer los ciudadanos –bien individualmente, bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades especialmente aptas para la defensa de los denominados intereses «difusos»- para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afecten. Dicho derecho, [...] no supone, en todo caso, una participación política en sentido estricto, sino una participación –en modo alguno desdeñable- en la actuación administrativa, de carácter funcional o procedimental, que garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”³⁴⁵.

Dicho reflejo del principio participativo se deduce, además, del procedimiento de elaboración del texto constitucional que hemos tenido la oportunidad de analizar al principio del presente capítulo. Así, debemos recordar cómo en un primer momento en el texto del primer borrador del Anteproyecto constitucional del que sería tras su definitiva aprobación el art. 105, establecía que “La Ley regulará: a) La *participación* de los ciudadanos a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en la formación de las decisiones administrativas que les afecten” y aunque ya en el borrador definitivo desaparece dicha expresión, sustituida por la de “audiencia”, es indudable que la intención de los Ponentes al redactar este precepto³⁴⁶ era el reconocimiento de este principio a través de los mecanismos de audiencia.

³⁴⁵ Sobre los distintos tipos y conceptos de participación, *vid.* la nota anterior.

³⁴⁶ Así lo entiende T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ para quien “tras la aparente simplicidad del artículo 105, se ocultan planteamientos bastante más complejos y de mayor interés, que remiten de

El principio de participación, se encuentra también como fundamento del acceso a los archivos y registros administrativos, puesto que es esencial, a la hora de garantizar la participación de los ciudadanos, que éstos conozcan cuál es la actuación de la Administración: solo quien está debidamente informado puede intervenir ejerciendo su derecho a la participación, entendido éste, además, en sus dos vertientes: la política, reconocida fundamentalmente por los arts. 9.2 y 23 CE y la que hemos denominado “participación administrativa”, cuya esencial manifestación se encuentra en el ya mencionado apartado a) del art. 105 CE.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia y también la doctrina, sobre todo en lo referente al derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23 CE. Como señala MESTRE DELGADO, este derecho fundamental “ampara también todos los presupuestos materiales o fácticos precisos para preparar el ejercicio estricto de la función representativa, y en particular el

inmediato a ideas cuya relación con el procedimiento administrativo como vía a través de la cual «deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado», no era posible detectar en la escueta formulación del artículo 105 c). Le bastaría para ello asomarse un momento al proceso parlamentario de elaboración del precepto y cotejar la versión actual del apartado a) de mismo, que «nada añade a lo que ya forma parte de nuestro Derecho positivo», como ha advertido Garrido, con la inicial del artículo 103 del Anteproyecto constitucional que afirmaba «la participación de los ciudadanos a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en al formación de las decisiones administrativas que les afecten». Apenas dos palabras varían en ambos textos («audiencia» sustituye a «participación» y «disposiciones » a «decisiones»), pero en esta modificación, introducida en su día por la Ponencia Constitucional y mantenida luego hasta el final, se concreta la enorme distancia que va de una formulación novedosa, llena de resonancias sugerentes, a un texto pobre, carente, en principio, de toda capacidad de ilusionar y estimular al intérprete.

Con todo, descubierto ya el fondo oculto bajo la redacción del artículo 105 y aun sabiendo que la versión primitiva es sólo eso, un mero antecedente, la atracción que ésta ejerce es tan grande que resulta imposible desentenderse del todo de ella, especialmente si se tiene presente que el término «participación», aunque tempranamente eliminado en este caso, sigue figurando en otros muchos preceptos de la Constitución”. “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo” en *Gobierno y Administración en la Constitución, vol. I*. Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

conocimiento preciso y completo de cuantos antecedentes sean necesarios para que el representante pueda formar debidamente su opinión, respecto a los asuntos públicos en que participe”³⁴⁷.

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, en este sentido, puede resultar fundamental para garantizar la satisfacción del derecho fundamental a la participación política, enunciado por dicho art. 23 CE y, en este sentido, se erige como elemento esencial del principio de participación política, hasta el punto de que su vulneración puede entrañar la del derecho fundamental del art. 23.2 CE,³⁴⁸.

Ahora bien, que el derecho de acceso forme parte, en algunas ocasiones, de los instrumentos de los que se pueden servir los concejales o representantes parlamentarios para el ejercicio de sus funciones y, fundamentalmente, para el ejercicio de su derecho constitucional amparado

³⁴⁷ MESTRE DELGADO, “Consideración introductoria sobre el derecho de acceso...” *op. cit.* pág. 1438.

³⁴⁸ En este sentido, es fundamental tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha afirmado en repetidas ocasiones que el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, enunciado por el artículo 23.2 CE, además de encontrarse íntimamente relacionado con el apartado primero del mismo artículo, esto es, con el derecho fundamental a la participación política, engloba no sólo el acceso a dichas funciones y cargos públicos, sino que también garantiza la permanencia sin perturbaciones ilegítimas en el cargo, así como al efectivo ejercicio de las funciones propias de dichos cargos y representantes públicos, esto es, engloba el que se denomina habitualmente “status parlamentario” o *ius in officium* de los representantes parlamentarios.

Esta doctrina constitucional tiene quizás su mayor referente en la muy analizada por la doctrina³⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1988, de 20 de septiembre, cuyo supuesto de hecho era precisamente la vulneración del derecho individual a la información, que se reconoce a los parlamentarios (en este caso de los diputados por Castilla-La Mancha, en el art. 12 de su Reglamento de las Cortes) y que se integra, según el Alto Tribunal, plenamente en su *ius in officium* de los mismos, lo que determina que una vulneración del mismo conlleva la del derecho fundamental.

Del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos por parte de las personas que ostenten la condición de representantes públicos, nos ocuparemos *infra*, en el Capítulo 8, apartado IV.6.

por el artículo 23 CE, no supone que de ahí haya de concluirse que todas las facultades o derechos que se integran en el ejercicio de las funciones constitucionales gocen por sí mismos de esa naturaleza fundamental³⁴⁹.

También el principio de participación, en su vertiente de participación administrativa se encuentra sin duda alguna en el fundamento del art. 105 b) CE. Como muy tempranamente tras la aprobación de la Constitución Española afirmara SÁNCHEZ MORÓN: “las instituciones participativas en el seno de la Administración tienen también una relación directa con el principio de transparencia. En primer lugar porque, en general, la información es un requisito previo de la participación o, aún más, en palabras de BURDEAU, participar es, ante todo, estar informado. De hecho, en muchos casos la consecuencia más importante de la participación administrativa desde un punto de vista democrático es la difusión de informaciones en el cuerpo social que a través de ella se produce. Se podría afirmar que en casi todos los supuestos de participación en el ejercicio de las funciones administrativas que se conocen hay, por un lado, un intento integrador de negociación previa a la decisión [...] y, por otro, una intención de romper el monopolio burocrático de la información. La difusión de la misma supone, de por sí, un importante elemento de control de las actividades públicas, pero más aún si va unida a un perfeccionamiento de las técnicas de exigencia de responsabilidad a los agentes público y con una adecuada redistribución del poder entre las asambleas representativas de base territorial, desde el Parlamento hasta los Ayuntamientos”³⁵⁰.

Hay que destacar, para terminar, que este principio fue objeto de numerosos estudios y tuvo gran relevancia y repercusión durante los años de

³⁴⁹ MESTRE DELGADO, como hemos podido ver en el apartado III del presente Capítulo, aunque no llega a afirmar el carácter fundamental del derecho de acceso, sí afirma su instrumentalidad respecto de varios derechos fundamentales, entre ellos los previstos por los arts. 23.1 y 20.1 d) CE.

³⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, “El principio de participación...”, *op. cit.* págs. 201 y 202.

la transición y los primeros años de la democracia, porque, entendido en sentido amplio –de participación política y administrativa-, fue utilizado como elemento legitimador no sólo de la Administración, sino de todos los poderes públicos³⁵¹.

En otros países de nuestro entorno jurídico, el principio de transparencia fue uno de los instrumentos de legitimación que se impulsaron desde los poderes públicos ante la desconfianza surgida frente a una Administración cada vez más poderosa y más difícil de controlar y, el instrumento jurídico fundamentalmente utilizado para ello, fue el derecho de acceso -caso, por ejemplo, de Francia, de Italia o de la propia Unión Europea, aunque con las particularidades propias de una organización supragubernamental-. En España, sin embargo, parece haberse primado el principio participativo mucho más que el de transparencia –de ahí, creo, la poca importancia que se le concedió al derecho de acceso y el escaso debate político que suscitó su novedosa inclusión en el ordenamiento jurídico a través, nada menos, de la propia Constitución-, probablemente porque, dada la coyuntura política, el esfuerzo legitimador que debía de llevarse a cabo era de mucha mayor envergadura que en otros países: frente a democracias sólidamente asentadas, aquí había que buscar elementos que permitieran la instauración de una democracia duradera, basada en el ejercicio legitimado de los nuevos poderes públicos establecidos por la Constitución. En este contexto, resultaba mucho más necesaria la legitimación de todos ellos, siendo un problema secundario –y que ha tardado bastantes años en plantearse- el de la aplicación de los principios de transparencia y participación a la Administración.

³⁵¹ SÁNCHEZ BLANCO repasa las distintas etapas doctrinales, jurisprudenciales y políticas por las que ha pasado el principio de participación en nuestro país en “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho” en *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989, págs. 133 a 171.

3. La eficacia jurídica del art. 105 CE

Del análisis llevado a cabo en los anteriores apartados podemos deducir que el art. 105 CE es, principalmente, un precepto enunciador del principio de transparencia y del principio participativo –se entienda este último de forma separada e independiente o como parte esencial del de transparencia-, que se positivizan a través una serie de mecanismos –entre ellos el acceso a los archivos y registros administrativos- que la Constitución establece en forma de obligaciones para la Administración y, en contrapartida, como garantía de los ciudadanos que la ejercitan a través del derecho subjetivo que la ley de desarrollo debe configurar.

De esta configuración jurídica del art. 105, y de su apartado b) en particular, se derivan, por tanto, varias consecuencias ya señaladas:

a) la primera es que el derecho de acceso a los archivos y registros se configura como una realización del principio de transparencia y del principio de participación, como elementos legitimadores de la Administración, a través de la puesta a disposición de los ciudadanos de mecanismos que les permitan conocer y controlar cómo la Administración sirve a los intereses generales;

b) la segunda es que estamos ante un artículo de la Constitución que establece un mandato a la Administración, que le obliga a un comportamiento determinado para con los ciudadanos, estableciendo una obligación jurídica que supone una garantía jurídica para los mismos; y,

c) la tercera es que nos encontramos ante un derecho subjetivo –que surge como consecuencia o contrapartida de esa obligación que se establece para la Administración- que puede calificarse de derecho de configuración legal, puesto que, como tal, debe ser articulado y desarrollado por el

legislador, a través de la Ley, conforme a las determinaciones, muy precisas, que el constituyente ha establecido.

De estas consecuencias podemos deducir que, si bien el art. 105 b) CE establece un derecho subjetivo que podría calificarse de derecho de configuración legal y, por tanto, con eficacia diferida hasta que tenga desarrollo legislativo propio, el precepto jurídico sí es de aplicación directa e inmediata porque establece unos principios de actuación de las Administraciones Públicas que, como tales, no necesitan de desarrollo para ser inmediatamente aplicables.

La postura sostenida por parte de la doctrina, de justificar la aplicabilidad inmediata del derecho de acceso por considerar que éste participa del carácter fundamental del derecho a la información consagrado por el art. 20.1 d) CE, me parece que se debe interpretar más como fruto de la búsqueda de un recurso jurídico que permitiera la aplicación de una norma de enorme trascendencia en los primeros años de la democracia, ante la negativa del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de octubre de 1979, a interpretar el vigente Derecho administrativo del momento a la luz del principio de transparencia, que como una búsqueda del fundamento jurídico real del derecho de acceso.

El principio de transparencia y el derecho de acceso tienen indudables elementos de contacto y, en ocasiones, este último será no sólo la realización del principio de transparencia³⁵², sino que podrá ser una facultad necesaria del derecho a la información previsto por el art. 20. 1 d) CE –igual que podrá serlo en ocasiones del derecho a la participación política del art. 23 CE- e, incluso, su consideración como derecho instrumental de los anteriores podrá conducir a que su desconocimiento lleve aparejada la violación de los

³⁵² Al igual que el principio de transparencia no se agota, como hemos visto, en la realización del derecho de acceso.

derechos fundamentales que se intentan ejercer, pero ello no significa que participe del carácter esencial de estos derechos³⁵³.

Probablemente, si el caso que dio lugar a la citada Sentencia se hubiera producido unos años más tarde, o simplemente, se hubiera decidido no aplicar el Texto constitucional a hechos preconstitucionales –hay que recordar que la Sentencia se dicta tan sólo diez meses después de la aprobación de la Constitución-, los Tribunales no hubieran tenido dudas respecto de su aplicación directa o inmediata, pero se ha de comprender que la enunciación del derecho de acceso, como instrumento de realización del principio de transparencia, suponía un enorme cambio en cuanto a la concepción de la Administración.

De hecho, no habría que esperar mucho tiempo para que el propio Tribunal Constitucional afirmara la aplicabilidad directa de los principios contenidos en el art. 105 CE.

En su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional afirmaba en un caso de amparo solicitado, respecto del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo previsto por el apartado c) del artículo 105, que “debe señalarse que la reserva de Ley que efectúa en este punto el art. 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el

³⁵³ Prueba de lo cual es el tratamiento que de ambos derechos ha hecho el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo (Sentencias *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987 y *Gaskin c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989, entre otras), que ha considerado que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar *informaciones o ideas*, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa”, no es la vía adecuada para la protección del derecho de acceso, lo que ha dado lugar a que el Consejo de Europa se encuentre en la actualidad elaborando un instrumento jurídico vinculante para los países miembros en el que se regula el derecho de acceso a los documentos administrativos.

momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación directa”.

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente tanto por el propio Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo. Este último también ha recogido esta doctrina, afirmando asimismo su aplicabilidad tanto respecto del apartado a) del artículo 105 (SSTS de 8 de mayo de 1987³⁵⁴, 23 de marzo de 1988 o 12 de enero de 1990), como del apartado b) que nos ocupa (STS de 14 de noviembre de 2000).

ROCA ROCA³⁵⁵ destaca la relevancia de la afirmación del Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de julio de 1992, Sala de Revisión, en la que reitera estos argumentos insistiendo en que “el hecho de no haberse dictado esa Ley que desarrolle el art. 105 de la Constitución no supone la inaplicación de este precepto. El derecho a participar nace con la Constitución. De ahí que el art. 7 de la LOPJ haya establecido en su parr. 1 que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan en su integridad a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. El párr. 2 añade que en especial los derechos enunciados en el art. 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido

³⁵⁴ Esta Sentencia supuso un cambio en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues hasta ese momento parecía haberse mantenido el criterio de la inaplicabilidad del art. 105 a) CE. Como recuerda REBOLLO PUIG, hasta entonces “la mayoría de las sentencias continúan en la línea tradicional de considerar al trámite de audiencia facultativo y de observancia discrecional. [...] Entre estas últimas, la Sentencia de 28 de abril de 1987 se limita a proclamar que el artículo 105 a) de la Constitución no es de aplicación, pues, aunque reconoce la participación, «encomienda a la Ley la regulación de tal participación»”. REBOLLO PUIG, M. “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, en *RAP*, núm. 115, 1988, págs. 99 y ss.

³⁵⁵ ROCA ROCA, E. “La audiencia de los ciudadanos en el artículo 105 a) de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en la *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 9, 1995, págs. 245 y ss.

constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”³⁵⁶.

Respecto de la aplicabilidad directa del apartado b) del art. 105 CE, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2000, afirmó que “aun cuando este precepto [el art. 105 b) CE] pudiera pensarse que condiciona la aplicación de este derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, considerando su valor sustantivo, ha estimado, en aplicación del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo, que se ha llevado a cabo, básicamente en el artículo 37 de la Ley 20/1992 [...]. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, declara que «la reserva de Ley que efectúa en este punto [el caso contemplado se refiere al apartado c) del artículo] el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata». Resulta, pues, evidente, que, en aplicación directa de la norma constitucional, este derecho exige, con el fin de respetar su núcleo esencial integrado por el haz de facultades que lo hacen reconocible y la efectividad de los intereses del administrado a que responde, que se haga en un grado razonable asequible a los particulares, superando las limitaciones derivadas de su posición de inferioridad material frente a los poderes públicos, el adquirir conocimiento de los datos y documentos que puedan legítimamente interesarles, sin otras limitaciones que

³⁵⁶ No deja de ser curioso el hecho de que en este caso, el Tribunal sí parece subsumir esta vertiente del principio participativo en la protección otorgada a la participación política del art. 23 por la Constitución. Como hemos tenido oportunidad de ver, el Tribunal Constitucional no sería de la misma opinión (STC 119/1995), sino que habla de una participación administrativa o funcional diversa, pero a la que también es de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal en su Sentencia 18/1981, de 8 de junio.

las que el propio precepto constitucional contempla [...] y las derivadas de las normas generales de procedimiento y de los principios de proporcionalidad, racionalidad y buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de todo derecho”.

Una vez establecido lo anterior, se puede determinar la eficacia jurídica que debe dársele al art. 105 b) CE.

En su vertiente de garantía constitucional, enunciada en forma de principio objetivo de la actuación de las Administraciones Públicas, su eficacia debe ser inmediata.

La postura del Tribunal Constitucional a este respecto ha sido inequívoca, afirmando que “como ha señalado reiteradamente este Tribunal, *los principios constitucionales* y los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos [...]. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable [...]. Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido [...]”³⁵⁷.

Por tanto, de entre los principios constitucionales, aquéllos que determinan una forma de ser concreta de los poderes públicos, deben ser de aplicabilidad directa por conformar la necesaria forma de actuación de la

³⁵⁷ STC 15/1982, de 23 de abril, fundamento jurídico octavo. En el mismo sentido, las Sentencias 254/1993, de 20 de julio y 31/1994, de 31 de enero.

Administración³⁵⁸ y, por tanto, formar parte esencial de la denominada “parte orgánica de la Constitución” que es, sin duda, de aplicación directa³⁵⁹.

El Tribunal Supremo, en la ya muchas veces reseñada Sentencia del de 16 de octubre de 1979, no reconoció eficacia inmediata al art. 105 b) CE, porque consideró que se trataba de un derecho subjetivo de configuración legal y no de la positivación de un principio de actuación de la Administración.

El Tribunal realizó, en este caso, una interpretación de este artículo sólo desde la vertiente del mandato que éste establecía al legislador de articular dicha garantía y, por tanto, entendieron que mientras no hubiera desarrollo legislativo no se podía aplicar, negándole toda eficacia inmediata y dando lugar a interpretaciones dispares por parte de la doctrina que ya hemos tenido ocasión de analizar.

En este sentido, la Sentencia erraba, a mi juicio, al considerar que este precepto no podía ser aplicado hasta que se produjera su desarrollo legislativo, puesto que estamos ante un principio constitucional que, como tal, no sólo se aplica de manera inmediata, sino que además obliga a que los Tribunales interpreten la legislación vigente en cada momento a la luz de dicho principio, realizando una interpretación de las normas administrativas

³⁵⁸ Perteneciendo, en este sentido, al conjunto de preceptos que hemos denominado como “normas organizatorias”, en la clasificación utilizada en los anteriores apartados, siguiendo a SANTAMARÍA PASTOR.

³⁵⁹ Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, respecto a la aplicación directa de la parte organizatoria de la Constitución, “los preceptos orgánicos constitucionales son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos y, en consecuencia, por los propios órganos a que la regulación constitucional se refiere. Existan o no normas complementarias o de desarrollo de esta regulación, ésta es plenamente eficaz por sí misma [...] Una importante consecuencia de la regla anterior es que todas las normas constitucionales que habiliten determinadas actuaciones a los órganos por ella regulados son normas de aplicación inmediata, no obstante eventuales Leyes anteriores contrarias”. *La Constitución como norma... op. cit.* pág. 80.

vigentes en el momento que fuera acorde y compatible con la Constitución en este punto³⁶⁰.

A pesar de estar de acuerdo con la doctrina mayoritaria en la cuestión, sobre el clarísimo desacierto de la Sentencia, creo que tanto las posiciones sostenidas por el Tribunal Supremo, como por la doctrina tras su publicación, deben de ser analizadas desde el punto de vista del contexto histórico, político y jurídico en que tuvieron lugar.

En el contexto de la transición política y de la instauración de un nuevo sistema político democrático, con la Constitución Española de 1978 a la cabeza del mismo, y por las razones jurídico-políticas que ya hemos señalado anteriormente, es explicable –aunque no justificable– la conservadora respuesta del Tribunal Supremo. Y, ante esta respuesta, son igualmente explicables las posturas de la doctrina otorgando al derecho de acceso el valor de un derecho fundamental: sin embargo, en mi opinión, si bien puede ser un instrumento para el ejercicio de varios derechos fundamentales y para su respeto como límite y control de la actuación administrativa frente a los ciudadanos, el derecho de acceso como tal no es un derecho fundamental. Ahora bien, al negarse su aplicación, en forma de derecho subjetivo, la doctrina buscó mecanismos para justificar su eficacia inmediata,

³⁶⁰ Puesto que una de las consecuencias más relevantes del carácter normativo de la Constitución –aunque se niegue la eficacia jurídica inmediata de algunos de sus preceptos– es el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación. Principio que fue reconocido por el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias y que posteriormente fue regulado explícitamente en el art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial que establece que “1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I. *Op. cit.* págs. 107 y ss.

vinculándolo desde el punto de vista de su naturaleza jurídica a los derechos fundamentales que sí tenían ya, desde un primer momento, reconocida eficacia jurídica directa e inmediata.

CAPÍTULO 4

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS

I. LA NECESIDAD DE DELIMITAR LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS COMO OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO.

Para llevar a cabo el estudio del objeto del derecho de acceso, es necesario partir del análisis de los archivos y de los registros, de manera individualizada, a fin de concretar y sistematizar correctamente cuál sea ese objeto. Este capítulo está destinado, por tanto, a la determinación de qué son, en nuestro ordenamiento jurídico, los archivos administrativos y del régimen jurídico que les resulta aplicable, puesto que sólo de esta manera podremos pasar a analizar el ejercicio del derecho de acceso cuando lo que se pretende consultar se encuentra en un archivo administrativo.

La individualización de los archivos administrativos no es, sin embargo, tarea fácil, puesto que ni la Constitución –que se refiere a los mismos en su art. 105 b)-, ni la LRJAP -que también los menciona al regular el derecho de acceso en sus arts. 35 y 37-, ni ninguna norma administrativa actualmente vigente, nos dan una definición de los mismos, de manera que podamos delimitar el ámbito de aplicación del derecho que nos ocupa.

Las dificultades para su determinación son, además, muchas, por la situación actual de los archivos en España y su régimen jurídico. En primer lugar, dichas dificultades vienen dadas por el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como porque en la regulación actual de los archivos no se hace una diferenciación de los archivos administrativos dentro de los archivos públicos, en cuanto a la materia, ni de los archivos administrativos respecto de los históricos, en cuanto a su antigüedad³⁶¹.

Sin embargo, no es éste el único problema que se nos plantea: las dificultades esenciales vienen provocadas porque la normativa actual sobre archivos está claramente influenciada por una concepción más cultural que administrativa de los mismos. Estos se definen, precisamente, no en las leyes administrativas, sino en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LHPE), que los regula de manera yuxtapuesta al patrimonio documental español; y, a pesar de que el Tribunal Constitucional considere que se trata de cuestiones diversas, sometidas a títulos competenciales diferenciados³⁶², no hay duda de que el patrimonio documental - claro está, compuesto por documentos-, está en íntima relación con los archivos que, como conjuntos orgánicos de documentos, serán precisamente las primeras instituciones destinadas a la conservación de dicho patrimonio.

³⁶¹ Diferenciación que es necesario hacer, porque el régimen jurídico del derecho de acceso es distinto para unos y otros: los archivos administrativos se someten al acceso previsto por el art. 37 LRJAP, mientras que el régimen de acceso a los archivos históricos viene determinado en la LPHE, con criterios sustancialmente distintos, a pesar de que ambas normas tienen como base para su desarrollo el art. 105 b) CE.

³⁶² STC 103/1988, de 8 de junio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos de Andalucía, que analizaremos con mucho detenimiento más adelante.

Además de esta indudable conexión con el patrimonio cultural, la Constitución y la LPHE, en desarrollo de la misma, regulan los archivos de manera conjunta con bibliotecas y museos, acentuando ese carácter “cultural” de dicha regulación³⁶³.

Es, sin embargo, sorprendente, esta orientación de los archivos como instituciones culturales dedicadas a la conservación de documentos con finalidades históricas, de investigación y de conservación del patrimonio cultural, cuando el origen de los archivos en España –ahora históricos- fue, eminentemente administrativo³⁶⁴.

Sin embargo, mientras que las normas sobre procedimiento dictadas a lo largo de los siglos XIX y XX parecen olvidarse de los archivos, haciendo únicamente referencia, en algunos casos, a los expedientes y a la

³⁶³ Probablemente, esto se deba a que, desde la aprobación del Real Decreto de 17 de julio de 1855, en el que ya se regulaban de manera conjunta los archivos y las bibliotecas, su gestión queda adscrita a los funcionarios del Cuerpo facultativo de Archiveros, bibliotecarios y anticuarios –creado precisamente por este Real Decreto-.

³⁶⁴ Los historiadores nos recuerdan, precisamente, cómo el origen del “Archivo Real de Barcelona” –que después pasaría a ser el Archivo de la Corona de Aragón- a principios del siglo XIV, tiene que ver con la protección y defensa de los intereses reales, con la necesidad de controlar la información como base del poder; el origen, por tanto, de los archivos podría estar en la necesidad de salvaguardar los documentos –dado, en muchos casos, el valor que éstos tenían como títulos- y de ahí que fueran los monarcas quienes pusieran mayor atención en su conservación, por lo que se puede hablar de origen administrativo de los archivos.

Asimismo, el origen del Archivo General de Simancas, creado por Carlos V, se encuentra en el importante crecimiento de una organización administrativa con su correspondiente burocracia, que necesita de un archivo dónde depositar los papeles que no se pueden mantener en las dependencias administrativas, pero que han de encontrarse en un lugar no lejano a la Corte. Será Felipe II quien realmente dote al Archivo de Simancas de una estructura y organización, a través de una Instrucción de 1588, que determina las funciones archivísticas de recogida, descripción y conservación de documentos, dotación de personal, etc., por lo que se considera el primer reglamento de archivos. *Vid. El patrimonio documental y los archivos nacionales*, Ministerio de Cultura.

documentación administrativa³⁶⁵, las normas sobre archivos van, poco a poco, como veremos, otorgando mayor importancia a los de carácter histórico sobre los administrativos y a las finalidades de investigación sobre las de gestión administrativa.

El resultado es que, en la actualidad, la regulación sobre archivos en España, tanto por lo que se refiere a los de titularidad estatal como de las Comunidades Autónomas, es deudora de esa concepción largo tiempo arraigada de la que ni la propia Constitución, en su art. 149.1.28, parece haber podido escapar. Esta situación ha llevado a que, mientras que en el Estado ha dejado negligentemente de lado el sistema estatal de archivos, llegando a un estado de caos en la que la norma de cabecera sigue siendo un Decreto de 1969 cuya finalidad primordial es la regulación de un Archivo histórico³⁶⁶, las Comunidades Autónomas, desarrollando al máximo la visión culturalista de los archivos y su íntima relación con el patrimonio documental, regulan de manera muy extensiva –lo cual ha dado lugar a varios conflictos de competencias- unos sistemas archivísticos amplísimos que incluyen no sólo los archivos propios de la Administración autonómica, sino también de otros poderes autonómicos e, incluso, de otros sectores de la sociedad³⁶⁷.

Por ello, las dificultades a este respecto serán las de determinar, en primer lugar, las relaciones entre archivos y patrimonio documental, para concretar si dichos archivos se encuentran incluidos en éste y, por tanto,

³⁶⁵ Vid. RIVERO ORTEGA, R., *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, 2007.

³⁶⁶ El Decreto 914/1969, de 8 de mayo, por el que se crea el Archivo General de la Administración Civil.

³⁶⁷ Da la impresión de han faltado iniciativas –tanto legislativas como administrativas- para defender, a través de la aprobación de un régimen jurídico común, algo tan necesario como lo son los archivos administrativos, cuya funcionalidad, al servicio de la actuación administrativa y del control de la misma, es evidente.

sometidos a su legislación o si, por el contrario, escapan a esta normativa; para lo que resulta necesaria la delimitación de lo que son archivos administrativos, archivos históricos y patrimonio documental.

Muchas veces, las definiciones de los mismos que llevan a cabo las normas que los regulan se solapan y, sin embargo, resulta imprescindible su distinción y delimitación, porque el régimen jurídico que les es aplicable y, sobre todo, el régimen de acceso a los mismos, es completamente distinto.

Una vez delimitados cuáles sean los archivos administrativos, analizaremos su régimen jurídico –según sean, como veremos, de competencia estatal o autonómica-, puesto que sólo desde la perspectiva de su definición y determinación podremos caracterizarlos como objeto del derecho de acceso previsto por el art. 105 b) CE. La determinación del régimen jurídico de los archivos -como objeto del derecho de acceso que son- resulta, además, de suma importancia, puesto que en los archivos administrativos se conservan los documentos y expedientes que justifican todas las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones públicas y de éstas entre sí. Se trata, por tanto, de documentación de carácter público que, bajo la custodia de la Administración, sirve de prueba en muchos casos y justifica y declara derechos y deberes de los ciudadanos en otros, además de ser, por supuesto, constancia escrita de la actuación administrativa sometida al Derecho y los demás principios establecidos por la Constitución española en los arts. 103 y siguientes y, por tanto, principal medio de control de la legalidad de su actuación y del respeto de los derechos e intereses de los ciudadanos. Por ello, sólo un régimen jurídico de los mismos que garantice un correcto tratamiento y conservación de la documentación de la Administración en los archivos –que no sólo la almacene, sino que la conserve de manera organizada e identificada, de manera que sea posible su consulta- permitirá la realización de los principios de transparencia y

participación, presentes en el art. 105 CE, así como el correcto ejercicio del derecho de acceso.

II. EL PATRIMONIO DOCUMENTAL.

1. La determinación del patrimonio documental por la Ley del Patrimonio Histórico Español.

Tanto la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), como las normas sobre patrimonio cultural aprobadas por las Comunidades Autónomas, integran la regulación sobre archivos con la del patrimonio documental que, junto con otros bienes e instituciones de carácter cultural e histórico, aparecen definidos y regulados en dichas normas.

En el ámbito estatal es por tanto la LPHE la que lo define, al determinar en su art. 48 que “a los efectos de la presente Ley forma parte del Patrimonio Histórico Español el Patrimonio Documental y Bibliográfico, constituido por cuantos bienes, reunidos o no en Archivos y Bibliotecas, se declaren integrantes del mismo en este Capítulo”. El patrimonio documental, que se integra, por tanto, dentro del patrimonio histórico y cultural, tiene a los documentos como elemento esencial para su determinación.

Así lo especifica el art. 49 LPHE, que es el que determina precisamente el contenido del patrimonio documental, y que comienza por definir el concepto de documento como “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. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”.

Una vez establecido este amplio concepto de documento³⁶⁸, sobre éste se construye el contenido del patrimonio documental. Son los restantes apartados del art. 49, los que determinan qué documentos son los que integran dicho patrimonio:

“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,

³⁶⁸ Respecto de esta amplia definición de documento, BARRERO RODRÍGUEZ argumenta que “no entramos a discutir tal noción desde el punto de vista de su propia ciencia, ni a discernir si es correcta o no la acepción misma de una definición del documento en una norma de esta naturaleza; tan sólo nos interesa destacar la que constituye, sin duda, su nota más característica: el carácter genérico y amplio con el que en ella aparece el documento, que puede de este modo definirse como todo elemento o bien portador de una información que en la medida en que sea útil para el conocimiento de la historia de la civilización adquirirá la cualidad de bien histórico”. BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Cívitas, 1990.

ALEGRE ÁVILA, por su parte, afirma respecto de esta definición de documento que se trata de un “concepto clave a la hora de perfilar las más genéricas [definiciones] de Patrimonio Documental y Patrimonio Bibliográfico, y que sintetiza en una única expresión las numerosas referencias léxicas utilizadas tanto en la legislación anterior a la LPHE como en Derecho comparado para aludir a los bienes integrantes de estos específicos sectores del Patrimonio Histórico”. ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Tomo I, pág. 385.

Aunque se trata de una definición muy ilustrativa del amplio concepto de documento que la LPHE recoge, se trata a mi juicio de una determinación finalista que no aparece claramente reflejada en la definición que la Ley hace del documento, ni tampoco, en puridad, del patrimonio documental. Aunque sin duda el fin último de una definición tan amplia tanto de documento como de patrimonio documental, debe ser asegurar la conservación de toda aquella expresión –cualquiera que sea su formato- susceptible de tener relevancia cultural o histórica, la LPHE hace unas definiciones tan amplias e inclusivas de tantos documentos que esa finalidad no se deduce con facilidad. La única referencia al mismo se encuentra en la posibilidad de las Administraciones de incluir en el patrimonio documental documentos que, sin estar dentro de las categorías contempladas por el artículo 49 LPHE, se considere deben formar parte del mismo.

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”.

De la anterior enumeración de los documentos que integran el patrimonio documental se deduce que el criterio utilizado para su determinación es una combinación entre la titularidad de los documentos que se incluyen, esto es, que provengan de personas jurídicas públicas o de otras entidades y personas que ejerzan funciones públicas, o la antigüedad de los documentos, cuando estos son de titularidad privada.

No obstante, la enumeración que se realiza no es exhaustiva puesto que este doble criterio, subjetivo y temporal, para establecer el interés documental y su inclusión, por tanto, en el patrimonio documental, se completa con la determinación directa del posible interés cultural del documento efectuada por la Administración General del Estado, aunque no cumpla los criterios de los apartados anteriores: “5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración”³⁶⁹.

³⁶⁹ El art. 49.5 LPHE fue objeto, junto con otros artículos de la LPHE, de un recurso de inconstitucionalidad y declarado conforme a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero, siempre que este apartado se interprete de manera que no

BARRERO RODRÍGUEZ afirma respecto de esta clasificación legal que “es la titularidad de los documentos el elemento determinante de su integración en el Patrimonio Histórico, criterio que juega, bien de modo exclusivo, cuando ésta la ostenta una Administración pública, o de manera concurrente con el de antigüedad en caso de no darse tal circunstancia, antigüedad cifrada en cuarenta o cien años, en función, de nuevo, de la cualidad del sujeto titular de esos documentos, unos plazos arbitrarios como todos los que intentan servir para delimitar el valor cultural de un objeto. Desde estas coordenadas ¿puede decirse que sea correcta una definición del Patrimonio Documental asentada en tales principios? Una adecuada interpretación del Título VII de la norma, incardinada en el entero texto legal y desarrollada sobre la base de la propia Constitución, no puede llevarnos más que a sostener que los documentos pertenecen al Patrimonio Histórico porque son portadores de un valor cultural, porque incorporan una referencia a la historia de la civilización, circunstancia intrínseca al bien e independiente, en consecuencia, de la cualidad de su sujeto titular, así como de su antigüedad. Desde la definición genérica del Patrimonio Histórico resulta claro que un documento se integra en él, no por la simple concurrencia de ese doble requisito, sino porque posee un valor de tal carácter, necesariamente presente en todos los bienes de esta naturaleza. En realidad, lo único que de especial ocurre en este ámbito es que la Ley, en vez de remitir a la Administración a través de los procedimientos de declaración en ella previstos, la apreciación de cuando ese valor está efectivamente presente en los bienes, opera bajo la presunción de que dándose tales circunstancias el interés histórico existe, contemplando, no obstante, en garantía de esa adecuación entre el Patrimonio

excluya la competencia de las Comunidades Autónomas para declarar la inclusión en su patrimonio documental de los documentos que no se ajustan a los demás criterios de la norma, pero que merecen su inclusión en el patrimonio documental; competencia que la mayoría de las Comunidades Autónomas han ejercido a través de criterios de determinación semejantes al establecido por el art. 49 LPHE en la regulación establecida en sus normas sobre patrimonio cultural y patrimonio documental.

Histórico como concepto real y el Patrimonio Histórico como concepto formal y jurídico la posibilidad de que a través de declaraciones puntuales y concretas se integren en el mismo bienes que, aún no cumpliendo con esos requisitos, presentan un valor cultural, así como que se excluyan de él los que, aún poseyéndolos, carezcan, sin embargo, del mismo”³⁷⁰.

Así, según la LPHE, integran el patrimonio documental, en primer lugar, los documentos administrativos, entendidos tales, siguiendo el criterio subjetivo utilizado por la Ley en su art. 49.2, como ya hemos señalado, como “los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de la 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 o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”. Esto es, la Ley determina la pertenencia al patrimonio documental, independientemente del criterio de la antigüedad³⁷¹ y

³⁷⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, *op. cit.* págs. 243 y 244.

³⁷¹ MARTÍNEZ GARCÍA afirma respecto de este apartado que “supuso una auténtica innovación, casi una revolución, pues otorga el carácter de Patrimonio Documental a todos los documentos, de cualquier época, generados por organismos y gestores de servicios públicos. Esta disposición suponía una protección absoluta de unos bienes que, por su fragilidad, se encontraban en peligro por la tradicional dejadez de la Administración y por la escasez de medios empleados en la conservación y tratamiento de los documentos y, al mismo tiempo, acababa con el obsoleto concepto de tesoro documental, una definición que primaba la pieza individual y descontextualizada”. MARTÍNEZ GARCÍA, L., “El Sistema Español de Archivos en la Constitución: una confrontación entre teoría y realidad”, en el *Boletín ANABAD*, tomo 49, núm. 3-4, 1999, pág. 101.

FERNÁNDEZ RAMOS recuerda que la inclusión de documentos administrativos en el patrimonio documental independientemente del criterio de su antigüedad es un elemento que enturbió las relaciones entre archivos y patrimonio cultural y que es herencia directa de la Ley 26/1972, de 21 de junio, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación que “como es notorio no es una Ley propiamente de archivos sino de documentos, y su principal aportación será incluir en el concepto de «tesoro documental» a los «documentos depositados en los archivos públicos cualesquiera que fuera su antigüedad»”. En “El sistema estatal de archivos públicos: pasado, presente y futuro”, *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 22, junio 2003, págs.53 y ss.

exclusivamente en función de su carácter subjetivo público, por cuanto todos los documentos generados o en posesión de una Administración pública u organismo o entidad pública o gestora de un servicio público, se integran en dicho patrimonio. La Ley utiliza a este respecto un criterio muy amplio y expansivo, tendente a incluir todo aquel documento que pueda ser considerado administrativo, ya que comprende aquellos que proceden tanto de Administraciones territoriales, como de la Administración institucional (“cualquier organismo o entidad de carácter público”), de las sociedades mercantiles estatales (“las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado y otras entidades públicas”)³⁷² e incluso de las personas o entidades de carácter privado cuando estas sean gestoras de servicios públicos (“personas privadas o jurídicas gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”)³⁷³.

³⁷² Obviamente, tienen aquí cabida no sólo las Administraciones territoriales, sino los Organismos públicos previstos por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), las Entidades gestoras de la Seguridad Social y de otros organismos públicos cuyo régimen se exceptúa del general por las Disposiciones Adicionales de la LOFAGE, las llamadas Administraciones independientes (Disposición Adicional Décima de la LOFAGE) y las Agencias estatales (que se rigen por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos). También se incluirán las sociedades mercantiles estatales (Disposición Adicional 12.^a de la LOFAGE) y las fundaciones públicas, así como las personas jurídico-privadas gestoras de servicios públicos. Esto es, en general, al denominado “sector público estatal” por los arts. 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

³⁷³ FERNÁNDEZ RAMOS considera que, en relación con estos últimos “cabe anotar que el concepto de gestor de servicios públicos es más amplio que el concepto tradicional de concesionario de servicios públicos, el cual viene algo estrecho para englobar todos los variados supuestos actuales de colaboración privada en el ejercicio de verdaderas funciones públicas y que no siempre se instrumentan mediante la técnica de la concesión –caso, por ejemplo, de entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones inspectoras o de gestión de ayudas públicas–”. FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”, en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, coord. Luis MARTÍNEZ GARCÍA, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, pág. 54.

Si el criterio subjetivo para la inclusión de los documentos administrativos como integrantes del Patrimonio Documental es sin duda el esencial, debe tenerse no obstante en cuenta que, dentro del enunciado del art. 49.2 LPHE también aparece un elemento de carácter funcional: formará parte del patrimonio documental, todo documento que las entidades mencionadas “generen, conserven o reúnan”³⁷⁴, “en el ejercicio de su función”, así como las personas jurídicas privadas gestoras de servicios públicos “en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”. Es decir, se incluye todo aquel documento que, subjetiva u objetivamente pueda considerarse administrativo.

Como ya hemos señalado, los apartados 3 y 4 del art. 49 LPHE completan el elenco de documentos que forman parte del patrimonio documental en una combinación del criterio subjetivo, en este caso de carácter privado, con la antigüedad de sus documentos que, en función del tipo de sujetos jurídico-privados, será de 40 años (“entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, Fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado”)³⁷⁵, o de cien años, “por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas”.

En todo caso, habría que considerar si dentro del concepto de servicio público, también tienen cabida actualmente –lo olvidemos que la regulación data de 1985- los denominados “servicios de interés económico general”, provenientes de la liberalización de servicios llevada a cabo por la Unión Europea.

³⁷⁴ La definición claramente extensiva de este art. 49.2 se refiere no sólo a los documentos que generen las entidades mencionadas, sino también aquellos cuyo origen sea otro pero que sean recibidos y conservados o hayan sido reunidos por las mismas.

³⁷⁵ En este caso, también aparece el elemento funcional, puesto que habla de documentos “generados, conservados o reunidos *en el ejercicio de sus actividades*” por dichas entidades, elemento que no aparece en el apartado 4 del artículo para los documentos de más de cien años. ALEGRE ÁVILA señala a este respecto que “en el número 3 del art. 49 el legislador ha declarado integrantes del Patrimonio Documental a los documentos generados por aquellas entidades y sujetos (no públicos) que, debido a su carácter o a las actividades que constituyen su objeto, presentan un interés relevante para entender y estudiar la realidad de los fenómenos sociales, políticos, sindicales

2. El patrimonio documental de las Comunidades Autónomas.

Todas las Comunidades Autónomas que, salvo en el caso de la Región de Murcia³⁷⁶, han dictado normas sobre patrimonio cultural e histórico, han seguido en su mayoría la estructura de la LPHE y han incluido, al igual que ésta, el patrimonio documental de la Comunidad Autónoma dentro de su patrimonio cultural e histórico³⁷⁷.

o religiosos. De ahí la referencia a estas entidades y asociaciones “de carácter político, sindical o religioso”, referencia que no sólo no prejuzga su naturaleza, pública o privada, sino que, como resulta de su contraposición con el número inmediatamente anterior del art. 49, la afirmación de su naturaleza privada constituye un punto de partida necesario. Desde este punto de vista, la posterior alusión a “las entidades, Fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado” únicamente persigue fijar el alcance de los fines y objetivos tomados en consideración por la Ley para englobar en el Patrimonio Documental a los documentos producidos por estas entidades, Fundaciones y asociaciones de carácter estrictamente privado, fines y objetivos que son los de carácter cultural y educativo”. *Op. cit.* pág. 396.

³⁷⁶ La Región de Murcia, aunque no ha dictado ninguna norma sobre Patrimonio Histórico o Cultural y se rige por tanto en esta materia por la LPHE, sí que ha dictado una norma específica sobre patrimonio documental, la Ley 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental. Esta norma, que define en su art. 1 cuál es el contenido del patrimonio documental de la Región de Murcia, sigue también la estructura de la LPHE.

³⁷⁷ Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía (art.1 y arts. 65 a 73); Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco (arts. 55 a 65); Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural Catalán (arts. 18 y 19); Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia (art. 1 y arts. 76 a 82); Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural (del Principado de Asturias) (art. 1.2 y arts. 79 a 86); Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria (art. 3.2); Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja (art. 2); Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano (arts. 1.2 y arts. 75 y 76) ; Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés (art. 2); Ley 4/1990, de 30 de mayo, de patrimonio histórico de Castilla-La Mancha (art. 1.2); Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (art. 1.2); Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra (art. 2.1 y arts. 71 a 80); Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (art. 1.2 y arts. 73 a 81); Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares (art. 1.2 y arts. 76 a 79); Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de Madrid (art. 1.3) y; Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León (art. 1.2).

Sin embargo, aunque todas las normas sobre patrimonio cultural incluyen específicamente al patrimonio documental, no todas contienen en su articulado, como hace la LPHE, las normas para la determinación de su contenido, sino que, en algunos casos, se remiten en este aspecto a sus propias normas sobre archivos y patrimonio documental³⁷⁸.

En cualquier caso, tanto si la regulación sobre patrimonio documental se encuentra en normas específicas, como cuando se establece directamente en las normas sobre patrimonio cultural e histórico, las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su competencia para la determinación de su patrimonio documental han seguido, con pequeñas variaciones, la estructura de la LPHE. Así, todas ellas parten de una definición de documento más o menos similar a la del art. 49.1 LPHE³⁷⁹, como elemento esencial para la determinación de su patrimonio documental, estableciendo también como criterios esenciales, a efectos de su inclusión en el mismo, la titularidad – pública o privada- y la antigüedad de los documentos. No obstante, si bien respecto a la antigüedad necesaria para que los documentos de titularidad privada formen parte del patrimonio documental la regulación de las Comunidades Autónomas es bastante homogénea y muy similar a la

³⁷⁸ Es el caso de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla y León, La Rioja y Madrid y, parcialmente, de Castilla-La Mancha, cuya Ley sobre Patrimonio Histórico determina los documentos que, estando en archivos de titularidad privada, forman parte del patrimonio documental, mientras que los artículos que se referían a los archivos públicos han sido derogados y se regulan en la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos de Castilla-La Mancha.

³⁷⁹ No resulta necesario recoger cada una de las definiciones de documento, que siguen, en lo esencial, la definición proporcionada por el art. 49.1 LPHE, aunque en algunos casos se añaden matices, como son incluir “cualquier otra expresión gráfica que constituya un testimonio de las funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos” (Cataluña), “todo testimonio de funciones y actividades humanas recogido en un soporte perdurable”(Galicia), o “cualquier expresión gráfica, sonora o en imagen, recogida en cualquier tipo de soporte material, actual o futuro, generada en el ejercicio de la actividad de las personas” (Navarra) y, en la mayoría de los casos, se excluyen específicamente las obras de creación y de investigación editadas y las que se incluyan en el patrimonio bibliográfico.

establecida por la LPHE³⁸⁰, y, asimismo, cuando se trata de documentos procedentes de entidades jurídico-públicas, también las normas autonómicas hacen referencia por lo general a los documentos “de cualquier época” para su inclusión en el patrimonio documental autonómico, las regulaciones son bastante dispares entre sí por lo que se refiere a la determinación de las instituciones y personas jurídico-públicas –o que lleven a cabo funciones de carácter público- cuyos documentos deben considerarse incluidos dentro del patrimonio documental autonómico.

Aunque la estructura seguida para la determinación del patrimonio documental autonómico es, como ya hemos indicado, similar a la establecida en el art. 49 LPHE, por lo general, las normas autonómicas son mucho más extensivas en su enumeración de las Entidades y personas cuyos documentos forman parte del mismo. Destaca, en este sentido, la legislación vasca, para la cual “el patrimonio documental del pueblo vasco está compuesto por la documentación de interés producida o recibida por cualquier Administración, entidad o individuo que a lo largo de la historia haya desarrollado sus atribuciones, funciones o actividades en el País Vasco, independientemente de la titularidad y ubicación actual o futura de la misma” (art. 55 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco), que es, sin duda, la que

³⁸⁰ No es necesario analizar las normas de todas las Comunidades Autónomas, puesto que, como decimos, su estructura sigue la ya vista de la LPHE, sobre todo para lo que se refiere a los documentos de entidades y personas privadas, para las que, en general, se sigue el mismo criterio de 40 años, para determinadas entidades jurídico-privadas y 100 años de antigüedad, en general –salvo el caso de la legislación de la Comunidad Autónoma vasca, que no distingue entre ambos casos y se refiere a “todos los documentos, fondos de archivos, y colecciones de documentos de cualquier titularidad con una antigüedad de 50 años” (art. 55 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco), la Ley de Archivos andaluza, que establece plazos respectivos de 50 y 100 años y la Ley del patrimonio documental y archivos de Canarias, cuyos plazos son de 45 y 100 años-. Nos limitaremos a analizar las diferencias existentes en las distintas legislaciones respecto de los documentos que forman parte de los patrimonios documentales por su relación con entidades jurídico-públicas.

mantiene un concepto más amplio e indeterminado de todas, sobrepasando ampliamente su ámbito territorial³⁸¹.

Con mayor grado de determinación, pero también con carácter muy extensivo, puesto que ya no se limita al criterio de la titularidad jurídico-pública de ámbito autonómico, sino a la ubicación de los documentos en territorio de la Generalidad, la legislación catalana hace referencia, por lo que se refiere a los documentos de entidades jurídico-públicas o que ejerzan funciones administrativas a “2. a) los documentos producidos o recibidos, en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de su actividad política y administrativa, por la Generalidad, por los entes locales y por las entidades autónomas, las empresas públicas y las demás entidades que dependen de ellos; d)³⁸² los documentos comprendidos en fondos conservados en archivos de titularidad pública de Cataluña; 3. Todos los documentos de los órganos de la Administración del Estado, de las notarías y los registros públicos y de los órganos de la Administración de justicia radicados en Cataluña forman parte también del patrimonio documental de Cataluña, sin perjuicio de la

³⁸¹ Es evidente que, por lo general, las normas sobre la determinación de los documentos que integran el patrimonio documental son muy amplias –el hecho de que formen parte del mismo los documentos de más de cien años, independientemente de su titularidad, no deja de ser, en algunos casos, una exageración- pero sirven a la finalidad de garantizar la conservación de cualesquiera documentos que tengan un valor cultural, administrativo, científico, etc. que los haga dignos de conservación y protección. Pero sin duda, la norma vasca excede con mucho esta precaución, incluyendo en su patrimonio documental documentos que, probablemente, pertenecen a otras instituciones, autonomías o, incluso, países, pues dudosamente podrán considerarse como patrimonio documental del País Vasco los documentos existentes en los centros culturales vascos en el extranjero, por ejemplo, los de instituciones y empresas que hayan trasladado su sede desde el país vasco a otros lugares o, lo que ya resultaría realmente excesivo, los documentos de los “individuos” –como dice la ley- cuando ya no residan en dicha Comunidad Autónoma.

³⁸² Los apartados b) y c) hacen referencia a documentación más de cuarenta años de personas jurídicas privadas que desarrollan su actividad en Cataluña y los de más de cien años producidos o recibidos por cualquier persona física y los de menor antigüedad producidos en soportes de caducidad inferior a cien años.

legislación del Estado que les sea aplicable; 4. Los documentos de los órganos de la Comunidad Europea radicados en Cataluña forman parte también del patrimonio documental de Cataluña, sin perjuicio de la normativa comunitaria que les sea aplicable”³⁸³ (art. 19 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural Catalán).

La Rioja, siguiendo también este criterio extensivo, integra en su patrimonio documental “los documentos de cualquier época, recogidos o no en archivos, producidos en el ejercicio de sus funciones por: a) los órganos de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja; b) la Diputación General de La Rioja; c) las entidades y órganos de la Administración local; d) las personas físicas y jurídicas de carácter privado gestoras de servicios públicos en La Rioja, en cuanto a los documentos relacionados con la gestión de dichos servicios; e) las personas físicas al servicio de cualquier órgano de carácter público, en cuanto a los documentos producidos o recibidos en y por el desempeño de su cargo, dentro del territorio de La Rioja (art. 4). Forman parte del Patrimonio Documental de La Rioja, sin perjuicio de la legislación del Estado que les afecte, los documentos producidos o reunidos por: a) los órganos de la Administración Periférica del Estado en La Rioja; b) los órganos de la Administración de Justicia radicados en La Rioja; c) las Universidades y demás centros públicos de Enseñanza de La Rioja; d) las Notarías y Registros Públicos de La Rioja; e) las corporaciones de derecho público con domicilio en la Comunidad Autónoma; f) Cualquier otro Organismo o entidad de titularidad estatal establecido en La Rioja”.

Otras Comunidades Autónomas añaden a lo anterior los documentos de sus Parlamentos autonómicos -Canarias, Cantabria, Castilla y León o Islas Baleares-, o de sus Colegios profesionales e instituciones científicas y

³⁸³ Lo que, creo yo, va más allá de sus competencias, a pesar de incluir la tantas veces utilizada coletilla “sin perjuicio de la normativa que le sea aplicable”.

culturales -Canarias, Castilla y León, Islas Baleares-, haciendo formar parte del patrimonio documental respectivo, con independencia de su antigüedad, los documentos producidos o reunidos por todo tipo de instituciones jurídico-públicas, puesto que también se incluye la documentación de sus Parlamentos autonómicos y Administraciones corporativas y así como de otras Administraciones y personas jurídicas, ubicadas físicamente en la Comunidad Autónoma, aunque no tengan carácter autonómico³⁸⁴.

3. El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio documental.

En este sentido, parece que, en general, aunque con diversas especificaciones, las Comunidades Autónomas en su regulación del patrimonio documental han seguido la clasificación que se llevó a cabo por la Ley 3/1984, de 9 de enero, de archivos, dictada por la Comunidad autónoma andaluza un año antes de que fuera aprobada la LPHE y que establece en sus artículos 2 y 3 que: “Art. 2. Forman parte del Patrimonio Documental andaluz los documentos de cualquier época recogidos o no en archivos, recibidos o producidos en el ejercicio de su función por: a) los órganos de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma; b) los órganos legislativos de dicha Comunidad; c) los órganos periféricos de la Administración Autónoma Andaluza; d) los órganos provinciales y municipales de la Administración local; e) las Academias, Colegios Profesionales y Cámaras; f) las personas privadas, físicas o jurídicas, gestores

³⁸⁴ Lo cual no deja de plantear un importante conflicto –al que se enfrentó, sin demasiado éxito, desde mi punto de vista, el Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Archivos andaluza, a la que nos referiremos a continuación-, puesto que, cuando se trate de documentos de otras Administraciones Públicas u otras instituciones, incluso supraestatales, éstas tendrán, desde luego, competencia plena para gestionar su propia documentación que, sin embargo, las Comunidades Autónomas integran como parte de su patrimonio documental, con competencias, por tanto, para su conservación y protección.

de servicios públicos en Andalucía, en cuanto a los documentos generados en la gestión de dichos servicios; e) las personas físicas al servicio de cualquier órgano de carácter público en cuanto a los documentos producidos o recibidos en y por el desempeño de su cargo dentro del territorio de Andalucía. Art. 3. Forman asimismo parte del Patrimonio Documental, a salvo de la legislación del Estado que les afecte, los documentos producidos por: a) los Órganos Periféricos de la Administración Central en Andalucía dependientes de cualquier Departamento Ministerial; b) las Universidades y demás centros públicos de enseñanza radicados en Andalucía; c) las Notarías y Registros Públicos de las ocho provincias andaluzas; d) cualquier otro organismo o entidad de titularidad estatal en Andalucía”.

Es necesario recordar que los arts. 2. g) y 3. a) y d) de la Ley andaluza de Archivos fueron, junto con otros artículos de la misma Ley, objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado, precisamente por el carácter extensivo de su determinación del patrimonio documental y que dio lugar a la STC 103/1988, de 8 de junio. En este recurso, se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de estos artículos de la Ley por entender que con ellos se sobrepasaban las competencias de la Comunidad Autónoma de dos formas: en primer lugar, invadiendo la competencia estatal en materia de archivos prevista por el art. 149.1.28³⁸⁵ y, en segundo lugar, extralimitando sus competencias al establecer un régimen jurídico que incluía Entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad Autónoma³⁸⁶.

Las alegaciones presentadas por la Comunidad Autónoma se dirigieron a diferenciar, en el ámbito de la Ley, los preceptos referidos a la

³⁸⁵ El recurso se fundamentaba en este punto considerando que “la integración en el patrimonio documental andaluz de determinados documentos originados por entidades u organismos pertenecientes a la Administración General del Estado supone una aplicación del régimen jurídico de la Ley andaluza a los archivos de titularidad estatal en que dichos documentos se encuentren”.

³⁸⁶ Vulnerando por tanto el art. 137 de la Constitución, así como el art. 41.1 del Estatuto de Autonomía andaluz.

determinación y régimen jurídico del patrimonio documental andaluz, de los referentes a los archivos –cuestiones que entendían que son independientes entre sí, pues la norma pretende la protección de los documentos estén o no conservados o custodiados en archivos³⁸⁷-, ya que la competencia sobre patrimonio documental es una competencia que pueden asumir las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.3 CE, puesto que la legislación estatal al respecto era inexistente, sin olvidar reseñar, en todo caso, que las referencias a sus archivos dejan siempre a salvo la competencia estatal en la materia.

La Sentencia acogió esta tesis y desestimó por tanto el recurso, tanto en este motivo como en lo que se refiere al segundo de los motivos de recurso alegados, afirmando que “tampoco son aceptables las alegaciones que se invocan para afirmar que los artículos impugnados vulneran el principio de territorialidad consagrado en el art. 137 de la Constitución. No hay duda de que los preceptos destinados a la regulación del patrimonio documental andaluz incidirán sobre el régimen de los archivos o documentos situados en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza que pertenezcan a entidades de alcance superior al territorio de la Comunidad, pero tampoco es dudoso que esta situación es el resultado de las disposiciones constitucionales y estatutarias. La Constitución sólo reserva a la competencia estatal los «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal» y, por lo mismo es plenamente aplicable a la Comunidad Autónoma de Andalucía la previsión del art. 149.3 de que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. [...]” (F.J. 5).

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, desestimado el recurso de inconstitucionalidad y reconocida así la competencia autonómica para regular su patrimonio documental referida incluso a documentos de titularidad de

³⁸⁷ Cuestión a la que nos referiremos a continuación en el siguiente apartado.

Entidades de carácter supra autonómico, las Comunidades Autónomas han seguido tomando como referencia esta primera Ley autonómica sobre archivos, estableciendo de manera muy extensiva los elementos integrantes de su patrimonio documental, con las dificultades que esto implica cuando dichos documentos se encuentran contenidos en archivos que no son de titularidad autonómica³⁸⁸.

Ha de tenerse en cuenta, además del reparto en materia de archivos efectuado por el art. 149.1.28 Constitución y por los Estatutos de Autonomía, que existe una competencia concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura, en virtud del art. 149.2 CE (F.J. 3)³⁸⁹ y una competencia estatal en materia de defensa contra la exportación y la expoliación de los bienes integrantes del mismo, y ello independientemente de que la titularidad de los archivos sea pública –estatal o autonómica- o privada. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 17/1991, de 31 de enero, por la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado contra ciertos artículos de la LPHE, acotó esta cuestión, al tener que referirse a varios preceptos impugnados relativos justamente a esta materia. Así, respecto de la competencia que el art. 49.5 LPHE –al que ya nos hemos referido anteriormente- atribuye al Estado para declarar como bienes integrantes del patrimonio documental a los documentos que merezcan tal consideración, aunque no cumplan los requisitos de antigüedad establecidos

³⁸⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional no llegó a resolver esta problemática cuestión – que, sin embargo, al ser declarada constitucional, fue imitada por muchas Comunidades Autónomas –, referente a la gestión de los documentos que se encuentran en archivos de titularidad distinta a la autonómica y que, sin embargo, forman parte de su patrimonio documental, según su Ley de archivos. Parece haber sido, más bien, una solución de carácter político respecto de la titularidad del patrimonio documental que puede ser fuente de innumerables conflictos.

³⁸⁹ Tanto la Constitución como las Comunidades Autónomas parecen hacer un tratamiento de los archivos desde la perspectiva de su consideración, fundamentalmente, como instituciones de carácter cultural, lo que se refleja en su tratamiento conjunto, desde mediados del siglo XIX, junto a museos y bibliotecas, así como en las normas relativas al patrimonio cultural e histórico.

en los apartados anteriores del mencionado art. 49, el Tribunal Constitucional consideró que “ni la defensa contra la expoliación y la exportación ni otros títulos [...] justifican esta prescripción, mediante la cual vienen en realidad a atribuirse competencia en contra de lo previsto en general por los Estatutos, decisión que no es propia de la Ley. [...] Este precepto no excluye que esa declaración pueda ser realizada por las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia” (FJ 11)³⁹⁰.

Se afirman así las competencias del Estado en la materia, pero delimitándolas respecto de las Comunidades Autónomas, que también gozan, como hemos visto, de competencia para determinar qué documentos forman parte de su patrimonio documental autonómico, sin que las competencias estatales en materia de cultura (149.2 CE) o en materia de defensa del patrimonio contra la exportación y la expoliación le sirvan de título competencial en blanco para la regulación de las normas relativas a todo el patrimonio documental español.

4. Los archivos administrativos como parte del patrimonio documental.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la cuestión de la relación entre el patrimonio documental y los archivos dista de ser clara, pero el hecho de que tanto la LPHE como las normas sobre patrimonio documental de las

³⁹⁰ MARTÍN REBOLLO afirma respecto de esta cuestión “que este apartado [el 49.5 LPHE] no es inconstitucional si se interpreta en el sentido del F. 11. En realidad es una declaración de inconstitucionalidad encubierta”. Nota al art. 49.5 LPHE en MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas*, Aranzadi, 2006.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional respecto de la confección del censo del patrimonio documental; declara compatibles con la Constitución los artículos de la LPHE impugnados siempre que se interpreten en el sentido de que el ejercicio estatal de las competencias establecidas por la LPHE, en nada empecen las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio documental y de archivos.

Comunidades Autónomas incluyan, dentro de su patrimonio documental, los documentos de cualquier época -esto es, ya sean “históricos” o de producción reciente-, generados, conservados o reunidos por Administraciones y entidades de carácter público, así como por el resto de entidades que se incluyen en el art. 49.2 LPHE y sus equivalentes autonómicos –esto es, personas jurídicas con participación pública y personas físicas y jurídicas, de carácter privado, que gestionan servicios públicos- “se encuentren o no reunidos en archivos”, determina la existencia de una relación esencial entre los archivos administrativos y el patrimonio documental.

En toda la legislación relativa al patrimonio documental, la regulación del mismo y la de los archivos suele aparecer de manera yuxtapuesta, esto es, en casi ninguna de las normas relativas a los archivos se dice que los mismos formen parte del patrimonio documental, aunque este hecho parece, como hemos visto, indudable. Así ocurre en la regulación que de dicho patrimonio documental se hace en la LPHE, en la que se regula el patrimonio documental, por un lado (Capítulo I del Título VII) y los archivos, por otro (Capítulo II del mismo Título VII) y cuya estructura han seguido, por lo general, las Comunidades Autónomas en su regulación³⁹¹.

³⁹¹ Probablemente este hecho se deba a que las normas sobre patrimonio documental, aunque recogen esa doble acepción de los archivos como “conjunto orgánico de documentos” y de lugar de depósito de los mismos, parecen tratar a los mismos respecto de su segunda acepción, esto es, como lugar en el que se recoge el patrimonio documental. La virtualidad de la primera acepción puede aplicarse, sobre todo, para diferenciar el patrimonio documental que se recoge en archivos, de aquél que pueda estar recopilado en forma de fondos documentales y de colecciones de documentos.

Se trata de un hecho importante porque aunque el patrimonio documental autonómico y los archivos se regulan por lo general en las mismas normas, establecen regímenes jurídicos yuxtapuestos para los mismos, y eso permite que sea conforme con la Constitución el que se incluyan dentro del patrimonio documental documentos de otras instituciones y de otras Administraciones, fundamentalmente de la Administración General del Estado, sin que se vulnere – al menos, formalmente- el reparto competencial sobre archivos, porque la legislación autonómica sobre los mismos sólo se aplicará sobre los de titularidad autonómica y no sobre los de titularidad

Los documentos administrativos, según se establece en las normas sobre archivos³⁹², deben de estar, en principio, ordenados y conservados en los archivos de dichas Administraciones, organismos y entidades públicas, esto es, en archivos administrativos, de lo que cabrá afirmar que dichos archivos forman parte del patrimonio documental español –ya se integren directamente en éste o por su vinculación al patrimonio documental de las Comunidades Autónomas-.

El Tribunal Constitucional –aunque separando, como hemos visto, las competencias en materia de archivos y de patrimonio documental- avaló esta discutible tesis en su Sentencia 103/1988, de 8 de junio, sobre el recurso de inconstitucionalidad de la Ley andaluza 3/1984, de 9 de enero, de archivos. En la misma se decía que “por lo que se refiere a la inclusión de documentos en el patrimonio documental andaluz, es de señalar ante todo que dicha operación se refiere siempre a documentos y no a archivos. [...] Aparecen, pues, como intervenciones legislativas distintas la calificación de los documentos (a que se dirige el Título I de la Ley) y la ordenación de los archivos (objeto del Título II), ambas encaminadas a «la organización, protección y difusión del Patrimonio Documental Andaluz», finalidad última de la Ley según se afirma en la Exposición de Motivos. [...]. Es necesario advertir, no obstante, que el ejercicio de esa competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de archivos (radicados o localizados en su ámbito territorial y de titularidad no estatal) debe adecuarse

estatal, aunque sus documentos se consideren integrados en el patrimonio documental autonómico, cuestión que –como ya hemos señalado- no deja de ser conflictiva.

³⁹² Sistemáticamente las normas sobre procedimiento administrativo han omitido cualquier referencia al archivo de los documentos y expedientes -salvo para referirse al caso de la caducidad de los procedimientos-. La única referencia a los mismos se encuentra en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), cuyo art. 179 establece que “los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo y tendrán índice alfabético duplicado en que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes”.

al límite mismo dimanante de la previsión del art. 149.1.28 de la Constitución, relativo a la competencia exclusiva del Estado en lo que atañe a la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación”. Y *ello por la razón de que tales archivos, en la medida en que reúnen conjuntos orgánicos de documentos, son también bienes integrantes del patrimonio histórico y cultural español*, quedando, por tanto, específicamente sometidos a la señalada limitación”.

III. EL CONCEPTO DE ARCHIVO

Como hemos tenido oportunidad de ver, el patrimonio documental se compone de diversas tipologías de documentos, se encuentren éstos reunidos en archivos o no. Esto quiere decir que, junto con los archivos, los documentos que forman parte del patrimonio documental pueden estar reunidos o conservados en otras instituciones y sistematizados de otra manera. Precisamente porque se les aplican regímenes jurídicos diversos, una vez vistas las relaciones existentes entre el patrimonio documental y los archivos, es necesario delimitar estos últimos de otras posibles formas de conservación del patrimonio documental, para lo cual es necesario definir e individualizar el concepto de archivo, a efectos de determinar el régimen jurídico que les resulta aplicable, así como, en definitiva, el derecho de los ciudadanos de acceder a los mismos.

Por ello, resulta útil, a efectos de delimitar el régimen jurídico que les es aplicable, diferenciar los archivos, en su acepción de conjuntos orgánicos de documentos, de otras instituciones, como las colecciones de documentos y los fondos documentales, cuya definición no dista demasiado de la de los archivos y que son, por lo general, reguladas conjuntamente por las normas referentes al patrimonio histórico y documental, tanto en el ámbito estatal como en el de las distintas Comunidades autónomas.

1. La definición de archivo.

El art. 59.1 de la LPHE, define los archivos como “los conjuntos orgánicos de documentos o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo, se entienden por Archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos”. Este doble concepto de archivo, como conjunto orgánico de documentos y como lugar dónde dichos documentos se almacenan y conservan, es el habitualmente utilizado por las normas jurídicas que se ocupan de la regulación de los mismos y que se corresponde, además, en lo esencial, con las acepciones gramaticales usuales de dicho término³⁹³.

³⁹³ El diccionario de lengua española de la R.A.E. recoge, en las dos primeras acepciones del término, las siguientes: “Archivo: (Del Lat. *archivum*, y este del gr. *ἀρχεῖον*, residencia de los magistrados). 1. m. Conjunto ordenado de documentos que una persona, una sociedad, una institución, etc., producen en el ejercicio de sus funciones o actividades. 2. m. Lugar donde se custodian uno o varios archivos”.

Por su parte, el *Diccionario del uso del español* María Moliner también lo define como: “Archivo (del latín *archivum*, del griego *archeion*, morada de los magistrados). 1. m. Lugar en que se guardan documentos. (Subacepción:) Conjunto de los documentos custodiados. (Palabra relacionada:) Fondos. 2. Colección literaria de noticias sobre cierta cosa.”.

En cuanto a su origen etimológico, COROMINAS establece que está “tomado del tardío *archivum* y éste el griego *ἀρχεῖον*, “residencia de magistrados”, “archivo”, derivado del griego *ἀρχή*, “mando”, “magistratura”, 1.^a doc.: h. 1560 (P. Las Casas), *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, COROMINAS y PASCUAL, ed. Gredos, 1991. SOCA describe este origen etimológico de la siguiente manera: “la historia de esta palabra se remonta a treinta siglos atrás, cuando Atenas, gobernada por el rey Codros, fue invadida por los dorios. El oráculo de Delfos había vaticinado que los atenienses sólo lograrían vencer y expulsar a los invasores si Codros perdiera la vida en batalla. Al conocer la profecía, el monarca fue al campo de batalla y provocó abiertamente a los dorios hasta que lo mataron; enseguida sufrieron una derrota aplastante a manos de los defensores de Atenas. Los atenienses decidieron entonces que no había nadie que reuniera condiciones suficientes para suceder en el trono al rey héroe y nombraron en su lugar a un magistrado civil, al que llamaron *arkhon*, en

La noción o el concepto de archivo, en este sentido, a pesar de su doble acepción como continente (lugar de archivo) y contenido (fondo de archivo) no ha planteado mayores problemas jurídicos y de hecho es la denominación que la mayoría de leyes autonómicas sobre archivos y patrimonio documental recogen.

Esto es, la mayoría de normas que regulan el régimen jurídico de los archivos han seguido la amplísima definición de los mismos dada por la LPHE. Así, por una parte, se habla de archivo como *conjunto orgánico de documentos*, recibiendo tal denominación³⁹⁴ o la de “fondo de archivo”³⁹⁵, es

español “arconte” dando inicio así a una magistratura que gobernó Atenas durante cinco siglos, hasta la tiranía de Pisístrato en el siglo VI a.C. El edificio de gobierno, donde el arconte ejercía sus funciones, era el *arkheion* y el conjunto de los documentos públicos allí albergados se llamaba *ta arkheia*, palabra que en latín tardío dio lugar a *archivum*, que llegó al español como archivo”. SOCA, Ricardo, *La fascinante historia de las palabras*, Asociación Cultural Antonio de Nebrija, Montevideo, 2005.

³⁹⁴ Ley 19/2002, de 24 de octubre de Archivos de Castilla La Mancha (art. 3.1 Se consideran archivos los conjuntos orgánicos de documentos reunidos, generados o conservados por las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades para la gestión administrativa, la información y, en su caso, la cultura); Ley 3/2002, de 28 junio de Archivos de Cantabria (art. 4.1 Se entiende por Archivo, a los efectos de esta Ley, el conjunto orgánico de documentos, o la agrupación de varios de ellos, reunidos por cualquier institución pública o privada, persona física o jurídica en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la gestión administrativa, información, investigación y cultura); o la Ley 6/1986, de 28 de noviembre de Archivos de Aragón (art. 2.1. Se entiende por archivo el conjunto orgánico de documentos o la reunión de varios de ellos, completos o fraccionados, producidos, recibidos o reunidos por las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con fines de gestión administrativa, información o investigación histórica, científica y cultural).

³⁹⁵ Ley 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid (art. 2.1 Se entiende por Archivo [...] el Fondo de Archivo; 1. Fondo de Archivo es el conjunto orgánico de documentos generados por cualquier institución pública o privada, persona física o jurídica en el ejercicio de sus funciones, que son testimonio de las actividades que realizan, y que han de dar servicio a los ciudadanos por medio de la custodia e información de sus derechos e intereses, la buena gestión de las instituciones y el fomento de la investigación que ayude al progreso y promueva la cultura). Asimismo, la Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Patrimonio Cultural de Galicia (art. 76.3: Se entiende por archivo el conjunto orgánico de documentos producidos o

decir, refiriéndose a los documentos contenidos en las dependencias del archivo que se trate y, por otra, en cuanto lugar o institución de custodia y organización de los documentos, lo que determinadas leyes autonómicas denominan “centro de Archivo”³⁹⁶, “dependencias de Archivo”³⁹⁷ o, simplemente, archivos³⁹⁸.

2. Los archivos frente a otras instituciones documentales: bibliotecas y fondos documentales y colecciones de documentos.

El elemento esencial que permite diferenciar a los archivos es, según la LPHE, el carácter orgánico de la sistematización de los documentos allí reunidos³⁹⁹. Dicho carácter orgánico, que es el que define los fondos de

acumulados por las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus funciones y actividades, y conservados como testimonio y garantía de los derechos y deberes de la Administración y de los ciudadanos y como fuente de información general para la gestión administrativa y para todo tipo de investigación. Esta noción corresponde también a la del fondo del archivo).

³⁹⁶ Ley 3/2002, de 28 junio de Archivos de Cantabria (arts. 4.2: Son Centros de Archivo los lugares donde dichos conjuntos orgánicos o agrupaciones de documentos se reúnen, custodian, conservan, ordenan, sirven y difunden, y art. 11); y Ley 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid (art. 2.2: Centro de Archivo es el lugar donde se custodian, organizan y sirven los documentos de los diferentes Fondos de Archivo de una o diversas procedencias).

³⁹⁷ Ley 19/2002, de 24 de octubre de Archivos de Castilla La Mancha (art. 3. 2: Son dependencias de archivos las instituciones, edificios, locales o instalaciones donde se conservan y custodian los citados conjuntos orgánicos).

³⁹⁸ Ley 6/1986, de 28 de noviembre de Archivos de Aragón (art. 2.2: se entienden por archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados).

³⁹⁹ Siguiendo a CRUZ MUNDET, para la diferenciación de los archivos de otras reuniones o recopilaciones de documentos, ésta se puede lograr “descomponiendo en factores su definición:

1. ¿Qué compone el archivo? Obviamente, los documentos. Se trata de un conjunto de documentos, sin importar su fecha, su forma o su soporte material. Desde el punto de vista de sus caracteres externos, cualquier documento puede formar parte del archivo. [...] Por otra parte éste no

archivo como tales, viene dado porque su elaboración es fruto de un procedimiento determinado –en el caso de los archivos administrativos, evidentemente, el procedimiento administrativo, pero en otros ámbitos también-, esto es, “lo distintivo es que los documentos se producen en un contexto relacional normalizado”⁴⁰⁰.

Frente a esto, la colección de documentos “es el resultado de reunir documentos creados como fruto del saber y de la voluntad creadora, destinados a su difusión. Como su propio nombre indica la biblioteca colecciona los documentos, los elige y colecta mediante compra, donación, depósito o intercambio, pero en cualquier caso no le vienen dados. La

se define solamente porque posea documentos, pues también los tienen las bibliotecas o los centros de documentación: lo que realmente lo caracteriza es que hay un quién, un cómo y un para qué distintivos en la creación de los documentos.

2. ¿Quién crea, produce o genera un archivo? Cualquier persona física o jurídica, o sea, un individuo, una familia, un organismo público o privado, o una parte de éstos.

3. ¿Cómo se forma un archivo? Mediante el ejercicio de la actividad propia de esa entidad, que da lugar a la tramitación de asuntos diversos, cuya plasmación se materializa en forma de documentos. Por consiguiente se produce en el transcurso de un proceso natural, el propio de cada cual. [...] En ningún caso es ésta su función primordial, sin embargo se desprenden de su ejercicio, del desempeño de sus actividades.

4. ¿Para qué se producen documentos? No por capricho, sino para cubrir diversas necesidades: en primer lugar, para la gestión administrativa que, en el caso de los organismos públicos, incluye la información a los ciudadanos; después, por el interés que pueden ofrecer como fuente de información, para la investigación y para la difusión cultural.

5. Pero no es suficiente con que sean documentos producidos por cualquier entidad en el desarrollo de su actividad, para obtener información, además, debe ser conservada –bien por sus creadores, bien por sus sucesores- de forma organizada, respetando el orden según el cual fueron creados, manteniéndolos ligados por un vínculo necesario; en definitiva, deben ser conjuntos orgánicos. Para que se pueda hablar de archivo, los documentos han de estar organizados y su información recuperable para su uso, de acuerdo con los principios y procedimientos establecidos en su disciplina específica –la Archivística- en locales e instalaciones adecuados y bajo la dirección del personal competente, esto es, archiveros”. CRUZ MUNDET y MIQUELARENA PEÑA, *Información y documentación administrativa*, Tecnos, 2006, págs. 195 y ss.

⁴⁰⁰ CRUZ MUNDET, *op. cit.* pág. 196.

función primordial de las bibliotecas es poner medios de información a la disposición de los usuarios. También lo es de los archivos, con una diferencia fundamental: los documentos, en tanto que resultado de la gestión administrativa, tienen un valor probatorio que los diferencia y caracteriza. En cuanto al centro de documentación las diferencias son equiparables, por cuanto también recogen, coleccionan, documentos de distinta procedencia con la finalidad principal de reunir la mayor cantidad de información precisa sobre uno o más asuntos. Puede que documentos originarios en un procedimiento administrativo formen parte de un *dossier*, como puede darse el caso de que documentos no originados en un procedimiento le sirvan de apoyo informativo. Por ello conviene ahondar un poco más en las diferencias viendo las que existen entre expediente y *dossier*. El expediente, por adjetivo administrativo, es un conjunto de piezas que tratan de un mismo asunto o materia, pero no lo elabora el archivero sino los servicios correspondientes, a medida que se desarrollan los trámites encaminados a resolver ese asunto. Cada pieza, es decir, cada documento individual e indivisible, es un eslabón de una cadena que está inserta en un contexto que le da un valor que no tendría el documento aislado por sí mismo. El expediente comporta una noción funcional y probatoria, da fe. Será transmitido desde la oficina al archivo directamente, sin alteración alguna desde el exterior. El *dossier*, propio de los centros de documentación, viene a reunir todas las informaciones posibles procedentes de las fuentes más diversas, sobre una cuestión determinada. Su finalidad consiste en poder responder rápida y eficazmente a las demandas informativas, pero no aporta pruebas”⁴⁰¹.

El expediente, como elemento fundamental de la estructura orgánica de los archivos, se define por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, como “el conjunto ordenado de

⁴⁰¹ *Ibidem*.

documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación”.

Que el expediente es el elemento estructural básico que otorga el carácter orgánico a los archivos administrativos queda patente –al menos, por lo que se refiere a la Administración local- en el art. 179 ROF que establece que “los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo y tendrán índice alfabético duplicado en que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes”⁴⁰².

Los criterios organizativos, que definen los archivos como tales, frente a otras instituciones, son de suma importancia, puesto que de ellos va a depender en todo caso que la información contenida en los archivos no sólo se conserve –tanto a efectos administrativos como históricos-, sino que permita que el acceso a la información en ellos contenida pueda ser un derecho realizable materialmente y no sólo formalmente: el ejercicio del

⁴⁰² No obstante, el Decreto 914/1969, de 8 de mayo, por el que se crea el Archivo Central de la Administración del Estado, habla en general de la remisión de la “documentación” y así, su art. 2 establece que “anualmente, en las fechas y forma que se determine por el Subsecretario de cada Departamento, las dependencias de la Administración Pública Central e Institucional, remitirán al Archivo Central del Ministerio a que pertenezcan la totalidad de los *expedientes* en que se hayan dictado actos administrativos de resolución que afecten de algún modo a derechos o intereses del Estado o de los administrados, cuando dichos actos hayan devenido firmes y se hayan practicado por la Administración las actuaciones conducentes a la total ejecución de sus pronunciamientos. Cuando se trate de *expedientes o documentos* en que no proceda dictar actos administrativos de resolución del carácter expresado, *así como informes, estudios, etc.*, pasarán al Archivo General cuando hayan producido en la dependencia que los ha elaborado o tramitado la totalidad de sus efectos”.

Es decir, que en los fondos de archivos cabe el archivo tanto de expedientes, como de otra documentación (documentos, informes, estudios, etc.) que tendrán, en todo caso, que seguir los mismos principios de archivo que los expedientes.

derecho quedará vacío de contenido si la organización del archivo no permite la localización de los documentos y la recuperación, de una manera organizada, de la documentación en ellos depositada.

El problema que se genera al respecto es que la Archivística, aunque ha intentando llevar a cabo una cierta normalización respecto de los criterios organizativos, no lo ha conseguido del todo⁴⁰³. Incluso, como se refleja en la normativa autonómica sobre archivos, no existe una terminología unívoca respecto de los principios organizativos, ni sobre su contenido exacto⁴⁰⁴.

Así, las normas autonómicas sobre archivos establecen como criterios estructurales para la organización de los mismos: “los principios de procedencia y orden original de los documentos” (Ley de archivos de Cantabria y Ley de archivos de las Islas Baleares), o “los principios de respeto de estructura y orden natural” (Ley de archivos y patrimonio documental de La Rioja)⁴⁰⁵. La Ley de Archivos de la Comunidad Valenciana, establece por su parte que “la organización de los fondos documentales se basará en el principio de procedencia y de respeto a la

⁴⁰³ Sobre los problemas de la falta de establecimiento de unos principios claros sobre la archivística y la polémica que en torno a esta cuestión se ha suscitado entre los Archiveros, *vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, L. “Los principios de la descripción archivística”, en el *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, núm. 1, 1999, págs. 51 y ss. El autor llega a decir que “acaso la solución sea mucho más sencilla y, en realidad, la búsqueda de unos principios comunes sea el «Santo Grial» de los archiveros”.

⁴⁰⁴ La normalización del lenguaje archivístico se pretendió lograr –aunque no fue del todo lograda– por la Subdirección General de Archivos, que elaboró un *Diccionario de Terminología Archivística* (Ministerio de Cultura, Salamanca, 1993).

⁴⁰⁵ La Ley de Archivos y de Patrimonio Documental de Madrid (art. 15) establece distintos criterios organizativos en función de la fase de archivo: “Los Archivos de Oficina se clasificarán de acuerdo con el principio de Respeto a la Estructura en la que se generan los documentos. Los Archivos Centrales de la Asamblea, de las Consejerías y de la Administración institucional y el Archivo Regional de la Comunidad de Madrid se clasificarán siguiendo los principios de Respeto a la Procedencia de los Fondos y al Orden Original”.

estructura interna de los fondos. La clasificación de la documentación se hará siguiendo un criterio orgánico-funcional, siempre que ello sea posible”.

El principio de procedencia aparece como uno de los principios esenciales dentro de la archivística, que el *Diccionario de Terminología Archivística* define como “el principio fundamental de la archivística que establece que los documentos producidos por una institución u organismo no deben mezclarse con los de otros” y que supone que su aplicación obliga a “no mezclar ni intelectual ni físicamente los documentos generados por una institución pública o privada con los de otras. De este principio derivan otros dos: el de respeto a la estructura, por el cual la clasificación del fondo debe sujetarse a las competencias y organización de la institución productora, y el de respeto al orden original de los documentos, por el cual no podemos modificar su disposición original consecuencia de una norma procedimental, administrativa o jurídica”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, “Los principios de la descripción archivística” *op. cit.* págs. 58 y 59. El autor señala cómo la aparente sencillez de estos principios o criterios organizativos no es tal, puesto que la casuística administrativa da lugar a muchos casos de incertidumbre: en multitud de casos la Administración remite documentación de distintos organismos que se encuentran incorrectamente identificados, o fragmentados (por ejemplo, por la herencia de edificios ocupados por otros organismos previamente); la posibilidad de lo que el autor denomina “principio del membrete”, por el que se tiene en cuenta la institución que genera el documento, sin tener en cuenta que las instituciones también reciben documentos en el ejercicio de sus competencias; o la dificultad de sostener un criterio orgánico de organización cuando algunas instituciones se suprimen o se sustituyen por otras que ejercen las mismas funciones o que, aunque siguen existiendo, ceden parte de sus funciones a otras (como en el caso de las transferencias a las Comunidades Autónomas, en las que se produce el trasvase tanto de medios como de documentación).

3. La finalidad de los archivos como elemento definitorio de los mismos: su diferenciación de los registros administrativos.

Finalmente, a efectos de la determinación del concepto de archivo es necesario hacer referencia a la finalidad y al objeto de estas instituciones, con el fin de individualizarlas respecto de otras cuyo tratamiento jurídico, a efectos del derecho de acceso, se hace conjuntamente: los registros administrativos⁴⁰⁷.

Aunque algunos autores entienden que no hay tales diferencias entre archivos y registros administrativos, sobre todo a efectos del acceso a los mismos, puesto que en definitiva –consideran- a lo que se pretende acceder es a los documentos, es evidente que se trata de instituciones jurídicas de naturaleza, carácter y efectos muy diversos.

Como ya hemos visto con anterioridad, es el art. 59.1 LPHE el que nos da una definición más completa del concepto de archivo, haciendo referencia a los fines propios a estas instituciones de manera explícita: “son archivos los conjuntos orgánicos de documentos [...] al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa”, e implícita, cuando regula la eliminación y expurgo de los documentos de carácter público: “en ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista *su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o entes públicos*” (art. 55.2 LPHE).

En este mismo sentido, las normas sobre archivos de las Comunidades Autónomas hablan, como finalidades de los archivos el estar “al servicio de su utilización para la gestión administrativa, información, investigación y cultura” (art. 4 Ley de Cantabria, art. 1.3 Ley de Murcia, art. 80 Ley del

⁴⁰⁷ Es necesaria su diferenciación porque el régimen jurídico, tratamiento y efectos de los documentos a ellos incorporados es sustancial y sustantivamente diverso, lo que se traducirá, normalmente, en diferencias también desde la perspectiva del ejercicio del derecho de acceso, como veremos *infra*, en el Capítulo 7.

patrimonio cultural valenciano, art. 1.2 Ley aragonesa, art. 1.2 Ley Canaria o art. 2.e) Ley de Navarra). Otras Comunidades Autónomas han ampliado este elenco de finalidades e incluyen entre ellas “fines de gestión, defensa de derechos, información, investigación y cultura” (art. 1.3 Ley andaluza), ser “testimonio y garantía de los derechos y deberes de la Administración y de los ciudadanos, como fuente de información general para la gestión administrativa y para todo tipo de investigación” (art. 2.1 Decreto gallego y en similares términos el art. 3 Ley de La Rioja y art. 3.1 Ley de Castilla-León), “finalidad de servir a la gestión administrativa, garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y a la cultura y a la protección, conservación y difusión del patrimonio documental” (art. 12 Ley Castilla-La Mancha) o “dar servicio a los ciudadanos por medio de la custodia e información de sus derechos e intereses, la buena gestión de las instituciones y el fomento de la investigación que ayude al progreso y promueva la cultura” (art. 2.1 Ley de Madrid).

Aparecen de esta manera, en la normativa vigente, dos tipos esenciales de finalidades de los archivos: unas de carácter cultural y de investigación -a las que se refieren prácticamente todas las normas sobre archivos- y otras que se refieren a la gestión administrativa y a las relaciones de los ciudadanos con la Administración.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ La Ley de Archivos de Castilla-La Mancha es la más específica por cuanto se refiere a las finalidades administrativas de los archivos, a las que dedica un capítulo específico (Título II, capítulo I, “De la gestión y la información administrativa en los archivos públicos”). En él se recogen dos artículos que establecen:

“Art. 32. *Funciones relacionadas con la gestión administrativa.* Los archivos públicos tienen encomendadas en el campo de la gestión administrativa la custodia de los documentos para: a) justificar las actuaciones y actividades de las instituciones; b) testimoniar los derechos y deberes de las instituciones y de los ciudadanos; c) garantizar la transparencia y legalidad de las actuaciones de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias; d) apoyar las medidas necesarias para la simplificación y racionalización de los procedimientos administrativos.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en diversas ocasiones, las leyes de archivos y de patrimonio cultural e histórico, al hilo del reparto de competencias efectuado en la Constitución y siguiendo la trayectoria de las leyes sobre archivos desde mediados del siglo XIX, caracterizan a los archivos como instituciones esencialmente culturales y como mecanismo de conservación de la documentación de carácter histórico, por lo que, en todos los casos, la normativa sobre archivos destaca sus finalidades de carácter cultural e histórico y de investigación⁴⁰⁹.

No obstante, el hecho de que formen parte del patrimonio documental los documentos de carácter administrativo de cualquier época, esto es, desde su producción, como fondos de archivo de las Administraciones públicas, determina que, además de esa finalidad de conservación adecuada de los documentos para su preservación con fines históricos y culturales y que permita la investigación histórica de los mismos, los archivos administrativos cumplan otra serie de funciones que resultan esenciales y que algunas normas sobre archivos reseñan: constituyen un elemento indispensable para la gestión administrativa.

Art. 33. *Funciones relacionadas con la información administrativa.* Los archivos públicos tienen encomendadas las siguientes funciones en el campo de la información administrativa: a) elaborar cuantos informes y estadísticas de los datos contenidos en los archivos les sean requeridos por las instituciones de quien dependen; b) facilitar a la institución, de quien dependan, la consulta de cuantos datos les sean necesarios para el cumplimiento de las actividades relacionadas con el ámbito de su competencia; d) facilitar a las personas e instituciones públicas reconocidas por la legislación vigente cuantos datos y documentos originales necesiten para el ejercicio de sus competencias de inspección, jurisdicción y control”.

⁴⁰⁹ Para FERNÁNDEZ RAMOS “la referencia legal a instituciones “culturales”, explicable en el contexto de una Ley relativa al Patrimonio Histórico o Cultural, tiene empero un claro efecto reduccionista, pues obvia la otra gran finalidad de los archivos que es el servicio a la gestión administrativa, pues resulta evidentemente forzado entender que un archivo de oficina constituya una institución “cultural”. En “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico” *op. cit.* pág. 69.

De un lado, desde el punto de vista de la Administración, los archivos tienen una finalidad de información para la misma, no sólo en su relación con los ciudadanos, sino también sobre su propia actuación y gestión, lo cual es esencial en el cumplimiento de los principios constitucionales de la Constitución que vinculan la actuación de la Administración: sólo a través de un sistema organizado de la documentación administrativa podrá ésta servir los intereses generales y actuar conforme a los principios de eficacia y coordinación (art. 103.1 CE), así como con sujeción a un procedimiento administrativo en todos sus trámites dirigido a la emisión de una resolución administrativa [art. 105 c) CE] y, finalmente, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia [art. 105 b) CE].

De otro lado y, fundamentalmente en cumplimiento del mandato establecido en el mencionado art. 105 b) CE, los archivos administrativos tendrán como finalidad esencial la garantía de los derechos de los ciudadanos, particularmente a través del ejercicio de su derecho de acceso a los mismos que es, además, instrumento esencial para ejercer un control efectivo de la actuación administrativa y para la defensa de sus derechos e intereses, ya sea de manera particular e individualizada, ya de manera general a través de su derecho de participación.

MARTÍNEZ GARCÍA señala, al respecto, que “difícilmente podríamos encontrar unas instituciones que afecten de manera tan directa a un número tan considerable de derechos constitucionales. La gestión de los archivos atañe a la eficacia de las Administraciones públicas, al derecho de los ciudadanos de acceder a la información que les interesa, al acceso de todos los españoles a la cultura y a la identidad de nacionalidades y regiones. Cualquier organización humana tiene como objeto fundamental conseguir la mayor eficacia posible en el cumplimiento de los fines que le son propios ¡cuánto más en las instituciones públicas, cuya finalidad se centra en gestionar servicios imprescindibles para los ciudadanos!

Los archivos cumplen una misión dentro de las estructuras administrativas: organizar la documentación y gestionar la información contenida en los mismos, de forma que cualquier actividad no se duplique, se justifique de forma coherente y se obtenga la mayor cantidad de datos que permita una resolución más eficaz. Estas resoluciones deben custodiarse convenientemente, pues, no en vano, su contenido supone la existencia veraz de una serie de hechos que testimonian y justifican los derechos y deberes de los ciudadanos en su relación con el Estado; contenidos que las instituciones públicas tutelan con objeto de garantizar su acceso a todas las personas que poseen un justo interés. Sólo los archivos mantienen la capacidad de facilitar el uso público de los documentos de libre consulta o de impedir el acceso de aquellos sujetos a restricciones”⁴¹⁰.

A pesar de la evidente función administrativa que están llamados a cumplir, numerosos autores han calificado a los archivos –con la finalidad de identificarlos y diferenciarlos de los registros administrativos, en la dicotomía que, respecto del derecho de acceso “a los archivos y registros administrativos” establece el art. 105 b) CE-, como instituciones en las que se depositan documentos, con la mera finalidad de su conservación y cuya incorporación a los fondos documentales carece de efectos jurídicos⁴¹¹.

⁴¹⁰ “Sin olvidar -añade el autor- que los documentos, desde el mismo momento en que se generan, son patrimonio histórico, y como bienes culturales son fuente primaria para la investigación histórica y elementos utilizables en las actividades dirigidas a la difusión cultural. Su consulta y exposición permitirá que los ciudadanos españoles adquieran la información necesaria para conocer su pasado”. MARTÍNEZ GARCÍA, L. “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, en el *Boletín ANABAD*, tomo 49, núm. 3-4, 1999, págs. 89 y ss.

⁴¹¹ Al contrario -afirman algunos autores- que los registros, en los que la incorporación de documentos a los mismos, sí produce efectos jurídicos. Sobre esta cuestión de los elementos característicos de archivos y registros administrativos, nos volveremos a referir más adelante.

En este sentido se pronuncian POMED SÁNCHEZ⁴¹² quien, siguiendo a ÁLVAREZ RICO⁴¹³ a fin de determinar el objeto del derecho de acceso, diferencia los archivos administrativos como “lugares donde se conservan documentos” de los registros como “instrumentos de control de los documentos cuando entran, circulan o salen de las oficinas públicas”. Continúa el autor diciendo que dicha “definición habrá de completarse con la que de Archivos en general efectúa el art. 59.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (LPHE). [...] Definición legal, distinciones doctrinales, concernientes en particular a los documentos que nos permiten afirmar que el derecho de libre acceso a la información administrativa exigirá, por una parte, que los datos respecto de los cuales el mismo pretenda ejercerse habrán de estar plasmados en un documento, y el mismo contenido en un archivo administrativo, no cabiendo en otro caso”⁴¹⁴.

No obstante, los conceptos tanto de archivo como de registro son, en este caso, en exceso reduccionistas; se intenta una diferenciación entre lo que sean archivos y registros, sobre la base del tipo de oficina que se trata y del tratamiento jurídico que se da a los documentos que en ellos entran - conservación en el caso de los archivos, se dice, instrumento de información y control de la Administración en el de los registros-, pero la distinción resulta insuficiente.

MESTRE DELGADO que, por su parte, también se ha ocupado de esta cuestión, considera necesario, a efectos del análisis del derecho de acceso, “profundizar en la noción de archivos y registros administrativos, que es el concepto relevante en nuestro orden constitucional. De esta forma, todo lo que quede comprendido en tales archivos y registros, salvando las

⁴¹² POMED SÁNCHEZ, Luis A., *El derecho de acceso...*, *op. cit.*, págs. 198-200.

⁴¹³ ÁLVAREZ RICO, M. “El derecho de acceso a los documentos...”, *op. cit.*, pág. 114.

⁴¹⁴ Debe de tenerse en cuenta que la obra en que se encuentran dichas afirmaciones data del año 1989, previa al desarrollo legislativo del art. 105 b) CE efectuado por la Ley 30/92, y a muchas de las normas autonómicas sobre archivos.

limitaciones constitucionalmente impuestas será susceptible de ser conocido por los ciudadanos”⁴¹⁵. Y en cuanto a la definición de archivos y registros acoge la misma a la que nos hemos referido antes, en este caso, aludiendo a la remisión a la misma enunciada por CASTELLS de los archivos “considerados como centros donde se conservan los documentos”, y de los Registros, “entendidos como instrumentos de control de dichos documentos cuando entran, circulan o salen de las oficinas públicas”.

CASTELLS, tras recoger la distinción realizada por ÁLVAREZ RICO, continúa desarrollando la idea que este último enunciara al decir que “se asegura de esta manera la información requerida por los administrados al hacerse alusión a las instancias concretas que agotan prácticamente el circuito por el que discurren y se guardan los documentos públicos, abarcando la variedad documental que la Administración genera, recibe, conserva y difunde”⁴¹⁶.

Sin embargo, de nuevo las definiciones dadas tanto de archivos como de registros no resultan satisfactorias: de un lado, el concepto de registro utilizado se limita a tener exclusivamente en cuenta los registros generales de los órganos administrativos del art. 38 LRJAP, y no otros registros administrativos –registros tanto de hechos, informativos o de control para la Administración, como aquellos que, como veremos, producen efectos de publicidad registral material o formal y/u oponibilidad-; y, de otro, se maneja un concepto de archivo que sólo parece recoger su definición como oficina-depósito de documentos y no como “conjunto orgánico de documentos” como dice la LPHE –y a lo que la mayoría de leyes autonómicas sobre

⁴¹⁵ MESTRE DELGADO, Juan F., *El derecho de acceso...*, *op. cit.*, págs. 134 y 135.

⁴¹⁶ CASTELLS ARTECHE, José Manuel, “El derecho de acceso a la documentación de la administración pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, vol. 1, septiembre-diciembre 1984 págs. 135 a 153.

archivos aluden al distinguir entre las nociones de Fondo de Archivo y Oficina de Archivo⁴¹⁷ -, con todo lo que ello conlleva.

Quien quizá con mayor acierto diferencia archivos y registros -aunque para nuestro objeto sea necesario efectuar ciertas matizaciones-, es SAINZ MORENO, que deja sentado como punto de partida válido que “los registros públicos se diferencian de los archivos públicos en que los registros confieren efectos jurídicos a los actos, pactos o simples datos que a ellos se incorporan, mientras que los archivos son simples conjuntos orgánicos de documentos reunidos para su conservación y ulterior utilización”⁴¹⁸.

Efectivamente, parece ser ésta la distinción más útil, a los efectos que nos interesan, que sí parece tomar en consideración un concepto de registro administrativo que engloba otros registros administrativos además del general de entrada y salida de documentos, pero que, sin embargo, no concreta demasiado las finalidades de los archivos al hacer sólo referencia a “su conservación y ulterior utilización”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ A la regulación que de los archivos hacen las leyes autonómicas nos referiremos más adelante.

⁴¹⁸ SAINZ MORENO, “Secreto e información en el Derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, dir. S. MARTÍN-RETORTILLO, 1991, vol. III, pág. 2943.

⁴¹⁹ No obstante, también respecto de la definición de registros debe hacerse una matización, pues no todos los Registros públicos denominados como tales producen o confieren efectos jurídicos a los datos, actos o pactos que a ellos se incorporan, por lo menos de manera directa, aunque es indudable que, aunque sólo sea indirectamente, es así – como por ejemplo, determinados registros administrativos, cuya función primordial es servir de instrumento de información y de control a la Administración, pueden, entre otros, tener efectos fiscales indirectos: así, por ejemplo, los registros de matriculas de coches, buques, etc., o como instrumentos de información para los particulares.

Asimismo, tampoco todos los Registros públicos en los que la inscripción en los mismos sí conlleva efectos jurídicos directos, producen los mismos en todos los casos, sino efectos que, en determinados supuestos, son de muy distinta naturaleza; es más, en ocasiones, ni siquiera todas las inscripciones en el mismo registro producen los mismos efectos en todos los casos (por ejemplo, las

No obstante, si bien no hay duda de que la incorporación de documentos a archivos o a registros administrativos conlleva efectos y consecuencias jurídicas muy distintas⁴²⁰, esto no presupone que los registros administrativos sí las produzcan y los archivos no, por ser meros almacenes de documentación. Es cierto que puede que no produzcan efectos jurídicos inmediatos, pero, como hemos visto, son instrumento esencial y cauce de numerosos derechos y principios constitucionales: a través de su utilización por la propia Administración, como elemento imprescindible de su gestión y actuación administrativa, así como por los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acceso; sin olvidar que, además, los archivos administrativos como conjuntos orgánicos de documentos, a través de su consulta y de las certificaciones y copias de su contenido, sirven en muchos casos como elemento esencial de prueba de las relaciones y actuaciones de los ciudadanos ante las Administraciones públicas y ante terceros⁴²¹.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS ARCHIVOS.

Una vez analizados los elementos que caracterizan a los archivos frente a otras instituciones, los criterios esenciales de su organización, así como su finalidad, podemos pasar a analizar el régimen jurídico de los archivos administrativos. No obstante, para ello es necesario individualizarlos respecto de otros archivos que también forman parte del Patrimonio Documental, pero

inscripciones realizadas en el Registro civil, que en algunos casos son constitutivas y en otros no). De estas cuestiones nos ocuparemos con gran atención más adelante, *infra*, en el Capítulo 5.

⁴²⁰ En algunos casos, sobre todo cuando se trata de registros constitutivos, el registro es el que da relevancia al documento que en el se inscribe, mientras que el archivo no lo altera sustancialmente, aunque se debe tener en cuenta el indudable valor probatorio de los documentos administrativos incorporados a los archivos, debido fundamentalmente al carácter auténtico de los documentos en ellos custodiados.

⁴²¹ Como nos recuerda el art. 55.2 LPHE, ya mencionado, que habla del valor probatorio de derecho y obligaciones de los documentos administrativos.

cuyo régimen jurídico –de gestión, de protección o de acceso- es diferente. Así, primero diferenciaremos los archivos públicos frente a aquéllos de titularidad privada y, dentro de los primeros, intentaremos la individualización de los archivos administrativos respecto de otros de titularidad pública y de los archivos históricos.

1. El reparto de competencias en materia de archivos.

La Constitución Española determina el reparto básico de competencias en materia de archivos en su art. 149.1.28, que establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”⁴²².

Se establece, de esta manera, un reparto en el que la competencia normativa depende de la titularidad de los archivos; así, los archivos de titularidad estatal –tratados junto a museos y bibliotecas y de manera yuxtapuesta al patrimonio cultural⁴²³–, quedan sometidos a la competencia del Estado, pudiendo ser asumida la competencia de gestión de los mismos por las Comunidades Autónomas: esto es, al Estado quedaría reservada la

⁴²² De nuevo, parece, entendidos como instituciones de carácter cultural o histórico –no en vano se regulan junto con el patrimonio cultural-. Hubiera podido entenderse que el reparto de los archivos se efectúa en este art. 149.1.28, mientras que el régimen jurídico de los mismos se sometería al reparto competencial establecido por el art. 149.1.18, relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Sin embargo, ni los legisladores ni la jurisprudencia parecen haber querido separar estos dos elementos, muy al contrario, han sido objeto de tratamiento común.

⁴²³ Señala FERNÁNDEZ RAMOS cómo el art. 149.1.28 CE sigue una concepción esencialmente cultural de los archivos al “anudar la temática relativa a los archivos a una serie de instituciones inequívocamente de carácter cultural, como las bibliotecas y museos, siguiendo así una concepción largamente asentada en nuestra legislación histórica desde la Ley de Instrucción Pública de 1857”. En “El sistema estatal de archivos públicos: pasado, presente y futuro”, *op. cit.* pág. 65.

competencia legislativa y de desarrollo en materia de archivos de su titularidad, en todo caso, pudiendo reservarse la competencia exclusiva de los mismos en su totalidad o sólo la competencia normativa en el caso de que se transfiera su gestión a las Comunidades Autónomas.

A pesar de que el art. 148 CE no hace mención ninguna a los archivos al establecer las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de “museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma” (apartado 1.15) y de “fomento de la cultura” (apartado 1.17), las Comunidades Autónomas, además de definir como competencia propia el patrimonio documental –ya sea como tal o a través de la asunción en los Estatutos de Autonomía respectivos de la competencia en materia de patrimonio cultural, como ya hemos tenido ocasión de analizar-, han ido atribuyéndose las competencias en materia de archivos que no quedan reservadas al Estado en el citado apartado 28 del art. 149.1. Esto determinó que en las Comunidades Autónomas se fueran estableciendo dos niveles competenciales diversos en esta materia: de un lado, la competencia exclusiva por lo que se refiere a todos los archivos no estatales en su ámbito autonómico, asunciones que se han ido llevando a cabo en los Estatutos de Autonomía, hasta que, en la actualidad, todas las Comunidades Autónomas regulan sus competencias en la materia de manera bastante análoga⁴²⁴ y, de

⁴²⁴ Algunos Estatutos de Autonomía hablan de competencia exclusiva en materia de “archivos, bibliotecas y museos que no sean de titularidad estatal” (art. 10.20 del E.A. del País Vasco; art. 127.1 b) del E.A. de Cataluña; art. 49.6 del E.A. de la Comunidad Valenciana; art. 30.9 del E.A. de Canarias; art. 10 del E.A. de Navarra; art. 10.20 del E.A. de las Islas Baleares; art. 68.3.2º del E.A. de Andalucía), mientras que otros hablan de competencia en materia de “archivos de interés para la Comunidad Autónoma” (art. 26.1.18 E.A. de Madrid; art. 32.13 del E.A. de Castilla y León; art. 10.1.1) del E.A. de Murcia; art. 8.25 del E.A. de La Rioja; art. 10.17 del E.A. de Asturias; art. 24.16 del E.A. de Cantabria; art. 27.18 del E.A. de Galicia). Finalmente, otros hablan de “archivos de interés para la región sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.28” (art. 31.16 del E.A. de Castilla-La Mancha) o “archivos de interés para la Comunidad Autónoma, de titularidad no estatal” (art. 7.12 del E.A. de Extremadura; art. 71.44 del E.A. de Aragón).

otro, la competencia de gestión de los archivos de titularidad estatal han sido objeto de convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Esta situación, *a priori* clara, dista sin embargo bastante de serlo. Por una parte, porque no ha habido un criterio claro para establecer la titularidad estatal de los archivos ya existentes al aprobarse la Constitución, ni para la determinación de sobre cuáles el Estado se reserva su gestión, además de la competencia legislativa. Esta cuestión plantea problemas por lo que se refiere fundamentalmente a los archivos de carácter histórico y ha dado lugar a diversos conflictos con las Comunidades Autónomas en las que éstos tienen su sede⁴²⁵. Por otro lado, también se han generado conflictos jurídicos en la

⁴²⁵ Está pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad 2521/2002, de 24 de abril de 2002, promovido por el Presidente del Gobierno contra algunos artículos de la Ley de Archivos de Cataluña, entre ellos el que determina que el Sistema de Archivos de Cataluña está integrado por el Archivo de la Corona de Aragón [art. 20.1 a)]. Dicha Ley afirma en su Preámbulo que “aún queda pendiente, sin embargo, la adaptación al marco estatutario del régimen jurídico del denominado Archivo de la Corona de Aragón, que contiene los fondos más importantes para la historia de la Cataluña medieval y moderna. Igualmente, queda todavía pendiente el retorno a Cataluña de fondos documentales extraídos y expoliados después de la guerra de 1936-1939, al amparo de la legislación o la actuación de gobiernos no democráticos y de las instituciones que de ellos dependían”.

También ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por Aragón (recurso núm. 9491-2006), por las Islas Baleares (recurso núm. 9568-2006), por la Comunidad Valenciana (recurso núm. 9501-2006), y por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados (recurso núm. 8045-2006), la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que dispone que “los fondos propios de Cataluña situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona se integran en el sistema de archivos de Cataluña. Para la gestión eficaz del resto de los fondos comunes con otros territorios de la Corona de Aragón, la Generalidad debe colaborar con el Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, con las demás Comunidades Autónomas que tienen fondos compartidos en el mismo y con el Estado a través de los mecanismos que se establezcan de mutuo acuerdo”.

Por lo que respecta al Archivo General de la Guerra Civil, creado por Real Decreto 426/1999, de 12 de marzo, con el carácter de archivo de titularidad estatal, con sede en Salamanca y tomando

asunción de competencias sobre archivos por parte de las Comunidades Autónomas que han tendido a expandir, a través de su legislación específica, sus competencias en la materia –tanto sobre archivos como sobre patrimonio documental, como ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente-.

Fue precisamente esta última cuestión la que dio lugar al primer conflicto en esta materia. Éste tuvo lugar por la aprobación por la Comunidad Autónoma de Andalucía de su Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos⁴²⁶, que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado y que dio lugar a la STC 103/1988, de 8 de junio. En este recurso se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley por entender que sobrepasaban las competencias de la Comunidad Autónoma de dos formas: en primer lugar, invadiendo la competencia estatal en materia de archivos prevista por el art. 149.1.28 y, en segundo lugar, extralimitando sus competencias al establecer un régimen jurídico que incluía Entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad Autónoma.

como núcleo documental el existente en la Sección Guerra Civil del Archivo Histórico Nacional, tras ser objeto de gran polémica se dictó la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica. Dicha Ley ha sido también objeto de varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por Castilla y León (recurso núm. 9007-2005), por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados (recurso núm. 1982-2005) y por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados (recurso núm. 1278-2006).

En la actualidad, también está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Estado contra el art. 7.4.a) de la Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana. Ese apartado establece que forman parte del Sistema Archivístico valenciano “a) El Archivo de la Corona de Aragón, en cuyo patronato tendrá que participar la Generalitat, de acuerdo con las disposiciones adicionales del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, el Archivo del Reino de Valencia, el Archivo Histórico Provincial de Castellón, el Archivo Histórico Provincial de Alicante y el Archivo Histórico de Orihuela”.

⁴²⁶ No olvidemos que esta Ley fue anterior a la LPHE, aprobada en 1985.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la Sentencia acogió la tesis de la Comunidad Autónoma y desestimó por tanto el recurso, entendiendo que patrimonio documental y archivos son cuestiones independientes⁴²⁷. En materia concreta de archivos, el Tribunal Constitucional también afirmó que la Ley de archivos andaluza era conforme a la Constitución y declaró al respecto que “es necesario advertir, no obstante, que el ejercicio de esa competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de archivos (radicados o localizados en su ámbito territorial y de titularidad no estatal) debe adecuarse al límite mismo dimanante de la previsión del art. 149.1.28 de la Constitución, relativo a la competencia exclusiva del Estado en lo que atañe a la «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación». Y ello por la razón de que tales archivos, en la medida en que reúnen conjuntos orgánicos de documentos, son también bienes integrantes del patrimonio histórico y cultural español, quedando, por tanto, específicamente sometidos a la señalada limitación. De manera que la competencia exclusiva de Andalucía, aun en relación con los archivos que no sean de titularidad estatal, lo es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.28 de la Constitución. En consecuencia interpretados de este modo, los preceptos impugnados y los que de ellos traen consecuencia no incurren en el vicio de inconstitucionalidad aducido por la demanda en lo que concierne a la transgresión de los límites competenciales establecidos en el art. 149.1.28 de la Constitución y en el art. 13.28 del Estatuto de Autonomía de Andalucía”.

También respecto de la atribución de competencias en materia de archivos se afirma en la Sentencia que “no resulta en modo alguno una reserva en favor de la competencia estatal, excluyendo a la autonómica, referida a archivos de titularidad no estatal que pertenezcan o se integren en

⁴²⁷ Esta Sentencia ya ha sido comentada al tratar el reparto de competencias en materia de patrimonio documental. *Vid, supra*, apartado II.3.

entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad, ni se especifica tampoco, como parece indicar la demanda, que la competencia de ésta se extienda sólo a archivos de interés para la Comunidad Autónoma. Por el contrario, resulta de la Constitución y del Estatuto (en su art. 10) que el ámbito de la competencia sobre esta materia no viene definido por el criterio del interés, sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad”.

A) La determinación de los archivos de titularidad estatal.

Las definiciones que incorporan las normas sobre archivos, suelen concebirlos, como hemos visto, de la manera más amplia posible. El art. 59 LPHE, en esta línea, define los archivos como “los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas⁴²⁸ *públicas o privadas*, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa”.

De nuevo, por tanto, se usa ese doble criterio subjetivo y funcional, para la determinación de los archivos que la LPHE utiliza para la concreción del patrimonio documental, si bien los artículos siguientes de la Ley se refieren únicamente a los archivos de titularidad estatal o de titularidad pública⁴²⁹, esto es, en todo caso, a los archivos *públicos* de titularidad estatal, omitiendo cualquier referencia a los archivos privados.

⁴²⁸ Lo cual parece excluir, curiosamente, la posibilidad de la existencia de archivos en manos de personas físicas, sobre todo cuando se incluyen en la definición los conjuntos orgánicos reunidos por personas privadas.

⁴²⁹ En aplicación del reparto de competencias efectuado por el art. 149.1.28 CE.

La LPHE tampoco define cuáles son los archivos⁴³⁰ de titularidad estatal, ni establece ningún criterio para su determinación⁴³¹, si bien nos proporciona un esbozo del régimen jurídico que les es aplicable –junto con los museos y bibliotecas- en los arts. 60 y siguientes de la Ley. Al respecto sólo se establece la potestad de la Administración del Estado para “crear, previa consulta con la Comunidad Autónoma correspondiente, cuantos Archivos [...] considere oportunos, cuando las necesidades culturales y sociales así lo requieran y sin perjuicio de la iniciativa de otros organismos, instituciones o particulares” (art. 61.1), creación que deberá tener lugar mediante Real Decreto (art. 61.2), y el mandato para que la Administración del Estado promueva la comunicación y coordinación de todos los archivos de titularidad estatal en el territorio español, para lo cual “podrá recabar de ellos cuanta información considere adecuada, así como inspeccionar su funcionamiento y tomar las medidas encaminadas al mejor cumplimiento de sus fines, en los términos que, en su caso, dispongan los convenios de gestión con las comunidades Autónomas” (art. 61.3).

De este artículo 61 LPHE se deduce que dentro de los archivos de titularidad estatal se deben entender comprendidos tanto aquéllos sobre los que la Administración del Estado tenga competencia exclusiva, como a aquéllos en los que se transfiera su gestión a las Comunidades Autónomas, conservando en este caso funciones de coordinación y de inspección, aunque de nuevo la LPHE parece estar pensando únicamente en los archivos como instituciones de carácter cultural, esto es, parece estar refiriéndose únicamente a los archivos históricos. La explicación a esto puede encontrarse quizás, en el art. 65.1 LPHE, que también da alguna pista respecto de qué archivos deben entenderse como de titularidad estatal al establecer que “cada

⁴³⁰ A partir de ahora, las referencias que se hagan a los archivos, lo serán, salvo que se indique lo contrario, a archivos de titularidad pública.

⁴³¹ Lo que, como hemos visto al analizar el reparto de competencias en materia de archivos, ha dado lugar a conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí.

departamento ministerial asegurará la coordinación del funcionamiento de todos los Archivos del Ministerio y de los Organismos a él vinculados para el mejor cumplimiento de lo preceptuado en la presente Ley y en los reglamentos que se dicten para su aplicación”. Esto es, deben incluirse como archivos de titularidad estatal todos los archivos que existan en los Ministerios y en los Organismos dependientes de los mismos, por lo que parece que la Ley entiende que no hay ningún problema en la determinación de estos archivos: serán de titularidad estatal todos los que se encuentran vinculados a gestión de la Administración General del Estado.

No obstante, estas normas resultan sumamente insuficientes para la determinación de qué archivos deben considerarse sometidos a la LPHE, así como a las normas de desarrollo de la misma, sobre todo en lo que se refiere a los archivos históricos.

B) La determinación de los archivos de titularidad autonómica.

Las normas sobre archivos de las Comunidades Autónomas son, en general, mucho más específicas en la materia y, al hilo de la concreción de su sistema archivístico y de las normas que le son aplicables, la mayoría de las normas establecen una definición –e, incluso, un listado- de los archivos de titularidad pública en la Comunidad Autónoma.

Algunas normas autonómicas –como las de Aragón, Galicia, Murcia o Castilla y León-, relacionan directa o indirectamente sus archivos de titularidad pública con una parte de la documentación –pública- que constituye su patrimonio documental. Así, en unos casos, se definen los archivos públicos haciendo referencia de nuevo a las entidades productoras de esos documentos del patrimonio documental⁴³², mientras que, en otros, las

⁴³² “Son archivos públicos los conjuntos documentales producidos, conservados o reunidos en el ejercicio de sus funciones por los órganos institucionales propios de la Comunidad Autónoma y

normas se remiten directamente al artículo en el que se determinan los documentos, de carácter público, que constituyen su patrimonio documental⁴³³. No obstante, hay leyes mucho más específicas, como la valenciana o la de Castilla-La Mancha, que incluyen el listado de los archivos de titularidad pública de la Comunidad Autónoma, enumerando dichos archivos de carácter público⁴³⁴.

las entidades locales de su territorio; por los órganos, servicios, entidades autónomas y empresas públicas que dependen de ellos; por las personas jurídicas en cuyo capital participan mayoritariamente aquéllas y por las personas físicas o jurídicas gestoras de sus servicios públicos” (art. 3.1 de la Ley de archivos de Aragón y en términos similares, el art. 4 del Decreto sobre archivos de Galicia).

⁴³³ Como las Leyes de Archivos de Murcia, de Castilla y León o de Extremadura, especificando al respecto que “a los efectos de la presente Ley, son archivos públicos los conjuntos documentales producidos, reunidos o conservados en el ejercicio de sus funciones por las entidades y por las personas referidas en su art. 4” (art. 26 de la Ley de Archivos de Castilla y León y, en similares términos, el art. 4.1 Ley de archivos de Murcia y el art. 6 de la Ley de archivos de Extremadura).

⁴³⁴ El art. 13 de la Ley de archivos de la Comunidad Valenciana establece que “a los efectos de esta Ley, son archivos públicos los que se encargan de la reunión, conservación, clasificación, ordenación y divulgación de la documentación producida o recibida por las siguientes entidades públicas y personas jurídicas:

a) La administración de la Generalitat, las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Generalitat, las personas jurídico-privadas en cuyo capital o dotación participe mayoritariamente la Generalitat o demás entidades mencionadas en este apartado, y las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos de competencia de la Generalitat en lo relacionado con la gestión de dichos servicios, así como las demás instituciones que integran la Generalitat.

b) Las entidades locales de la Comunidad Valenciana y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de éstas, las personas jurídico-privadas en cuyo capital o dotación participen mayoritariamente entidades locales de la Comunidad Valenciana o demás entidades mencionadas en este apartado, y las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos de competencia de las entidades locales en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.

c) Las universidades públicas de la Comunidad Valenciana, las personas jurídicas creadas por éstas y las personas jurídicas en las que participen una o varias universidades públicas.

Como vemos, la mayoría de las normas utilizan como criterio fundamental, a efectos de determinar su aplicabilidad, que se trate de archivos de carácter administrativo, en cuanto que las entidades que generan y conservan los documentos que en ellas se incluyen gozan de ese carácter administrativo, al menos, en sentido funcional, pues en los elencos de archivos que conforman sus sistemas archivísticos se incluyen no sólo los archivos de sus Administraciones autonómicas, sino también los archivos de otras instituciones de la Comunidad. No obstante, hay Comunidades Autónomas cuya legislación sobre archivos se limita a la regulación del régimen de archivos de la Administración autonómica, de las entidades dependientes de ésta y de las de las Entidades locales de su ámbito territorial; esto es, se ciñe a un criterio que se aproxima más al de archivo administrativo, que al de archivo de titularidad pública autonómica⁴³⁵.

Lo que parece haber ocurrido es que, a efectos de la aplicación de las normas que establecen el régimen jurídico de los archivos, la dicotomía

d) Las corporaciones de derecho público de la Comunidad Valenciana en lo relativo a los documentos generados o reunidos en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas.

e) Las personas jurídico-privadas que ejerzan funciones públicas en virtud de cualquier título jurídico, en lo relativo a los documentos generados o reunidos en el ejercicio de las funciones públicas que tengan encomendadas”.

Por su parte, el art. 5 de la Ley de archivos de Castilla-La Mancha establece que: “Son archivos de titularidad pública los conjuntos orgánicos de documentos, de cualquier época, producidos o reunidos en la Región por las siguientes personas y entidades:

a) Las Administraciones Públicas, y las Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ellas, así como las empresas públicas que de ellas dependan.

b) Las Corporaciones de Derecho Público de la Región, en lo relativo a los documentos generados o reunidos en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas.

c) Las personas físicas o jurídicas de carácter privado que ejerzan funciones públicas en virtud de cualquier título jurídico, en lo relativo a los documentos generados o reunidos en el ejercicio de las funciones públicas que tengan encomendadas”.

⁴³⁵ Sobre esta cuestión volveremos al analizar los sistemas archivísticos de las Comunidades Autónomas.

relevante pasa a ser la clasificación, que veremos a continuación, en archivos administrativos y archivos históricos -en función de la antigüedad y la vigencia administrativa o el carácter “activo” o “vivo” de los documentos-, partiendo de una categoría general de archivos de titularidad pública, de la que también podrían formar parte los archivos de otras instituciones y organismos públicos del Estado y de las Comunidades Autónomas distintos de la Administración e, incluso, pertenecientes a los otros poderes del Estado, incluidos el legislativo y el judicial, en algunos casos⁴³⁶.

2. Archivos administrativos y archivos históricos.

Es necesario, a efectos de nuestro objeto de estudio, determinar y diferenciar los archivos administrativos de los archivos históricos, por lo que se refiere tanto al régimen jurídico y la legislación que les es aplicable, como a la gestión de los mismos y, fundamentalmente, al ejercicio del derecho de acceso previsto por el art. 105 b) CE y 37 LRJPAP, que se ha basado, esencialmente, en la diferenciación entre archivos administrativos y archivos históricos.

⁴³⁶ Esta inclusión se debe, como veremos, al criterio de archivo administrativo establecido por el Decreto de 24 de julio, de 1947 sobre la Ordenación de los archivos y Bibliotecas del Estado y del Tesoro Documental y bibliográfico, que en la actualidad es difícilmente justificable. Tal vez, el único argumento utilizable –aparte de una sumisión completa de los sistemas archivísticos al régimen jurídico del patrimonio documental- sea el de ampararse en el uso de una concepción funcional del carácter administrativo, que incluiría por lo tanto la actividad administrativa de los órganos constitucionales, de la organización administrativa propia de los poderes legislativo y judicial, así como la actividad administrativa llevada a cabo por personas jurídicas y físicas privadas que, sin embargo, ejercen funciones de carácter público –como Registradores y Notarios, personas jurídicas encargadas de la gestión de servicios públicos, etc.-.

A) La distinción entre archivos administrativos e históricos en la legislación preconstitucional.

La distinción entre archivos administrativos e históricos por las leyes sobre archivos y patrimonio es antigua. La primera clasificación llevada a cabo por las normas sobre archivos es la contenida en el Real Decreto de 17 de julio de 1858, adoptado a iniciativa del Ministerio de Fomento, que se limita a efectuar una clasificación de los archivos en la que sólo se tienen en cuenta aquellos que custodian documentos históricos y que clasifica en “generales”⁴³⁷, “provinciales” y “municipales”. Respecto de los documentos administrativos, la norma se limita a señalar su traslado al Archivo General Central –que crea esta misma norma- “en las épocas y con las formalidades que en el reglamento se establezcan, todos los papeles de las Secretarías de Despacho, cuando el transcurso del tiempo los haga inútiles para la instrucción de los negocios”.

Esto es, aunque nada se diga sobre los archivos administrativos, parece que ya se alude, de alguna manera, al elemento que define la diferencia entre unos y otros, y que no se ciñe únicamente a la antigüedad de los mismos, sino al carácter vivo y activo, a la eficacia jurídica de dichos documentos –su utilidad o inutilidad para la instrucción de los negocios-⁴³⁸, de manera que, en principio, sólo deben transferirse a los archivos históricos –generales, provinciales o municipales- cuando dejen de tener vigencia jurídica.

Será el Decreto de 22 de noviembre de 1901⁴³⁹, del Ministerio de Instrucción Pública, el que haga por primera vez alusión a los archivos

⁴³⁷ Posteriormente, por Real Decreto de 28 de marzo de 1867, se distinguirá entre archivos generales de primera clase (el Archivo General Central de Alcalá de Henares, el Histórico Nacional de Madrid, el Archivo de Simancas y el Archivo de Barcelona) y de segunda clase (los de Valencia, Galicia y Mallorca).

⁴³⁸ Como veremos, éste ha sido y continúa siendo un elemento esencial a la hora de diferenciar los archivos administrativos de los históricos.

⁴³⁹ Publicado en la Gaceta de Madrid de 26 de noviembre de 1901.

administrativos, a los que denomina “especiales”, para incluirlos dentro de su regulación junto con los archivos históricos - que ya habían sido, desde el siglo XIX, objeto de numerosas normas que intentan mantener y racionalizar los documentos de carácter histórico⁴⁴⁰.

El Decreto de 1901, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos del Estado, establece en su artículo primero, la clasificación de los archivos en tres tipos: archivos generales, archivos regionales y archivos especiales. El art. 2 define los archivos generales (que se denominan como de primera clase) como aquellos “que contengan documentos referentes a la Nación en general, y su valor histórico y su número sean de gran importancia”⁴⁴¹. Los archivos regionales (de segunda clase) se definen como aquéllos “que contengan documentos que se refieren a una sola región o a uno de los antiguos reinos de España”⁴⁴². Y, finalmente, se definen los Archivos especiales (de tercera clase) como aquéllos “que pertenecen a un Centro, Instituto o dependencia de la Administración activa”⁴⁴³.

Aunque no se hable de ellos como “administrativos” sino como “archivos especiales”, este Decreto viene a ocuparse por primera vez de este

⁴⁴⁰ *Vid.* respecto de la legislación aplicable a los archivos y su evolución, FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”, *op. cit.*, págs. 15 y ss.

⁴⁴¹ En este artículo se nombran como Archivos generales el Histórico Nacional, el Central de Alcalá de Henares, el de Simancas y el de Indias.

⁴⁴² Se nombran como Archivos regionales el de la Corona de Aragón, el de Valencia, el de Galicia y el de Mallorca.

⁴⁴³ Considerándose como 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”. El art. 12 completa, respecto estos últimos que “en todos los asuntos de régimen administrativo, los Archivos de la tercera clase se someterán a las reglas que se dicten por los Jefes de los departamentos o centros a que aquéllos pertenezcan”. Esto es, los archivos administrativos –especiales–, se diferencian también por su régimen jurídico, también de carácter administrativo.

tipo de archivos, para diferenciarlos de los históricos. El criterio que se utiliza en esta clasificación no hace referencia directa al carácter “vivo” de los documentos que se custodian en dichos archivos, sino al carácter de las instituciones titulares de los mismos a las que se refiere como “Administración activa”. Se trata, de alguna manera, del mismo concepto de eficacia o interés actual de los archivos para la gestión e información administrativa, pero centrada más bien en el aspecto subjetivo de los archivos y no en el objeto de los mismos. Pero igualmente se deduce este elemento, *a contrario*, de la definición que se hace de los archivos generales como los que contengan documentos cuyo “valor histórico” sea “de gran importancia”⁴⁴⁴.

El Decreto de 24 de julio de 1947, del Ministerio de Educación Nacional⁴⁴⁵ –además de dar una definición de Archivo como “conjunto de fondos documentales que se hallan custodiados por organismos del Estado, Corporaciones oficiales y otras personas jurídicas y naturales, para su reglamentada utilización” (art. 2)- introduce formalmente la dicotomía de archivos administrativos e históricos, que se mantendrá hasta la actualidad. Así en su art. 3 establece que “por antigüedad y naturaleza de los documentos custodiados se dividen los Archivos en Históricos y Administrativos. Son Archivos Históricos aquellos cuya documentación, en su mayor parte anterior al siglo XX, y en general innecesaria para la tramitación de los negocios públicos y privados, puede servir de fuente para el estudio de tiempos pretéritos. Se consideran Archivos Administrativos los que conservan

⁴⁴⁴ Mayores problemas suscita la definición de los archivos regionales, puesto que en su definición no se hace referencia alguna ni a la antigüedad de los documentos, ni a su vigencia o uso, ni siquiera a las instituciones cuyos documentos deben incluirse en éstos, aunque su tratamiento haya sido siempre, en general, de Archivos históricos de tipo regional (aunque, posteriormente, el archivo de la Corona de Aragón pasará a ser archivo regional general) y como tales aparecen enumerados en el Decreto de 24 de julio de 1947.

⁴⁴⁵ Publicado en el Boletín Oficial de 17 de agosto de 1947.

documentos, generalmente de época actual, indispensables para el buen funcionamiento de la Administración, y que por el momento no pueden constituir un fondo histórico”.

A su vez, los artículos siguientes establecen una clasificación de los archivos en ambas categorías de archivo, que son de interés puesto que la normativa actual es heredera directa de esta clasificación.

Según el art. 4 del Decreto de 1947 “los Archivos Históricos por la importancia, calidad, número y variedad de la documentación, o por las entidades o individuos que los poseen, se clasifican en: a) Generales, b) Regionales, c) de Distrito, d) Provinciales, e) de Entidades públicas y Corporaciones, f) de particulares”⁴⁴⁶.

El art. 5 del Decreto hace la clasificación de los Archivos Administrativos incluyendo los siguientes: “a) Archivos de la Administración Central: los de las Cámaras Legislativas, Presidencia del Consejo de Ministros, Consejo de Estado, Ministerios, Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas y cuantos radiquen en Organismos Centrales; b) Archivos de

⁴⁴⁶ Continúa este artículo especificando cada una de estas categorías: “son Archivos Históricos Generales: los que contienen numerosa e importante documentación sobre la Nación en general o varias de sus regiones: Archivo Nacional y los de Simancas, Indias y Corona de Aragón. A la clase de Archivos Históricos Regionales pertenecen los que contienen documentos que en su mayor parte se refieren a una determinada región: el de la Región de Valencia, en la capital de su nombre; el del Reino de Mallorca, en Palma y el de Galicia, en La Coruña. Los Archivos de las Chancillerías de Valladolid y de Granada, de las Universidades literarias y de Colegios Notariales, cuya documentación está limitada por las materias especiales que cada una comprende y por la demarcación geográfica respectiva, forman los Archivos Históricos de Distrito. Archivos Históricos Provinciales son los que, integrados por fondos varios referentes a cada provincia, existen o sean creados por el Ministerio de Educación Nacional en las respectivas capitales. Corresponde al grupo Archivos Históricos de Entidades públicas y Corporaciones los del Patrimonio Nacional, Academias, Ayuntamientos y los de las Secciones Históricas de los Archivos Administrativos a que alude el artículo sexto. Bajo la denominación Archivos Históricos de particulares se incluyen principalmente los de la Nobleza, y en general cuantos tengan un marcado interés histórico que exceda el puramente privado.

Distrito: los de las Audiencias Territoriales y de Universidades en su documentación viva; c) Archivos de la administración Provincial: los de los Gobiernos Civiles, Delegaciones de Hacienda, Audiencias y Diputaciones Provinciales y demás Dependencias de la Organización Provincial; d) Archivos de la Administración Local: los Archivos municipales y otros Organismos o Entidades locales”.

De esta enumeración de los distintos archivos que conforman la clasificación de los archivos históricos y de los administrativos se deduce que, como continuación a la dicotomía archivos generales y archivos especiales establecida por el Decreto de 1901, los criterios para la determinación de unos u otros ya se establecen en función de la antigüedad y la vigencia de los documentos, de un lado y de la titularidad de los archivos, de otro.

Respecto del primer criterio, llama la atención que la determinación de los documentos que conforman los archivos administrativos se haga en parte de manera negativa, esto es, cuando se afirma que serán los archivos administrativos los que custodien documentos que “que por el momento no pueden constituir un fondo histórico”⁴⁴⁷, aunque se haga también referencia a documentos “de época actual” y a aquellos “indispensables para el buen funcionamiento de la Administración”, esto es, utilizando de nuevo el criterio del “carácter vivo”, de la eficacia de los documentos, que ya encontráramos un siglo antes en el Reglamento de 1958.

Respecto de la titularidad de los archivos para su consideración de archivos administrativos parece que la norma identifica, en general, los

⁴⁴⁷ De esta definición de los archivos administrativos se deduce que se está pensando ya en el sistema archivístico como un sistema integrado por diversas fases desde la producción de los documentos hasta su definitiva consideración como fondos de archivos históricos, si bien la norma no establece los criterios para la transferencia de los documentos y fondos documentales de un archivo a otro.

archivos administrativos con los archivos públicos, puesto que tienen esta consideración, de carácter administrativo, no sólo los del poder ejecutivo, sino también los de los poderes legislativo y judicial⁴⁴⁸.

El Decreto de 1969⁴⁴⁹ de nuevo establece como criterios esenciales la vigencia administrativa y la antigüedad de los fondos documentos para determinar su inclusión en el Archivo General de la Administración Civil,

⁴⁴⁸ Ya hemos visto, en el anterior apartado que, por lo general, las normas autonómicas de archivos tienen a ampliar su competencia en materia de archivos, por la vía de relacionar la definición de los archivos públicos con las normas de determinación del patrimonio documental, lo que lleva a que, en algunos casos, se consideren parte del sistema archivístico de las Comunidades Autónomas los archivos de otros poderes públicos. Para MARTÍNEZ GARCÍA, la confusión general entre archivos públicos y archivos administrativos tiene su origen precisamente en el Decreto de 1947. Para el autor “el origen de tanta confusión se encuentra en el decreto de 1947 sobre la Ordenación de los archivos y Bibliotecas del Estado y del Tesoro Documental y Bibliográfico. Muchos de los disparates actuales se fundamentan en la aplicación de un texto legislativo obsoleto y fruto de un concepto particular de los intereses del Estado”. MARTÍNEZ GARCÍA, L. “El sistema español de archivos en la Constitución” *op. cit.* pág. 137.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ BLANCO considera que “la sistemática de los Archivos Administrativos adoptada por el Decreto de 1947 incorpora errores conceptuales que si no implicaban distonias (*sic*) en el contexto del referido esquema institucional de unidad de poder y coordinación de funciones, expresado en la Ley Orgánica del Estado de 1967, son de muy difícil asimilación en una estructura constitucional asentada en la división de Poderes y que configura sus instituciones territoriales de modo descentralizado. La descripción del contenido de los «Archivos de la Administración Central [...]» es una desafortunada expresión de errática confusión institucional que identifica con la Administración Central a las Cámaras Legislativas y a los Tribunales de Justicia [...]. Esta confusión de conceptos e instituciones que requiere completar referencias institucionales y reelaborar conceptos para su adecuada sistematización, facilita constatar las insuficiencias y la desactualización de la normativa ordenadora de los archivos” SÁNCHEZ BLANCO, A. “El sistema de archivos: de las referencias histórico culturales a las bases de las Administraciones Públicas” en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a los fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Tomo III, ed. Complutense, 1992, pág. 2119.

⁴⁴⁹ El Decreto 914/1969, de 8 de mayo, por el que se crea el Archivo General de la Administración Civil, es la siguiente y última norma esencial en lo que se refiere a la organización y régimen jurídico de los archivos administrativos, previa a la Constitución y al reparto de competencias efectuado por la misma.

archivo de carácter histórico. Aunque el Decreto no habla directamente de los archivos administrativos⁴⁵⁰ es evidente que su regulación parte, justamente, de la dicotomía entre unos y otros. En función, de nuevo, de la “vigencia administrativa”, del carácter “vivo” de los documentos, el Decreto establece la permanencia de los documentos y fondos documentales en las dependencias administrativas que los gestionan –aunque nada se dice aquí al respecto, podemos entender que se está hablando de los archivos de oficina o de gestión- o su traslado al Archivo Central del Ministerio al que pertenezcan, siendo ambos tipos de archivo de carácter administrativo⁴⁵¹.

El paso de los archivos Centrales al General se dará por transcurso del tiempo, pasados quince años de su ingreso en los primeros. No obstante, la

⁴⁵⁰ Sí se mencionan, sin embargo, en la Exposición de Motivos de la norma, cuando se describe la nefasta situación de los archivos administrativos como justificación de la necesidad de crear el Archivo General de la Administración Civil: “la acumulación de papeles en los archivos administrativos e incluso en las mismas oficinas y dependencias de la Administración dificulta el propio trabajo burocrático, eleva los costes de conservación y sostenimiento y no permite un aprovechamiento rentable de los locales destinados a la función pública. Todo ello hace imprescindible establecer una corriente de documentación que permita garantizar la conservación de los documentos que han de tener un valor histórico y dar el tratamiento adecuado a aquellos otros que tengan un valor temporal como reflejo de los derechos y deberes del Estado o de los ciudadanos, a la vez que descongestione las oficinas públicas y agilice la actuación administrativa”.

⁴⁵¹ El art. 2 es el que establece los criterios de transferencia de los documentos de los archivos administrativos al central y es el que nos permite ver con claridad el criterio definitivo de unos y otros. Dice este artículo que “anualmente [...] remitirán al Archivo Central del Ministerio a que pertenezcan la totalidad de los expedientes en que se hayan dictado actos administrativos de resolución que afecten de algún modo a derechos o intereses del Estado o de los administrados, cuando dichos actos hayan devenido firmes y se hayan practicado por la Administración las actuaciones conducentes a la total ejecución de sus pronunciamientos. Cuando se trate de expedientes o documentos en que no proceda dictar actos administrativos de resolución del carácter expresado así como informes, estudios, etc., pasarán al Archivo General cuando hayan producido en la dependencia que los ha elaborado o tramitado la totalidad de sus efectos”.

norma prevé la posibilidad de acelerar ese proceso en algunos casos⁴⁵² o de retrasarlo o incluso no llevarse a cabo en otros⁴⁵³.

B) La distinción entre archivos administrativos e históricos tras la aprobación de la Constitución Española de 1978.

Como sabemos, aunque la Constitución establece en su art. 149.1.28 el reparto de competencias sobre los archivos, se refiere únicamente a éstos en función de la titularidad de los mismos y no de su carácter histórico o no⁴⁵⁴. No obstante, sí recoge el concepto de archivo administrativo en su art. 105 b), para establecer el derecho de acceso de los ciudadanos a los primeros. Por esta razón y a pesar de que, como veremos a continuación, las normas relativas al régimen jurídico de los archivos han asumido en sus regulaciones el criterio de fases de archivo -por otro lado, ya muy consolidado en las

⁴⁵² Cuando se trata de informes, estudios, etc. y de documentos sobre actuaciones administrativas que no conduzcan a resoluciones, el paso de estos documentos se prevé desde las dependencias ministeriales al archivo central, directamente y cuando estando ya en los Archivos Centrales se trate de series documentales “que tengan poco uso y se consulten raramente podrán ser enviadas al Archivo General antes de cumplir el indicado plazo, a propuesta del Archivo del Ministerio, con aprobación del Subsecretario del Departamento”.

⁴⁵³ FERNÁNDEZ RAMOS señala como este Decreto parece regular el Archivo General más como un archivo administrativo que como un archivo histórico y cómo, a pesar del mismo, siguieron imperturbadas las Secciones Históricas de los Archivos Centrales de algunos Ministerios. A modo de ejemplo señala cómo sólo un año después de aprobado el Decreto de 1969 se dicta la Orden de 26 de octubre de 1970 que regula la consulta y examen de fondos en la Sección Histórica del Archivo Central del Ministerio de Asuntos Exteriores. En “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”. FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, pág. 50.

⁴⁵⁴ No deja de sorprendernos que en ningún momento se haya acudido al título competencial previsto por el art. 149.1.18 CE para establecer el régimen jurídico de los archivos administrativos. Aunque también es cierto que las normas sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas han obviado completamente la cuestión de la regulación de los archivos administrativos desde la LPA de 1958. *Vid.* entre otros, SÁNCHEZ BELDA, “Un «lapsus» en la LPA”, *Documentación Administrativa*, núm. 62-63 o PESCADOR DEL HOYO, “Un problema de la Administración sin resolver”, *Documentación Administrativa*, núm. 77, 1964.

regulaciones anteriores-, en vez de la distinción entre administrativos e históricos, esta clasificación sigue siendo enormemente relevante a efectos de la determinación del objeto del derecho de acceso que nos ocupa.

La primera norma estatal que hace referencia a los archivos tras la aprobación de la Constitución es la LPHE, que los regula en sus arts. 59 y siguientes y que no distingue los administrativos de los históricos, a los que trata conjuntamente, consecuencia derivada de su inclusión en el patrimonio documental de los documentos “de cualquier época” generados o recibidos por Administraciones, Entidades públicas y personas que llevan a cabo funciones de carácter administrativo.

La Ley hace un tratamiento aplaudido por unos (MARTÍNEZ GARCÍA)⁴⁵⁵ y criticado por otros (BARRERO RODRÍGUEZ o FERNÁNDEZ RAMOS)⁴⁵⁶,

⁴⁵⁵ En general, por los archiveros que consideran que dicha diferenciación induce únicamente a confusión y el tratamiento de los documentos debe de hacerse en sus distintas fases, de principio a fin: desde que tienen valor meramente administrativo hasta alcanzar –si lo alcanzan- valor histórico.

⁴⁵⁶ BARRERO RODRÍGUEZ critica el tratamiento de los archivos por la LPHE como instituciones de tipo cultural que no tiene en cuenta su valor para la gestión administrativa, de ahí su consideración indiferenciada y los problemas que se generan. Al respecto afirma que “hay que distinguir entre lo que es un Archivo en términos generales, objeto de un necesario tratamiento y regulación por el Derecho y un Archivo con valor desde el punto de vista histórico, sometido, en consecuencia, a la normativa específica de los bienes de este carácter. La distinción entre Archivo Histórico y Archivo Administrativo, difícil ciertamente de determinar y discutible en el ámbito de su propia disciplina, la archivística, cobra, en nuestra opinión, un papel extraordinariamente relevante para el mundo del Derecho, por cuanto ha de servir de base al diferente tratamiento jurídico que a unos y otros debe otorgarse. Es por ello por lo que nos parece errónea la postura de la Ley al dotar de una regulación unitaria a todos los archivos, cuando es claro que unos y otros no poseen exactamente igual valor”. BARRERO RODRÍGUEZ, C, *Op. cit.* pág. 248. FERNÁNDEZ. RAMOS, por su parte, critica –además del tratamiento generalizado por la LPHE de los archivos como instituciones de carácter cultural, ya comentado- que “las determinaciones contenidas en la LPHE al respecto son abiertamente elementales y, por ello, manifiestamente precisadas de desarrollo reglamentario. [...] Es evidente que sólo mediante una norma de alcance global puede articularse un sistema –que defina cuáles son los archivos que integran el sistema, qué condiciones deben reunir, las transferencias entre unos y otros, etc. Sin embargo, [...] aún no se ha aprobado un Reglamento general de Archivos

basado en el sistema de fases o ciclos de archivo, cuya introducción ha sido paulatina, aunque ya latente como sistema de gestión desde las primeras leyes de archivos.

Las normas de desarrollo de la LPHE, así como las distintas normas reguladoras de los archivos de los diferentes Ministerios hacen referencia, como la normativa de las Comunidades Autónomas, al sistema de fases de archivo. La normativa autonómica, en su mayor parte, adopta este sistema de sucesión de fases de archivo, por la que los documentos administrativos y los fondos documentales de las dependencias administrativas propias de cada sistema autonómico siguen un ciclo, pasando desde el archivo de gestión o de oficina de la unidad o dependencia administrativa que lo genera o recibe, hasta su definitivo depósito en los archivos históricos o generales de la Comunidad Autónoma respectiva, siguiendo asimismo, en principio, ese doble carácter de vigencia administrativa de la documentación y de transcurso del tiempo⁴⁵⁷.

Parece, de esta manera, que el criterio diferenciador de los archivos, entre administrativos –dentro de los de titularidad pública- e históricos, se ha ido difuminando con el tiempo y sustituyendo definitivamente por el sistema de ciclos o fases de archivos desde su inicial carácter administrativo –carácter vivo de los archivos, o de eficacia administrativa- hasta alcanzar, por el transcurso del tiempo y consiguiente pérdida de la eficacia administrativa, el carácter de históricos⁴⁵⁸.

de titularidad estatal”. FERNÁNDEZ. RAMOS, “El sistema estatal de archivos públicos” *op. cit.* pág. 78.

⁴⁵⁷ Al sistema de fases de archivo nos dedicaremos, en profundidad, a continuación.

⁴⁵⁸ Algunas Leyes de archivos, como la catalana, la valenciana y las novísimas Leyes de Navarra y Extremadura, hablan en este sentido de fases activa, semiactiva e inactiva o histórica de la documentación. La documentación en fase activa es la que “una unidad tramita o utiliza habitualmente en sus actividades”; en fase semiactiva está la documentación administrativa que “una vez concluida la tramitación ordinaria, no es utilizada de forma habitual por la unidad que la ha

Los problemas y conflictos surgen porque tanto la LPHE y las normas de las Comunidades Autónomas han abandonado la diferenciación entre archivos administrativos y archivos históricos al adoptar el criterio de las fases o ciclos de archivo, mientras que la LRJAP la ha mantenido en su art. 37 al regular el régimen del derecho de acceso, de manera que a los archivos administrativos se les aplica el régimen jurídico de acceso previsto en dicho artículo, mientras que para los archivos históricos la norma se remite, precisamente, a la LPHE⁴⁵⁹, aunque sin ocuparse ni de definirlos, ni de regularlos, cosa que, como ya hemos señalado en varias ocasiones, hubiera sido muy conveniente que se llevara a cabo, racionalizándose así el sistema de archivos administrativos, tarea que sin duda el legislador podía haber asumido en base al título competencial sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas establecido por el art. 149.1.18 CE.

3. Los sistemas archivísticos: tipos y fases de archivo.

Siguiendo el sistema de traslado de documentos de unos archivos a otros, en función de su vigencia administrativa y antigüedad –o valor histórico-, desarrollado poco a poco por las normas sobre archivos a lo largo del siglo XX, se ha ido asentando en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de sistema archivístico. MARTÍNEZ GARCÍA define un sistema como una estructura ordenada, compuesta de determinados elementos y dirigida al cumplimiento de unos fines u objetivos, de manera que, cuando nos referimos a los sistemas de archivos “los elementos especializados claves son

producido en su actividad” y documentación en fase inactiva o histórica es la que “una vez concluida la vigencia administrativa inmediata, posee valores primordialmente de carácter cultural o informativo” [apartados h), i) y j) del art. 2 de la Ley 10/2001, de archivos y documentos, de Cataluña].

⁴⁵⁹ Al ver el régimen específico del derecho de acceso previsto por la LRJAP y por la LPHE y las normas de archivos autonómicas, estudiaremos los conflictos que surgen entre ambas normas, que, en algunos casos se solapan, precisamente por la utilización de distintos conceptos de archivo.

una legislación específica, unos órganos ejecutivos y asesores, unos centros que denominamos archivos y uno recursos humanos y presupuestarios, y que todos ellos se estructuran para el cumplimiento de unos fines constitucionales primordiales que se integran en el concepto más amplio de custodia de los documentos, entendiendo por ésta todo lo relativo a la gestión, acceso a la información, difusión de la cultura y conservación del Patrimonio Documental”⁴⁶⁰.

La mayoría de las normas jurídicas que los regulan, los definen así, como el conjunto coordinado de órganos, centros de archivo, servicios y otros recursos, sometidos a un determinado régimen jurídico. De esta manera, el sistema archivístico español se compone, -por el reparto de competencias y la distribución territorial del Estado- de varios subsistemas de archivos, uno estatal y diecisiete autonómicos, estos últimos, a su vez, divididos en subsistemas, como veremos.

Aunque las distintas normas –en algunos casos, mediante Leyes de archivo y patrimonio documental y en otros, a través de Reglamentos- introducen variaciones respecto de la estructura que regulan, sí siguen, por lo general, un esquema común de organización de los tipos de archivos que integran su sistema, para la gestión de los fondos documentales que los conforman; esto es: el sistema de ciclo o de fases de archivo, de manera que los centros de archivo se organizan en función de la fase de archivo en la que se encuentra la documentación allí conservada⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, “El sistema español...”, *op. cit.* pág. 95.

⁴⁶¹ Las Comunidades Autónomas han sido quienes mejor han definido y delimitado sus sistemas archivísticos autonómicos a través de sus propias normas relativas a los archivos, definiendo minuciosamente en el régimen jurídico aplicable a sus archivos, las distintas fases del ciclo de los mismos; sistema que también se aplica, aunque con una normativa mucho más disgregada e incompleta, a los archivos de titularidad estatal.

Por ello, vamos a examinar, de manera conjunta, el régimen jurídico aplicable a los archivos en España sin perjuicio de analizar a continuación los sistemas archivísticos propios del Estado y de las Comunidades Autónomas y sus particularidades.

Aunque no todas las normas los definen⁴⁶², tanto el sistema de archivos del Estado como todos los autonómicos estructuran su sistema de archivos en cuatro tipos distintos: a) archivos de oficina o de gestión, b) archivos centrales, c) archivos intermedios y d) archivos históricos.

Los documentos y fondos documentales que se albergan en dichos tipos de archivos siguen una fase o ciclo documental que se caracteriza, precisamente, por el paso de un archivo al siguiente, desde su conservación en los archivos de oficina desde su generación o recepción por el órgano o unidad administrativa correspondiente, hasta su definitivo depósito y conservación en el archivo histórico correspondiente. El régimen jurídico y de acceso aplicable a los documentos y fondos de archivo, dependerá de la fase de archivo –y, por tanto, el tipo de archivo- en el que estos se encuentren en cada momento. Veámoslos de manera individualizada.

⁴⁶² Algunas normas sobre archivos sólo los enumeran –Ley 6/1991, de 19 de abril de Archivos y Patrimonio Documental de Castilla y León, Decreto 307/1989, de 23 de noviembre, relativo al sistema de Archivos de Galicia-, otras definen cada una de las fases –Ley 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Madrid, Ley 10/2001, de 13 de julio de Archivos y documentos de Cataluña, Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, sobre Archivos del País Vasco, Ley 3/2002, de 28 de junio, de Archivos de Cantabria, Ley 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y documentos de Navarra-, y otras ni siquiera los mencionan, aunque se deduce de su regulación que siguen el mismo régimen – Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos de Andalucía, Ley 3/1990, de 22 de febrero, de patrimonio documental y archivos de Canarias, Ley 6/1990, de 11 de abril, de archivos y patrimonio documental de Murcia, Ley 15/2006, de 17 de octubre, de Archivos y Patrimonio Documental de las Islas Baleares-.

A) La fase de Archivo de gestión o de oficina.

La primera de estas fases se refiere al Archivo de gestión o de oficina⁴⁶³, que es el propio de cada unidad o dependencia administrativa.

Aunque indirectamente se hable de ellos en algunas normas como el Decreto 914/1969⁴⁶⁴, sólo recientemente las normas autonómicas los han regulado como tales. La razón de este olvido es que, al tratarse de la gestión de la documentación propia de cada unidad o dependencia administrativa, no parecía tan necesaria una organización y estructura propias de los archivos⁴⁶⁵. Curiosamente, algunas normas autonómicas sobre archivos siguen omitiendo esta fase y se limitan a regular la transferencia de documentos de las unidades administrativas a los archivos centrales, sin hacer referencia a la ordenación o conservación de los documentos en dichas unidades⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Aunque el concepto es el mismo, algunas normas hablan de archivo de oficina –la Ley de archivos de Madrid, la de Navarra o el Decreto de Archivos del País Vasco; otras de archivo de gestión –la Ley valenciana, la de La Rioja y la de Castilla la Mancha entre otras-; mientras que otras usan conjuntamente ambos nombres.

⁴⁶⁴ El Decreto de 1969 no hablaba de archivos de gestión como tales, pero sí de los requisitos que tenían que reunir los documentos para su traslado desde las dependencias ministeriales a los Archivos Centrales de los Ministerios. *Vid.* apartado anterior.

⁴⁶⁵ MARTÍNEZ GARCÍA refleja esta situación muy gráficamente: “Tradicionalmente, los archivos de oficina han sido los grandes olvidados [...]. Se crean de manera natural a medida que una determinada unidad administrativa va resolviendo los distintos asuntos de su competencia. Es en este momento cuando empiezan a surgir una serie de deficiencias que repercutirán directamente en la conservación de los documentos. La escasa organización y planificación del trabajo y el hacinamiento inciden en la existencia de ciertas actitudes poco coherentes con los fines de una administración. El desconocimiento de los aspectos materiales del procedimiento administrativo se refleja en los resultados: expedientes duplicados o partes del mismo multiplicados en varias oficinas; abuso de las fotocopias; documentos desordenados u ordenados de manera distinta [...]. La utilidad de este tipo de archivos para las oficinas tampoco es un elemento que obliga a su control y organización. Al ser de pequeño volumen es más fácil rebuscar en todas partes para hallar el documento solicitado o, en caso contrario, proceder a su repetición”. En “El sistema español de archivos...” *op. cit.* págs. 131 y 132.

⁴⁶⁶ Como, por ejemplo, la Ley catalana o el Decreto gallego de archivos.

No obstante, su inclusión dentro de los sistemas de archivos y del ciclo vital de los documentos es necesaria, puesto que sólo cuando los documentos se encuentran correctamente organizados desde su origen puede llevarse a cabo una estructuración que permita su correcta conservación, ordenación y por tanto, su funcionalidad –a efectos de gestión, de consulta o de investigación-. Para ello, algunas normas determinan los criterios de organización de la documentación en estos archivos, refiriéndose por lo general a los principios de respeto a la estructura y orden natural en que se generan los documentos⁴⁶⁷.

En el mismo se albergan los documentos producidos o recibidos por el órgano o unidad administrativa correspondiente mientras se hallen en trámite o su consulta o uso sea frecuente⁴⁶⁸, esto es, se encuentren en “fase activa”⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Leyes de la Comunidad de Madrid (art. 15.2) y de La Rioja (art. 20.2). Es lógico que sean dichos criterios de ordenación los que se apliquen –los documentos se ordenan por expedientes en orden cronológico de los mismos dentro de los primeros-, sin que sea necesaria la atención a la procedencia puesto que todos son gestionados por la misma unidad.

⁴⁶⁸ El art. 13.1 de la Ley de Archivos de la Comunidad de Madrid, dice lo siguiente: “En los Archivos de Oficina se custodiarán los documentos de Archivo generados por las diferentes unidades administrativas en tanto dure su trámite o su uso sea muy frecuente. En todo caso la permanencia en ellos no será superior a cinco años desde el fin de su tramitación, salvo excepciones razonadas. Se excluye la documentación de apoyo administrativo”.

La Ley de Archivos de Cantabria no hace referencia al estado de tramitación de los documentos, sino solamente a que éstos se conservarán durante 5 años en el Archivo de Oficina de la unidad administrativa productora de los mismos (art. 25), aunque sí se deduce el requisito de la terminación de la definición de los Archivos Centrales como aquellos en los que se da tratamiento a la “documentación que transfieran las unidades administrativas, una vez finalizada la tramitación” (art. 12). En el mismo sentido la Ley de archivos de La Rioja o la de la Comunidad Valenciana.

Las Leyes de Castilla La Mancha y la de Navarra son más específicas respecto de estos archivos. Dice el art. 16 de la Ley de Archivos de Navarra que “Los archivos de oficina custodian la documentación generada y reunida en el desarrollo de su actividad específica por cada una de las unidades en la que se estructura la entidad. Sus funciones son: a) Apoyar la gestión administrativa; b) Justificar las actuaciones y actividades de la entidad productora; c) Garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos y de la Administración, acreditando la transparencia y legalidad de las actuaciones; d) Facilitar la implantación de medidas necesarias para la simplificación y

y en él permanecen hasta que los procedimientos de los que forman parte concluyan, o no sean necesarios para la gestión habitual del órgano en cuestión (cuando su uso no sea muy frecuente), momento en el que se trasladan al Archivo central de cada Consejería o Administración institucional. La permanencia de los documentos en esta fase suele fijarse con un período máximo de cinco años, tras el que deben ser transferidos a los archivos centrales, no obstante lo cual, se producen numerosas excepciones por las que los documentos permanecen más tiempo en los archivos de oficina: por su consulta habitual, o por que se refieran a procedimientos cuya terminación no tiene por qué implicar la conclusión del expediente⁴⁷⁰.

B) La fase de Archivo Central.

racionalización de los procesos o procedimientos administrativos; e) Mantener la documentación debidamente clasificada y ordenada; f) Aplicar las medidas que garanticen la conservación de los documentos de acuerdo con sus valores; g) Garantizar la protección de los datos; h) Transferir la documentación al archivo intermedio en la forma y tiempo establecidos, una vez agotado su plazo de permanencia en la unidad productora; i) Eliminar la documentación de apoyo informativo antes de la transferencia al archivo intermedio”.

⁴⁶⁹ Así el art. 18 de la Ley valencia establece que “los archivos públicos, según la frecuencia de uso de la documentación que conservan se podrán estructurar de la siguiente forma: a) los archivos de gestión, que están constituidos por la documentación activa en fase de tramitación producida, recibida o reunidas por una unidad administrativa y que es necesaria para realizar las actividades y funciones de dicha unidad”.

⁴⁷⁰ Aunque nos referiremos con mucho más detenimiento a estos casos cuando hablemos del régimen jurídico del derecho de acceso a los archivos, baste adelantar ahora que nos referimos a documentos relativos a los procedimientos de otorgamiento de concesiones, subvenciones, etc., casos en los que los actos dictados en los procedimientos despliegan sus efectos durante varios, incluso, muchos años.

La segunda fase es la de Archivo Central⁴⁷¹ en la que se trasladan los fondos de Archivo -es decir, los documentos de cada Archivo de oficina, ya ordenados y clasificados como conjunto orgánico- una vez finalizada su tramitación, concluidos los procedimientos de los que formaban parte, o cuando su uso deje de ser muy frecuente⁴⁷². Esto es, los Archivos centrales concentran la documentación generada por los distintos archivos de oficina de un mismo Ministerio o Consejería o institución⁴⁷³. Por ello y para que en los Archivos Centrales no se pierda el carácter orgánico de los fondos documentales que en ellos se reciben, los principios para su gestión son los de procedencia y orden naturales de los fondos documentales⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ El art. 13.2 de la Ley de Archivos de la Comunidad de Madrid los define de la siguiente manera: “Los Archivos Centrales de la Asamblea, de las Consejerías y de la Administración institucional recibirán de sus oficinas, cumplido el plazo anterior: a) la totalidad de los expedientes en que se hayan dictado actos administrativos de resolución que afecten de algún modo a derechos e intereses de la Comunidad de Madrid o de los ciudadanos, cuando dichos actos hayan devenido firmes y se hayan practicado por la Administración las actuaciones conducentes a la total ejecución de sus pronunciamientos. b) Los expedientes o documentos en que no proceda dictar actos administrativos de resolución del carácter expresado así como informes, estudios y otros cuando hayan producido la totalidad de sus efectos”. En el mismo sentido el art. 18 de la ley de La Rioja o el art. 25 de la Ley de Cantabria.

Estas definiciones proceden, como puede apreciarse, casi literalmente del Decreto 914/1969, cuando en su art. 2 determina los criterios de transferencia de los documentos de las dependencias ministeriales a los Archivos Centrales de los Ministerios.

⁴⁷² La Ley valenciana, en su estructuración en función de la frecuencia de uso, establece que el archivo central “conserva la documentación semiactiva de uso frecuente generada o reunida por todas las unidades administrativas de una misma entidad y, en su caso, de las instituciones y personas de ella dependientes, con el objetivo prioritario de facilitar el acceso a la administración y a los ciudadanos a la información”.

⁴⁷³ MARTÍNEZ GARCÍA determina el origen de los archivos centrales en la necesidad de las instituciones y administraciones de custodiar todos los documentos generados o recibidos por la misma “para evitar que cayeran en manos interesadas y para justificar documentalmente su política o sus resoluciones”. *Op. cit.* pág. 132.

⁴⁷⁴ Art. 15.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid y 20.3 de la de La Rioja. *Vid.* respecto de estos principios, *supra*, apartado III.2.

Esta fase suele regularse por la normativa autonómica con una duración de diez años, período en el que los documentos que hayan sido trasladados a los Archivos Centrales deberán permanecer en los mismos, salvo excepciones.

C) La fase de Archivo Intermedio.

Transcurridos estos diez años, se pasa a la siguiente fase de archivo, esto es, la de Archivo Intermedio⁴⁷⁵ (o Regional), en la que los documentos permanecerán hasta su traslado, pasados quince años, a la última fase de archivo, los Archivos Históricos, siempre que se trate de documentos que tengan valor histórico.

MARTÍNEZ GARCÍA considera al respecto que “los archivos intermedios son un descubrimiento de la moderna teoría archivística. En los años sesenta se estimó la necesidad de construir depósitos que concentraran la documentación procedente de los archivos centrales y valoraran y seleccionaran aquella que tuviera interés para la historia y procedieran a la eliminación de la restante. Normalmente, la cualidad de intermedio y de histórico definitivo se unen en un mismo edificio. Así sucede con los Archivos Generales de las Comunidades Autónomas, en los archivos de los Ayuntamientos o en los Históricos-Provinciales. [...] En realidad estos archivos intermedios sólo existen sobre el papel. El inmenso volumen de documentación desorganizada que se han visto obligados a recoger y la falta

⁴⁷⁵ Art. 13.4 de la Ley de Archivos de Madrid: “Al cumplirse el plazo señalado en el punto anterior (diez años) los documentos se trasladarán a las dependencias del Archivo Regional donde durante un período máximo de quince años recibirán el tratamiento correspondiente a un Archivo Intermedio”.

habitual de medios humanos y técnicos, han impedido que cumplieran la misión para la que fueron creados”⁴⁷⁶.

Esta fase de Archivo Intermedio es la más confusa de todas y, en algunos casos, ni siquiera forma parte de las fases de archivo⁴⁷⁷. En otros casos, las leyes de archivos de las Comunidades Autónomas establecen esta fase de archivo vinculada con la fase de Archivo Central⁴⁷⁸, o de Archivo Histórico⁴⁷⁹, de manera que se hace un tratamiento conjunto de los documentos en ambas fases.

Lo característico de esta fase es que la documentación remitida al Archivo Intermedio desde los Archivos Centrales no tiene vigencia administrativa, no se trata de un archivo “vivo” y, sin embargo, la documentación allí albergada no ha alcanzado la antigüedad precisa para alcanzar el carácter de “histórica”. En esta fase es, en principio, cuando se debe decidir qué documentación se conserva definitivamente, por su carácter histórico, en los Archivos históricos o generales y cuál se excluye o se destruye, porque no tiene dicho interés o valor histórico⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, L., “El sistema español de archivos...”, *op. cit.* pág. 134.

⁴⁷⁷ El Decreto de Archivos de Asturias habla sólo de tres fases de archivo: de gestión, central e histórico.

⁴⁷⁸ En este sentido, la Ley de Archivos de Navarra, habla sólo de tres tipos de archivo: de oficina, intermedio e histórico, siendo el intermedio en este caso el que realiza las funciones que, generalmente, asociamos al Archivo central y tanto la Ley de Archivos de Castilla-La Mancha, como el Decreto de Archivos del País Vasco tratan los archivos central e intermedio, de manera conjunta.

CRUZ MUNDET acoge esta estructura, confundiendo esta fase intermedia con la de Archivo Central, por la organización que de la documentación se hace en esta fase de archivo, en función de la estructura y origen de los documentos y por el posible valor administrativo de los mismos. *Op. cit.* pág. 199.

⁴⁷⁹ Art. 43.2 de la Ley de Archivos de Extremadura.

⁴⁸⁰ Labor que llevan a cabo la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, prevista por el art. 58 LPHE y las distintas Comisiones Calificadoras de Documentos, existentes en los Ministerios y en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Recordemos que, en todo caso, el art. 55 LPHE establece que “1. La exclusión o eliminación de

D) La fase de Archivo Histórico.

Finalmente, transcurrido el tiempo que establecen las distintas normas para su traslado, los fondos documentales que tengan “valor histórico” pasan, para su conservación definitiva, a los archivos generales o históricos⁴⁸¹. Estos archivos son, como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, los que fundamentalmente se han tenido en cuenta a la hora de redactar y aprobar las normas sobre archivos y sobre patrimonio documental, en cuanto que instituciones de carácter cultural y dirigidas, sobre todo, a la investigación y a la conservación del patrimonio documental, dado que los documentos que a estos archivos se remiten, carecen en principio de vigencia administrativa.

No todos los documentos que genera la Administración tienen valor histórico y, por ello, las normas sobre archivos determinan que el expurgo y eliminación de documentos –normalmente llevado a cabo por las Comisiones Calificadoras de Documentos- se haga antes de su ingreso en los archivos históricos, de manera que, en principio, a los mismos sólo deben acceder los documentos con ese valor histórico.

4. El ciclo vital de los documentos: las fases activa, semiactiva e inactiva o histórica.

Para completar el análisis de los sistemas de fases o de ciclos de archivo es necesario hacer referencia al criterio de ciclo vital de los documentos, que utilizan varias normas sobre archivos, en particular, la

bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico contemplados en el artículo 49.2 y de los demás de titularidad pública deberá ser autorizada por la Administración competente. 2. En ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o entes públicos”.

⁴⁸¹ Art. 13.5 de la Ley de Archivos de la Comunidad de Madrid: “Transcurrido este plazo, los documentos que, salvo excepciones, tengan ya treinta años desde su génesis y que tengan valor histórico recibirán en el Archivo Regional el tratamiento correspondiente a tal valor”.

catalana, la valenciana, la balear, la navarra y la extremeña, para hacer referencia a las distintas fases por las que los documentos pasan⁴⁸².

Este criterio hace referencia al aspecto de la vigencia administrativa de los documentos, fundamentalmente al valor jurídico-administrativo o histórico de los documentos en cada momento, que determinará su ubicación en uno u otro tipo de archivo. Se trata, por lo tanto, de conceptos que no distan mucho de las fases de archivo que acabamos de analizar que, además de tener en cuenta el transcurso del tiempo, también consideran el elemento de la vigencia o del valor jurídico de los documentos para su transferencia de una fase de archivo a la siguiente.

Las leyes sobre archivo que hacen referencia a este ciclo vital son, como ya se ha señalado, la Ley de Archivos y Documentos de Cataluña, la Ley de Archivos de la Comunidad Valenciana, la Ley de Archivos y Patrimonio Documental de las Islas Baleares, la Ley Foral de Archivos y Documentos de Navarra y la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de Archivos y Patrimonio Documental, relacionando este ciclo vital de los documentos, con las distintas fases de archivos, de manera que la documentación en fase activa correspondería a la fase de Archivo de oficina, en fase semiactiva se corresponde con la fase de Archivo Central y la documentación en fase inactiva o histórica correspondería aproximadamente con las fases de Archivo Intermedio e Histórico)⁴⁸³.

⁴⁸² El art. 2.g) de la Ley de Archivos de Navarra, define el “ciclo vital de los documentos” como la “secuencia de fases en las que se estructura la vida del documento, desde su creación hasta su conservación definitiva, en consideración a su importancia como testimonio histórico, o bien hasta su eliminación una vez agotado su valor administrativo”.

⁴⁸³ Art. 2 de la Ley de Archivos de Cataluña: “h) Documentación en fase activa: la documentación administrativa que una unidad tramita o utiliza habitualmente en sus actividades; i) Documentación en fase semiactiva: la documentación administrativa que, una vez concluida la tramitación ordinaria, no es utilizada de forma habitual por la unidad que la ha producido en su actividad; j) Documentación inactiva o histórica: la documentación administrativa que, una vez

Este criterio del carácter activo o no de la documentación resulta muy interesante y complementario del sistema de las fases de archivo, porque el primero parece referirse a la documentación, de manera individualizada, mientras que el sistema de fases de archivo se refiere a los fondos de archivo de manera general. En cualquier caso, la vigencia administrativa, el valor jurídico de los documentos, es un elemento esencial a tener en cuenta, tanto para su traslado entre las distintas fases de archivo, como para su expurgo o conservación, puesto que estos elementos de vigencia o de utilización no tienen por qué corresponderse necesariamente con los criterios generales temporales establecidos para las distintas fases⁴⁸⁴.

5. Las particularidades de los archivos electrónicos.

Mientras que el sistema de gestión de los archivos que acabamos de analizar se refiere, fundamentalmente, a la documentación en soporte material, esto es, a los fondos de archivo compuestos por documentos en

concluida la vigencia administrativa inmediata, posee valores primordialmente de carácter cultural o informativo”.

El art. 15.2 de la Ley de Archivos de Navarra es especialmente explícito en este sentido y, en términos relativamente similares, establece que: “las edades de los documentos se corresponderán con las siguientes fases: a) Fase activa: etapa en que la documentación está en período de tramitación o es de uso habitual por parte de la oficina productora. Se corresponde con el archivo de gestión o de oficina; b) Fase semiactiva: etapa en que la documentación, una vez concluida la tramitación ordinaria, mantiene valor administrativo, pero no es de uso habitual por la unidad productora. Se corresponde con el archivo intermedio; c) Fase inactiva: etapa en que la documentación, una vez concluido su valor administrativo primario, se considera útil para la información o la investigación y, por tanto, debe ser conservada con carácter permanente. Se corresponde con el archivo histórico”.

⁴⁸⁴ Aunque, como ya hemos visto, el sistema de fases de archivo tiene en cuenta ambos elementos: el temporal y el de la vigencia administrativa, hay casos en los que el elemento de la eficacia jurídica de los documentos, tiene una relevancia fundamental; piénsese en aquéllos en los que la tramitación de un procedimiento supone una relación de larga duración con la Administración, en la que la resolución definitiva es, precisamente el punto de partida de la misma: la concesión de subvenciones, de becas, de contratos de obra, de gestión de servicios públicos, etc.

soporte papel, o en soportes sonoros o de imagen, poco a poco, la Administración va implantando las nuevas tecnologías y sustituyendo estos soportes que podríamos denominar materiales o físicos, por los informáticos y digitales. En los últimos años, la denominada “Administración electrónica” se ha ido desarrollando a pasos agigantados y las relaciones telemáticas con los ciudadanos y entre entes y órganos administrativos ha dejado de ser una cosa excepcional para pasar a ser, casi, la norma general en algunos procedimientos.

Como pudimos analizar al principio de este capítulo, el concepto de documento que nos dan las normas sobre archivos y sobre patrimonio documental y cultural es muy amplio, de manera que todos estos nuevos soportes tienen cabida en él⁴⁸⁵. Sin embargo, el tratamiento jurídico de la documentación tendrá, a la fuerza, que ser distinto, sobre todo, a efectos de la garantía de su conservación y de su posible consulta a largo plazo⁴⁸⁶.

Llama por ello, extraordinariamente, la atención, que las normas sobre archivos nada, o casi nada, digan al respecto de los archivos electrónicos y de la documentación en formato electrónico y digital. Pues sólo en tres de las

⁴⁸⁵ Recordemos que el concepto de documento del art. 49.1 LPHE establece que “se entiende por documento [...] 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”, y que alguna norma incluso habla de soportes actuales o que se creen en el futuro (Ley de Archivos de Navarra).

⁴⁸⁶ La revolución tecnológica de la informática en los últimos treinta años ha sido tal, que el paso de unos soportes a otros y de unos sistemas operativos informáticos a otros se desarrolla tan rápidamente que deja obsoletos ficheros electrónicos en muy poco tiempo, por lo que la dificultad se encuentra en encontrar mecanismos de lectura de los ficheros informáticos que no dejen de poder usarse en poco tiempo. Así, en la actualidad, sería casi imposible consultar la información recogida en un documento de formato anterior al *Word* y cada vez es más complicada la lectura de los disquetes de 3½ -por no hablar de los ya desaparecidos discos blandos de 5¼-, por poner dos simples ejemplos.

normas autonómicas de archivos –y no son las más recientes⁴⁸⁷- se hace referencia al uso de nuevas tecnologías y formatos electrónicos o telemáticos, referencias que nada concretan al respecto, sino que se limitan a establecer cláusulas de buenas intenciones⁴⁸⁸. Y, por lo que se refiere a los archivos de titularidad estatal, sólo el Real Decreto 1162/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original, hace alguna mención respecto de los documentos electrónicos, pero sólo a los efectos de permitir la conservación de documentos en soporte distinto del original –se

⁴⁸⁷ Nada dicen al respecto ni la Ley de Archivos de las Islas Baleares, de 2006, ni las leyes de Navarra y Extremadura, ambas de 2007.

⁴⁸⁸ La Ley 10/2001, de Archivos de Cataluña, establece en su art. 5, sobre la “promoción del uso de las tecnologías” que “las administraciones públicas han de promover de forma activa el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para garantizar que el tratamiento de la documentación, en todos sus aspectos de gestión documental, preservación y difusión de los documentos, cumpla la finalidad de ponerlos al alcance de los usuarios”; la Ley 19/2002, de Archivos de Castilla-La Mancha, en su art. 4, al hablar de los documentos integrantes de los archivos incluye “d) los ficheros de datos automatizados y e) los documentos en soporte electrónico”, pero nada concreta respecto de su régimen jurídico o tratamiento; y la Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana, en su art. 6 sobre la promoción de las nuevas tecnologías, es un poquito más explícita al establecer que “1. La Generalitat y el resto de administraciones públicas valencianas promoverán el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el tratamiento de la documentación, en todos los aspectos de la gestión documental y difusión de los documentos. 2. El tratamiento, conservación y difusión de los documentos autenticados mediante certificación electrónica requerirán de reglamentación específica adecuada a las características especiales de dichos documentos, de forma que puedan incorporarse al Sistema Archivístico Valenciano, junto al resto de documentos, e integrarse en sus respectivas series documentales, sea cual sea el soporte físico en que aparezcan. 3. La preservación de los documentos electrónicos se realizará de forma que se garantice que los documentos permanecen completos, tanto en su contenido como en su estructura y su contexto; fiables, en cuanto puedan seguir dando fe del contenido; auténticos, en cuanto que originales que no han sufrido alteración en las eventuales migraciones; y accesibles, en cuanto a su localización y legibilidad”. No obstante, todavía no ha tenido lugar ningún desarrollo reglamentario en esta cuestión.

entiende que en formato electrónico o informático- cuando el soporte original carezca de valor histórico o artístico o cuando en el soporte original no figuren firmas u otras expresiones manuscritas que confieran al documento un valor especial (art. 2.3 del Real Decreto)⁴⁸⁹.

La LRJAP –como en todo lo relacionado con los archivos y documentos administrativos- tampoco concreta casi nada en esta materia. Tan sólo el art. 45.5 establece que “los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia del documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes”.

El Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que, en desarrollo de este artículo, se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, tampoco dice nada sobre el archivo de documentos en formato electrónico o informático, pero sí dedica su art. 8 al “almacenamiento de documentos”, disponiendo lo siguiente: 1. Podrán almacenarse por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos todos los documentos utilizados en las actuaciones

⁴⁸⁹ Recientemente, el Ministerio de Cultura ha dictado dos normas al respecto: una Orden CUL/1014/2007, de 30 de marzo, por la que se constituye la Comisión Española sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, que se refiere parcialmente a los documentos de archivo, por ser éstos “material cultural”. Dicha Comisión tiene entre sus funciones la de asesorar al Ministerio de Cultura en relación con la consecución, entre otros objetivos, de “desarrollar medios eficaces de conservación del material producido desde su origen en formato digital” [art. 2.a), 5.º]; y una Orden CUL/1524/2007, de 25 de mayo, por la que se crea la Comisión de Normas Españolas de Descripción Archivística, órgano cuyo objetivo es el asesoramiento al Ministerio de Cultura, para el establecimiento de estándares archivísticos en la descripción de documentos que tengan en cuenta la implantación generalizada de sistemas automatizados de información.

administrativas. 2. Los documentos de la Administración General del Estado y de sus entidades de derecho público vinculadas o dependientes que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares y hayan sido producidos mediante técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas podrán conservarse en soportes de esta naturaleza, en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo. 3. El acceso a los documentos almacenados por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos se regirá por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, en su caso, por la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, así como en sus correspondientes normas de desarrollo⁴⁹⁰. 4. Los medios o soportes en que se almacenen documentos deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos”.

La recientemente aprobada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos prevé la posibilidad de la realización de procedimientos enteramente telemáticos y, por tanto, en formato electrónico en su totalidad, por lo que se prevé, en su art. 31 la creación de archivos electrónicos de documentos⁴⁹¹. No obstante, este

⁴⁹⁰ Referencia que habrá que entender, en la actualidad, referida a la Ley Orgánica de Protección de Datos.

⁴⁹¹ “Art. 31. Archivo electrónico de documentos.1. Podrán almacenarse por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas. 2. Los documentos electrónicos que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares deberán conservarse en soportes de esta naturaleza, ya sea en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo. Se asegurará n todo caso la posibilidad de trasladar los

artículo, según la disposición final primera de la Ley, no tiene carácter básico, por lo que será únicamente de aplicación a la Administración General del Estado.

La particularidad de la incorporación de documentos electrónicos a los archivos y de la existencia de fondos de archivo compuestos enteramente por documentos electrónicos o informáticos, o por una parte de documentos electrónicos y otra de documentos en un formato material, plantea numerosos problemas respecto de su tratamiento como fondos documentales, de su traslado por las distintas fases y centros de archivo y, sobre todo, respecto de su conservación y posible consulta y dará lugar a una serie de problemas y eventualidades que ninguna de las normas sobre archivos parece tener en cuenta. Las pocas normas que hacen referencia a este tipo de documentos y archivos, establecen como criterio esencial que se asegure la identidad y la integridad de los documentos y su conservación. No olvidemos el indudable valor probatorio de los documentos administrativos incorporados a los archivos, debido fundamentalmente al carácter auténtico de los documentos en ellos custodiados; carácter auténtico que quizás sea más difícil garantizar para el caso de los archivos electrónicos⁴⁹², pero que, al ser una realidad

datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones. 3. Los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos”.

⁴⁹² MARTÍNEZ GARCÍA hacía ya referencia a esta cuestión en 1999 cuando afirmaba que “uno se cuestiona la causa de la inexistencia de una sola mención al Patrimonio Documental, un problema futuro que surgirá en torno al funcionamiento de las bases de datos y los documentos electrónicos. No se trata sólo de prever las transferencias de los datos a un archivo, sino las modificaciones que estas bases sufren con la sustitución de la información más antigua por otra más moderna. Con las constantes actualizaciones, parte de la información se pierde o destruye impidiendo a futuros investigadores su uso como fuente de investigación histórica. MARTÍNEZ GARCÍA, L. “El sistema español de archivos...”, *op. cit.* pág. 104.

ineludible, hacen de la búsqueda de mecanismos y sistemas informáticos que garanticen la conservación y la integridad de estos archivos un elemento esencial muy necesitado de una regulación específica que, actualmente, no existe ni en el ámbito de competencia estatal ni, mucho menos, en el de las Comunidades Autónomas.

V. EL SISTEMA ESPAÑOL DE ARCHIVOS.

Siguiendo el concepto de sistema archivístico como conjunto coordinado de órganos, centros, servicios y otros recursos, sometidos a un determinado régimen jurídico establecido por las normas sobre archivos, vamos a analizar el sistema archivístico estatal, por un lado, para examinar después los propios de las Comunidades Autónomas.

El art. 66 LPHE establece que “constituyen los Sistemas Españoles de Archivos, de Bibliotecas y de Museos, respectivamente, los Archivos, Bibliotecas y Museos, así como los servicios de carácter técnico o docente directamente relacionados con los mismos, que se incorporen en virtud de lo que se disponga reglamentariamente”.

1. El sistema archivístico estatal.

El Sistema Archivístico Estatal está lejos de ser ese conjunto organizado de normas, centros y sistemas de gestión de los archivos de titularidad estatal. Más bien se nos presenta como un conjunto disgregado de normas y órganos, de regímenes excepcionales y de falta de consideración orgánica de los mismos. Su regulación se ha centrado, esencialmente, en la gestión de los archivos históricos de carácter estatal, olvidando casi por completo una regulación común o general de los archivos administrativos, o de las fases de archivos previas a la de archivo histórico. El régimen jurídico propio de los

archivos de titularidad estatal se presenta y se puede tildar de deficiente e inconexo, anclado en un sistema normativo preconstitucional que, en los casi treinta años transcurridos desde la aprobación de la Constitución, no ha encontrado, en el mejor de los casos, más que soluciones concretas de tipo sectorial.

Como hemos visto a lo largo de todo el capítulo, esta situación es el resultado del devenir histórico del tratamiento de los archivos como instituciones de tipo esencialmente cultural y destinadas, fundamentalmente, a la conservación de los fondos documentales con fines básicamente culturales y de investigación, por un lado, y a un régimen jurídico deudor en gran parte del Decreto de 24 de julio de 1947, que incluía en su dicotomía de archivos administrativos e históricos, los archivos no sólo de carácter administrativo en sentido estricto, sino también de otros poderes del Estado⁴⁹³.

⁴⁹³ MARTÍNEZ GARCÍA lleva a cabo una enumeración muy extensa y particularizada de los archivos que integran el Sistema Español de Archivos, incluyendo en el mismo cuatro subsistemas de archivos estatales que son independientes entre sí: el del ejecutivo, el legislativo, el judicial y el del Tribunal Constitucional y para los cuales no ha existido nunca ninguna política común de actuación ni de coordinación. Los archivos del poder ejecutivo, del poder legislativo y del poder judicial quedan fuera del sistema archivístico estatal dependiente del Ministerio de Cultura, y se adscriben orgánicamente, por lo general, a sus propias instituciones. Dentro del poder legislativo, se señala la existencia de un subsistema archivístico compuesto por dos archivos independientes: el del Congreso y el del Senado, cuyos archivos dependen de sus respectivas Secretarías Generales y que custodian documentación actual e histórica, con fines, en principio, tanto de información, como de gestión administrativa y de investigación histórica. En el archivo del Congreso también se deposita la documentación de la Junta Electoral Central. También el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas cuentan con archivos autónomos, dependientes de sus Secretarías Generales respectivas. Respecto de los archivos del poder judicial, es el Consejo General del Poder Judicial quien tiene la competencia para desarrollar reglamentariamente los archivos, si bien el Tribunal Supremo mantiene su propio archivo diferenciado. *Vid.* al respecto el apartado IV. 2. A) de este Capítulo.

Esta concepción esencialmente cultural de los archivos⁴⁹⁴, resulta evidente, en primer lugar, al ser regulados por la LPHE de manera yuxtapuesta e íntimamente relacionada con el patrimonio documental. La regulación de los mismos, además de ser muy escueta, se refiere básicamente a su carácter de instituciones para la promoción de la cultura y la investigación -aunque el art. 59 LPHE se les asigna funciones de información y de gestión administrativa-, por lo que el interés fundamental en los archivos de titularidad estatal se ha centrado, esencialmente, en los archivos históricos, dejando escandalosamente de lado la regulación de los archivos administrativos, para los que la norma general que sigue siendo aplicable es el Decreto 914/1969, de 8 de mayo, de creación del Archivo General de la Administración Civil.

La desidia existente en este ámbito se hace notar también en que han tenido que transcurrir 15 años desde la aprobación de la LPHE para que se produzca el desarrollo reglamentario del mismo en materia de órganos gestores del sistema archivístico estatal, como la regulación de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Patrimonio Histórico Nacional, creada por el art. 58 LPHE y que ha tenido lugar por Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero.

Centrándonos en los archivos de la Administración General del Estado, el sistema archivístico estatal se compone de una normativa –a la cabeza de la cuál se sitúa la LPHE-, de unos servicios de carácter técnico –la gestión depende de la Subdirección General de los Archivos Estatales del Ministerio de Cultura, de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos, de la Junta Superior de Archivos y de los Patronatos del Archivo General de Indias y del Archivo General de la Guerra Civil-, y de los centros de archivo tanto administrativos como de carácter histórico.

⁴⁹⁴ Prueba de ello es que los archivos de titularidad estatal dependen del Ministerio de Cultura.

A) La normativa aplicable.

Aunque ninguna norma de carácter general lo especifica como tal, ya hemos tenido ocasión de ver cómo en el Decreto de 1969 parece adaptarse – en cuanto se refiere a la gestión y transmisión de los fondos documentales de carácter administrativo-, al sistema de ciclos o fases de archivo⁴⁹⁵, de manera que, en general, la documentación administrativa, desde su generación o recepción, se organiza y conserva en los archivos de oficina de los distintos órganos administrativos y organismos públicos, desde los que pasan después a los archivos centrales de los Ministerios y, de allí, transcurrido el tiempo establecido en el Decreto de 1969 y siempre que dichos documentos y expedientes carezcan de vigencia administrativa, al Archivo General de la Administración civil⁴⁹⁶.

No obstante, la falta de normativa así como de un régimen jurídico general aplicable a los archivos de carácter administrativo en el ámbito

⁴⁹⁵ Aunque en dicha norma no se mencionan como tales los archivos de oficina –si bien se hace referencia al traslado de la documentación desde las dependencias ministeriales, donde se encuentran dichos archivos-, sí se habla ya de los Archivos Centrales y del Archivo General de la Administración Civil –de carácter intermedio e histórico-. El Real Decreto regulador de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos sí habla específicamente, en su art. 5 de “los diferentes tipos de archivos de oficina o gestión, central, intermedio e histórico”.

⁴⁹⁶ SÁNCHEZ BLANCO afirma al respecto que “la regulación de este Archivo contrasta con la carencia de regulación de la actividad de archivo a realizar por las distintas Administraciones públicas y, en general, por cualquiera de los organismos públicos, en relación con la documentación con vigencia por estar en trámite. [...] El retraso en la precisa regulación normativa de los archivos administrativos, en su condición de infraestructura determinante del procedimiento administrativo es un dato preocupante”. SANCHEZ BLANCO, “El sistema de archivos de las referencias histórico culturales a las bases de las Administraciones Públicas”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a finales del s. XX*, Tomo III, págs. 2120 y 2123.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la LRJAP nada dice sobre los archivos de gestión o de oficina, omisión que data desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y que se ha sido objeto de numerosas críticas a lo largo del tiempo.

estatal⁴⁹⁷ ha conducido a la aparición de particularidades, lo que supone que, por lo general, cada Ministerio organiza su propio sistema archivístico⁴⁹⁸, y no todos los Ministerios transfieren sus documentos al Archivo General, dando lugar, dentro del Sistema Estatal de Archivos, a subsistemas, como el del Ministerio de Justicia o el del Ministerio del Interior⁴⁹⁹.

También los archivos militares se integran en el sistema de Archivos del Estado, aunque estos se tratan por su legislación correspondiente de manera independiente⁵⁰⁰ y lo mismo ocurre con los Archivos judiciales⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Al respecto sólo el art. 65.1 LPHE establece que “cada Departamento ministerial asegurará la coordinación del funcionamiento de todos los Archivos del Ministerio y de los Organismos a él vinculados para el mejor cumplimiento de los preceptuado en la presente Ley y en los reglamentos que se dicten para su aplicación”.

⁴⁹⁸ FERNÁNDEZ RAMOS señala al respecto que “la situación legal de los archivos centrales departamentales es extraordinariamente diversa: en algunos casos la dependencia del Archivo central se ha ordenado en disposiciones específicas, pero en otros está abandonada a las escuetas (¡a veces inexistentes!) disposiciones orgánicas”. FERNÁNDEZ RAMOS, “El sistema estatal de archivos públicos...” *op. cit.* pág. 81.

⁴⁹⁹ Regulado por la Orden INT/2528/2002, de 2 octubre 2002, que regula el Sistema Archivístico del Ministerio del Interior.

⁵⁰⁰ Por Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, se aprobó el Reglamento de Archivos Militares que establece un subsistema propio de archivos, compuesto, como todos los subsistemas, por los archivos de gestión, centrales, intermedios e históricos y los órganos de gestión de los mismos. Según este Real Decreto, son Archivos Militares: 1. Los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa, reunidos en el ejercicio de sus actividades por: a) Los órganos centrales y periféricos del Ministerio de Defensa, así como sus Organismos autónomos; b) El Cuartel General del Ejército de Tierra y los distintos órganos y unidades de la fuerza y del apoyo a la fuerza del Ejército de Tierra; c) El Cuartel General de la Armada y los distintos órganos y unidades de la fuerza y del apoyo a la fuerza de la Armada, y; d) El Cuartel General del Ejército del Aire y los distintos órganos y unidades de la fuerza y del apoyo a la fuerza del Ejército del Aire. Asimismo tienen la consideración de Archivos Militares Nacionales: a) el Archivo General Militar de Segovia; b) Archivo General Militar de Madrid (nueva denominación del Archivo Central del Servicio Histórico Militar); c) el Archivo General Militar de Guadalajara; d) en Archivo General Militar de Ávila; e) el Archivo Cartográfico y de Estudios Geográficos del Servicio Geográfico del

B) Los centros de Archivo.

Forman parte del Sistema de Archivos del Estado tanto los archivos propios de cada Ministerio, como de los organismos públicos dependientes de los mismos. El Decreto 914/1969, de 8 de mayo, de creación del Archivo General de la Administración Civil, es el que establece el esquema general de los Archivos de la Administración del Estado hasta la transferencia definitiva de su documentación al Archivo General de la Administración Civil, que tiene carácter histórico⁵⁰².

Así, se prevé el traslado de los documentos desde los archivos de gestión de las dependencias en que se hayan elaborado o tramitado a los Archivos Centrales de los Ministerios⁵⁰³. En el caso de la Administración periférica, su documentación pasa a los Archivos que, a los efectos de conservación e información, se han ido creando.

Ejército; f) el Archivo General de la Marina «Álvaro de Bazán»; g) el Archivo del Museo Naval, y; h) el Archivo Histórico del Ejército del Aire.

Todos estos archivos han quedado bajo la dependencia del Ministerio de Defensa. Se trata de un Sistema Archivístico completo, con su propia Junta de Archivos Militares y con una Comisión Calificadora de los Archivos de Defensa.

Obviamente, a pesar de encontrarse en un subsistema independiente, les será de aplicación tanto la LPHE, como la LRJAP, en lo que se refiere a la regulación del derecho de acceso a los mismos (arts. 35 y 37). De hecho, la Exposición de Motivos del Real Decreto por el que se regula el Sistema de Archivos Militares justifica la necesidad de la creación y regulación de dicho sistema para su adaptación a ambas normas.

⁵⁰¹ Regulados en la actualidad por el Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales.

⁵⁰² La clasificación de las distintas fases de archivo (y de los archivos correspondientes para cada fase) aparece en el Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero, que regula la composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Patrimonio Histórico Nacional, en cuyo art. 5.1.a) habla de los tipos de archivo de oficina o gestión, central, intermedio e histórico.

⁵⁰³ Aunque nada se especifique al respecto en el Decreto de 1969, en cada una de esas “dependencias” u órganos administrativos, así como en los organismos públicos, existe un archivo de oficina o de gestión, cuya documentación pasa al Archivo Central existente en cada Ministerio.

Respecto de los archivos históricos, para su clasificación, se han seguido manteniendo las clasificaciones preconstitucionales –y, fundamentalmente, la derivada del Decreto de 1947 de Ordenación de los Archivos y Bibliotecas del Estado y del Tesoro Documental y Bibliográfico- y se pueden distinguir los de ámbito nacional⁵⁰⁴, regional y provincial. Mientras que la Administración General del Estado ha retenido la competencia para la gestión los de ámbito nacional⁵⁰⁵, en el caso de la mayoría de los archivos que podemos denominar regionales y provinciales la gestión ha sido asumida por las Comunidades Autónomas en las que cada uno de estos archivos se encuentran, a excepción del Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, archivo de carácter regional (o distrital), que sigue siendo gestionado por el Ministerio de Cultura y los Archivos Histórico-provinciales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que no fueron transferidos al País Vasco por negativa expresa del Gobierno vasco a asumir su gestión⁵⁰⁶.

Los Archivos Histórico-Provinciales, que surgen en primer lugar para la conservación de los Protocolos notariales de más de cien años⁵⁰⁷, recogen

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ GARCÍA señala que los argumentos utilizados para justificar la gestión directa de la Administración General del Estado de estos archivos “se fundamentan en la Historia y en el contenido de la documentación que custodian, ya que se considera que abarca un ámbito supra-comunitario. En teoría todos juntos forman el gran archivo nacional y reflejan las vicisitudes de la Historia de España, desde la Edad Media hasta nuestros días”. “El sistema español de archivos en la Constitución...”, *op. cit.* pág. 138.

⁵⁰⁵ Los archivos históricos nacionales son seis: el Archivo General de Simancas, el Archivo Histórico Nacional, el Archivo General de la Guerra Civil Española, El Archivo de la Corona de Aragón, el Archivo General de Indias y el Archivo General de la Administración. Todos ellos dependen del Ministerio de Cultura, a través de la Subdirección General de Archivos.

⁵⁰⁶ En las enumeraciones habituales de los Archivos regionales transferidos, suelen incluirse el Archivo del Regio de Galicia, el del Reino de Valencia, el de Mallorca y el de la Real Chancillería de Granada. El Archivo General del Reino de Navarra, también Archivo histórico de carácter regional es, sin embargo, de titularidad de la Diputación Foral de Navarra.

⁵⁰⁷ No obstante, no se crearon archivos Histórico-Provinciales en todas las provincias, para algunas de ellas la función que le es propia la asumieron los Archivos Regionales y en otros casos se crearon Archivos especiales, como el Archivo Histórico de Protocolos Notariales de Madrid, que en

también, desde 1969, la documentación de la Administración periférica del Estado hasta que se han ido creando, a partir de su transferencia de gestión a las Comunidades Autónomas, archivos para dicha documentación (art. 5 del Decreto 914/1969)⁵⁰⁸.

No obstante, aunque éstos son los únicos archivos históricos nacionales, como tales, no se debe olvidar que el ciclo de los documentos en los archivos, desde los de oficina hasta los históricos, se ha seguido muy irregularmente y que multitud de otros archivos conservan documentación que data de varios siglos atrás⁵⁰⁹.

C) Los órganos del sistema archivístico.

Finalmente, para acabar este somero análisis del sistema de archivos de titularidad estatal es necesario referirse a los órganos del sistema. Como ya hemos señalado, los archivos de titularidad y gestión estatal dependen de la Subdirección general de Archivos Estatales del Ministerio de Cultura, a la que corresponde el ejercicio de las funciones relativas a: “f) La gestión de los archivos de titularidad y gestión estatal adscritos al departamento, y el

la actualidad es gestionado por la Comunidad de Madrid. *Vid.* sobre todos estos archivos MARTÍNEZ GARCÍA, “El sistema español...” *op. cit.* págs. 140 y ss.

⁵⁰⁸ El art. 5 del Decreto 914/1969 establece que “a la documentación producida por los servicios provinciales de la Administración Central o Institucional le será de aplicación lo dispuesto en los artículos anteriores, a cuyos efectos los Archivos Provinciales cumplirán la finalidad asignada al General de la Administración Civil. En los casos en que especiales circunstancias lo aconsejen, el Ministerio de Educación y Ciencia podrá crear depósitos regionales que completen la estructura archivista de la Administración Civil”.

⁵⁰⁹ Los Archivos del Congreso, del Senado, del Defensor del Pueblo, del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Supremo, además de los archivos militares, siguen asimismo su propio ciclo sin transferir sus fondos de archivo históricos a ninguno de los archivos históricos nacionales –o archivos Generales-; pero también algunos de los archivos centrales de los Ministerios conservan documentación que data de varios siglos atrás y que no han transferido a los Archivos históricos: el Ministerio de Asuntos Exteriores, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, etc.

asesoramiento respecto de los archivos de titularidad estatal dependientes de otros ministerios⁵¹⁰; g) La creación, dotación y fomento de archivos de titularidad estatal; h) La coordinación del Sistema Español de Archivos; i) El fomento de la conservación del patrimonio documental y su promoción y difusión nacional e internacional y; j) La planificación, desarrollo y mantenimiento del archivo central del departamento”⁵¹¹.

Junto a los órganos de gestión de los archivos, aparecen esencialmente dos órganos consultivos: la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos y la Junta Superior de Archivos, en las que también participa la Subdirección General de Archivos Estatales.

La Comisión Calificadora de Documentos Administrativos, prevista por el art. 58 LPHE⁵¹², no fue creada hasta quince años después de la aprobación de la norma, por el Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero⁵¹³, y tiene como funciones de estudio y dictamen, entre otras, las siguientes cuestiones relativas al régimen de conservación, acceso, inutilidad administrativa y eliminación, en su caso, de los documentos de la Administración del Estado y

⁵¹⁰ Esto quiere decir que, a falta de una normativa general aplicable, cada Ministerio establece el régimen de organización de sus archivos de oficina y centrales, asesorados por el Ministerio de Cultura, lo que lleva a mayores disparidades entre los Ministerios.

⁵¹¹ Art. 5.1 del Real Decreto 1601/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura.

⁵¹² Este artículo establece que “el estudio y dictamen de las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de la Administración del Estado y del sector público estatal, así como su integración en los Archivos y el régimen de acceso e inutilidad administrativa de tales documentos corresponderá a una Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, cuya composición, funcionamiento y competencias específicas se establecerán por vía reglamentaria. Asimismo podrán constituirse Comisiones Calificadoras en los Organismos públicos que así se determine”.

⁵¹³ Norma que se modifica y completa por el Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original.

de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella: a) los plazos de permanencia de los documentos administrativos en cada uno de los diferentes tipos de archivos de oficina o gestión, central, intermedio e histórico; b) las transferencias, una vez cumplidos los plazos de permanencia, entre cada uno de los tipos de archivo; c) la accesibilidad y utilización de los documentos y series documentales; d) las propuestas de eliminación de documentos o series documentales y, en su caso, de conservación de su contenido en soporte distinto al original en que fueron producidos (art. 5.1 del Real Decreto).

Las Comisiones Calificadoras⁵¹⁴ y fundamentalmente, la dependiente del Ministerio de Cultura, tienen, a su vez, importantes funciones de asesoramiento para el funcionamiento del sistema de fases de archivo, teniendo en cuenta los ciclos vitales de los documentos en ellos integrados, su vigencia administrativa y su posible valor histórico a efectos de su incorporación a los archivos históricos o de su eliminación, en el caso contrario⁵¹⁵.

La Junta Superior de Archivos es otro órgano consultivo creado por la LPHE cuyas funciones esenciales son: elevar las propuestas que considere necesarias para la mejora de la investigación, conservación, enriquecimiento, protección y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Documental y de los archivos, así como asesorar e informar sobre las cuestiones relativas al

⁵¹⁴ El Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, en su Disposición transitoria única, establece que “en todos los Departamentos ministeriales y en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto se crearán, en su caso, mediante Orden, las Comisiones Calificadoras de Documentos Administrativos previstas en el art. 58 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, con la aprobación previa del Ministerio de Administraciones Públicas [...]”.

⁵¹⁵ Una vez verificado, por supuesto, que carecen de total vigencia administrativa y de valor histórico, conforme al art. 55.2 LPHE que establece que “en ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o entes públicos”.

Patrimonio Documental y los archivos⁵¹⁶. Depende también del Ministerio de Cultura⁵¹⁷.

2. Los sistemas de archivos de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, es necesario que nos refiramos a los distintos sistemas archivísticos de las Comunidades Autónomas, aunque ya hemos hecho alusión a muchas de las cuestiones que se refieren a los mismos. Al contrario de lo que ocurre con el sistema de archivos español, las Comunidades Autónomas se han preocupado por regular, de manera muy minuciosa, sus sistemas de archivos respectivos.

A) La normativa aplicable.

En virtud del art. 149.1.28 CE y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo la competencia exclusiva en materia de archivos propios –o de interés- para la Comunidad Autónoma y de gestión en materia de archivos de titularidad estatal en el caso de que ésta haya sido cedida a dichas Comunidades Autónomas, competencia

⁵¹⁶ FERNÁNDEZ RAMOS afirma sobre la Junta Superior de Archivos que en la actualidad “sus funciones son manifiestamente indeterminadas [...] y la composición se asemeja a una simple Comisión Asesora integrada por esa difusa categoría de «expertos notables» y con funciones de asesoramiento técnico. Y, en cualquier caso, la Junta no fue constituida hasta 1996 con ocasión del contencioso del Archivo de la Guerra Civil”, FERNÁNDEZ RAMOS, “El sistema estatal de archivos públicos...”, *op. cit.* pág. 83.

⁵¹⁷ En su composición, además del Ministro de Cultura y otros miembros de la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas, se incorporan los vocales designados por el Ministro de Educación y Cultura entre cargos de la Administración General del Estado o de las entidades públicas o privadas, profesores y, en general, personas que tengan reconocido prestigio sobre las materias propias de las funciones de la Junta.

que se ha ejercido, en algunos casos, con mayor diligencia que en Estado⁵¹⁸, con el resultado de que todas las Comunidades Autónomas han ejercido sus competencias legislativas en la materia dictando leyes -o reglamentos-, por los que se definen, de manera independiente o, por lo general, junto con su patrimonio documental, sus sistemas archivísticos⁵¹⁹, con una estructura muy similar en todas ellas.

En general, siguiendo la LPHE, definen sus sistemas archivísticos como conjuntos coordinados de órganos, centros y unidades administrativas -o servicios-, y otros recursos archivísticos de las Comunidades Autónomas encargados de la protección, custodia y difusión de los archivos y de los documentos integrantes del Patrimonio Documental, de manera que los esquemas de todas las leyes de archivo, salvo algunas excepciones, son similares, estructurando los sistemas bien directamente a través de la descripción de sus elementos y las funciones de los mismos, bien a través de la integración de distintos subsistemas dentro del autonómico.

⁵¹⁸ No olvidemos que la Ley de Archivos de Andalucía (Ley 3/1984, de 9 de enero) es anterior a la LPHE (Ley 16/1985, de 25 de junio).

⁵¹⁹ Ley 3/1984, de 9 de enero, de Archivos de Andalucía; Ley 6/1986, de 28 de noviembre, de Archivos de Aragón; Decreto 21/1996, de 6 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento del sistema de archivos administrativos de Asturias; Ley 3/1990, de 22 de febrero, de Patrimonio Documental y Archivos de Canarias; Ley 3/2002, de 28 de junio, de Archivos de Cantabria; Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos de Castilla-La Mancha; Ley 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Castilla y León; Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos de Cataluña; Ley 2/2007, de 12 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura; Decreto 307/1989, de 23 de noviembre, por el que se regula el sistema de Archivos y el Patrimonio Documental de Galicia; Ley 15/2006, de 17 de octubre, de Archivos y Patrimonio Documental de las Islas Baleares; Ley 4/1994, de 24 de mayo, de Archivos y Patrimonio Documental de La Rioja; Ley 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Madrid; Ley 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Murcia; Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos de Navarra; Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Archivo y las normas reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco, y; Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana.

B) Los centros de Archivo.

Ya hemos tenido oportunidad de ver, al estudiar el régimen jurídico de los archivos, cómo casi todas las leyes sobre archivos de las Comunidades Autónomas incorporan de manera específica su gestión a través del sistema de fases de archivo, en función de la vigencia administrativa –siendo algunas leyes más específicas respecto de esta cuestión, diferenciando las fases activa, semiactiva e inactiva o histórica de los documentos⁵²⁰- y de la antigüedad de los documentos, de manera que, en general, cuando las distintas normas hacen la enumeración de los centros de archivos -o subsistemas archivísticos⁵²¹- que conforman cada sistema autonómico de archivos, hay que entender que se configurará, para cada uno de ellos, el ciclo completo de archivo, hasta la integración de los documentos en los archivos históricos propios de las Comunidades Autónomas.

Hay una coincidencia total de las Leyes autonómicas en su inclusión, como archivos que conforman su sistema archivístico, de los archivos de la Administración autonómica –o de los archivos de los órganos de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma-, lo cual integra: los archivos de oficina de las unidades administrativas; los archivos centrales de las Consejerías y de los Organismos públicos dependientes de las mismas; en su caso, los archivos intermedios que se hayan creado y; finalmente, los archivos históricos denominados, a semejanza del modelo estatal, Archivos Generales, propios de cada Comunidad Autónoma, así como los Archivos territoriales dependientes de las mismas.

⁵²⁰ Leyes de Cataluña, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Navarra y Extremadura. *Vid. supra*, apartado IV.4.

⁵²¹ Las Leyes de archivos de Castilla-La Mancha, Madrid, de las Islas Baleares y de Navarra, hablan de sistemas archivísticos o subsistemas archivísticos de la Comunidad Autónoma, y la Ley de archivos de Extremadura, aunque no utiliza el término, parece usar ese mismo concepto al enumerar sus centros hablando de “archivos de la Junta de Extremadura, archivos de la Asamblea de Extremadura, Archivos de las Entidades Locales, etc.”.

Asimismo, todas las normas incluyen en sus sistemas archivísticos los archivos de las Entidades Locales de su territorio autonómico, de manera general⁵²², o, de manera específica, enumerando los archivos de las Diputaciones Provinciales⁵²³, de las Mancomunidades⁵²⁴, de las Comarcas⁵²⁵ y de los Municipios⁵²⁶.

Siguiendo el esquema heredado del ya tantas veces mencionado Decreto de 1947, que tantos problemas ha suscitado, algunas Comunidades Autónomas incluyen, como parte de su sistema archivístico, los archivos de sus Parlamentos autonómicos y otros órganos dependientes de éstos o de la Comunidad Autónoma, como son los archivos de los Defensores del Pueblo autonómicos, de las Sindicaturas de Cuentas o de los Consejos consultivos autonómicos y de otros órganos propios de cada autonomía⁵²⁷.

Numerosas Comunidades Autónomas integran los archivos de sus Universidades públicas⁵²⁸ y las Comunidades Autónomas con competencias de gestión de archivos de titularidad estatal, incluyen también los Archivos Histórico-Provinciales⁵²⁹.

Otras Comunidades Autónomas han ido más allá, e incorporan a su sistema archivístico los archivos de las Academias científicas y culturales,

⁵²² Leyes de Castilla-La Mancha, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, Comunidad Valenciana y Decreto de archivos del País Vasco.

⁵²³ Hacen referencia específica a los Archivos de las Diputaciones Provinciales las Leyes de Aragón, Cataluña, Extremadura y el Decreto de archivos de Galicia.

⁵²⁴ Ley de Archivos de Extremadura.

⁵²⁵ Leyes de Archivos de Cantabria y de Cataluña.

⁵²⁶ Algunas leyes, como la de Navarra y de Madrid, diferencian los archivos municipales en función del número de habitantes de los Municipios o del desarrollo de sus sistemas de servicios.

⁵²⁷ Este es el caso de las Leyes de Cantabria, de Castilla-La Mancha, de Castilla y León, de Cataluña, de Extremadura, de las Islas Baleares, de Madrid y del Decreto de Archivos de Galicia.

⁵²⁸ Leyes de Castilla-La Mancha, de Extremadura, de las Islas Baleares, de Navarra, de la Comunidad Valenciana y el Decreto de Archivos de Galicia.

⁵²⁹ En el caso de la Ley catalana también el Archivo de Protocolos de Barcelona.

Colegios profesionales, Cámaras de comercio, industria y navegación, Universidades privadas y los Archivos Diocesanos y Capitulares (Comunidad Valenciana); los subsistemas archivísticos de la Iglesia y de la Empresa (Comunidad de Madrid), los Archivos de Fe Pública (Comunidad Foral de Navarra⁵³⁰), o los del Tribunal Superior de Justicia y los judiciales de Galicia.

Finalmente, por lo que respecta a la enumeración de los centros de archivo, la mayoría de las normas incluyen a modo de cláusula de cierre, la incorporación a su sistema archivístico de cualesquiera archivos existentes o que se creen en el futuro de titularidad pública que no sean de titularidad estatal, así como los archivos de titularidad privada que se incorporen al sistema archivístico a través de convenios o de los procedimientos establecidos reglamentariamente para ello.

C) Los órganos de los sistemas archivísticos autonómicos.

Para terminar, debemos referirnos a los órganos de gestión y consultivos de los sistemas de archivos de las Comunidades Autónomas que, como en el resto de elementos, siguen un esquema común paralelo al establecido por la LPHE. Por lo general, siguiendo la línea de la LPHE de su comprensión de los archivos como instituciones eminentemente culturales, el ejercicio de las competencias en materia de archivos, se atribuye, en las Comunidades Autónomas, a las Consejerías o Departamentos de Cultura. No obstante,

⁵³⁰ La Ley de Archivos de Navarra (arts. 31 a 36) también hace referencia a una serie de sistemas archivísticos de otras instituciones y entidades, entre las que se encuentran el Parlamento de Navarra, la Administración General del Estado (en la Comunidad Foral), los Juzgados y Tribunales de Justicia, la Universidad Pública de Navarra y los Archivos de la Fe Pública, que no integra totalmente en su sistema archivístico pero para los que prevé su integración en el futuro. El art. 36 de la Ley establece al respecto que “los sistemas archivísticos de las instituciones y órganos contemplados en este capítulo se integrarán en el Sistema Archivístico de Navarra a través del instrumento jurídico oportuno, respetando en su caso las normas legales que configuren su propia naturaleza y funcionamiento”.

existen dos excepciones: la Ley de Archivos de Cantabria atribuye la gestión de los mismos a la Consejería de Gobierno y la Ley de La Rioja, por su parte, establece como competente del ejercicio de esta materia a la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas.

Respecto de los órganos consultivos en materia de archivos, las Comunidades Autónomas han previsto, con funciones más o menos similares, la creación de órganos semejantes a la Junta Superior de Archivos y a la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos. El primero de estos órganos consultivos aparece regulado en casi todas las Comunidades Autónomas⁵³¹, normalmente, bajo la denominación de Consejo Asesor del Patrimonio Documental y Archivos o Consejo de Archivos; mientras que el segundo, bajo la denominación de Comisiones Calificadoras de Documentos y Patrimonio Documental, Comisión evaluadora de Archivos o Comisión Técnica de Archivos han sido previstas en muchas de las Comunidades Autónomas⁵³², completando así unos sistemas archivísticos que se regulan de manera mucho más completa e integrada que el sistema estatal de archivos, aunque las delimitaciones entre unos y otros hayan dado lugar, como hemos tenido ocasión de ver, a conflictos de competencias, algunos de los cuáles siguen sin resolverse todavía.

⁵³¹ Salvo en Asturias, Cantabria y Murcia.

⁵³² A excepción de Canarias, Galicia, La Rioja, Madrid y Murcia.

CAPÍTULO 5

EL CONCEPTO DE REGISTRO ADMINISTRATIVO Y SU DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTROS REGISTROS

I. LA NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE REGISTRO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE OTROS REGISTROS.

Como ya hemos tenido ocasión de ver, el art. 105 b) CE, cuando regula el derecho de acceso de los ciudadanos, lo establece respecto de los *archivos y registros administrativos*, al igual que, posteriormente, lo hará la LRJAP en su art. 37 cuando desarrolla este derecho de acceso, junto con otras leyes que hacen referencia a archivos o registros concretos. Es necesario, pues, una vez concretada la noción y el régimen jurídico de los archivos administrativos – llevada a cabo en el capítulo anterior- referirnos a los registros administrativos, a fin de delimitar, de manera completa, cuál sea el objeto de este derecho de acceso que nos ocupa, teniendo en cuenta sobre todo, que si la doctrina, como hemos visto, no es en absoluto unánime en cuanto a la determinación de la noción de los archivos administrativos, mucho más polémica resulta la de los registros administrativos, en la que no existe acuerdo doctrinal ni sobre la naturaleza, ni sobre la finalidad y efectos de dichos registros.

Si, como hemos visto, en el caso de los archivos, está bastante claro a qué se refiere el art. 105 b) CE cuando los determina como objeto del derecho de acceso que regula⁵³³, por el contrario, cuándo se trata de establecer una noción de registro administrativo que nos permita determinar de una vez por todas, si ello es posible, cuál es el objeto concreto del derecho de acceso, los problemas que la cuestión suscita son numerosos, pues con el término registro se designan instituciones y órganos jurídicos de muy distinto fundamento, naturaleza, finalidad y eficacia⁵³⁴. Resulta por ello imposible preestablecer una definición de registro que sea comprensiva de todas las realidades jurídicas que ostentan dicha denominación, e igualmente difícil, por tanto, proponer una noción única y comprensiva de qué sean los registros administrativos.

En primer lugar, debemos recordar las diferencias existentes entre las la nociones de archivo, por un lado y de registro administrativo, por otro⁵³⁵, siendo este deslinde entre nociones fundamental para determinar cuál es el

⁵³³ Aunque, como se ha estudiado en el capítulo anterior, las dificultades estriban no en la conceptualización de lo que sean los archivos, sino en la diferenciación de los distintos tipos de archivo –administrativos e históricos- y en la determinación del carácter de las distintas fases por las que los documentos tienen que pasar, esto es, el ciclo de archivo, del que también nos hemos ocupado, *supra*, en el capítulo anterior.

⁵³⁴ Así como existen instituciones registrales que, sin embargo, no llevan ese nombre: el Catálogo de Montes, por ejemplo y, aunque la Ley se empeña en declarar su carácter no registral, el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, puesto que, aunque el art. 33.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas establezca que “el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado no tiene la consideración de registro público”, esto no quiere decir que no se trate de un registro, como parece sostener FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (*vid.* “Inventario Patrimonial y régimen registral”, en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coord. CHINCHILLA MARÍN, Cívitas, 2004), sino que la Ley pretende eliminar las posibilidades de acceso al mismo, aunque la finalidad de dicho Inventario sigue siendo la de funcionar como un registro administrativo que proporciona información fundamental a las Administraciones Públicas.

⁵³⁵ Ya estudiadas en el apartado III.4, del Capítulo 4, relativo al régimen jurídico de los archivos administrativos.

objeto del derecho de acceso que nos ocupa, pues, como hemos visto, parte de la doctrina, tanto administrativista como hipotecarista, entiende que ambas realidades jurídicas responden a una naturaleza similar y considera que el registro administrativo no es más que un archivo administrativo⁵³⁶.

Sin embargo, la realidad jurídica es mucho más compleja, y junto a los registros centrales de los órganos administrativos, no debe olvidarse la existencia de infinidad de registros administrativos de muy diversa naturaleza y cuyas funciones no se limitan, ni mucho menos, a servir de instrumento de control y contabilización de los documentos que pasan por la Administración. GONZÁLEZ NAVARRO resume esta cuestión de manera muy clara, diciendo al respecto que “mientras que en el art. 38 [de la LRJAP] trata de un Registro específico: el de entrada y salida de documentos, cuya regulación aborda de forma bastante completa, en este art. 37 se está refiriendo a toda clase de registros públicos, sólo que los contempla en una única vertiente: el derecho de acceso a los mismos. Y al igual que hace la Constitución, parece distinguir los registros de los archivos, sólo que a la hora de regular el derecho de acceso a unos y a otros les da un tratamiento uniforme”⁵³⁷.

⁵³⁶ Tal es la perspectiva de la mayoría de la doctrina administrativista que se ha ocupado del derecho de acceso, que parece retener una definición de registro administrativo limitada al registro central de entrada y salida de documentos o comunicaciones de los órganos administrativos que regulan los arts. 38 LRJAP y 151 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Así parecen entenderlo MESTRE DELGADO, EMBID, POMED o CASTELLS, cuando a la hora de establecer cuál sea el objeto del derecho que nos ocupa, se remiten a la distinción, de carácter formal y limitado a este tipo de registros que realizara ÁLVAREZ RICO al diferenciar los archivos administrativos como “lugares donde se conservan documentos” de los registros como “instrumentos de control de los documentos cuando entran, circulan o salen de las oficinas públicas”.

⁵³⁷ GONZÁLEZ NAVARRO, en GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, 2.ª ed. Cívitas, 1999, pág. 1025 (Comentario al art. 37 de la Ley).

No obstante –como se verá infra en el Capítulo 7-, la diferenciación y correcta delimitación entre los archivos y los registros administrativos es necesaria, precisamente, porque el ejercicio del derecho de acceso no es igual cuando se ejerce respecto de documentos que obran en los archivos administrativos que cuando se pretende en relación con los registros, aunque la LRJAP haga un tratamiento unitario de los mismos⁵³⁸.

En segundo lugar, una vez diferenciados, como se ha hecho, los archivos de los registros, es necesario abordar la delimitación de los registros administrativos –objeto del derecho de acceso que nos ocupa- dentro de la amalgama de registros que existen en nuestro Derecho, cuestión que se aborda en el presente Capítulo y que resulta harto compleja porque, como veremos a continuación, no existe acuerdo doctrinal ninguno por lo que se refiere a la caracterización de los registros, desde su naturaleza jurídica, hasta los efectos que de los mismos se derivan.

Así, un sector doctrinal entiende que todos los registros son reconducibles a una única categoría, mientras que otros autores estiman que esto es imposible; por otro lado, también existen diferencias irreconciliables entre las posturas doctrinales de quienes entienden que si bien con efectos jurídicos distintos todos los registros gozan de una misma naturaleza jurídica, pues consideran que, en todo caso, se trata de instituciones de carácter administrativo, y quienes creen que determinados registros –los jurídicos o de seguridad jurídica- poseen una naturaleza, de carácter jurídico-privado, que los diferencia de los registros de carácter administrativo.

⁵³⁸ El derecho de acceso no es igual ni por lo que se refiere a los requisitos para el ejercicio del acceso, ni en las consecuencias que se derivan del acceso, sobre todo cuando éste se lleva a cabo mediante la obtención de copia o de certificación, conforme al art. 37.7 LRJAP. *Vid.*, al respecto *infra*, el Capítulo 7, apartados I, II y III.2.

II. LA BÚSQUEDA DE UNA NOCIÓN ÚNICA DE REGISTRO.

Ha resultado, por lo general, una tarea infructuosa para la doctrina el intentar proporcionar una definición de registro que sea válida y común a todas aquellas instituciones y oficinas que ostentan dicha denominación, si bien es cierto que determinados autores han intentado encontrar un elemento o nota que los caracterice a todos ellos y permita definirlos, diferenciándolos así respecto de otras instituciones de parecida naturaleza.

Así, estos autores han pretendido elaborar una noción omnicomprendiva de los registros a partir de la unificación del derecho que les es aplicable, posición no exenta de críticas por una buena parte de la doctrina, que entiende que dicha reconducción a un Derecho registral único y común a todos los registros resulta, de momento, imposible por las diferencias que entre ellos presentan, ya sean de naturaleza, de función o se deban a la diversidad y distinta intensidad de los efectos que por su intermediación se producen y que existen cuando se analizan las distintas instituciones registrales⁵³⁹.

Estos autores, con el propósito de dar una definición única de qué sean los registros, y reconocida la dificultad de encontrar ese ideal elemento común, a fin de lograr su objetivo, han optado por excluir de entre todas las realidades jurídicas que reciben el nombre de registro, a aquellas cuya naturaleza difiere, negándoles en algunos casos la naturaleza de registro (a pesar de su nombre), aduciendo al respecto que no todo lo que se denomina registro resulta serlo y, en otros casos, asimilándolas a otras realidades

⁵³⁹ Hay quien, como LÓPEZ MEDEL, después de abogar durante cierto tiempo por la unificación del Derecho aplicable a los registros, ha acabado por renunciar a dicho intento y considerar que es una meta inalcanzable por las diferencias existentes entre los distintos registros: “la teoría del registro jurídico único –concluye el autor- supondría una modificación sustancial de todo el esquema procedimental registral previsto en las leyes administrativas, y también de las propias leyes sustantivas, civiles, mercantiles e hipotecarias”. LÓPEZ MEDEL, “Naturaleza de la función registral” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1980, pág. 1103.

jurídicas claramente reguladas, como son los registros. Es este sector de la doctrina, muy minoritario, por cierto, el que ha abogado, sin mucho éxito y con severas críticas por parte de la mayoría de la doctrina (sobre todo la hipotecarista), por la unificación del Derecho por el que se rigen los distintos registros, estableciendo así el elemento común y definidor de los mismos, en una legislación común.

Fundamentan estos autores dicha unidad, buscando su *ratio* en diversos elementos y razonamientos que ha sistematizado LEYVA DE LEYVA⁵⁴⁰ en los siguientes términos: “MARTÍNEZ JIMÉNEZ⁵⁴¹ lo fundamenta en el logro de una sistematización del sector y una racionalización en beneficio del administrado. Que el Registro, se argumenta, es una institución que sirve básicamente al ejercicio de una función única, un fin mínimo y común: la publicidad jurídica, es decir, asegurar la verdad real o formal por el Estado de hechos o relaciones. Esta es la tesis de MONTORO PUERTO⁵⁴², quien analiza la Teoría del Derecho Registral unitario desde una perspectiva general; para este autor la publicidad es elemento básico de la teoría registral. Pero, aun faltando la publicidad en algunos Registros, no es un obstáculo para la institución porque “el fin instrumental de todo Registro –afirma MARTÍNEZ JIMÉNEZ– (puede haber algunos supuestos que llamándose Registros no lo sean en este sentido), es constituir una base estable para el ejercicio de la función certificante del Estado”. En todos los Registros, sigue MARTÍNEZ JIMÉNEZ su exposición, se despliega una actividad de comprobación, bien del hecho, el supuesto o relación, para tenerla como verdadera, o bien del hecho sobre el que el ordenamiento jurídico permite obtener determinadas

⁵⁴⁰ LEYVA DE LEYVA, “Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos” en *RCDI*, núm. 151, 1989.

⁵⁴¹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *La función certificante del Estado*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

⁵⁴² MONTORO PUERTO, “Apuntes para una Administración Registral”, en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, tomo I, Madrid, 1972, págs. 277 y ss.

deducciones. A veces, sobre esta simple comprobación, puede superponerse una actividad de juicio de carácter técnico. LÓPEZ MEDEL⁵⁴³ concibe los Registros como “instituciones o creaciones que responden a una misma idea o finalidad (...) podríamos reconocer como el fin de la registración –que en principio se presenta como distinto en cada uno de ellos- confluye en una idea conjunta, que es la de seguridad”, aunque este autor tras plantear la unificación, la abandonará posteriormente por considerarla inalcanzable⁵⁴⁴.

Frente a la unidad registral y las tesis unificadoras del derecho aplicable a los registros propugnadas por los anteriores autores y otros en su misma o parecida línea, basada en las ideas de la función de la publicidad jurídica, de seguridad y de la función certificante del Estado⁵⁴⁵, SALAS ha sido muy crítico. Para este autor “el intento de reducir a unidad teórica y práctica la actividad registral de la Administración, me parece, sin embargo, totalmente desorbitado. En mi opinión, tal es la diversidad de la estructura, finalidad, objeto y efectos de la inscripción, así como las potestades administrativas en relación con ella, que es, realmente, imposible configurar tal actividad con caracteres unitarios. [...] No creo que pueda encontrarse, en efecto, una característica común, relevante jurídicamente, en todos los Registros

⁵⁴³ LÓPEZ MEDEL, *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 2.ª ed., Madrid, 1959.

⁵⁴⁴ LEYVA DE LEYVA, *op. cit.* págs. 262 y 263.

⁵⁴⁵ Ideas, a mi entender fácilmente rebatibles pues no todos los registros tienen como finalidad la publicidad jurídica, en cuanto instrumento de la seguridad del tráfico, ni una finalidad certificante, en cuanto ejercicio de una función de comprobación de los hechos, siendo además este último un elemento que no diferencia a los registros de otras realidades jurídicas como son los archivos, cuya misión además de la conservación de los documentos es una finalidad certificante de los documentos existentes en los mismos, aunque a eso nos referiremos más adelante. Por el contrario, muchos registros tienen como finalidad servir como instrumento de información y de control a la propia Administración e, incluso, en determinadas ocasiones ha llegado a servir, a través de la información y control que proporciona, como instrumento de poder sobre la actividad y los derechos de los ciudadanos, como era el caso del Registro de empresas periodísticas y editoriales estudiado por SALAS, Javier, en *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, Instituto García Oviedo, 1975.

existentes. Pienso que la pretensión de obtener la unidad en base a los conceptos de seguridad jurídica y de publicidad –tal como hace MONTOROS infundada, tanto por la generalización excesiva que den los mismos se lleva a cabo –hasta el punto de hacerles perder su virtualidad jurídica-, como porque, tomados a préstamo, de determinado tipo de Registros –fundamentalmente, de los de la propiedad inmueble y Mercantil, no son extensibles, entendidos en sentido técnico, es decir, estricto, a otros muchos tipos de Registro”⁵⁴⁶.

Y en esta misma línea crítica, LEYVA DE LEYVA expone que dado “el hecho incuestionable de la disparidad y apartamiento de los Registros” dicha unidad resulta imposible, por distintas razones: la complejidad del universo registral, carente de unidad y su dispersión normativa; así como porque la desemejanza de los Registros, debida no a la falta de reglamentación común, sino a que la realidad jurídica regulada por el Derecho particular de cada Registro es diferente, incluso porque terminológicamente hablando dice el autor que “no todos los llamados Registros son tales y, en cambio, realizan cometidos registrales organismos con los nombres de sección, servicio, inventario... hacen patente, una vez más, la complejidad de la actividad registral”⁵⁴⁷.

III. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA NOCIÓN ÚNICA DE REGISTRO: LA CLASIFICACIÓN EN “REGISTROS JURÍDICOS” Y “REGISTROS ADMINISTRATIVOS”.

Parece evidente, por tanto, la práctica imposibilidad existente para establecer una noción única de registro. Por ello, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por construir definiciones por tipos de registros, atendiendo a la

⁵⁴⁶ SALAS, Javier, *op. cit.*, págs. 20 y 21.

⁵⁴⁷ LEYVA DE LEYVA, *op. cit.* pág. 267.

naturaleza o a los efectos de los mismos. En este sentido, la clasificación más relevante, aunque no exenta de críticas, es la que distingue entre los registros administrativos y los registros jurídicos o de seguridad jurídica.

Aunque dicha clasificación pueda resultar muy útil a los efectos de lograr definir el objeto del derecho de acceso que nos ocupa⁵⁴⁸, la simple terminología utilizada resulta equívoca y así ha sido puesto de manifiesto por PAU PEDRÓN, para quien “las expresiones “Registro jurídico” y “Registro administrativo” son ambiguas y equívocas: todos los Registros son jurídicos, porque todos están regidos por normas jurídicas y tienen contenido jurídico; todos los Registros son también administrativos, porque todos han sido establecidos y están encuadrados en la Administración”⁵⁴⁹. Este autor propone, para salvar el escollo antes planteado por la terminología utilizada, manteniendo a su vez una clasificación que permita indagar en las distintas naturaleza y finalidad de estos tipos de registro, utilizar los términos “Registros de *seguridad jurídica*” y “Registros de *información administrativa*”.

PAU PEDRÓN define, de esta manera, el registro de seguridad jurídica como “la institución a través de la cual se hace efectiva la publicidad de las situaciones jurídicas”, destinado a los particulares, a dotar de certidumbre a sus relaciones jurídicas, mientras que los registros de información administrativa están destinados a la Administración, a dotarle de información para el desarrollo de sus diversas actividades⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Hasta la Constitución parece respaldar dicha clasificación, al referirse a archivos y *registros administrativos* cuando regula el derecho de acceso en su art. 105 b).

⁵⁴⁹ PAU PEDRÓN, *Elementos de Derecho hipotecario*, 2.ª ed, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pg. 16.

⁵⁵⁰ Aunque dicha distinción permite, por lo menos, establecer el carácter al mismo tiempo jurídico y administrativo de los registros, resulta también un tanto simplificada de la realidad, pues también los registros administrativos pueden proporcionar seguridad –aunque no se trate de la que produce el Registro de la Propiedad, o el Mercantil, en cuanto a que lo inscrito goza de la presunción

Ahora bien, aunque la clasificación es generalmente aceptada por la doctrina, a pesar de las críticas relativas a la terminología empleada, ni la noción que de cada uno de ellos se establece, ni la argumentación aducida para justificar las nociones dadas, son cuestiones pacíficas.

CHICO Y ORTIZ⁵⁵¹ mantiene la distinción entre registros jurídicos y administrativos, basándola en los términos del art. 105 b) CE, pues entiende que cuando este artículo establece el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, “encuadra a los Registros administrativos en su condición de *archivos*”, mientras que el art. 149.1.8.^a los distingue de los *jurídicos*: “en la misma Constitución [...] existe una referencia a los Registros jurídicos, enlazados con la escritura notarial, en el art. 149.1.8.^a, donde el Estado se reserva la “exclusiva” sobre la competencia normativa de “ordenación de los Registros e instrumentos públicos” que no puede confundirse con los del art. 105 de la Constitución”.

Si bien gran parte de la doctrina está de acuerdo en que los registros jurídicos (o de seguridad jurídica) y los administrativos (o de información administrativa) tienen una naturaleza, fundamento, función y finalidad distinta, no creo que dicha diferencia pueda justificarse exclusivamente por la referencia conjunta que el art. 105 b) CE hace de los archivos y registros administrativos. Que la Constitución establezca de manera común el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos no supone que ambos sean la misma cosa porque el derecho de acceso a los mismos sea el mismo -o que se regula conjuntamente, aunque distinto en cada caso-. Creo que, incluso desde el punto de vista gramatical no puede

de exactitud y puede tenerse por cierto- y, asimismo, los registros “jurídicos” o de “seguridad jurídica” también proporcionan una información a la Administración de innegable relevancia.

⁵⁵¹ CHICO Y ORTIZ, José María, “La publicidad efecto y la publicidad noticia” *Revista de Derecho privado*.

entenderse tal cosa⁵⁵². Por otro lado, el que el art. 149.1.8.^a reserve al Estado la competencia relativa a los registros públicos, tampoco significa que los denominados administrativos carezcan de dicha condición⁵⁵³.

CHICO Y ORTIZ va incluso más allá en la consideración de los registros administrativos como archivos por su consideración conjunta como objeto del derecho de acceso establecido por el art. 105 b), negándoles la condición de “jurídicos” y criticando por tanto la matización terminológica sostenida por PAU PEDRÓN que considera que toda norma es jurídica y que, al estar regulados los Registros administrativos por normas jurídicas son, por tanto, jurídicos. Dice CHICO Y ORTIZ respecto de esta afirmación que “el argumento no se sostiene en pie a poco que uno piense en ello”.

La distinción entre estos dos tipos de registros, no es, por tanto, en absoluto pacífica. Se ha buscado también la diferenciación entre ambos tipos de Registros en el elemento de la publicidad que caracteriza a cada uno de los mismos y en este sentido CHICO Y ORTIZ habla de la *publicidad noticia* y la *publicidad efecto*, distinción que lleva al autor a la misma separación entre las dos clases de Registros administrativos y jurídicos. Esto es, el primer tipo de publicidad, que sólo informa, es propio de los registros administrativos, que “ofrecen –en general- noticias, informes, situaciones, hechos o circunstancias, nunca protegen al que quiere ampararse en ellos” y la *publicidad efecto*, aquella que además protege al que confía en la veracidad

⁵⁵² Pues el art. 105 b) CE habla de archivos y registros administrativos y no de archivos o registros administrativos. Como señala RODRÍGUEZ Fernández, “el art. 105 b) CE, al referirse a los archivos y registros administrativos no los equipara entre sí sino que simplemente los yuxtapone –al utilizar la conjunción «y» y no la «o»-”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El registro mercantil. Un estudio de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 1998, págs. 27.

⁵⁵³ En este sentido ya hemos hecho referencia a la afirmación de GONZÁLEZ NAVARRO para quien “la Constitución parece distinguir los registros de los archivos, sólo que a la hora de regular el derecho de acceso a unos y a otros les da un tratamiento uniforme” *op. cit.* pág. 1025.

de dicha información que le suministra la institución registral, y que es la propia, por tanto, de los registros jurídicos.

Y, sobre todo, se ha justificado la distinción entre ambos tipos de registros, como veremos, por la finalidad que persiguen ambos instrumentos jurídicos. Así, se han visto los registros administrativos como aquéllos cuya finalidad es jurídico-pública, en cuanto que instrumentos al servicio de las Administraciones públicas cuya finalidad es facilitar el ejercicio de determinadas funciones que se les atribuyen, a través, sobre todo, de la información que dichos registros les proporcionan, frente a los registros jurídicos, cuya finalidad fundamental es servir a la protección del tráfico jurídico-privado, fundamentalmente de carácter patrimonial y, en definitiva, otorgar seguridad jurídica a lo inscrito⁵⁵⁴.

En definitiva, la diferenciación entre registros jurídicos y registros administrativos, se basa fundamentalmente en una concepción distinta en cuanto a la naturaleza y finalidad de los registros, cuestiones que no resultan pacíficas entre la doctrina, como veremos a continuación.

Dejando de lado las opiniones doctrinales sostenidas fundamentalmente respecto del Registro de la propiedad, paradigma de los llamados registros jurídicos, que justifican su naturaleza judicial o de actos propios de la jurisdicción voluntaria⁵⁵⁵, las dos líneas fundamentales de caracterización de los registros se dividen entre quienes consideran que registros administrativos y jurídicos tienen una naturaleza diferente y quienes piensan que el elemento diferenciador no se encuentra en la naturaleza de los mismos, que es común y

⁵⁵⁴ En este sentido se pronuncia SALAS, para quien la diferenciación entre registros administrativos y jurídicos está formulada con una terminología que considera equívoca, pero que no por ello deja de tener relevancia, teniendo en cuenta las distintas finalidades a las que sirve cada tipo de registro. SALAS, J., *op. cit.*, pág. 24.

⁵⁵⁵ Al respecto, creo que es fundamental la sistematización de dichas posturas recogida por LACRUZ en su "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador" en *RCDI*, 1979.

de carácter administrativo en todo caso, sino en los efectos que se derivan de la inscripción en cada uno de ellos.

1. La tesis de una única naturaleza administrativa de los registros.

GARCÍA-TREVIJANO FOS critica la distinción entre ambas clases de Registro, por considerar que “entre Registro administrativo y Registro jurídico no hay más que diferencia de efectos, puesto que ambos son actividades administrativas”⁵⁵⁶. El autor después clasifica la actividad de comprobación que es llevada a cabo en los registros mediante actos de comprobación declarativos y constitutivos, y con efectos jurídico-civiles o jurídico-públicos, según el caso.

También SAINZ MORENO⁵⁵⁷ parece partir de la idea de la naturaleza común de los registros públicos “que confieren efectos jurídicos a los actos, pactos o simples datos que a ellos se incorporan”⁵⁵⁸. Considera al respecto que “dentro de la categoría de los Registros públicos, cada uno de ellos tiene una configuración peculiar y cumple una función específica en la materia de que se trata, sin que exista una regulación general de los registros públicos y sus clases. No obstante, todos los registros públicos, a diferencia de los archivos, se caracterizan por la atribución de consecuencias jurídicas al

⁵⁵⁶ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2.^a ed., Cívitas, 1991, pág. 304. Dice dicho autor, además, respecto de esta cuestión que “se distingue frecuentemente entre registros jurídicos y registros administrativos. Esta diferencia recuerda la vieja partición alemana entre ordenanzas jurídicas y administrativas. Ambas palabras tienen vulgarmente una diferencia notable. Se intuye por el no experto que la palabra “administrativa” tiene menos importancia que la voz “jurídica”. (...) Esto es un equívoco y encierra una gran inexactitud”.

⁵⁵⁷ SAINZ MORENO, Fernando, “Secreto e información en el Derecho público” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, III*. Cívitas, 1991, pág. 2943.

⁵⁵⁸ Idea fundamental para la distinción entre registros y archivos sobre la que volveremos más adelante.

asiento, anotación, inscripción o entrada en los mismos. Tales consecuencias van desde el simple comienzo o interrupción de plazos hasta el efecto constitutivo de derechos. Los registros más importantes, aquellos que atribuyen mayores efectos jurídicos, suelen constituirse como órganos singulares y reciben una denominación específica que los diferencia del Registro General que existe en cada Administración Pública. Puede distinguirse así entre registros generales y registros especiales”.

El autor, que radica la diferencia esencial entre los registros en los efectos jurídicos que (en todo caso) se derivan de los mismos, dice al respecto que “la creación de registros especiales es un medio utilizado con frecuencia al servicio de las tareas que la Administración tiene encomendadas. En unos casos se trata, principalmente, de proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos: así, por ejemplo, el Registro civil o el Registro de la Propiedad o el Registro mercantil. En otros, su objetivo directo consiste en proporcionar a la Administración un medio de control o de información para una correcta y eficaz acción administrativa; así, por ejemplo, el Registro General Sanitario de Alimentos, el Registro de Empresas Cinematográficas, el Registro de Entidades Religiosas [...]. Pero, también, en muchos casos, se pretende alcanzar un fin mixto, siendo útil o produciendo efectos jurídicos, tanto para la Administración como para los ciudadanos, como sucede con los Catálogos de Montes, Registros de Aguas, Registro oficial de Contratistas [...] y, en mayor o menor medida, con casi todos los registros administrativos”⁵⁵⁹.

Parece estar admitiendo el autor, de manera implícita, al clasificar los registros por su distinto “servicio a las tareas que la Administración tiene encomendadas” la naturaleza administrativa de los mismos.

⁵⁵⁹ SAINZ MORENO, *op. cit.* págs. 2943-2944.

GONZÁLEZ PÉREZ ha postulado desde hace mucho tiempo la naturaleza administrativa de los Registros, utilizando para ello el Registro de la Propiedad, al que ya nos hemos referido anteriormente como paradigma de los Registros jurídicos o de seguridad jurídica, y que es en el que la doctrina se fija principalmente a la hora de establecer una diferencia de naturaleza y de finalidad entre estos registros y los administrativos.

Para GONZÁLEZ PÉREZ, el Registro de la Propiedad, y todos los registros, exigen para la realización de esa función registral que se siga un procedimiento registral y “siendo varios los tipos de registro [...] en cada uno el procedimiento tendrá una forma de tramitación especial, sin que esto quiera decir nada en contra de la naturaleza común de todos ellos”⁵⁶⁰.

Dicha naturaleza común de todos los registros es, para el autor, de carácter administrativo, pues “la función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad”⁵⁶¹. Continúa el autor, refiriéndose al Registro de la Propiedad considerando que “con arreglo a este criterio, el procedimiento registral es un procedimiento administrativo ordinario o de gestión –no de reclamación, sancionador o ejecutivo- ya que está encaminado a la realización de los actos administrativos, en que encarna la normal actividad de la Administrativa. Y dentro de estos procedimientos, estará dentro del grupo correspondiente según el criterio adoptado en la clasificación de la parte especial relativa a la materia administrativa, dominando la dirección, que le incluye dentro de aquellos procedimientos, a través de los cuales se realiza la función administrativa que tiende a asegurar

⁵⁶⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, “Naturaleza del procedimiento registral”, *RCDI*, pág 575.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pág 583.

el orden jurídico, garantizando los derechos privados del ciudadano”. Concluye el autor su argumentación estableciendo que “afirmada la naturaleza administrativa del procedimiento registral, la consecuencia primera es que el régimen jurídico del mismo participará de tal carácter. El acto jurídico que termina será, por consiguiente, un acto administrativo, con sus efectos típicos. Ahora bien: existen notas especiales en esta eficacia que dan al acto administrativo registral un matiz, diferenciado no sólo en los referente a los derechos emanados de la inscripción, sino también en cuanto al régimen de impugnación”⁵⁶².

También ésta parece ser la postura de PARADA, para quien “los Registros, por su propia naturaleza y desde un punto de vista orgánico, forman parte de la Administración Pública, y sus titulares [...] son funcionarios públicos, por la forma de selección y, sobre todo, por las funciones públicas que tienen encomendadas, al margen de que operen sus atribuciones en el campo del Derecho privado. Pero actuar sobre derechos privados es contenido normal de los actos administrativos y no convierte la norma que regula la potestad pública actuada en norma de Derecho privado”⁵⁶³.

Y en el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ al estudiar el Registro mercantil, al que otorga, junto con el resto de Registros que hemos calificado como jurídicos como instituciones propias del Derecho administrativo, pese a que su actividad opere sobre relaciones jurídicas privadas⁵⁶⁴.

⁵⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, *ibidem*, pág 584.

⁵⁶³ PARADA VÁZQUEZ, “De notarios y registradores: reflexiones sobre el sistema de seguridad jurídica preventiva y sus últimas reformas”, en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, 2003, págs. 1385 y ss.

⁵⁶⁴ Dice la autora que “en todo caso lo que no parece adecuado es excluir del análisis de la actividad del Registro Mercantil a estas categorías propias del Derecho administrativo en la simple y

2. La tesis de una distinta naturaleza jurídica para cada tipo de registro.

LACRUZ⁵⁶⁵, por su parte, defiende una diferencia de naturaleza del Registro de la propiedad frente a los registros administrativos, como un *tertium genus*, pues considera que la labor llevada a cabo en el Registro de la propiedad es una función ajena tanto a la Administración, como a la jurisdicción voluntaria. Frente a la tesis administrativista de GONZÁLEZ PÉREZ, LACRUZ considera que “podemos aceptar que en el Registro hay materia administrativa, como la organización y reglamentación del servicio, horario, normas sobre los funcionarios que lo sirven, etc. Mas ello no obliga a considerar administrativa, en globo, toda la actividad del Registro, es decir, todo el Derecho hipotecario formal. Que no es fecundo en resultados decir que el Registro de la Propiedad constituye un servicio público. Porque, de una parte, el servicio público, en su acepción más amplia, no es una forma de actividad administrativa, sino el fin mismo que la inspira, como inspira la actuación de todos los poderes del Estado, por lo que no puede convertirse en un concepto clave, en una piedra de toque de la condición “administrativa” de las instituciones, los actos o sujetos: su acción, en el Derecho positivo español, se limita a destacar ciertos contratos de la zona del Derecho civil, ensanchando la frontera de la Administración en el punto en que ésta linda con sus propias actividades como ente de Derecho privado. Y, de otra parte, en su acepción estricta, como modalidad de la acción administrativa, las

vacía consideración de que la actividad se opera sobre relaciones jurídicas privadas porque ello equivaldría a afirmar del mismo modo que casi la totalidad de actividad de la Administración Pública se debería excluir en consecuencia del análisis administrativista. [...] A pesar de la diferente naturaleza de estas instituciones registrales, les une a todas ellas el responder al interés público del logro de la seguridad jurídica en los diversos órdenes en que cada uno de ellos opera”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El registro mercantil...*, *op. cit.*, págs 23 y ss.

⁵⁶⁵ LACRUZ, “Dictamen sobre la naturaleza...”, *op.cit.* pág. 103.

“prestaciones” del Registro, como las del Notario, tienen menos en común con las de cualquier servicio público típico (que, para ser tal, debe poder ser prestado por los particulares) que con las de la Administración de Justicia [...] ⁵⁶⁶. Que, en cuanto a la calificación de la inscripción como acto administrativo, la realidad nos muestra como características de los actos administrativos propiamente tales, de una parte, la sumisión a la ley y a las formas jerárquicamente superiores de dichos actos y, de otra, la fiscalización jurisdiccional, condiciones que, en principio faltan en aquel. No hay intervención de órganos administrativos distintos del Registrador en el procedimiento, y los actos registrales no se impugnan en vía auténticamente administrativa. Finalmente, los actos registrales versan las más veces sobre derechos privados, y es muy discutible que estén comprendidos entre los actos de la Administración, a que se refiere el art. 1.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hallándose excluidos ciertamente, en principio, de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, no obstante regular ésta la actuación, *in complexu*, de la Administración del Estado y no exceptuar en ella expresamente al Registro de la Propiedad ⁵⁶⁷”.

En conclusión, LACRUZ considera que “la Administración no es parte en el procedimiento registral, como lo es en los administrativos ordinarios: las decisiones del Registrador tienen, a estos efectos, el valor de las de un Juez, y así, los derechos que crean no pueden ser anulados por la Administración. Esta podrá anular los actos administrativos ordinarios, ya directamente o previa declaración de lesividad de su acuerdo, mientras los resultados de la

⁵⁶⁶ Añade el autor a este respecto: “nótese que si bien la noción de servicio público puede servir en algún supuesto para delimitar los actos administrativos frente a los de Derecho privado de la propia Administración, en nada nos vale cuando lo que intentamos aquí es, supuesta la condición pública del Registro de la Propiedad y el carácter administrativo de su estructura, de ver si funcionalmente se aproxima más a lo jurisdiccional y, por tanto, está exento de la aplicación de las normas de Derecho administrativo en materia de procedimiento registral, calificación, recursos, sujetos y objeto de la inscripción, etc.”.

⁵⁶⁷ Nótese que el autor hace referencia a la LJCA y a la LAP anteriores a las vigentes.

actuación registral, que crean derechos a favor de los particulares, en ningún caso pueden estimarse lesivos para ella. El fin de la publicidad general de los derechos, de exactitud general del Registro en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, pasa a un muy segundo término, frente al de la permanencia de los derechos inscritos mientras no se demuestre en tiempo y forma la nulidad del procedimiento que sirvió para inscribir o la inexistencia o invalidez absoluta y de pleno derecho del asiento”⁵⁶⁸.

LACRUZ, en su caracterización de la naturaleza del Registro de la propiedad entiende, con referencia a CHICO Y ORTIZ, que “la función registral, de una parte, en su actuación se asemeja a la judicial; de otra, tiene rasgos administrativos y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene algo de todos éstos quiere decirse que no puede encuadrarse en ninguno de ellos [...]. ¿Es posible configurar la calificación en forma autónoma sin necesidad de encuadrarla en instituciones típicas? Decir que es autónoma o *sui generis* quizá no sea decir nada, pero creo que tampoco se adelanta mucho intentando encuadrarla dentro del campo judicial o del administrativo, en los que sólo pérdida de derechos y limitación de facultades surgirían”⁵⁶⁹.

3. Conclusión parcial sobre la naturaleza jurídica de los registros.

En todo caso y sin perjuicio del análisis que a continuación se va a llevar a cabo sobre las diferencias jurídicas existentes entre los distintos registros, creo que pueden adelantarse ya determinadas conclusiones en relación con la naturaleza jurídica de los registros y las diferencias existentes entre las distintas posturas doctrinales.

⁵⁶⁸ LACRUZ, “Dictamen sobre la naturaleza...”, *op.cit.* pág. 104.

⁵⁶⁹ *Ibidem.*, pág. 106.

En primer lugar, que las posturas mantenidas en torno a la naturaleza jurídica de los registros no son tan irreconciliables si se tienen en cuenta los distintos elementos que los conforman. Las posturas parecen tener más que ver en relación a la reconducción de unos y otros registros hacia los distintos campos de estudio del Derecho que respecto de la real naturaleza de dichas instituciones –pues no en vano la naturaleza administrativa de todos los registros es sostenida fundamentalmente por los administrativistas, mientras que son los civilistas y mercantilistas quienes se inclinan por buscar una distinta naturaleza, jurídico-privada, de jurisdicción voluntaria o como un *tertium genus* de las actividades administrativa o judicial-.

En este sentido, podemos concluir que la distinción entre registros administrativos y registros jurídicos es suficientemente útil para mantenerla, no porque dichas instituciones tengan una naturaleza jurídica distinta, sino porque las finalidades que persiguen y el Derecho que las regula es diferente. Así, creo que ninguna objeción podría hacerse a la afirmación de que, como instituciones jurídicas, todos los registros son organizaciones de carácter administrativo, que se insertan en la organización administrativa y cuya actividad se lleva a cabo a través de funcionarios públicos que persiguen llevar a cabo un interés público indudable: ya sea relativo a la actividad administrativa –caso de los registros de carácter administrativo, a la seguridad del tráfico jurídico –caso de los registros jurídicos- o, en muchos casos con una finalidad mixta, puesto que a la vez que proporcionan esa seguridad a los ciudadanos, sirven indudablemente como instrumento de información y de gestión para las Administraciones Públicas –como ocurre por ejemplo con el Catálogo de Montes o los Registros de Aguas-.

Sin embargo, esta naturaleza jurídico-pública de las instituciones registrales, nada obsta para que, en función de la finalidad que éstos persiguen, el régimen jurídico de su actuación y, sobre todo, la impugnación

de sus actos, se sometán a una rama distinta del Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a una jurisdicción distinta.

Los registros jurídicos, cuya finalidad principal, como hemos visto, es servir a la seguridad del tráfico jurídico y tutelar los intereses patrimoniales de los ciudadanos, se someten a su propia normativa, de Derecho privado⁵⁷⁰ y la impugnación de los actos de los Registradores y, en general, de los asientos registrales y de las consecuencias jurídicas de los mismos, están sometidos al orden jurisdiccional civil.

Por el contrario, los registros administrativos, también, evidentemente, de naturaleza jurídico-pública, tienen como finalidad esencial servir de instrumentos coadyuvantes a las actividades administrativas que tienen siempre como finalidad servir los intereses públicos y se someten por ello al Derecho administrativo, tanto en la regulación de su régimen jurídico, como en las consecuencias jurídicas que cabe otorgar a los actos –administrativos– dictados por los titulares de los mismos que, en todo caso, se someten a la revisión jurisdiccional de los Tribunales Contencioso-administrativos, conforme al art. 1 LJCA.

IV. DISTINCIÓN ENTRE “REGISTROS ADMINISTRATIVOS” Y “REGISTROS JURÍDICOS”.

La distinción entre registros administrativos y registros jurídicos es sustancialmente útil, por tanto, por el distinto régimen jurídico –público o privado–, al que los mismos se someten que conlleva, evidentemente, la producción de consecuencias jurídicas distintas, de entre las cuáles se encuentra, sin duda, la sumisión a un distinto régimen jurídico de acceso a la información en ellos contenida.

⁵⁷⁰ Y, conforme al art. 149.1.8.^a CE corresponde al Estado la competencia sobre su regulación.

Por ello, a efectos de caracterizar, fundamentalmente, los registros administrativos, como objeto del derecho de acceso, vamos a considerar, de manera pormenorizada, las diferencias existentes entre ambos tipos de registros, respecto de su naturaleza⁵⁷¹, finalidad y efectos de los mismos.

1. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por razón de su naturaleza.

En cuanto a su naturaleza, como ya hemos visto, la doctrina ha discutido si registros administrativos y registros jurídicos⁵⁷² tienen una misma naturaleza jurídica, o si, por el contrario, ésta es diferente en cada caso, con las subsiguientes dificultades que entraña la determinación del distinto fundamento de cada uno de ellos.

Respecto de los registros administrativos, no parece plantearse demasiada duda en cuanto que estos se caracterizan por tener un fundamento jurídico-público. GONZÁLEZ NAVARRO los define como “órganos (en su caso, organizaciones) típicamente administrativos e instrumentos de manejo constante en la práctica de la gestión de los intereses encomendados a las Administraciones públicas”⁵⁷³.

Se trata, por tanto -simplificando al máximo, pues, como veremos, el ingente elenco de Registros administrativos, cada uno de ellos con una función específica hace especialmente arriesgada una caracterización como

⁵⁷¹ Aunque hayamos sostenido aquí la tesis de una naturaleza jurídica común de todos los registros, respecto de su carácter como instituciones y órganos de carácter administrativo, por su organización, fundamentalmente, no obsta para que tengamos en cuenta las posturas doctrinales al respecto y las posibles diferencias existentes en la naturaleza jurídica de dichas instituciones en cuanto a los fines que justifican su existencia.

⁵⁷² Aunque, como ya he dicho, comparto la crítica de PAU respecto de la terminología acuñada, esta es ampliamente utilizada y permite simplificar a la hora de sistematizar las diferencias.

⁵⁷³ GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.* pág. 1025.

ésta-, de órganos pertenecientes a la Administración, en la que se integran, cuya razón fundamental de ser es la asistencia a dicha Administración en su actuación, proporcionándole información para de esta manera servir con objetividad y eficacia a los intereses generales, según prevé el art. 103.1 CE. Los registros administrativos, de esta manera, le proporcionan la información necesaria para servir tanto de instrumento de control, como para gestionar sus relaciones, de carácter público, con los ciudadanos⁵⁷⁴.

Sin embargo, la cuestión no está tan clara cuando se trata de establecer la naturaleza de los denominados registros de seguridad jurídica, sobre todo para diferenciarla respecto de la de los registros administrativos.

Entiende la mayoría de la doctrina hipotecarista que, frente a los registros administrativos, los de seguridad jurídica tienen un fundamento distinto: se aduce que tienen un carácter jurídico-privado, en cuanto que su razón de ser es la protección de los intereses de quienes en los mismos inscriben, siendo sólo estos –y los que establecen relaciones jurídicas con tales titulares- quienes se benefician de la protección que tales registros ofrecen: la tutela de los intereses privados de quienes acuden al registro, ya sea para dar publicidad y seguridad a sus situaciones jurídicas, ya sea para consultar las inscritas, pudiendo confiar legítimamente en la apariencia de las mismas, como verdad de las cosas y dando de esta manera certidumbre a las relaciones jurídicas, de carácter privado, entre particulares.

PAU PEDRÓN insiste en este punto afirmando que “los registros de seguridad jurídica no ejercen una función de naturaleza administrativa: las relaciones privadas entre particulares, son ajenas a la Administración y si es

⁵⁷⁴ Así lo entiende tanto la doctrina hipotecarista (PAU PEDRÓN, LACRUZ, LÓPEZ MEDEL), como la administrativista (GONZÁLEZ PÉREZ, SAINZ MORENO o SALAS).

ésta la que es parte de una relación jurídico-privada ha de someterse también a las normas de Derecho privado”⁵⁷⁵.

Pero, en este sentido, del funcionamiento de la institución registral se deriva también, por tanto, la tutela del interés público, en cuanto que la seguridad del tráfico no sólo beneficia a quienes inscriben, sino a todos los terceros que pueden tener por cierto aquello que en el registro aparece inscrito. Por esta razón y porque desde el punto de vista de la organización de los registros jurídicos, estos se regulan por el Derecho administrativo, parte de la doctrina administrativista, como GONZÁLEZ PÉREZ o GARCÍA-TREVIJANO, entiende que la función registral realizada por la generalidad de los registros y, por tanto, también de los de seguridad jurídica, tiene naturaleza administrativa, por tratarse de la realización concreta de una finalidad pública, cual es la publicidad a través de un servicio público, que por lo tanto tiene carácter administrativo.

LACRUZ, sin embargo, responde a esto que “conviene distinguir entre el hecho indudable de que los registros realizan un interés público y esta otra afirmación de que los registros constituyen, por su esencia, una competencia

⁵⁷⁵ PAU PEDRÓN, *op.cit.* pág. 19.

Aunque dicha afirmación es ilustrativa de la caracterización que se quiere hacer de la naturaleza jurídico-privada del Registro de la Propiedad, no debe olvidarse que la Administración, cuando actúa en el ámbito jurídico-privado, si bien es claro que se somete a las normas de Derecho privado, no deja de estar sometida en todo momento al Derecho Administrativo en todas aquellas cuestiones que tengan que ver con la formación de la voluntad de los órganos administrativos, así como con la garantía del interés público y de los principios administrativos consagrados por la Constitución en el art. 103.1, como ocurre, paradigmáticamente, en el caso de los contratos civiles celebrados por la Administración, que se somete a las normas de Derecho administrativo en cuanto a los denominados “actos separables”, susceptibles de revisión judicial por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y no hay que olvidar, además, que también en el caso de las relaciones privadas entre particulares, éstas se encuentran en infinidad de ocasiones reguladas y delimitadas por normas imperativas, de carácter administrativo, que limitan seriamente la autonomía de la voluntad de dichos sujetos privados.

atribuida a la Administración. Ciertamente, la realización de la justicia supone siempre un interés público, aun cuando se trate de un litigio entre particulares, es decir, de un conflicto de intereses privados: por encima de él hay un “interés en la composición del conflicto” (CARNELUTTI) que asume el Estado. [...] En otro aspecto, de la naturaleza pública del interés protegido por la publicidad no se sigue que las actividades que los sirven correspondan necesariamente a la competencia de la Administración, como no corresponde a ésta la resolución de los litigios, no obstante su interés público; [...] la función registral es competencia de ese *tertium genus* situado entre la Jurisdicción y la Administración”⁵⁷⁶.

También LÓPEZ MEDEL defiende la distinta naturaleza, que no tiene carácter administrativo, de los registros jurídicos, pues considera que la naturaleza de la calificación e inscripción que se llevan a cabo en estos registros, es distinta de la del procedimiento administrativo: al registrador “se le impone como al juez, una determinación calificadora, y lo hace con plena independencia y además bajo su suprema responsabilidad, cuyas singularidades con respecto a las de los demás funcionarios públicos no son puramente formales, sino institucionales”⁵⁷⁷. Y, asimismo, ROCA SASTRE, por su parte, aduce que el registro es una institución administrativa desde el punto de vista organizativo, pero no en cuanto su naturaleza o su finalidad.

En todo caso, puede afirmarse que existen diferencias entre ambos tipos de registros –jurídicos y administrativos, en cuanto a su fundamento: jurídico-privado o jurídico público, que conlleva como decimos la sumisión a una rama distinta del Ordenamiento jurídico, pero que sin duda, respecto de su organización, se trata de instituciones jurídico-públicas.

⁵⁷⁶ LACRUZ, *op.cit.* págs. 111 y 112.

⁵⁷⁷ LÓPEZ MEDEL, *op.cit.* pág. 1102.

La diferencia entre ambos tipos de registro, por tanto, puede sostenerse por la finalidad distinta que éstos tienen, amparada desde luego en un distinto fundamento jurídico, pero no creo que pueda sostenerse en que regulan y protegen relaciones privadas entre particulares, puesto que la Administración, en ocasiones, también actúa en la esfera de las relaciones jurídico-privadas entre los particulares, en defensa del interés general. Tal es, por ejemplo, la función esencial de la actividad arbitral de la Administración, como ha señalado PARADA⁵⁷⁸, o las intervenciones de la misma a través del Derecho administrativo económico, como recuerda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ PARADA define la actividad administrativa arbitral, como aquella llevada a cabo por la Administración, calificada o no de arbitral, en todos los casos en que, con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de las partes, resuelve controversias entre los particulares. Y, en este sentido, se destaca la finalidad jurídico-pública de la actividad que tutela intereses jurídico-privados. “En todo caso –dice el autor-, la limitación que para un administrado comporta la actividad arbitral no tiene su razón de ser, únicamente, en el interés público, ni en un beneficio directo de la Administración como sujeto, sino que en ella es predominante el interés o derecho del particular que está en causa: por ello, la Administración asume o debe asumir en el cumplimiento de esta actividad una actitud de rigurosa neutralidad, la misma, exactamente igual, que la que debe adoptar un órgano judicial en un proceso civil”. PARADA VÁZQUEZ, “La actividad administrativa arbitral”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, vol. II, Ed. Complutense, 1992, págs. 1172 y ss.

⁵⁷⁹ Señala la autora como “a pesar de la diferente naturaleza de estas instituciones registrales, les une a todas ellas el responder al interés público del logro de la seguridad jurídica en los diversos órdenes en que cada uno de ellos opera: en el tráfico jurídico-inmobiliario, en el mercantil, en el industrial e intelectual y en el del estado civil particular. El fomento e incentivo dirigido al logro de una determinada actuación privada constituye en gran medida la causa de intervención administrativa. [...] Pero además, desde una perspectiva de Derecho privado, la inscripción o registración es el medio formal obligado para obtener una determinada protección jurídica y, en definitiva, la actividad administrativa propia de estas instituciones registrales opera en el marco de los derechos y relaciones *inter privatos*, produciéndose así un entrecruzamiento normativo y de efectos característico que obliga a delimitar e integrar un Derecho administrativo registral, relacionándolo necesariamente con otros sectores de nuestro ordenamiento”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *El Registro mercantil...*, *op. cit.* págs. 25 y ss.

2. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por su finalidad.

Una de las características esenciales que permiten diferenciar los registros administrativos de los de seguridad jurídica es la finalidad a la que éstos sirven. La mayoría de la doctrina está de acuerdo en definir al Registro de la propiedad, paradigma de los llamados registros jurídicos o de seguridad jurídica –la mayoría de los mismos han sido creados y desarrollados a su imagen y semejanza- como una institución jurídica de carácter instrumental que sirve –destaca ROCA SASTRE- a la finalidad de “dar seguridad a la propiedad inmueble y proteger el tráfico jurídico de la misma”⁵⁸⁰, esto es, servir al principio de seguridad del tráfico jurídico a través de la publicidad material que proporciona certidumbre a las relaciones jurídicas entre particulares.

Frente a esto, los registros administrativos suelen caracterizarse como órganos pertenecientes a la Administración, cuya finalidad es la de servir de instrumento a la Administración proporcionándole la información necesaria para que ésta pueda llevar a cabo las actuaciones que tiene encomendadas, sirviendo así los intereses generales eficazmente y con objetividad, tal y como lo prescribe el art. 103.1 CE.

La finalidad de los registros administrativos es, por tanto, la de dotar a la Administración de un instrumento de conocimiento, de una fuente de información que le permita actuar y servir los intereses generales con eficacia, por lo que no sólo su fundamento tiene carácter público sino que las finalidades que con ellos se persiguen también lo son, mientras que, en principio, en el caso de los registros de seguridad jurídica la finalidad es de servir de instrumento para dotar de certeza las relaciones entre particulares en

⁵⁸⁰ ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I. Bosch, 1964.

el tráfico jurídico a través de la publicidad, garantizando y realizando así el principio de seguridad jurídica en su vertiente de seguridad del tráfico.

Ahora bien, como ocurre en el caso de la naturaleza o fundamento de los registros, esta cuestión tampoco resulta pacífica, pues tanto los registros administrativos como los jurídicos pueden servir finalidades que son a la vez a jurídico-públicas y jurídico-privadas y, según la perspectiva que se adopte, considerar a unas como prevalentes sobre otras.

Así, puede considerarse, de un lado, que la finalidad de servir al principio de seguridad del tráfico –caso del Registro de la Propiedad- es una finalidad pública, de interés general, finalidad esencial para garantizar la certeza y seguridad en el tráfico a través de los registros.

Para quienes entienden que la naturaleza de todos los registros es administrativa, la finalidad de los mismos es un elemento clave en su argumentación. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, considera que “la función registral es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad. Ahora bien: no siempre ha sido la publicidad uno de los fines que el Estado había de realizar, sino que fue asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización. Se consideró que la seguridad de tal tráfico jurídico era un fin de interés general, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa.”⁵⁸¹.

⁵⁸¹ GONZÁLEZ PÉREZ, *op.cit.*, pág. 583.

Sin embargo, entiende la mayoría de la doctrina hipotecarista que la realización de esta finalidad pública no obsta para que su finalidad primordial sea de carácter privado y tenga una relevancia fundamental en las relaciones jurídicas entre los particulares. Así lo entiende LACRUZ, para quien “la publicidad tiene asimismo un fin genérico de interés público, que puede coexistir con la realización de finalidades de naturaleza privada, ya sean de Derecho patrimonial, como en el Registro de la Propiedad, o de Derecho de las personas y de la familia, como en el Registro civil; a veces las finalidades son, sobre todo, administrativas, como en los Registros administrativos de vehículos o aeronaves. Y, sin duda, en nuestro Derecho positivo, la organización de la publicidad registral viene ordenada por el Estado, que asume como propios los fines a realizar; predispone –por sí o por delegación– los instrumentos materiales y crea los sujetos que destinarán a tal fin su actividad. Pero de ahí no se sigue, necesariamente, que la publicidad registral sea competencia de la Administración, y mucho menos que sea competencia exclusiva”⁵⁸².

En opinión del autor, el Registro inmobiliario tiene una función principal de tutela de los intereses privados; pues si así no fuera, es de suponer que el legislador habría impuesto la inscripción coactivamente, y habría sancionado a los que evaden la publicidad con otras penas distintas de

⁵⁸² LACRUZ, *op.cit.* pág. 111. LACRUZ completa esta argumentación citando a DE LISE quien en este punto considera que “en el ámbito de la categoría de la administración pública de Derecho privado se quieren reagrupar situaciones jurídicas particulares, que son el resultado de la mezcla y la confusión de intereses de los particulares y de la Administración pública, la cual se limita a participar en las situaciones jurídicas particulares, para fines determinados: en el caso de la transcripción, para atribuir a determinados hechos o actos certeza y publicidad. Por un lado, está la autoridad pública, que predispone medios y personas para la actuación de la publicidad; por el otro, están los particulares, únicamente a los cuales compete la iniciativa para la consecución de aquel resultado. Estos últimos, por tanto, son libres de transcribir o no los actos y hechos que les conciernen personalmente, y si lo hacen, no lo hacen ciertamente para ejercitar un servicio público o una función pública, sino para tutelar sus propios intereses, asegurando, en el caso, a los propios actos la inatacabilidad”.

aquellas de carácter eminentemente sustancial que actualmente se imponen o gravan al que es negligente en hacer constar su derecho.

No obstante, el hecho de que la finalidad primordial de los registros que hemos denominado como jurídicos sea la de carácter jurídico-privado no obsta desde luego para que a través del mismo se sirvan también finalidades públicas que es esencial tutelar y en este sentido, la seguridad del tráfico jurídico, indudablemente, de carácter privado para los particulares que ven en los registros jurídicos un mecanismo esencial de tutela de sus derechos e intereses, no deja de ser también una finalidad jurídico-pública, por cuanto interesa a los poderes públicos, y a la Administración en particular, la satisfacción de estos intereses⁵⁸³ y el mantenimiento de la seguridad en el tráfico jurídico patrimonial, razón fundamental por la que se otorga a los registros jurídicos y a lo inscrito en ellos de una esencial protección que sin duda trasciende la esfera de los particulares⁵⁸⁴.

Por otra parte, no hay que olvidar que, si bien los registros administrativos tienen como finalidad primordial servir a los intereses públicos que las normas que los crean señalan, esta finalidad instrumental al servicio de la Administración no quiere decir que no se puedan tutelar, a través de ellos, intereses particulares. Así, en casos como los Registros de aguas o los Catálogos de montes, estos instrumentos indudablemente creados al servicio de la Administración, como mecanismo de información y de gestión de los intereses públicos que tutelan, pueden servir también como medio de prueba sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares que allí consten y que podrán tutelar, al menos como medio de prueba gracias a la presunción de validez de la que gozan –como veremos–,

⁵⁸³ Como se tutelan también, por la Administración, a través de diversos mecanismos, otros intereses que también son jurídico-privados, como ocurre, como señala PARADA, con la ya mencionada actividad arbitral de la Administración,

⁵⁸⁴ Como hemos visto, así lo entienden no sólo los administrativistas (GONZÁLEZ PÉREZ o FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., entre otros), sino también parte de los civilistas (LACRUZ).

fundamentalmente a través del ejercicio del derecho de acceso y de obtención de certificaciones de lo inscrito en dichos registros⁵⁸⁵.

Es evidente, por tanto, que tanto los registros jurídicos como los administrativos pueden servir a finalidades tanto jurídico-públicas como jurídico-privadas. Ahora bien, a pesar de ello, es indudable que según el tipo de registro, la finalidad esencial es una u otra: así, los registros jurídicos tienen como finalidad primordial la garantía de los derechos e intereses de los particulares, si bien la seguridad del tráfico de los mismos interesa a los poderes públicos y por tanto se establecen mecanismos para su protección; y, de otro lado, la finalidad primordial de los registros públicos –pese a que pueden servir, en determinados casos, sobre todo a través del ejercicio del derecho de acceso a los mismos, para proteger derechos subjetivos e intereses legítimos- es la de proteger los intereses públicos a los que sirve el registro, que la normativa que los crea y regula determina en cada caso⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ En todo caso, debería distinguirse entre las operaciones jurídicas de inscripción, certificación de lo inscrito y posibilidad de acceso al contenido del registro, puesto que es en este punto en el que se basa fundamentalmente la distinción entre finalidades jurídico-privadas y jurídico-públicas. Aunque dichas funciones se encuentran íntimamente relacionadas entre sí –certificación y acceso traen causa de la inscripción- no sólo no se trata de lo mismo, sino que su carácter es distinto en función del registro de que se trate.

Así, creo, la inscripción es un fin en sí mismo en el caso de la mayoría de los registros administrativos: por eso se trata, en general, de una actividad imperativa impuesta por la Administración para quien el hecho mismo de la inscripción es el que le permite realizar esos fines que la caracterizan; mientras que en el caso de los registros de seguridad jurídica la inscripción –por lo general, voluntaria- tiene como finalidad garantizar la estabilidad de las situaciones jurídicas publicadas y que certifican su existencia frente a terceros.

Aunque en ambos casos se puede realizar una función certificante de lo inscrito –distinta, en todo caso, de la posibilidad de acceso a dichos registros-, las consecuencias de la misma son diversas en cada caso.

⁵⁸⁶ Así lo entiende SALAS, siguiendo el Dictamen del Consejo de Estado de 2 de febrero de 1952, para quien “se destaca como característica de los Registros administrativos la de que no sirven –o, al menos, no primordialmente- para proteger los derechos subjetivos de los particulares, sino los

3. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por sus efectos y publicidad.

Son quizás los efectos que se derivan de la inscripción en cada tipo de registro, el elemento que mejor permite diferenciarlos, puesto que estos efectos –y, entre los mismos, fundamentalmente la publicidad-, son distintos en cada caso. Es probablemente éste el único ámbito en el que la doctrina está de acuerdo: tanto quienes consideran que ambos tipos de registro tienen una común naturaleza –de carácter administrativo-, y finalidad –jurídico-pública-, como quienes estiman que los registros jurídicos tienen una naturaleza y finalidad de carácter jurídico-privado, distinta, por tanto, de la de los registros administrativos, consideran que ambos tipos de registro se diferencian por los efectos que se derivan de la inscripción en los mismos.

Para los autores que afirman la naturaleza administrativa de todos los registros, la diferencia entre los jurídicos y los administrativos no se encuentra en su fundamento –administrativo, en todo caso-, sino en los distintos efectos que la inscripción produce en cada uno de los mismos. Así lo entiende GARCÍA TREVIJANO, para quien la diferencia entre registros jurídicos y administrativos sólo puede establecerse a partir de los efectos, pues entiende que en ambos casos se está ante actuaciones administrativas que, en unos casos, producen efectos jurídico-civiles y, en otros, efectos jurídico-públicos⁵⁸⁷.

Asimismo, GONZÁLEZ PÉREZ considera que, “afirmada la naturaleza administrativa del procedimiento registral, el régimen jurídico del mismo

interese públicos y determinados por la normativa que los establece y regula”. SALAS, J., *Registros de empresas...*, *op. cit.* pág. 25.

⁵⁸⁷ Pudiendo llevarse a cabo, en ambos casos, tanto actividades de comprobación declarativas como constitutivas, pues para dicho autor existe una actividad de comprobación (una calificación) por parte de la Administración en ambos. GARCÍA TREVIJANO, *op.cit.* págs. 305-306.

participará de tal carácter. El acto jurídico en que termina será, por consiguiente, un acto administrativo, con sus efectos típicos”. Para el autor, la diferencia entre registros sólo existirá en cuanto a que en determinados casos los actos administrativos de inscripción presentarán aspectos especiales en esta eficacia: habrá un grupo reducido de estos actos administrativos que producirá sus efectos dentro del Derecho privado⁵⁸⁸ y que presentará también ciertas especialidades respecto a su impugnación.

SAINZ MORENO, en la misma línea, clasifica los registros -que caracteriza, en general, por la “atribución de consecuencias jurídicas al asiento, anotación, inscripción o entrada en los mismos”- en función de los efectos que estos producen, que van “desde la interrupción de plazos hasta el efecto constitutivo de derechos” distinguiendo así entre registros generales y registros especiales: “los registros más importantes, aquellos que atribuyen mayores efectos jurídicos, suelen constituirse como órganos singulares y reciben una denominación específica que los diferencia del registro general que existe en cada Administración Pública⁵⁸⁹”.

Por otro lado, para quienes consideran que registros jurídicos y registros administrativos tienen distinto fundamento y finalidad, el reflejo de cada una

⁵⁸⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, *op.cit.* págs. 584-585. Argumenta el autor que “la generalidad de los actos administrativos producen sus efectos dentro de las relaciones jurídico-administrativas –crean, modifican, o extinguen derechos administrativos-. No obstante, la doctrina ha ido destacando actos administrativos que precisamente vienen a influir en los derechos privados del administrado”.

⁵⁸⁹ SAINZ MORENO, *op.cit.* págs. 2944 y 2945. Debe tenerse en cuenta que dicho texto data del año 1991, previo a la LRJAP, que establece en su art. 38 que “1. Los órganos administrativos llevarán un registro general en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad administrativa propia. También se anotarán en el mismo, la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos y particulares. 2. Los órganos administrativos podrán crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones. Dichos registros serán auxiliares del registro general, al que comunicarán toda anotación que efectúen”.

de sus naturalezas determinará en consecuencia la producción de efectos jurídicos diversos. Siguiendo esta idea, parte de la doctrina llega a considerar que la producción de efectos jurídicos se limita a los registros jurídicos, equiparando los administrativos a los archivos precisamente por la ausencia de efectos. Pero, aunque el alcance de los efectos que se producen en cada uno de los tipos de registro -los jurídicos suelen producir más efectos y muy distintos que los administrativos, sobre todo en cuanto a la publicidad, como veremos a continuación-, la distinción entre registros jurídicos y administrativos no permite calificar a los administrativos de mero archivo administrativo desprovisto de efectos, por el simple hecho de ser objeto del derecho de acceso junto con los mismos⁵⁹⁰.

Uno de los principales efectos que se derivan de la inscripción en los registros, es la publicidad que los mismos proporcionan⁵⁹¹. En este sentido,

⁵⁹⁰ Tal parece ser la postura de CHICO Y ORTIZ, para quien “tenemos un tremendo artículo que encuadra los registros administrativos en su condición de “archivos” y otro que los distingue de los “jurídicos” [...]. El artículo 105 de la Constitución dice así: *b)* El acceso a los ciudadanos a los archivos y *registros administrativos*, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. También la Constitución española en el artículo 22.3 hace una aplicación administrativa de la publicidad, pues dice que “las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un Registro a los solos *efectos de la publicidad*”.

“En la misma Constitución –aparte de los principios jurídicos que afectan al sistema legal del Registro de la Propiedad (art. 9.3)- existe una referencia a los Registros jurídicos, enlazados con la escritura notarial, en el artículo 149.1.8.^a, donde el Estado se reserva la “exclusiva” sobre la competencia normativa de “*ordenación de los Registros e instrumentos públicos*” que no pueden confundirse con los de los artículos 105 y 22 de la Constitución”. CHICO Y ORTIZ, *op.cit.* pág. 148.

⁵⁹¹ Salvo, claro está, que se trate de registros que no tienen carácter público, como es el caso del Registro Central de Penados y Rebeldes o como pretende ser –aunque no queda en absoluto acreditada la razón para ello-, el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, que el art. 33 de la Ley 22/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas declara que “no tiene la consideración de registro público”, sustrayéndose, de manera injustificada, de la obligación que el art. 105 b) CE determina al permitir el acceso a los ciudadanos a los archivos administrativos “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”, que no parece ser el caso.

CHICO Y ORTIZ distingue entre la “publicidad noticia” que caracteriza a los registros administrativos y la “publicidad efecto” propia de los Registros jurídicos: “los administrativos ofrecen –en general- noticias, información sobre situaciones, hechos o circunstancias, pero nunca protegen al que quiere ampararse en ellos. La Administración se inhibe y proyecta su publicidad en forma de posibilidad de prueba para que el ciudadano busque en el principio de la justicia la seguridad de su derecho. Es decir, el Registro administrativo le facilita a Vd. el principio de prueba para que lo pueda alegar en el juicio que corresponda. Estamos ante la vertiente de la “seguridad del derecho” a cargo de la justicia”⁵⁹².

PAU PEDRÓN también acoge esta distinción en cuanto a los efectos, pues considera que sólo los registros de seguridad jurídica llevan a cabo la publicidad de las situaciones jurídicas. Para el autor, la inscripción en el registro de seguridad jurídica tiene como efecto la producción de publicidad material, esto es, proporciona a lo inscrito una presunción de exactitud de lo que publica el registro, por lo que puede tenerse por cierto aquello que está inscrito y es verdad material para los terceros que inscriben negocios onerosos transmisivos de la propiedad o generadores de derechos reales limitados, de buena fe apoyándose en el registro, es además oponible frente a terceros y proporciona legitimidad al titular de lo inscrito. Dicha publicidad material no supone la necesidad de difusión de su contenido sino que éste resulta cognoscible para los particulares, esto es, los particulares tienen la posibilidad de conocimiento tabular, aunque no es necesaria su consulta para que lo publicado produzca los efectos jurídicos que le son propios.

Y considera, por otro lado, que los registros administrativos no proporcionan presunción de exactitud a lo inscrito, ni efectos de legitimación

⁵⁹² Esta postura resulta un tanto exagerada, puesto que en determinados casos las certificaciones emitidas por los registros administrativos –como el Registro Central de Penados y Rebeldes- hacen fe por sí mismas.

registrar, ni oponibilidad, a los documentos que acceden a los mismos. Por ello, la publicidad que estos registros producen es de carácter formal: lo que se asegura a través de la misma es que se ha inscrito el documento, sin que se produzca una publicidad material en cuanto a que se asegure la veracidad del contenido del documento: dichos registros no se destinan a dotar de certeza las relaciones entre particulares, como en el caso de los registros de seguridad jurídica⁵⁹³.

También en el sentido de los efectos jurídicos que produce el acto de inscripción en cada uno de los tipos de registro y, fundamentalmente, respecto del *principio de seguridad jurídica* que se pretende garantizar en la inscripción registral, CHICO Y ORTIZ diferencia entre la actuación administrativa, propia de los registros administrativos, y la registral propia de los jurídicos y considera que “descendiendo a los principios que acompañan al acto o a la actividad administrativa, vamos a ver cómo en ellos, aun ajustándose a la normativa, no se consigue la seguridad jurídica que, como principio, está en igualdad de condiciones constitucionales que el de legalidad, pues así parece admitirlo el artículo 9 de la Constitución [...]. Tres son las posibles causas de inseguridad: el principio de presunción de validez y eficacia de los actos, la posibilidad de ejecución inmediata de los mismos y la posible retroactividad de ellos”⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Estamos, en todo caso, ante generalizaciones, pues no en todos los casos de la inscripción en los Registros jurídicos se derivan todos los efectos previstos como propios de estos registros (publicidad material), como tampoco están en todos los casos tan limitados los efectos que produce la inscripción en los registros administrativos. Es más, en cada registro concreto cabe la posibilidad de que cada inscripción produzca efectos distintos, como por ejemplo ocurre con el Registro civil o con el mismo Registro de la propiedad (la inscripción de negocios de carácter gratuito no goza de toda la protección que se deriva de los negocios onerosos de transmisión de la propiedad).

⁵⁹⁴ CHICO Y ORTIZ, “La documentación administrativa, el Registro de la propiedad y la seguridad jurídica” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Tomo I. Civitas, 1993, pág. 1037.

Para el autor, al contrario de lo afirmado por GONZÁLEZ PÉREZ respecto de la consideración de los procedimientos y actos registrales, como procedimientos y actos de naturaleza administrativos⁵⁹⁵, “se dirá que frente a los pronunciamientos registrales cuyo principio de legitimación estima que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma en que constan en el Registro (art. 38 de la Ley Hipotecaria), la Administración goza del privilegio de que a los actos que ella dicte se entienden que son válidos y eficaces, a parte de ejecutivos. Pero estas dos presunciones en nada se parecen, salvo en que se tratan de “*iuris tantum*” permitiendo una prueba en contra, pues mientras el ciudadano aparentemente queda protegido por esa validez presuntiva del acto administrativo y lo puede ceder a tercero, éste nunca quedaría protegido en el caso de que la misma Administración o los Tribunales anulasen el acto, ya que dicha nulidad alcanzaría al mismo. El juego es distinto en el campo registral donde la nulidad del acto inscrito –a pesar de la calificación- no puede nunca perjudicar al tercero que adquiere confiado en lo que el Registro le proporciona. Nos movemos, por ello, en dos campos diferentes: uno en el de la publicad noticia y otro en el de la publicidad efecto”⁵⁹⁶.

Entienden estos autores, por tanto, que la presunción de exactitud que se deriva de la inscripción registral es distinta de la presunción de validez y de eficacia propias de los actos administrativos –según establece el art. 57.1 LRJAP-, presunciones estas que derivan de la distinta naturaleza de los procedimientos y de los actos de inscripción en registros jurídicos y administrativos –en contra de la afirmación de GONZÁLEZ PÉREZ de que la naturaleza del procedimiento es administrativa en todos los casos y por tanto el acto resultante también-.

⁵⁹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *op.cit.* pág. 584.

⁵⁹⁶ CHICO Y ORTIZ, “La documentación...” *op.cit.* págs. 1046 y 1047.

MORELL OCAÑA, por su parte, se refiere a los efectos que produce la actividad de comprobación que lleva a cabo el encargado del registro administrativo y su diferencia con los que se derivan de la inscripción en otros registros: “En ocasiones, el Derecho positivo añade al dato o hecho objeto de transcripción o inscripción, una consecuencia jurídica; quizá, una vez integrado ese dato en un conjunto de ellos, referidos a la misma persona. Entonces, el Registro atribuye o, simplemente, publica, una situación jurídica, activa o pasiva, o ambas cosas a la vez. Dicha atribución se realiza, sobre todo, por la Administración y para efectos administrativos. El hecho, pues, es la causa o título de dicha atribución, y el Registro se limita a constatarlo, para que la Administración aplique las consecuencias jurídicas que se deriven de ello”.

“Al hilo de esta consideración se puede añadir que estos Ficheros y Registros gozan de una presunción de exactitud; y, con ello, una legitimación para tratar a la Administración como titular de esa situación activa y pasiva. Sin embargo, esa presunción no tiene nada que ver con la que se predica de los Registros Civil y de la Propiedad: aquí lo que cuenta es la exactitud o inexactitud de un hecho o dato; las consecuencias a derivar, quedan pendientes de la existencia o inexistencia del mismo. El hecho es, pues, la causa; y si se trata de un título, en el sentido a que se refiere el art. 609 Cc., el mismo se computa como un simple dato a tener en cuenta. La atribución lo es a los efectos de la relación entre Administración y persona, en la condición jurídica o de hecho que importa a aquélla: como contribuyente, paciente, penado, etc”⁵⁹⁷.

Así pues, en general, la inscripción en los registros jurídicos proporciona legitimidad al titular de lo inscrito y es oponible frente a terceros, produciéndose en este caso lo que hemos denominado como publicidad material, mientras que en el caso de los registros administrativos,

⁵⁹⁷ MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi.

en los que sí está claro que el procedimiento es administrativo y que el acto que lo resuelve también lo es, se produce la presunción de validez y de eficacia propia de los actos administrativos, por lo que, indudablemente, constituye un principio de prueba del que puede servirse el interesado; pero, un principio de prueba *iuris tantum*, que no le proporciona legitimidad, ni protege a los terceros que confían en lo inscrito, por lo que podemos considerar que la publicidad que se deriva como efecto de la inscripción en los registros administrativos es de carácter formal y no material.

Son por tanto los efectos y la publicidad los elementos que más claramente permiten diferenciar a los registros jurídicos de los administrativos: lo inscrito en estos últimos tiene relevancia en cuanto a que proporciona a la Administración un instrumento de información y de control, a través de la relación existente entre la Administración y el que inscribe, sin que dicha información produzca efectos con relación a terceros, aunque estos tengan garantizado un derecho de acceso a la misma –con las limitaciones establecidas en cada caso- por el art. 105 b) CE y su desarrollo legislativo del art. 37 LRJAP.

De ahí que se hable de publicidad formal, publicidad noticia o de mera publicación de hecho⁵⁹⁸, en cuanto a que los efectos sólo tienen relevancia para la actuación administrativa y en la relación directa entre Administración y quienes inscriben: los interesados en el procedimiento de inscripción; mientras que en el caso de los registros jurídicos, o de seguridad jurídica, lo que figura en los mismos, no sólo da legitimidad al titular de lo inscrito, sino que lo hace frente a todos, afectando también a los terceros que pueden confiar en lo publicado por ese Registro, puesto que lo inscrito en él es verdad formal, que sólo puede ser atacada ante los Tribunales y, aún en ese caso, quien actuó confiando en lo que aparecía en el mismo verá su derecho protegido. Se habla, por tanto, en este caso de publicidad material, publicidad

⁵⁹⁸ LACRUZ, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1956-1957, entre otros.

efecto o publicidad a secas, que afecta a terceros en cuanto a que estos pueden confiar en lo inscrito y actuar conforme a lo aparece publicado.

4. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por la actividad del Registrador o responsable del registro.

Hay que tener además en cuenta, a la hora de diferenciar los efectos de ambos tipos de registros, que la actividad productora de dichos efectos es distinta en cada caso: en el caso de los registros jurídicos, el paso de la constancia del acto a la publicación de la situación jurídica exige la realización de un *control de legalidad* del acto, la calificación que realiza el registrador, mientras que en el caso de los registros administrativos, el responsable del mismo inscribe realizando un *control de conocimiento* del documento que, en su caso, inscribe.

Respecto del control de legalidad, PAU PEDRÓN considera su existencia como un rasgo común propio de los registros de seguridad jurídica junto con el carácter de documento público del asiento, la existencia de conexión entre los asientos registrales, o tracto sucesivo, la oponibilidad o eficacia frente a terceros y la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento del registro. El control de legalidad que realiza el Registrador –que ha de actuar con independencia⁵⁹⁹- es una tarea compleja que –según describe PAU PEDRÓN- comprende tres fases sucesivas: la interpretación del Derecho, su aplicación y el asesoramiento, y que se desarrolla en una doble dirección, respecto del documento que accede al registro y de la coherencia del documento con los antecedentes registrales. Señala el autor que “el control de legalidad deriva de la finalidad misma de la publicidad, de manera que no cabe publicidad sin

⁵⁹⁹ Elemento que también permite diferenciar ambos tipos de Registro en cuanto que el encargado del Registro administrativo es un funcionario de la Administración, en la que se encuadra jerárquicamente.

control de legalidad. Si la publicidad tiene por objeto el dar certidumbre a las relaciones jurídicas, ha de ofrecer datos contrastados, veraces: de lo contrario, ni puede ofrecer confianza ni la merecerá”⁶⁰⁰.

MORELL OCAÑA define los registros administrativos precisamente por la actividad administrativa que los responsables de los mismos efectúan: actuaciones de constancia y de comprobación. Define de esta manera los registros administrativos en función de la actividad desempeñada por los responsables de los mismos como “instituciones dedicadas a recoger declaraciones de conocimiento y, en su caso, organizar la información. Toman como punto de partida la obligación de comunicar a la Administración determinados pormenores o datos de la persona o la entidad de que se trate. La inscripción es, por regla general, obligatoria y, a través de ella, la Administración puede verificar la adecuación a la legalidad de la persona o del producto de que se trate. Desde el punto de vista del tráfico jurídico, el registro viene a ser un requisito de eficacia, pero no de validez de dicha actuación. En ocasiones, sin embargo, sin la constancia o inscripción en el registro no se puede empezar una actividad o realizar la producción de un bien determinado”.

El responsable del registro administrativo, por tanto, lleva a cabo una actividad de conocimiento o comprobación, a fin de realizar un control de las actividades e informaciones inscritas que permitirán a la Administración desarrollar las actuaciones que le son propias conforme a los ya reiteradamente mencionados principios recogidos por el art. 103 CE y de la misma podrán derivarse consecuencias jurídicas, sobre todo en cuanto a eficacia de lo inscrito.

⁶⁰⁰ PAU PEDRÓN, *Elementos...*, *op. cit.* pág. 20.

5. La diferenciación entre los registros administrativos y los jurídicos por el acceso a los mismos.

Todo ello tiene como consecuencia un distinto régimen de acceso a la información recogida en cada uno de estos tipos de registro. Mientras que, como hemos visto, la propia Constitución proclama en su art. 105 b) el derecho de acceso a los registros administrativos, la regla general, en el caso de los de seguridad jurídica para el conocimiento de lo inscrito, no es la accesibilidad, sino la cognoscibilidad, diferencia que PAU PEDRÓN resume de la siguiente manera: “la accesibilidad propia de los Registros de información administrativa no coincide con la cognoscibilidad que caracteriza a los Registros de seguridad jurídica. Cuando la Constitución Española garantiza [art. 105 b)] *el acceso de los ciudadanos a los Registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*, no está formulando un principio equivalente al que formulan numerosas leyes ordinarias (como el art. 221 de la LH o el art. 6 de la LRC), al decir que *el Registro es público*⁶⁰¹. Accesibilidad y cognoscibilidad tienen distinto fundamento. El derecho de acceso a los Registros de la Administración tiene su base en razones jurídico-públicas: el principio de transparencia administrativa y de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, el derecho de los representantes públicos y de los informadores a conocer los presupuestos de la actuación administrativa. El conocimiento del contenido de los registros de seguridad jurídica tiene un fundamento jurídico-privado: la necesidad del ciudadano de

⁶⁰¹ La accesibilidad es –para el autor– más restringida que la cognoscibilidad: “hay materias en que no existe derecho de acceso (las enumeradas en el art. 37, apartado 5 de la LRJAP); respecto de las demás se exige, o ser la persona directamente afectada (datos referentes a la intimidad: art. 37.2), o tener “interés legítimo y directo” (documentos de carácter nominativo que no incluyan datos pertenecientes a la intimidad: art. 37.3)”.

adquirir certeza sobre determinadas situaciones, como presupuesto para entablar relaciones jurídicas”⁶⁰².

Es evidente que el régimen de acceso a la información contenido en ambos tipos de registro es distinto y, por ello, es necesario verlos separadamente. La diferencia entre la accesibilidad propia de los registros administrativos y la cognoscibilidad, que caracteriza a los jurídicos, no sólo se encuentra en el fundamento jurídico-público o jurídico-privado de cada uno de ellos -ya hemos visto como la doctrina, fundamentalmente la administrativista, se resiste a esta consideración-, sino que además, reside en el hecho de que en el caso de los registros administrativos, la finalidad fundamental es, como hemos visto, la de proporcionar a la Administración información, a través de una relación jurídica que se establece –voluntaria u obligatoriamente- entre el ciudadano que proporciona dicha información y la Administración que la recibe –que, servirá a los intereses general con dicha información y el control que, a través de la misma ejerce-. Por ello, quienes quieren acceder a dicha información, según el derecho que les otorga la Constitución, lo hacen como terceros, ajenos a dicha relación jurídica y a los efectos que se derivan de la inscripción⁶⁰³, y de ahí que el derecho de acceso se regule con ciertas limitaciones –relativas a la seguridad y defensa del Estado, a la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas- que se requiera, como veremos en el Capítulo siguiente, determinadas legitimaciones para acceder a los documentos cuando éstos contienen datos de carácter personal o son nominativos⁶⁰⁴.

⁶⁰² PAU PEDRÓN, *Elementos...*, *op.cit.*, págs. 16 y 17.

⁶⁰³ Evidentemente, en algunos casos podrá hacer valer dicha información para que tenga repercusiones en su propia esfera jurídica, por ejemplo, en virtud del principio de igualdad.

⁶⁰⁴ Es más, si no se trata de un tercero, el conocimiento de dicha información podrá obtenerse, no en virtud del derecho de acceso a los registros administrativos, sino del derecho “a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición

Sin embargo, en el caso de los registros jurídicos, la finalidad primordial de los mismos es precisamente la de dar publicidad a las situaciones jurídicas inscritas, para que lo inscrito sea oponible a terceros, de manera que, quien quiera conocer el contenido de un asiento registral puede hacerlo –en cierta manera, como interesado-, puesto que lo inscrito produce eficacia frente a terceros⁶⁰⁵.

de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”, recogido por el art. 35 a) LRJAP.

⁶⁰⁵ “Precisamente porque la publicad significa el ofrecimiento a los particulares de la verdad oficial sobre las situaciones jurídicas –dice PAU PEDRÓN- el contenido de los Registros es oponible a los terceros, tanto si éstos lo conocen como si no lo conocen. El conocimiento del contenido registral no es un requisito necesario para la oponibilidad; no lo exige la ley, y no puede deducirse, como se ha pretendido –en el ámbito del Registro de la Propiedad- del requisito de adquirir de titular registral, porque este es un requisito objetivo, no subjetivo: basta que coincida el transmitente o constituyente con el titular registral, sin que sea necesario que el tercero conozca esa coincidencia”. PAU PEDRÓN, *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 21.

CAPÍTULO 6

RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO

DE ACCESO I: LOS SUJETOS

I. LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DERECHO DE ACCESO.

1. El concepto de ciudadano como titular del derecho de acceso a archivos y registros administrativos en el art. 105 b) CE.

El art. 105 b) CE dispone que “la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”, configurando, por tanto, como sujeto activo y esencial del derecho de acceso a “los ciudadanos”.

Esta opción del constituyente de designar a cada ciudadano como sujeto del derecho de acceso entronca con las disposiciones normativas sobre esta materia en el Derecho comparado y supone seguir fiel a la expresión contenida en la primera regulación específica de acceso, esto es, la Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa sueca de 1766, que proclamaba el derecho de acceso a la documentación oficial de los ciudadanos suecos⁶⁰⁶.

Es, por tanto, necesario determinar cuál es el concepto de ciudadano que debemos manejar, con la finalidad de especificar los titulares que, en

⁶⁰⁶ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso de los ciudadanos...*, op. cit. pág. 153.

consecuencia, pueden ejercer este derecho. Ahora bien, la Constitución no nos ofrece, en ningún caso, una definición de dicho término⁶⁰⁷, lo que ha llevado a que la doctrina haya considerado este concepto desde muy diversas perspectivas –unas más amplias y otras más restrictivas- cuestión que, lejos de resultar baladí, será esencial a la hora de concretar un derecho que, según la concepción que se adopte, puede resultar muy generoso o muy restringido.

A) El concepto de ciudadano en la Constitución Española.

La condición de ciudadano que la Constitución dispone para el reconocimiento del derecho de acceso entendemos que debe ser, en todo caso, la misma que la que el Texto constitucional establece respecto de otros derechos que se proclaman también a favor de los ciudadanos y que se encuentran de alguna manera relacionados con el derecho de acceso, pues todos ellos conforman lo que podríamos seguir denominando el estatus del ciudadano –*status civitatis* y *status activae civitatis*⁶⁰⁸-, y que tienen como fundamento, por lo general, entre otros principios, el democrático y el de

⁶⁰⁷ Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la discusión parlamentaria de la elaboración de la Constitución es bastante opaca respecto del derecho de acceso y tampoco se nos ofrecen soluciones respecto de la cuestión referente a la opción de designar a los ciudadanos como titulares del mismo.

⁶⁰⁸ Siguiendo para ello la definición que de dichos status diera JELLINEK en “Los derechos públicos subjetivos” de 1892. S. MARTÍN-RETORTILLO resume de manera muy clarificadora la determinación que JELLINEK hiciera de los cuatro status: “las cuatro situaciones que derivan de la libertad: *status subjeccionis*, del que se derivan no sólo cargas y obligaciones, sino también verdaderos derechos, como el de igualdad; *status libertatis* que supone la aplicación al ámbito administrativo del principio de libertad constitucionalmente reconocido y que principalmente opera en el ámbito de las cargas y limitaciones que restringen esa libertad; *status civitatis* derivado de la consideración del ciudadano como miembro de la comunidad; el derecho al uso de las plazas y bienes de uso público, derecho a las prestaciones administrativas, etc; y *status activae civitatis*, que considera la posición del ciudadano como miembro activo de la comunidad, derecho a los cargos públicos, a participar en su elección, etc.” MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Cívitas, 2007, pág. 304.

participación. Hay que partir por tanto, para la caracterización del sujeto activo del art. 105 b) CE, de un concepto que sin duda sigue teniendo el carácter político que a dicha expresión se le asigna desde la Revolución francesa, en cuanto que titular de derechos subjetivos y de derechos políticos y, en consecuencia, elemento esencial del poder político, como titular de la soberanía, lo tiene su principal reflejo y traducción en el art. 23 CE⁶⁰⁹.

No obstante, si tradicionalmente se ha venido identificando el concepto de ciudadano, por su carácter político, con el de la persona física, nacional y mayor de edad⁶¹⁰, éste ha estado sujeto a modulaciones y, en la práctica, ha ido dando paso a nuevas realidades, de manera que, actualmente, no se puede hablar de univocidad del término ciudadano en la Constitución como referente únicamente a los derechos de carácter político del art. 23 CE. Efectivamente, el término ciudadano se repite en la Constitución en numerosos artículos, para enunciar, entre otras cuestiones, que los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), para hablar de los derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30 a 38 CE), como titulares de las garantías establecidas por el art. 53 CE, como titulares del derecho de referéndum (art. 92), del derecho a la acción popular (125 CE), o como titulares de los derechos establecidos en los arts. 105 a) y b) CE. Derechos que, aunque sin duda se encuentran relacionados entre sí - por ser, como decíamos, positivizaciones de los principios democrático y de participación, además de otros, igual de importantes, como del principio de legalidad o del principio de transparencia-, hacen muy difícil encontrar una

⁶⁰⁹ Así lo resume MONTIEL que define al ciudadano como aquél que “ejerce el tradicional derecho de sufragio; el que se inscribe y actúa en un partido político; el que aplaude o censura al Gobierno en un discurso o en una carta enviada a los periódicos; [...]. Es el hombre en su vinculación “política” con el Poder, integrándose en él, defendiéndose de él, sufriendolo o disfrutándolo, reclamando su libertad o haciendo confiadamente uso de ella”. MONTIEL, Félix, “El ciudadano y el administrado”, en *RAP*, núm. 48, septiembre-diciembre 1965, pág. 128.

⁶¹⁰ Y, hasta no hace tanto tiempo, varón.

definición única e inmutable del concepto de ciudadano como titular de los mismos.

Así lo podemos deducir, en primer lugar, en nuestro Texto constitucional, de la relación existente entre el art. 23 y el originario texto del art. 13.2, que establecía que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 *salvo* lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales”⁶¹¹.

Esto es, si bien limitaba esa posibilidad de ampliación del concepto de ciudadano, a los efectos del art. 23 CE, al ejercicio del derecho de sufragio activo en elecciones municipales, quedaba ya clara la posibilidad de que cupieran distintos derechos subjetivos –aunque, sin duda, en forma de excepciones y sometidos a reciprocidad- como configuradores del estatus de ciudadano. Esto no quiere decir que la adaptabilidad del concepto político de ciudadano en nuestra Constitución sea total⁶¹², pero sí que se encuentra en

⁶¹¹ Al respecto recuerda ARNALDO ALCUBILLA que el originario art. 13.2 “es obra de una compleja negociación y transacción política a lo largo del debate constituyente entre los grupos políticos partidarios de superar la concepción nacionalista tradicional [...] y los que consideraban que los derechos políticos están intrínsecamente vinculados a la ciudadanía. Pues bien, el art. 13.2 de nuestra Norma Fundamental –sin precedentes en nuestra historia constitucional- abre a los extranjeros residentes en España el derecho de participación política a través del derecho de sufragio activo en las elecciones locales, rompiendo de este modo con la tradicional concepción de la relación dialéctica entre los derechos de participación que integran el *status active civitatis* y la condición de ciudadano, aun cuando sea en el limitado ámbito del derecho a ser elector en las elecciones”. ARNALDO ALCUBILLA, E. “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, *REDC*, núm. 34, enero-abril 1992, págs. 67 y ss.

⁶¹² Esta ampliación -afirma ARNALDO ALCUBILLA- no implica la equiparación de la posición de nacionales y extranjeros en el goce de determinados derechos y en particular de los derechos ciudadanos básicos que conforman el *status activae civitatis*. Lo que se produce es una flexibilización de la regla general en relación con los extranjeros vinculados de modo efectivo a un país que no son considerados como extraños al mismo, sino que, en cuanto son sujetos pasivos o

clara evolución, admitiendo, con limitaciones, nuevos contenidos en el tradicional concepto de ciudadano, cuestión que quedó clara durante el proceso de ratificación del Tratado de Maastricht.

Efectivamente, la aparición de la ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht (TUE) ha supuesto una cierta transformación en esta concepción política del concepto de ciudadano en favor de los ciudadanos europeos, esto es, de los nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, según dispone el art. 17.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: “Se crea la ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”. La consecuencia fundamental de esta declaración de la ciudadanía europea fue la ampliación del ejercicio de los fundamentales derechos políticos de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos europeos, en el ámbito local.

Como es bien sabido, para la ratificación de dicho Tratado tuvo que llevarse a cabo la única reforma constitucional que ha tenido lugar en la Constitución española, modificando el texto del art. 13.2 CE, con la finalidad de reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros -ciudadanos- comunitarios, aunque, como decíamos, limitado al ámbito local y al hecho de la existencia de reciprocidad respecto de este derecho con los países de procedencia de los extranjeros. Aunque se intentó por todos los medios desvincular el art. 13.2 CE del art. 23 CE -para evitar que la reforma constitucional declarada necesaria por el Tribunal Constitucional⁶¹³ tuviera que hacerse por la vía del art. 168 en lugar de por la vía del art. 167 CE-, no hay duda de que ambos artículos se encuentran íntimamente relacionados en

destinatarios de las decisiones adoptadas, se les reconoce el derecho de participar de manera activa en su adopción y –en suma– en la conducción de la ciudad. ARNALDO ALCUBILLA, *op. cit.* pág. 69.

⁶¹³ En su Declaración de 1 de julio de 1992.

cuanto que el art. 13 determina quiénes son los titulares de los derechos establecidos por el art. 23 CE, derechos que, en principio, se reconocen a “los ciudadanos”. Por ello, tras la reforma constitucional de 1992, el concepto político de ciudadano, como titular de la soberanía y de los derechos contenidos en el art. 23 CE, ha de ampliarse para incluir también los ciudadanos europeos, en los términos del art. 17.1 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea⁶¹⁴.

B) El concepto de ciudadano en el art. 105 b) CE.

Por lo tanto, de usarse el concepto de ciudadano en su significación política adscrita a los arts. 13 y 23 CE, extrapolándolo directamente a la referencia a los mismos hecha por el art. 105 b) CE, habría que concluir que se reconoce el derecho de acceso a las mismas personas: esto es a los nacionales mayores de edad y, en algunos casos, a los extranjeros comunitarios.

Esta es la postura sostenida por EMBID IRUJO, para quien respecto del concepto de ciudadano en la Constitución y la posible inclusión de extranjeros en el mismo considera que “no se trata de contemplar diversas gradaciones de derechos de los extranjeros en nuestro sistema constitucional, cuestión cuya respuesta positiva parece evidente, sino de afirmar la existencia de diversas gradaciones de la condición de ciudadano” por lo que habrá que adoptar una “configuración gradual de la condición de ciudadano si se sigue teniendo del mismo esa conciencia –salida de la historia- de que ciudadano es el titular de pretensiones activas frente a los poderes públicos y que, sobre todo, se define por su capacidad de ser fuente misma de la configuración de

⁶¹⁴ Es decir, se ha permitido una ampliación del concepto de ciudadano, pero referido únicamente a cuestiones políticas de ámbito local –incluidos los sufragios activo y pasivo- pero dejando intacto el *status activae civitatis* desde el punto de vista del ámbito nacional, que en nada se amplía.

la composición de los poderes públicos (por el ejercicio del sufragio activo) o parte de los mismos (por el sufragio pasivo)”, configuración gradual que también traslada al art. 105 CE al realizar la siguiente reflexión: “fijémonos en el art. 105 b) CE [...]. Si se tuviera un concepto de ciudadano vinculado exclusivamente a la nacionalidad, si sólo pudiera ser ciudadano el español, se cometería la inconsecuencia de permitir al extranjero comunitario ser Concejal de un Municipio pero vedarle, por ejemplo, el acceso al conocimiento de los documentos que se guarden en los archivos municipales sobre el proceso electoral en el que obtuvo su condición. [...] La única forma de salvar el obstáculo de la utilización en el art. 105 b) de la palabra ciudadano es, precisamente, afirmar su posesión de esa extensión gradualmente limitada de la que antes hablaba, por los extranjeros comunitarios residentes en un determinado Municipio”⁶¹⁵.

Para otros autores, sin embargo, el concepto de ciudadano como sujeto del derecho de acceso del art. 105 b) CE, tiene que ser, necesariamente, objeto de una estricta interpretación, que ha de ser en todo caso la misma que la derivada del art. 23 CE. Es el caso de POMED, para quien “consecuente resulta, en efecto, la mención expresa a los ciudadanos en tanto en cuanto el referido derecho de acceso a la documentación administrativa se entienda derivación de un más amplio derecho a la participación, en la medida en que el mismo se estime expresión concreta del *status activae civitatis*. Siendo así que, según se deduce del art. 23.1 de nuestra Norma Suprema, deben ser considerados ciudadanos quienes gocen de plenos derechos a participar en los asuntos públicos, especificando a tal efecto el art. 13.1 CE que, en principio y a salvo lo que pueda disponerse en régimen de reciprocidad para el ámbito local⁶¹⁶, solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos

⁶¹⁵ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, op. cit. págs. 28 y 29.

⁶¹⁶ No olvidemos que estas afirmaciones se hacen en una obra publicada en 1989, esto es, antes de que tuvieran lugar la reforma constitucional y el desarrollo legislativo del derecho de acceso en la LRJAP.

en el art. 23.1. De lo que se infiere, derechamente, que en el ordenamiento jurídico español tendrán la condición de ciudadanos aquellas personas físicas a quienes se refiere la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y muy particularmente los derechos políticos contenidos en su texto”⁶¹⁷.

Esto es, para POMED, será necesario que se trate de personas que estén en posesión de la nacionalidad española y sean mayores de edad, restricción del ejercicio del derecho de acceso que se justifica por el autor con el siguiente argumento: “téngase presente que la finalidad originaria del artículo no era otra que la de reducir los límites de lo secreto en el ámbito administrativo a aquello que fuera estrictamente imprescindible. Se proclama así el derecho a saber (*right to know*) de los ciudadanos, considerados no *uti singule*, en tanto que partes interesadas en un procedimiento administrativo, sino *uti universi*, es decir, como simples miembros de una colectividad más amplia. Por tanto, toda ampliación en la esfera activa del artículo 105 b), deberá hacerse tomando en cuenta, no tanto la formulación del derecho en sí misma considerada, cuanto la *vis expansiva* que el mismo encierra, en tanto que responde a la plasmación de un principio que habrá de informar el conjunto del ordenamiento”⁶¹⁸.

De esta manera, POMED parece querer compensar esta concepción estricta de los ciudadanos como titulares del derecho de acceso –españoles, mayores de edad- por la vía de la formulación del derecho de acceso como realización del principio de transparencia o de acceso a la información, de la manera más amplia posible. No obstante, como ya sabemos, el desarrollo legal del art. 105 b) CE no parece primar ni lo uno ni lo otro.

⁶¹⁷ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 153.

⁶¹⁸ POMED SÁNCHEZ, *ibidem*, pág. 161.

En la misma línea se pronuncia CASTELLS ARTECHE, para quien “la Constitución Española de 1978 se decanta no obstante por la acepción de ciudadano, término equidistante tanto del presente “interesado” como del administrado, admitiendo la posibilidad de exclusión, mediante una interpretación estricta, de los extranjeros y de las personas jurídicas como detentadores del Derecho; exclusión que también puede formularse en relación a otras Administraciones Públicas, en el seno de las relaciones interorgánicas, que desearan hacerse con documentos de otros entes públicos”⁶¹⁹.

También parece partidario de un concepto estricto de ciudadano, MESTRE DELGADO, pero más matizado, puesto que excluye, salvo para el ámbito local, a los extranjeros, pero que sí lo reconoce expresamente para las personas jurídicas⁶²⁰.

No obstante, considero que la transposición del concepto de ciudadano del art. 23 CE al art. 105 b) CE no puede hacerse sin más, puesto que deben

⁶¹⁹ CASTELLS ARTECHE, *op. cit.* pág. 146. En el mismo sentido, SÁEZ LORENZO o ÁLVAREZ RICO. Este último, en 1979, antes de que se llevara a cabo el desarrollo legislativo del art. 105 b) CE, afirmaba que “la posición de nuestra Constitución, que ha aceptado la palabra «ciudadanos», en principio parece referirse sólo a los nacionales, si bien, para llegar a una solución concluyente, habría que interpretar globalmente el texto constitucional. A nuestro juicio, la Ley que desarrolle la Constitución en este punto concreto deberá optar por una interpretación lo más generosa posible a la hora de fijar los beneficiarios del derecho; porque lo contrario supondría tanto como privar de él a los extranjeros y personas jurídicas en cuyos respectivos status no existe ningún aspecto que pugne con el reconocimiento del mencionado derecho”. ÁLVAREZ RICO, “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *op. cit.* pág. 113.

⁶²⁰ Afirma este autor que “parece fundado sostener que el derecho de acceso debe reconocerse igualmente a los ciudadanos españoles y, sin duda alguna, a las personas jurídicas [...]. En el ordenamiento local, en el que se ha desarrollado de forma específica este derecho, se atribuye con carácter general y de forma primordial a los vecinos [...]. Pero, ello no obstante, en la LBRL ese atribuye el ejercicio de tal derecho a colectividades y personas jurídicas”. No obstante, para la caracterización del concepto “ciudadano”, el autor es más partidario de la vinculación del derecho de acceso con el de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que con el art. 23 CE. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, *op. cit.* págs. 192 y 193.

tenerse en cuenta otros elementos, aparte del indudable carácter político -en cuanto que cauce del ejercicio del derecho de participación de los ciudadanos- de ambos artículos. Como ya hemos tenido ocasión de afirmar, la naturaleza jurídica de ambos derechos es diversa. El derecho de acceso de los cargos representativos no tiene su fundamento en el art. 105 CE sino como contenido legalmente configurado del art. 23 CE, resultando ser un elemento integrante del *ius in officium* de los representantes políticos según tiene declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 161/1988⁶²¹. Se trata, en este caso, de un elemento de un derecho fundamental, mientras que en el caso del derecho de acceso, además de carecer de ese carácter fundamental, estamos ante un derecho que se encuentra ínsito en el Título IV, relativo al Gobierno y a la Administración y en un artículo en el que se establecen una serie de principios esenciales de la actuación administrativa, por lo que se trata de un derecho cuyo fundamento jurídico es esencialmente distinto y cuyo carácter administrativo es indudable.

Precisamente por la posición en el Título IV CE, del que necesariamente se deriva la configuración constitucional del derecho de acceso, tampoco creo que pueda asumirse la tesis sostenida por FERNÁNDEZ RAMOS, porque parte para su argumentación del carácter fundamental del derecho de acceso. Para

⁶²¹ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, afirma que “el derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución, es un derecho de configuración legal, como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto y, en su consecuencia, compete a la Ley, comprensiva según se deja dicho, de los Reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, estos quedan integrados en el status propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 de la Constitución, defender antes los órganos judiciales –y en último extremo ante este Tribunal- el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado” (F. J. 7).

Este es el caso del derecho a la información formulado por el art. 7 del Reglamento del Congreso o por el art. 77 LBRL para los miembros de las Corporaciones Locales. Al derecho de acceso de los representantes públicos electos nos referiremos con mayor profundidad al hablar de los sujetos cualificados *infra*, en este mismo Capítulo.

este autor “el significado del término ciudadano debe extraerse de cada contexto concreto en que es utilizado por la Constitución y, en nuestro caso, partiendo de la tesis según la cual el derecho de acceso constituye una manifestación concreta del derecho fundamental a recibir información –art. 20.1 d) CE-. [...] Esa estrecha vinculación con el principio democrático no transforma –como nos consta- al derecho de acceso en un derecho de participación política, sino que es una característica general de los derechos – de todos ellos- reconocidos en el art. 20.1 d), dada la trascendencia que tiene el proceso libre y plural de comunicación pública, en el que se forma la opinión pública, para el Estado democrático. Y a este respecto debe señalarse que la doctrina iusinformativa viene defendiendo un principio de universalidad subjetiva del derecho a la información en todas sus facultades [...]. Por tanto, hay que entender que son titulares del derecho de acceso, en su vertiente general del derecho a recibir información, todas las personas”⁶²².

Si bien esta interpretación del derecho de acceso pudiera parecer, a primera vista, muy positiva, en cuanto a que pretende el reconocimiento del derecho de acceso a todos, en general, de manera que suponga la más amplia realización del principio de transparencia, no creo que pueda ser sostenible a la luz de nuestro texto constitucional.

Como ya hemos manifestado anteriormente, el derecho de acceso no es un derecho fundamental que se encuentre entre los de la sección primera del Título I de la Constitución, sino que los constituyentes lo situaron en el Título IV de la misma, y dentro del art. 105 CE, contexto que es el que nos tiene que servir para su caracterización como derecho constitucional de configuración legal, sin que eso suponga que la realización de dicho derecho dependa de la exclusiva voluntad del legislador, sino que en el mismo se encuentra un principio objetivo de actuación de la Administración, el principio de transparencia. Las vinculaciones, indudablemente existentes, entre el derecho

⁶²² FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 391.

de acceso y los derechos de participación política y de información – pudiendo ser el derecho de acceso, necesario e instrumental para el ejercicio de estos derechos fundamentales- no le “contagian” el carácter de fundamental. Y, aun así, debemos recordar que hay derechos fundamentales, como precisamente los contenidos en el art. 23 CE, cuyo reconocimiento no es universal, sino limitado a los “ciudadanos”. De manera que la interpretación que se haga de dicho concepto no dependerá del carácter fundamental o no del derecho, pero tampoco nos puede llevar a desdeñar la conceptualización que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho de los sujetos de los derechos de participación política del art. 23.1 CE, pues deben ser, en principio, los mismos “ciudadanos” en unos u otros casos⁶²³.

Ahora bien, también hemos visto que el concepto de ciudadano de los arts. 23 o 129 CE, no es inmutable, sino que ha sido objeto de transformaciones a lo largo del tiempo, transformaciones que también deberán afectar a los sujetos del derecho de acceso, sobre todo por lo que se refiere a la ampliación que ha supuesto también el reconocimiento de la ciudadanía europea –así como, específicamente, en el ámbito local, a los extranjeros residentes, por su condición de “vecinos”, conforme al art. 18.1 e) LBRL- y, de otro lado, al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos a las personas jurídicas.

⁶²³ FERNÁNDEZ RAMOS critica las posiciones doctrinales que vinculan al derecho de acceso con el derecho de participación del art. 23 CE por entender que incurren en una cierta contradicción. Para el autor, los autores que sustentan esta posición “parten de la consideración del derecho de acceso no como derecho fundamental, sino de configuración legal; sin embargo, le atribuyen al mismo tiempo la naturaleza de un derecho político y lo vinculan al art. 23.1 CE. Es obvio que si el derecho de acceso es un derecho de participación «política» subsumible en el art. 23.1, ello significa su configuración como derecho fundamental, aspecto éste que niegan los autores indicados. Y si se trata de esas otras formas de participación «administrativa», habrá que aplicar la jurisprudencia constitucional que las considera como derechos de configuración legal y, en todo caso, no subsumibles en el art. 23.1 CE y, por tanto, no sujetos a sus restricciones”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 389.

Esto último se debe a que además de las modificaciones sufridas en el término ciudadano como consecuencia de la ciudadanía europea y de la reforma constitucional, también el concepto ha sido objeto de determinadas mutaciones al hilo de su concreción jurisprudencial.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado en varias ocasiones respecto del concepto de ciudadano -aunque ninguna de ellas relacionada con el derecho de acceso-, ha determinando una mayor amplitud del mismo, que “es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras)”, por lo que no hay duda de que dentro del concepto de ciudadano, como titular de derechos y libertades fundamentales, se deben incluir también las personas jurídicas⁶²⁴.

⁶²⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1988, de 12 de abril, es clara respecto de la ampliación del concepto de ciudadano, en cuanto a las garantías jurídicas que se aplican a los mismos: “hay que señalar que el art. 53 de la Constitución circunscribe la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección Primera del capítulo II, a los ciudadanos («cualquier ciudadano», dice) y a la misma conclusión conduce el art. 41.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal [...]. Es cierto que la doctrina de este Tribunal, desde sus inicios, ha admitido el recurso de amparo constitucional a favor de quienes sean titulares de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, sin limitarlo a los ciudadanos *stricto sensu*, de suerte que el problema de la titularidad o capacidad de derechos fundamentales y el de la titularidad de la acción de amparo constitucional aunque teóricamente diferenciables, termina desde este punto de vista, por confundirse.[...] Es indiscutible que, en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales [...]. Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones” (F.J. 1).

El hecho de que el art. 105 b) CE tenga como corolario del mismo los principios democrático y de transparencia⁶²⁵ -principios objetivos de la actuación administrativa-, debe llevar a que ésta los aplique, en su actividad, de la manera más amplia posible e interpretando las excepciones o limitaciones al mismo de manera restrictiva, pero sin que eso suponga que deba reconocerse el ejercicio del derecho de acceso -que, no olvidemos, es “a los archivos y registros administrativos”- más allá de a los titulares que la propia Constitución ha establecido⁶²⁶. Pero sin que esta afirmación lleve - como parece ser la tendencia arrastrada por una Administración que no parece en exceso partidaria de la transparencia o del reconocimiento del acceso y resulta con excesiva frecuencia proclive a la opacidad en sus actuaciones- a restricciones del ejercicio del derecho de acceso no amparadas por la Constitución⁶²⁷.

En cualquier caso, como para el resto de cuestiones relacionadas con el derecho de acceso, el problema de la determinación de los titulares del mismo no se limita a la interpretación que se haga del Texto constitucional, sino que, además, hay que referirla a su efectivo desarrollo legislativo que es el que debe establecer los elementos de su ejercicio⁶²⁸.

⁶²⁵ Según ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia. *Vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 y *cfr.* el capítulo anterior sobre la configuración constitucional del art. 105 b) CE.

⁶²⁶ Otra cosa distinta es, que *de lege ferenda*, sea deseable el reconocimiento de un derecho a la información en sentido general, como se plantea en otros países de nuestro entorno, en EEUU o en la Unión Europea. Pero creo que el derecho que se reconoce en el art. 105 b) CE no tiene esa amplitud.

⁶²⁷ Discutiremos más adelante las dudas sobre la compatibilidad de los apartados 2, 3 y 4 del art. 37 LRJAP, con el texto constitucional, al ser restrictivas del ejercicio del derecho de acceso. Apartados que han sido muy criticados por la doctrina.

⁶²⁸ Consecuencia de la Sentencia del TS de 16 de octubre de 1979, que hemos analizado *supra*, en el Capítulo 3.

2. El concepto de ciudadano en la LRJAP.

La LRJAP que, como sabemos, llevó a cabo el desarrollo del derecho de acceso, lo enuncia en su art. 35 h) como parte de una tabla de derechos que se reconocen a los ciudadanos ante las Administraciones públicas⁶²⁹. Dicho artículo establece que “los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes” y que el art. 37 de la misma regula en profundidad, estableciendo que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos [...]”.

Es ya una cuestión doctrinal muy antigua la que analiza la conveniencia del uso del concepto ciudadano, para referirse a las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, en sustitución del tradicional y polémico concepto de “administrado”.

A) La determinación de los titulares de los derechos frente a la Administración: “administrados” o “ciudadanos”.

GONZÁLEZ PÉREZ define al *administrado* como “esa persona que aparece al lado de o frente a la Administración pública. Es «ese público para el que existen, directa o indirectamente, los servicios públicos», el que los sostiene con la participación en sus cargas y se beneficia de sus prestaciones. Lo que da unidad al concepto son dos notas esenciales: a) por un lado, el

⁶²⁹ Las opiniones sobre la denominada “tabla de derechos” introducida por la LRJAP no han podido ser más dispares: mientras algunos autores han alabado la labor legislativa de “dotar al ciudadano de un verdadero status ante la Administración” (GARCÍA DE ENTERRÍA), para otros, sin embargo, este art. 35 no innova nada y, salvo el caso del derecho de acceso, consideran que se trata de derechos que ya existían en la anterior regulación (SANTAMARÍA PASTOR, PARADA VÁZQUEZ, DA SILVA, entre otros).

sometimiento al Derecho administrativo. No es administrado el particular en cuanto se relaciona con la Administración pública, en régimen de Derecho común. [...] El administrado es lo que con frase expresiva CUEVAS⁶³⁰ calificó de «particular público», esto es, el particular «en cuanto queda ligado, objetiva o subjetivamente, a los sujetos oficiales para algo de carácter público, y por un enlace en que interviene más o menos inmediatamente el Poder público», o, dicho de manera más simple y más técnica, el particular en cuanto sujeto del Derecho administrativos. b) Y, por otro lado, como nota negativa esencial del concepto, hay que señalar que no es titular de un órgano administrativo»⁶³¹.

MONTIEL, por su parte, explica la distinción entre “administrado” y “ciudadano”, hablando de “dos personalidades” de la persona que se derivan de su relación con dos esferas “Gobierno y Administración”, en términos mucho más llanos: “el ciudadano es el que ejerce el tradicional derecho de sufragio; el que se inscribe y actúa en un partido político; el que aplaude o censura al Gobierno en un discurso o en una carta enviada a los periódicos; el que acude a un mitin, participa en un desfile o grita en una esquina sintiéndose titular por derecho propio de la soberanía del pueblo Es el hombre en su vinculación «política» con el Poder, integrándose en él, defendiéndose de él, sufriendolo o disfrutándolo, reclamando su libertad o haciendo confiadamente uso de ella”.

“El administrado suele ser un personaje más llano, menos retórico, más cerca de los niveles concretos de la vida común. Su fuerza no tiene su origen en el concepto histórico de la soberanía popular, sino en la complicada distribución de facultades y situaciones jurídicas que la Ley establece. La unidad de medida de esa fuerza no se llama «poder», sino «derecho». El

⁶³⁰ CUEVAS, La teoría jurídica del administrado, *Revista de Derecho Público*, 1932.

⁶³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El administrado*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos, 1966, págs. 15 y 16.

administrado se manifiesta esencialmente en una dimensión jurídica. Sus relaciones con los órganos públicos no tienen la imperiosa tonalidad del partido político, sino el moderado color gris del Tribunal contencioso o de la Notaría. Es el hombre que utiliza un servicio de asistencia municipal o que reclama contra un expediente de expropiación”⁶³².

SERRANO GUIRADO, en esta misma línea establece que “el particular-ciudadano no es el particular-administrado; uno y otro tienen reconocida su personalidad en el Derecho público, pero mientras el primero entraña un concepto jurídico-político, el segundo da origen a un concepto jurídico-administrativo; se puede ser administrado y no gozar de la cualidad de ciudadano; así, los extranjeros son administrados, en general, a todos los efectos y, sin embargo, no se pueden beneficiar del *status* de ciudadano. [...] En las relaciones de derecho político, la ciudadanía es condición previa; para ser titular de la de Derecho administrativo no se necesita ser nacional, puede ser cualquier sujeto relacionado con la Administración por el servicio público”⁶³³.

SANTAMARÍA PASTOR dice al respecto que “el término «administrado» es un concepto que aparece invariablemente en la doctrina (y en la legislación) española de este siglo para aludir al otro término subjetivo de las relaciones jurídicas en las que la Administración es parte. El razonamiento es muy simple: toda relación jurídica regulada por el Derecho administrativo debe tener, como uno de sus sujetos, a una Administración pública: la otra parte de la relación debe ser, pues, una persona privada. La Administración aparece en dichas relaciones como un sujeto poderoso y activo, armado de potestades con las que incide en la esfera jurídica del particular; es el ente

⁶³² MONTIEL, F., “El ciudadano y el administrado”, en *RAP* núm. 48, 1965, págs. 128 y 129.

⁶³³ SERRANO GUIRADO, Voz “Administrado”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo II, 1983, pág. 379.

que administra, de donde resulta que el sujeto privado es un ente que ostenta una posición pasiva, que es «administrado»⁶³⁴.

El carácter peyorativo o negativo asociado al término “administrado”, en cuanto que parece indicar una situación de pasividad y de sometimiento frente a la actuación de las Administraciones públicas, destacado desde hace ya muchos años por la doctrina⁶³⁵, llevó a que, durante la elaboración de la LRJAP se discutiera la elección del término “ciudadano” en lugar de “administrado”, sobre todo a la hora de redactar, como se hizo, una tabla de derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas.

Si bien la doctrina es coincidente a la hora de resaltar el hecho de la caracterización negativa del concepto “administrado”, no obstante se señala también su utilidad a la hora de la determinación del contenido del concepto, frente a los problemas que, como hemos visto, da lugar el término ciudadano,

⁶³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit. pág. 864 y 865.

⁶³⁵ SANTAMARÍA PASTOR es muy crítico con este concepto, que considera “ambiguo y discutido” por varias razones: porque no cubren todos los supuestos de contraparte de la Administración (personas jurídicas, otras Administraciones), pero fundamentalmente porque “es rigurosamente inexacto considerar a ésta [la persona física privada] como un mero sujeto pasivo de las potestades de la Administración (posición ésta que insinúa el participio, con el que se le designa, de «administrado»)). Quizás esta calificación pudiera estar parcialmente justificada en el Estado absoluto, frente a cuyo poder omnímodo el súbdito -esto es, el sometido- se hallaba en una posición de completa menesterosidad y disponibilidad, sin poder ejercer frente al mismo más que puros derechos privados, cuya garantía judicial efectiva era, de hecho, inexistente o problemática. Hoy, dos siglos después de la Revolución Francesa, esta visión es manifiestamente deformadora; no se trata, sólo, de que el súbdito haya ascendido a la condición de ciudadano y participe activamente en el proceso de designación y control de sus gobernantes. La persona privada es hoy titular de situaciones jurídicas activas o de poder frente a la Administración: potestades, derechos, situaciones constitucionalmente garantizadas de libertad inmunes a la acción de los poderes públicos. [...] Más aún: incluso en las relaciones jurídicas generadas por el ejercicio de las potestades más directas y enérgicas de la Administración, el sujeto pasivo ostenta posiciones activas o de poder. [...] Así las cosas, cabe dudar más que razonablemente de la validez de esta noción, cuya única virtualidad es la de ser un mero artificio semántico del lenguaje normativo.[...] Como concepto jurídico es inútil, por la misma heterogeneidad potencial de su contenido”. En *Fundamentos...*, op. cit. págs. 865 y 866.

que carece de univocidad de significados. Esta parece ser la postura de EMBID IRUJO, para quien “se quiera o no, el concepto de administrado difícilmente desaparecerá de nuestro ordenamiento jurídico –y con él y por pura lógica de la doctrina y de la jurisprudencia- en cuanto que es la misma Constitución nada menos, y a despecho de una futura e hipotética reforma que afectara a esta denominación, quien lo utiliza [art. 149.1.18.^a CE]”⁶³⁶. Para este autor, “el término «administrado» sigue teniendo una funcionalidad clara, puesto que el ordenamiento jurídico postconstitucional, con la CE a la cabeza, ha continuado utilizando el término administrado con naturalidad, incluso hasta el mismo presente, en normas que aparecen en los mismos tiempos de la elaboración parlamentaria de la Ley 30/1992”⁶³⁷.

Al respecto de la referencia al término “administrado” por el art. 149.1.18.^a CE, el autor hace dos reflexiones que le llevan a opinar que esta expresión nada tiene que ver con el carácter pasivo o subordinado que se tiende a otorgarle. La primera es que en la Constitución, en la que se utiliza el concepto de ciudadano como titular de derechos y pretensiones frente a los Poderes públicos, se continúa usando el término administrado, en una convivencia que no parece suscitar chirridos en ningún momento. Y la segunda es que el concepto administrado aparece vinculado a un elemento garantizador, la preservación del principio de igualdad en la posición de los administrados respecto a las Administraciones Públicas. “No es cierta, por tanto –concluye el autor- contra lo que normalmente se indica, esa carga de subordinación pasiva, del término administrado”⁶³⁸.

⁶³⁶ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, op. cit. pág. 36.

⁶³⁷ *Ibidem*, pág. 38.

⁶³⁸ *Ibidem*, pág. 40. De hecho, el autor considera que el uso del término administrado tiene claras virtualidades prácticas frente al de ciudadano, que presenta ciertas insuficiencias para cubrir a todos aquellos que se relacionan con las Administraciones públicas y que dicho concepto se sigue usando en la legislación actual en un modo que no puede considerarse ni peyorativo ni reflejo de una concepción de mero objeto de la actuación de las Administraciones públicas.

También S. MARTÍN-RETORTILLO destaca la utilidad –indudable- del uso de este término, para designar al titular de derechos subjetivos ante las Administraciones Públicas. “Se ha hablado –dice el autor- del status del administrado: terreno este último que ha sido cuestionado, no obstante no tener carácter peyorativo alguno. Ninguna minusvaloración representa en relación con el de ciudadano. En definitiva, expresa la posición del sujeto, del ciudadano mismo en sus relaciones con la Administración. Posición que, según se ha visto, no es meramente pasiva: [...] en su status confluyen además situaciones positivas que imponen actuaciones que igualmente es preciso tutelar”⁶³⁹.

B) La elección legislativa del término “ciudadanos” para designar a los titulares de los derechos del art. 35 LRJAP.

El tema de la elección entre uno y otro término tuvo su reflejo en el debate parlamentario para la aprobación de la LRJAP. Así, mientras que algunos diputados defendían la permanencia del término administrado, por entender que al sustituirse por el de ciudadano se reducía el ámbito de los sujetos que en dicho concepto se recogen y que excluiría a los extranjeros⁶⁴⁰,

⁶³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones...*, *op. cit.* pág. 297.

⁶⁴⁰ El Diputado Sr. Nadal y Malé (del Grupo parlamentario Convergencia i Unió) afirmó en el debate sobre el proyecto de Ley que “entendemos que el artículo 34 [35 en su redacción definitiva] sufre una pequeña limitación. Habla de los derechos de los ciudadanos, pero yo creo que sería mucho más conveniente hablar de los derechos de los administrados que de los ciudadanos, ya que el concepto es mucho más amplio que el del propio ciudadano”.

El Diputado Sr. Baltasar Albesa (del Grupo parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya), defendía una enmienda de su grupo por la que se pretendía añadir un segundo apartado al art. 34 del Proyecto –art. 35 en la redacción definitiva de la Ley- del siguiente tenor: “en los términos establecidos en el artículo 13 de la Constitución y en sus relaciones con las Administraciones Públicas, los extranjeros tendrán los mismos derechos señalados en el párrafo anterior” [enmienda núm. 80, Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, núm. 82-6, de 7 de mayo de 1992]. En su intervención en el debate, en defensa de dicha enmienda, la explicaba de la

el Gobierno defendía el proyecto de Ley y el cambio de terminología como un elemento claramente positivo y que no tenía por qué ser limitador de los derechos⁶⁴¹. Ciertamente, como se deduce del debate parlamentario, las posiciones de los diputados no estaban excesivamente alejadas en cuanto a los sujetos que entendían debían ser titulares de los derechos contenidos en el artículo 35 LRJAP, pero sí en cuanto a la interpretación que se debía hacer de la expresión “ciudadano”, en el sentido más estricto del término –el del

siguiente manera: “proponemos que se adicione un segundo apartado en el artículo 34 que establezca cuáles son las condiciones de acceso de los ciudadanos no españoles, es decir, los extranjeros, con relación a las administraciones públicas. En este sentido, por tanto, planteamos que en los términos establecidos en el artículo 13 de la Constitución, y en sus relaciones con las administraciones públicas, los extranjeros tendrán los mismos derechos señalados en el párrafo anterior. Entendemos que esta omisión que se produce crea una profunda inseguridad jurídica; por tanto, debe citarse claramente para subsanar esta anomalía producida». *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, págs. 14246 y 14247.

⁶⁴¹ El Diputado Sr. Mayoral Cortés (del Grupo parlamentario Socialista), en defensa del proyecto de Ley, contesta a las enmiendas presentadas por Convergencia i Unió e Izquierda Unida en los siguientes términos: “desde nuestro punto de vista, la expresión «ciudadano» no está considerada en su sentido estricto de ciudadano español, con los requisitos que se determinen para tener tal calidad, sino en el más amplio, comprensivo de todas aquellas personas que, encontrándose en nuestro país, tengan algún contacto con la Administración; razón por la cual el uso del término «administrado» no supone ampliación respecto a la palabra «ciudadano». Se pretende, por otra parte, evitar la utilización del término «administrado» por el proyecto, en la medida en que el sentido que tradicionalmente se le viene dando a dicha palabra ha consolidado una imagen de dependencia y subordinación del ciudadano respecto de la Administración, que es interés del Grupo socialista y del Gobierno eliminar. [...] Respecto a la enmienda del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya en cuanto a que el artículo 34 contemple los derechos de los extranjeros, nuestro planteamiento sería el siguiente. El procedimiento administrativo gira en torno al concepto de interesado y no al concepto nacional-extranjero. El artículo 34, letra a), del proyecto de ley se refiere a que los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos lo son básicamente en cuanto que interesados en ello. Por tanto los extranjeros podrán tener igualmente condición de interesados en tales procedimientos, si bien no es esta ley la norma adecuada para introducir menciones específicas sobre los derechos de los extranjeros». *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, pág. 14252.

carácter político del art. 23-⁶⁴², o en uno más amplio, defendido por el Gobierno “omnicomprensivo” de todas las situaciones que relacionan a los particulares con la Administración, aunque sin que dicha postura acabe de quedar clara, pues parece que incluye a todas las personas, en su condición de interesados en los procedimientos pero, sin que se especifique claramente esa postura de inclusión de los extranjeros por lo que se refiere a sus derechos como “ciudadanos” frente a la Administración, cuestión que el diputado socialista, como defensor del Proyecto, consideró que no tenía una sede adecuada en la Ley cuyo proyecto se discutía⁶⁴³.

⁶⁴² El Diputado Sr. Baltasar Albesa, en respuesta al Grupo socialista, refleja estas diferencias terminológicas en el siguiente sentido: “me ha parecido que el señor Mayoral, al contestar a una enmienda de Convergencia i Unió sobre el tema de los ciudadanos y a otra de Izquierda Unida, que hacía referencia a los derechos de los extranjeros, utilizaba un concepto contradictorio, bivalente, en este caso no en un sentido positivo, sino negativo. Nosotros cuando hablamos aquí de ciudadanos, lo hacemos en el concepto constitucional, que creemos es el admisible, según lo establecido en los artículos 9.1, 9.2, 23.2 y 105. Este último parece directamente aplicable, porque habla de algo que tiene que ver con esta Ley. Por tanto, nos parecía lógico que si estábamos hablando de ciudadanos, según el concepto constitucional del mismo, lógicamente, también era necesario hacer esta clarificación de los derechos que debían tener los extranjeros en relación con las administraciones públicas. Si no recuerdo mal, señor Mayoral, en el artículo 34, cuando habla de los derechos de los ciudadanos comienza diciendo: «Los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas...». Por tanto, creo que no cabe mayor opción que la interpretación de ciudadano en su sentido constitucional y, por tanto, no parecería ocioso hacer una referencia a que los extranjeros gozarán de las mismas condiciones en sus relaciones con las administraciones públicas”. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, pág. 14255.

⁶⁴³ Cerrando el debate, el diputado del Grupo socialista Sr. Mayoral, aclaraba la postura gubernamental de la siguiente manera: “Por último, Sr. Baltasar, he utilizado el término ciudadano en un sentido efectivamente omnicomprensivo. Es decir, un extranjero es un ciudadano ¡faltaría más!, es un ciudadano que a la hora de ejercer sus derechos tendrá que atenerse, también, a la normativa en vigor en cada uno de los estados, tanto el español como cualquier otro. He mencionado dos elementos de carácter jurídico que, a mi juicio, tienen bastante peso, para llegar a la conclusión de que esta ley no es la norma adecuada para introducir esas menciones específicas sobre los derechos de los extranjeros, en relación concretamente al punto de su presencia o actuación entre las administraciones. Primero, porque tiene que haber una ley orgánica, ya que se trata del desarrollo del artículo 13 de la Constitución y en esa ley orgánica es donde tenemos los elementos fundamentales

Se utiliza, por tanto, el concepto jurídico de ciudadano, de largo arraigo, con un significado distinto al que realmente tiene, para no utilizar el término “administrado”, mucho más preciso y ajustado a la realidad jurídica a la que se quiere aludir, como titular de derechos y de obligaciones frente a las Administraciones Públicas, por el carácter peyorativo que este término pudiera tener. La elección del legislador fue, en todo caso, de carácter político, pero que en nada ayuda a la comprensión de una realidad jurídica -la de las relaciones jurídicas entre los particulares y la Administración-, que quedaría mucho mejor reflejada con la utilización del término administrado que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, ha perdido totalmente su carácter peyorativo tras el reconocimiento expreso del mismo en el art. 149.1.18 CE.

3. Los sujetos activos del derecho de acceso en el art. 37 LJRAP.

Como hemos visto, el debate parlamentario no es excesivamente aclaratorio respecto de la interpretación que se deba hacer del término “ciudadano” como sujeto de los derechos ante la Administración enunciados en el art. 35 LRJAP, en general, y del derecho de acceso (art. 37 LRJAP) en particular, por lo que la incertidumbre que surge respecto de su interpretación, ha tenido eco en la doctrina.

A modo de síntesis de las principales posturas doctrinales respecto de esta cuestión podemos citar a SAINZ MORENO, quien considera la postura

que regulan la posición de los extranjeros en nuestro país. Segundo, porque, por otra parte, está el artículo 27 del Código Civil, donde creo que claramente se dice lo que posiblemente ustedes quisieran decir: que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en leyes especiales y en los tratados, que es una salvaguarda que encontrarán ustedes en la legislación de todos o en casi todos los países de la tierra”. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, págs. 14256 y 14257.

adoptada por la LRJAP de la siguiente manera: “La opción de la L.A.P. [LRJAP] por la expresión «ciudadano» en lugar de la de «administrado» muestra el propósito del legislador de destacar la relevancia que los derechos y deberes fundamentales de la persona, garantizados e impuestos por la Constitución, tienen ante la Administración Pública. Es cierto que, técnicamente, la noción de ciudadano no es quizá plenamente adecuada para designar la posición que resulta de la relación con la Administración, pero la resonancia peyorativa que en el lenguaje ordinario tiene el concepto de «administrado» frente al de «ciudadano» justifica plenamente la decisión adoptada. La Constitución no ha eliminado el concepto de «administrado» (garantiza «a los administrados un tratamiento común» ante las Administraciones Públicas –artículo 149.1.18) pero utiliza el de ciudadano en sus normas más significativas (artículos 9, 18.4, 53.2, etc.) razón por la que la L.A.P. lo asume con carácter general al pretender ser, como ha dicho E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «el estatuto ordinario de los ciudadanos españoles»⁶⁴⁴.

Lo que parece poder deducirse, en cualquier caso, es que el concepto de ciudadano que se maneja en la LRJAP es muy similar al que tradicionalmente se ha venido utilizando de “administrado”⁶⁴⁵, aunque puede suscitar determinadas dudas por lo que se refiere al art. 37 LRJAP.

Esta claro que, como mínimo, el concepto de ciudadano que debemos manejar es aquél determinado por el Tribunal Constitucional que engloba tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Así lo avala, además de la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia relativa al derecho de acceso en la que en ningún caso se ha discutido la legitimación de

⁶⁴⁴ SAINZ MORENO, F. “Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P.” en *Administraciones públicas y ciudadanos*, coord. PENDÁS GARCÍA, Praxis, 1993, págs. 146 y 147.

⁶⁴⁵ Y que parte de la doctrina sigue utilizando (entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R: FERNÁNDEZ, *vid. Curso de Derecho Administrativo, op. cit.*), conforme, por otro lado, con el texto constitucional ex art. 149.1.18.^a CE.

las personas jurídicas como requirentes o solicitantes del derecho de acceso⁶⁴⁶.

Asimismo y a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht, creo que debemos entender que los ciudadanos europeos también deben tener reconocido el derecho de acceso, al menos en cuanto residentes, en virtud de lo establecido por el art. 17 TCE.

Lo que, a mi parecer, no queda tan claro es que puedan ser sujeto activo del derecho de acceso los extranjeros no residentes⁶⁴⁷. Ello, porque es difícilmente compatible que se establezca como sujeto del derecho de acceso a “los ciudadanos” y se dé después acceso universal, puesto que, en ese supuesto, el legislador, tanto constitucionalmente, como en la LJRAP, lo hubiera regulado de otra manera, haciendo alusión a “todos”⁶⁴⁸ o a “toda

⁶⁴⁶ Aunque luego se les haya podido denegar el acceso por falta de legitimación, pero debida a otras cuestiones. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del TSJ de Murcia 642/2001, de 2 de noviembre y 196/2004, de 30 de marzo, del TSJ de Valencia 839/1995, de 7 de noviembre y 1067/2004, de 23 de diciembre, del TSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2002, del TSJ del País Vasco 233/2003, de 28 de marzo, del TSJ de Cataluña 196/2005, de 4 de marzo o del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000. Cabe destacar, a este respecto, el reconocimiento de legitimidad como sujeto solicitante del derecho de acceso, de una Comunidad de propietarios (STSJ de Castilla y León 280/2003, de 10 de octubre).

⁶⁴⁷ Máxime cuando, como hemos tenido ocasión de ver anteriormente, de la regulación completa del art. 37 LRJAP se trasluce el carácter sumamente restrictivo de esta regulación. La doctrina lo ha resaltado en varias ocasiones –SANTAMARÍA PASTOR y PARADA, entre otros muchos- y en el propio debate parlamentario se señaló de manera muy gráfica por parte del Diputado del Grupo Izquierda Unida, el Sr. Baltasar Albesa: “se ha hecho un artículo tremendamente limitativo. Tras cada enunciado de derecho existe un conjunto o una retahíla de condicionantes para su ejercicio. [...] entendemos que no puede limitarse el artículo 105 b) de la Constitución que, en todo caso, evidentemente marca una serie de aspectos fundamentales. Creemos incluso que en este caso se podría rozar la inconstitucionalidad por limitación de este artículo. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, pág. 14246.

⁶⁴⁸ Como se hace en otros artículos de la Constitución o, relacionado con el derecho de acceso, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

persona física o jurídica”⁶⁴⁹. Y es que, frente a otros ordenamientos jurídicos, en los que se reconoce el derecho de acceso a todas las personas independientemente de su nacionalidad, capacidad de obrar o vinculación con los poderes públicos, el derecho de acceso en España se concibe de los ciudadanos-administrados, respecto de la documentación contenida en registros o en expedientes conservados en archivos de la Administración⁶⁵⁰.

Ahora bien, si el sentido fundamental de la regulación, aparte de la realización del principio de transparencia, es la posibilidad de que los ciudadanos defiendan sus derechos en relación con la Administración –pues, si no, no se entiende como veremos, la exigencia de un “interés legítimo y directo” para acceder a los “documentos de carácter nominativo” del art. 37.3 LRJAP y del resto de restricciones y legitimaciones precisas que se exigen a los solicitantes para estimar su pretensión de acceso-, habrá que entender que en algunos casos los extranjeros deberán poder acceder a la información existente en documentos administrativos –siempre, claro está, que cuenten con la legitimación necesaria para ello y que no concurra ninguna causa de excepción-, en defensa de sus intereses legítimos, pues en el caso contrario

⁶⁴⁹ Como se establece en el Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

⁶⁵⁰ No se trata de un derecho a la información o de un derecho a saber (*right to know*) frente a la información del gobierno o de los poderes públicos en general, sino el derecho de los ciudadanos a conocer la actuación de la Administración. Como reflejo de los principios democrático, de participación y de transparencia –como han repetido numerosas veces la jurisprudencia y la doctrina– se trasluce en el ejercicio de un derecho a conocer la actuación de la Administración, de servicio público, de sus relaciones con los ciudadanos, de su gestión del presupuesto del Estado. Derecho que, por supuesto, trasciende el carácter subjetivo de defensa de los derechos e intereses legítimos y que supone también una esfera de control y participación, pero no en los términos que se entiende al hablar de la “libertad de información” o de “derecho de la información”.

podría darse la circunstancia que se violara su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en concordancia con el art. 24 CE⁶⁵¹.

Así lo entiende, por ejemplo, PAREJO ALFONSO, para quien “todos los extranjeros, incluidos los no residentes e, incluso, los que estén aún fuera del territorio nacional, pueden ser, sin embargo, destinatarios de la actividad de la Administración y entrar, así, en una concreta relación con ella. [...] Tal relación determina su interesamiento en la referida actividad y su resultado, en cuanto ésta puede afectar a su esfera de derechos e intereses legítimos. Y

⁶⁵¹ No obstante, no hay jurisprudencia al respecto, pues en toda la que tenemos constancia relacionada con el derecho de acceso, no se ha dado ningún caso en el que el solicitante fuera extranjero. Sin embargo, se deben recordar las importantes Sentencias del Tribunal Constitucional 19/1983, de 14 de marzo y 53/1983, de 20 de junio que, aunque refiriéndose al reconocimiento de los derechos fundamentales –y del consiguiente recurso de amparo conforme al art. 53.2 CE- de las personas jurídicas, se pronuncian de manera general sobre el art. 24.1 CE y la STC 64/1988, de 12 de abril, con carácter más general, respecto del reconocimiento no sólo a los ciudadanos del art. 53.2 CE. Dice el Tribunal Constitucional al respecto que “basta con leer los artículos 12 a 29 para deducir el sentido del artículo 53.2, que es el afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales libertades y derechos, es decir, que todos los ciudadanos son titulares de los mismos, pero sin que ello limite la posible titularidad por otras personas. [...] Existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como «las comunidades» -art. 16-, las personas jurídicas –art. 27.6- y los sindicatos –art. 28.2-; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal –art. 17- y el derecho a la intimidad familiar –art. 18-, y, por último, en algún supuesto, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión «todas las personas» que utiliza su artículo 24. Pues bien, la expresión «todas las personas» hay que interpretarla en relación con el ámbito del derecho de que se trata, es decir, con la «tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», que comprende lógicamente, en principio, a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso”. (F.J 2, STC 19/1983, de 14 de marzo).

Razonamiento que se puede completar de la siguiente manera “puede afirmarse que el artículo 24.1 comprende en la referencia «a todas las personas», tanto a las físicas como a las jurídicas, y siendo esto así una interpretación aislada del artículo 53.2 que limitara a la persona individual esa tutela reforzada [...] implicaría con este recorte al sistema de defensa de un derecho fundamental, una conclusión contraria a lo que resulta –además del art. 24.1- del art. 162.1 b) de la CE” (F.J. 1, STC 53/1983, de 20 de junio).

en ella comparecen desde luego ya con todos los derechos y las libertades que la Constitución reconoce a todos, es decir, a las personas por su condición de tales, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva (dada la redacción literal del artículo 24.1 CE). Esta sola circunstancia, en la medida en que en el caso de la actuación administrativa dicha tutela se presta bajo la forma de control *ex post*, implica el derecho a impugnar en vía administrativa la correspondiente decisión y éste, a su vez, el de intervenir y ser oído en el procedimiento concluido por la misma, así como, desde luego, el de iniciar tal procedimiento (cuando la actuación administrativa deba desencadenarse legalmente a solicitud de interesado). Quiere decirse, pues, que la noción de administrado, como equivalente a destinatario de una concreta actividad administrativa e interesado en ella y, por ello, parte en un procedimiento asimismo administrativo es, al mismo tiempo, más estricta y más extensa que la de ciudadano. Pues exige desde luego una concreta relación con la Administración (más precisamente: con el objeto de una determinada actividad de ésta), pero comprende tanto a los ciudadanos nacionales, como a los extranjeros”⁶⁵².

⁶⁵² PAREJO ALFONSO, L., “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, en *Administraciones públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coord. Álvarez Conde, INAP, 1998, págs. 539 y ss.

En el mismo sentido ELENA CÓRDOBA, considera que “puede afirmarse que la posición de sujeto activo o titular de los derechos depende más de la posición de quien pretende ejercerlos y del tipo de relación en que tales derechos pretenden ejercerse que de la condición personal –ciudadano o no- del sujeto. [...] El concepto estricto de ciudadano no incluiría en principio a los extranjeros, con la parcial excepción de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea [...]. No obstante, como resulta de la propia formulación de los derechos, su titularidad resulta más de circunstancias previas que de circunstancias estrictamente personales. [...] Hemos de concluir, por tanto, que la LRJAP utiliza un concepto de ciudadano que fácilmente puede identificarse con el más amplio de persona, y que incluye a aquellas que no tengan la nacionalidad española. Cuestión distinta es que el ejercicio de muchos de los derechos, debido a su propia definición, sólo resulte posible por aquellas personas en las que concurra la condición de interesado, o en el seno de relaciones específicas con

Por todo lo anterior, sorprende que los titulares del derecho de acceso regulado por el art. 37 LRJAP sean los ciudadanos, sin ninguna otra concreción. Creo que la mención que dicho artículo hace a los mismos, debe entenderse –como ya se ha argumentado al hablar de la tabla de derechos prevista por el art. 35 LRJAP, del que el derecho de acceso forma parte– como una opción política cuya finalidad era la huir de la utilización del término administrado, por el carácter peyorativo que el mismo pudiera tener. Sin embargo, dicho término, además de ser mucho más preciso en relación con la finalidad con la que se reconocen los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, ha quedado constitucionalizado por el art. 149.1.18 CE⁶⁵³.

4. Algunos sujetos especiales del derecho de acceso.

A). Sujetos cualificados del derecho de acceso.

Junto a los ciudadanos en general, que reitera el art. 37 LRJAP en desarrollo del citado art. 105 b) CE, aparecen no obstante otros sujetos, que podríamos llamar especiales o cualificados, para los que el ordenamiento jurídico establece regímenes diferenciados –y normalmente privilegiados– de acceso, cuya base constitucional se encuentra anclada, en algunos casos, en el

una Administración Pública. ELENA CÓRDOBA, A., “De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración”, en *Administraciones públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coord. ÁLVAREZ CONDE, INAP, 1998, págs. 559 y ss.

⁶⁵³ Es más, sólo si se interpreta la referencia a los ciudadanos por el art. 37 LRJAP en el sentido anteriormente indicado –no olvidemos, además, que en el ámbito local, como veremos, los sujetos del derecho de acceso son los vecinos, que no tienen por qué ser ciudadanos–, son comprensibles los estrictos requisitos de legitimación activa exigidos por los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP.

mismo art. 105 b) CE o en otros preceptos constitucionales (art. 23.3, 54, 109 o 120 CE).

El art. 37.6.f) LRJAP establece que “se regirán por sus disposiciones específicas: el acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local”, remitiendo la regulación del derecho de acceso de los cargos representativos electos a sus propios estatutos o disposiciones, esto es, los Reglamentos del Congreso, del Senado y de las Asambleas de las Comunidades Autónomas, cuando se trate de diputados, senadores o parlamentarios autonómicos, respectivamente, y a la LBRL, el ROF en desarrollo de ésta y los Reglamentos orgánicos de las Entidades Locales, para el caso de los representantes de las Corporaciones Locales, por otro lado.

No obstante, si está claro que los cargos electos gozan de un régimen específico y privilegiado de acceso, lo que no está tan claro es que el fundamento jurídico del mismo se encuentre en el ejercicio del derecho de acceso previsto para los ciudadanos por el art. 105 b) CE: la jurisprudencia constitucional, la del Tribunal Supremo y del resto de órganos jurisdiccionales, encuentran el apoyo del acceso de los cargos representativos –en su condición de tales, aparte de cómo ciudadanos, por supuesto- en otro derecho, éste de carácter fundamental y por lo tanto mucho más protegido que el previsto por el art. 105 b) CE, esto es, el art. 23.2 CE, que prevé el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes y que entronca, a su vez, con el derecho de participación enunciado en el art. 23.1 CE. Este derecho fundamental, según ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional, contiene no sólo la facultad de acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos representativos, sino que también protege el derecho a

mantenerse en el cargo y a llevar a cabo las tareas propias del mismo sin perturbaciones ilegítimas (SSTC 10/1983, de 21 de febrero, 161/1988, de 20 de septiembre, 79/1989, de 27 de abril o 225/1992, de 14 de diciembre, entre otras muchas), de manera que el derecho de acceso a la información se ha reconocido una y otra vez como parte del *ius in officium*, del estatus de los cargos parlamentarios, que se encuentra integrado en el derecho reconocido por el art. 23.2 CE y, por tanto, la violación del mismo supone la vulneración de un derecho fundamental⁶⁵⁴.

Además, por lo que se refiere a los diputados y senadores, la base constitucional de su derecho de acceso se encuentra asimismo encuadrada en el art. 109 CE que dispone que “las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Con la posibilidad, por tanto, de acudir al Tribunal Constitucional en amparo, vía a la que no cabe acudir cuando el derecho violado es el reconocido por el art. 105 b) CE.

⁶⁵⁵ Se trata éste, de un tema muy interesante y de gran relevancia que ha sido tratado en profundidad por la doctrina. Entre otros, cabe destacar los trabajos de SAINZ MORENO y ARAGÓN REYES en la obra colectiva *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994; MANCISIDOR ARTARAZ, E. “El derecho de los parlamentarios a recabar información (comentario a la STC 161/1988, de 20 de septiembre)” en *RVAP*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1989, págs. 161 y ss; SAINZ MORENO “Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa” en *RAP*, núm. 115, enero-abril 1988, págs. 233 y ss; LAVILLA RUBIRA; J.J. “Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría, tomo III, op. cit.* págs. 2003 y ss.; COBREROS MENDAZONA, E. “El «status» parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, *idem*, págs. 2125 y ss; EMBID IRUJO “El derecho a la información del Parlamento y de los Parlamentarios. Nuevas reflexiones a la luz de las innovaciones del ordenamiento jurídico” en el *Anuario Jurídico de la Rioja*, 1996, págs. 289 y ss., entre otros.

B) Los sujetos del derecho de acceso en el ámbito local.

El derecho de acceso presenta, en el ámbito local, ciertas peculiaridades por lo que respecta a los sujetos activos que son de interesante consideración en este punto.

Son los arts. 18 y 70 LBRL los que se encargan de enunciar este derecho disponiendo el primero de ellos que entre los derechos y deberes de los *vecinos* se encuentra el de “ser informado, previa petición razonada y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución” [art. 18 e) LBRL]; mientras que el segundo completa la regulación estableciendo que “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, párrafo 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” [art. 70.3 LBRL].

Aunque la LBRL se remite, en general, por lo que respecta al derecho de acceso, a la legislación de desarrollo del art. 105 b) CE, plantea desde el punto de vista subjetivo, ciertas variaciones respecto de esta, sobre todo por la referencia que se hace a los “vecinos”, en el art. 18 e) de dicha Ley. La doctrina ha interpretado al respecto que, la complementariedad existente entre ambos artículos –18 y 70.3- determina que, en principio, se ha de entender que están legitimados para ejercer el derecho los ciudadanos en general, en cuanto que concepto más amplio que el de vecino, por lo que se refiere al ámbito territorial.

No obstante, dicha complementariedad debería operar en un doble sentido: bien para ampliar la titularidad del derecho a los ciudadanos en cuanto tales, pero también para que sea reconocido dicho derecho a los “vecinos”, que sin ser ciudadanos –en el sentido del concepto que venimos utilizando-, residen en el Municipio y que ven así reconocido un derecho que, de otra manera, pudiera serles denegado.

JIMÉNEZ PLAZA⁶⁵⁶ estudia la disyuntiva que establece la LBRL al reconocer el derecho de acceso, por un lado, a todos los ciudadanos (art. 70.1) y, por otro, a los vecinos [18.1.e)], concluyendo que debe entenderse que la noción de vecino es complementaria a estos efectos de la de ciudadano, por la obligación que pesa sobre todas las personas que viven en España de inscribirse en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente (art. 15 LBRL), de manera que la falta de cumplimiento de la obligación de inscripción en el padrón determina que se carecerá de la consideración de vecino y, por tanto, se carecerá del derecho de acceso a la información municipal. Sin embargo, considera que la exigencia del requisito de ser “vecino” para poder acceder a la información no legitima sólo para el acceso a la información del municipio del que se es efectivamente vecino, sino que le confiere legitimación bastante para acceder a la información de cualquier otra Administración local, solución a la que llega la autora argumentando que se trata de “una interpretación *ex constitutione* [art. 105 b)] del concepto de vecino a los efectos del derecho de acceso, que permita salvar la incoherencia de una limitación del mismo por razones geográficas, y en definitiva, que viniera a vaciar de contenido la efectividad del derecho de acceso una vez que el vecino hubiera cruzado las fronteras de su término municipal”.

Por lo que se refiere al derecho de acceso a la información municipal por parte de los miembros de las Corporaciones locales, de nuevo nos

⁶⁵⁶ JIMÉNEZ PLAZA; I., *El derecho de acceso a la información municipal*, Madrid, Iustel, 2006..

encontramos ante el mismo derecho instrumental esencial para el ejercicio del derecho fundamental que les reconoce el artículo 23.2 CE, pues para garantizar la participación en los asuntos públicos a través del acceso -y el ejercicio que lleva implícito- a las funciones públicas en condiciones de igualdad, resulta imprescindible que quede garantizado un derecho general de acceso a la información municipal, a los antecedentes y datos necesarios para que los miembros de las Corporaciones locales puedan ejercer eficazmente las funciones propias de su cargo⁶⁵⁷.

Se trata, en todo caso, de un derecho de carácter individual y personal de todos los miembros de las Corporaciones Locales (y no sólo de los concejales y diputados provinciales), pero que se configura por el artículo 77 LBRL no sólo como una facultad sino que a su vez lleva aparejado el deber de estar debidamente informado para poder desempeñar con eficacia sus funciones. Será, para estos casos concretos, el alcalde o el Presidente de la Diputación provincial quien deba resolver de manera motivada, autorizando o denegando el acceso, siendo su decisión de carácter reglado.

C) Los sujetos del derecho de acceso en la Ley del Patrimonio Histórico Español.

El art. 37.6 g) LRJAP establece que “se regirán por sus disposiciones específicas: la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos

⁶⁵⁷ Este derecho, como elemento esencial configurador del *ius in officium* de los cargos representativos, entre los que debemos contar no sólo a los diputados y miembros de Asambleas parlamentarias, sino también a los concejales y que integra el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política ex art. 23 CE, tal y como hemos visto en el apartado anterior, ha sido también muy estudiado. Al respecto, resultan de gran interés, entre otros, los siguientes trabajos: PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Cívitas, 1992; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Los concejales y el acceso a la información*, Comares, 2003; o, JIMÉNEZ PLAZA; I., *El derecho de acceso a la información municipal*, Madrid, Iustel, 2006

Históricos”. Aunque más adelante⁶⁵⁸ nos ocuparemos de este apartado sexto del art. 37 LRJAP, por las remisiones que el mismo hace a otros regímenes sectoriales que quedan, por tanto, excluidos de la aplicación de dicho artículo, sí vamos a referirnos brevemente a los sujetos por lo que se refiere a los archivos históricos, dada la interconexión importantísima que existe entre éstos y los archivos administrativos y que ha sido objeto de estudio en el capítulo relativo al régimen jurídico de los mismos.

La LHPE, norma en la que se regulan los archivos que forman parte del Patrimonio Histórico español, regula en dos artículos distintos la consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español (art. 57) y el acceso a los archivos de titularidad estatal (art. 62), siendo muy generoso respecto de los primeros, ya que establece que son, con carácter general, de libre consulta, y sin mediar ninguna especificación respecto de los sujetos activos⁶⁵⁹. No obstante, la aparente generosidad de esta regulación se desvanece cuando en su artículo 62 determina que “la Administración del Estado garantizará el acceso de *todos los ciudadanos españoles* a los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, sin perjuicio de las restricciones que, por razón de la conservación de los bienes en ellos custodiados o de la función de la propia institución, puedan establecerse”. Si, como hemos tenido oportunidad de ver *ex ante*, dicho patrimonio documental, cuando tiene carácter administrativo, se encuentra recogido en archivos, entonces nos encontramos con que la regulación que lleva a cabo la LPHE se encuentra, por lo que se refiere a los sujetos activos, alineada con el art. 105 b) CE y el art. 37 LRJAP en su referencia a los ciudadanos, aunque en este caso es más restrictiva aún, al hablar de “ciudadanos españoles”.

⁶⁵⁸ *Infra*, Capítulo 8, apartado IV.

⁶⁵⁹ Aunque sí establece muchas restricciones en función de la naturaleza y contenido de los documentos, así como de la legitimación necesaria para su consulta.

D) Breve referencia a los sujetos activos del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.

La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que ha venido a sustituir a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre y que transpone, entre otras, una Directiva europea, la 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental, es paradigmática por encontrarse en las antípodas de la regulación que nos ocupa.

Dicha Ley, siguiendo los dictados de la Directiva, reconoce el derecho de acceso -si bien restringido al ámbito de la información relativa al medio ambiente- a “todos”, sin llevar a cabo ninguna otra concreción. También se habla del derecho de acceso del “público” entendido este como “cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación” (art. 2.1) y sin necesidad de legitimación alguna puesto que dicho derecho puede ejercerse “sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado, cualesquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede”.

Se establece por tanto, en el ámbito del medio ambiente, un derecho de información concebido de la manera más amplia posible que contrasta, de la manera más radical, con el derecho de acceso en su regulación por la LRJAP⁶⁶⁰.

⁶⁶⁰ Esta amplitud en la delimitación del sujeto activo del derecho de acceso a la información medioambiental viene determinada, de forma obligatoria, por las Directivas comunitarias sobre la materia, mucho más aperturistas que la legislación española. Por ello, ya tras la aprobación de la primera Directiva en 1990 sobre la materia, fue necesario dictar una Ley específica, la mencionada Ley 38/1995 –ahora derogada por la Ley 27/2006–, para dar cabida a un reconocimiento subjetivo del derecho que no tenía cabida en el derecho de acceso previsto por la LRJAP, mucho más restringido.

5. La legitimación exigida para el ejercicio del derecho de acceso.

La cuestión de la legitimación exigida para el ejercicio del derecho de acceso ha sido un tema esencial a tener en cuenta por la legislación de desarrollo del art. 105 b) CE, desde que la ya muchas veces aludida Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 caracterizara al derecho de acceso como un derecho constitucional de configuración legal necesitado de desarrollo legislativo para su efectivo ejercicio.

Dicha Sentencia señalaba como uno de los elementos esenciales a la hora de desestimar el recurso, la legitimación necesaria para ello –haciendo referencia, claro está, a la anterior legislación, la Ley de Procedimiento Administrativo- estableciendo que “la legitimación para intervenir como interesado en un procedimiento administrativo sólo se reconoce a los que ostentan derechos que resultaran directamente afectados por la decisión, y, a los *portadores de intereses legítimos, personales y directos*, pero, para que éstos segundos, es decir, los titulares de intereses, la Ley les reconozca legitimación, o sea, el carácter de interesados legítimos, se requiere que se personen en el procedimiento, antes de recaer resolución definitiva”. (Considerando 3.º).

Pues bien, si frente a la doctrina del Tribunal Supremo, como hemos tenido oportunidad de ver, el art. 37 LRJAP, que es el encargado del desarrollo legislativo del derecho de acceso previsto por el art. 105 b) CE, establece en su apartado primero como titulares del mismo a “los ciudadanos”, entendidos *uti universi* y no *uti singuli*⁶⁶¹, esto es, como meros ciudadanos sin necesidad de cualquier otro requisito o legitimación, esa idea

⁶⁶¹ POMED, *El derecho de acceso...*, op. cit. pág. 153 . En el mismo sentido, CASTELLS y ÁLVAREZ RICO.

se desvanece rápidamente ante la lectura de los siguientes apartados de dicho artículo 37 LRJAP.

Frente a otras legislaciones en el derecho comparado –EEUU, o la misma Unión Europea, ratificada por numerosa jurisprudencia del TJCE, que ya hemos tenido la oportunidad de analizar-, en las que explícitamente se establece que no es necesario acreditar ningún tipo de interés a efectos del ejercicio del derecho de acceso, así como frente a la legislación sectorial medioambiental en nuestro propio ordenamiento jurídico, que tampoco exige la acreditación de interés alguno, la lectura de los apartados 2, 3 y 4 del art. 37 LRJAP revela cómo los casos en los que bastará acreditar la condición de ciudadano para ejercitar el derecho de acceso se reducen considerablemente, estableciéndose un régimen de legitimación activa tan estricto⁶⁶², que ha llevado a parte de la doctrina a calificar el régimen jurídico del derecho de acceso de raquíto, extremadamente limitado⁶⁶³ e, incluso, de dudosa constitucionalidad.

⁶⁶² MESTRE DELGADO habla, por su parte, de “régimen peculiar de legitimación activa, frente al general reconocido en nuestra Ley de Procedimiento Administrativo y Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Para el autor “no es discutible la afirmación de que el artículo 105 b) de la Constitución reconoce un derecho de acceso a los ciudadanos, incluyendo en este concepto tanto a las personas físicas como a las jurídicas. De esta forma, es claro que su interés por actuar, pidiendo el acceso a los registros y archivos, se encuentra reconocido constitucionalmente, en estos términos, sin que sea preciso probar o acreditar interés añadido alguno, de tal forma que no es aplicable al ejercicio de este derecho la suerte de limitaciones que derivan de los criterios de legitimación activa reconocidos en nuestra legislación”, aunque el autor, siguiendo la legislación francesa en este caso, hace salvedad de los documentos nominativos, “cuyo régimen es diferente” – dice- por lo que habrá que deducir que, para estos casos sí concluye que es necesaria una cierta legitimación. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, op. cit. pág. 197.

⁶⁶³ POMED SÁNCHEZ resume al respecto que “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

A) La legitimación exigida en el art. 37.2 LRJAP.

En primer lugar, el apartado segundo del art. 37 LRJAP establece que “el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inconexos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los distintos procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno”, reduciendo, de esta manera, la posibilidad del ejercicio del derecho de acceso a las personas cuya intimidad se vea afectada por dichos documentos, de cuyos datos podrán, según el precepto, pedir que sean rectificadas o completados en ciertos casos⁶⁶⁴.

Si bien en un principio este apartado parece contener la limitación relativa a la intimidad de las personas establecida por el art. 105 b) CE y tratarse por tanto de una limitación constitucionalmente correcta, la redacción de este precepto establece determinadas dudas, que podrían llevar a determinados excesos y defectos en la aplicación de la limitación.

De un lado, el precepto habla de “datos referentes a la intimidad de las personas” lo que lleva inevitablemente a relacionar el mismo tanto con el art. 18.4 CE, como con las Leyes Orgánicas de protección de datos. La doctrina ya señaló con reiteración en su momento lo sorprendente que resultaba el hecho que la LRJAP no estuviera coordinada en este punto con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal [LORTAD], cuya tramitación

sorprendente resultado de que la regla general resulta ser justamente la negación del derecho y lo excepcional su hipotético ejercicio”. En “El acceso a los archivos administrativos...” *op. cit.*

⁶⁶⁴ Se trata, por tanto, de una concreción de lo que se ha venido a llamar “habeas data” o “autodeterminación informática”.

parlamentaria tuvo lugar de manera paralela y más sorprendente aún resulta que no exista tampoco ninguna conexión establecida entre este precepto y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal [LOPD], que vino a sustituir a la anterior legislación y que data precisamente del año en que se llevó a cabo la reforma de la LRJAP, por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Si bien nos volveremos a referir a este apartado al estudiar los límites del derecho de acceso, es necesario hacer referencia al mismo por lo que se refiere a la legitimación necesaria que exige la Ley a la hora del ejercicio del derecho de acceso. Pues bien, en el caso de que los documentos cuyo acceso se solicite contengan estos datos referentes a la intimidad, éste queda restringido exclusivamente a las personas a las cuáles hagan referencia dichos datos, excluyendo a cualquier otra.

El problema fundamental por lo que se refiere a este punto, consiste en la determinación de qué datos se pueden considerar como atinentes a la intimidad personal y cuáles quedan excluidos. A estos efectos, la doctrina en general se remite a la jurisprudencia constitucional establecida en torno a la protección del derecho a la intimidad, para la especificación de los límites a partir de los cuáles juega dicha intimidad. Esta delimitación debe hacerse teniendo en cuenta dos factores que deberán ser, en todo caso, ponderados, puesto que la intimidad personal como límite del derecho constitucional del art. 105 b) CE debe ser interpretada restrictivamente, pero, al tratarse a su vez de un derecho fundamental (art. 18.1 CE), este último será, en todo caso, prevalente sobre el derecho de acceso.

No obstante, la determinación de qué debe entenderse en el art. 37.2 LRJAP no parece fácil de realizar y las posturas en torno a esta cuestión no son unánimes: mientras que para algunos autores prácticamente cualquier dato en manos de la Administración, relacionado o que se pueda relacionar con una persona entrará en la categoría de dato referente a la intimidad de las

personas, para otros los datos personales que pueda manejar la Administración no pueden entenderse como datos referentes a la intimidad. En esta línea parece situarse PARADA VÁZQUEZ, para quien no está claro qué debe considerarse como “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”. Para el autor, dichos datos no deberían estar en manos de las Administraciones Públicas, puesto que se trata de “una barrera que no pueden flanquear los funcionarios, que no interesa ni puede interesar a los procedimientos administrativos [...] son tan reservados, jurídicamente tan protegidos y tan irrelevantes para la actividad administrativa que ni podrán ni serán normalmente objeto de los procedimientos administrativos”⁶⁶⁵. Esta postura, creo yo, no es sostenible, porque la realidad de los hechos es que la Administración maneja, en su actividad administrativa de servicio de los intereses generales y de los ciudadanos, numerosos datos e informaciones que sin duda afectan a la intimidad de las personas.

Por ello, la ponderación entre ambos derechos –derecho de acceso y a la intimidad- tampoco resulta fácil de llevar a cabo. POMED SÁNCHEZ recrimina al legislador que la previsión hecha por el art. 37.2 LRJAP es “notablemente más restrictiva que la contenida en el art. 57.1.c) LPHE, pues ni tan siquiera mediando consentimiento expreso del afectado cabrá acceder a esta documentación cuando se contenga en los archivos y registros a los que sea de aplicación [...]. Se ignora así un interesante y valioso antecedente legislativo que en modo alguno podría considerarse –al margen ahora de toda la problemática que pueda suscitar la renunciabilidad al ejercicio de los

⁶⁶⁵ PARADA VÁZQUEZ, “Régimen jurídico de las Administraciones públicas...” *op. cit.* pág. 158. El autor elucubra sobre cuáles puedan ser estos datos y considera que el ejemplo que se pudiera dar son los datos sanitarios, porque no tienen por qué serlo los datos fiscales que son datos sencillamente económicos, ni los datos referentes a la religión, opiniones políticas o cualesquiera otras sobre los que pudiera originarse alguna discriminación constitucionalmente prohibida.

derechos fundamentales- que afectaba al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar⁶⁶⁶.

La jurisprudencia ha interpretado este apartado en pocas ocasiones, pero es de destacar a este respecto la Sentencia del TSJ de Galicia 271/1998, de 28 de abril, por la que se estima la petición de acceso, al interpretar de manera restrictiva la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 37 –como, por otra parte, hemos señalado que se deben de aplicar, en general, las limitaciones del derecho de acceso-, de manera que, sólo será de aplicación cuando realmente se trate de datos que afecten a la intimidad personal y no a otros datos personales, por lo que, cuando ese requisito de legitimación especial desaparece, habrá que entenderse de aplicación el apartado 3 del mismo artículo que pasamos a analizar a continuación⁶⁶⁷.

B) La legitimación exigida en el apartado 3 del art. 37 LRJAP.

Si, como decíamos, el art. 37.2 LRJAP establece más una limitación que la legitimación necesaria para el ejercicio del derecho de acceso, en el caso del apartado 3 de dicho artículo podemos hablar del caso prácticamente inverso: la legitimación que se exige es tal, que más que el establecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho, parece una limitación del mismo.

El art. 37.3 LRJAP establece 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

⁶⁶⁶ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos...”, *op. cit.* pág. 457.

⁶⁶⁷ El hecho que origina la Sentencia es la denegación por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social –así como, en vía de recurso, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- de una solicitud de certificación en relación con la situación profesional –en activo o jubilada- de la arrendataria de un local comercial. El TSJ de Galicia considera, sin embargo, que “el estar en activo una persona o incluso jubilada son situaciones que no forman parte del ámbito exclusivamente privado de la persona” (F.J. 2.º).

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”.

Este apartado ha sido, sin duda, uno de los más criticados por la doctrina, siendo calificado de “absolutamente incomprensible”⁶⁶⁸, de “precepto absolutamente ininteligible” en el que “no hay manera de entender lo que ha querido decir el legislador”⁶⁶⁹ “expresión alambicada”⁶⁷⁰ o de “puro y simple vaciamiento del derecho, [...] de constitucionalidad más que discutible”⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ SANTAMARÍA PASTOR, “Título IV de la Ley 30/1992” en *Comentario sistemático a la LRJAP*, *op. cit.* pág. 144. Dice al respecto el autor, que “los límites que establece el apartado 3, por su parte, no son de orden constitucional, sino estrictamente lingüístico: dicho en román paladino, el precepto es absolutamente incomprensible. En ausencia de ejemplos ilustrativos, que el legislador no se ha molestado en poner, es imposible averiguar a priori a qué quiere aludirse con expresiones como «documentos de carácter nominativo» (de los que no se sabe si se refiere a los que tienen un destinatario específico y determinado –p. Ej. Una multa-; ni tampoco si se quiere excluir a las comunicaciones internas entre órganos administrativos), «procedimientos de aplicación de derecho» (puesto que en todos los procedimientos administrativos se lleva a cabo, en mayor o menor grado, la aplicación de normas jurídicas) y documentos que «puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos» (expresión que sólo tiene algún sentido como equivalente a la de derechos constitucionales; pero no hay derecho constitucional que requiera de algún tipo de documento para su ejercicio)”.

⁶⁶⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, “Artículo 37” en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, *op. cit.* pág. 1027.

⁶⁷⁰ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, *op. cit.* pág. 101.

⁶⁷¹ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos”, *op. cit.* pág. 467. Dice el autor que “no es éste el único motivo que permite albergar dudas en torno a la constitucionalidad de precepto [además de la inclusión de la categoría de documentos nominativos, que –dice POMED- puede convertir el ejercicio del derecho en pura entelequia (*vid. infra*)]. Así, se establece el secreto en todo caso de los expedientes sancionadores y disciplinarios, algo que ni tan siquiera existe en el proceso penal [...]. 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

La doctrina también es coincidente en afirmar que la incorporación de la categoría de “documentos nominativos” que, por otra parte, la norma no define en ningún momento, es un intento de transposición al ordenamiento español del sistema francés de acceso a los documentos, pero que se ha llevado a cabo con muy poco acierto.

POMED SÁNCHEZ es, quizás, quien ha sido más crítico con este precepto. Para el autor “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 37.3 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.”⁶⁷².

a) La determinación del interés legítimo y directo.

Para acceder a estos “documentos nominativos”⁶⁷³ la Ley exige una legitimación que ha sido calificada por la doctrina, de manera cuasi unánime, como excesiva y resucitadora de una legitimación especial, ya que exige ostentar un “interés legítimo y directo”, cuando la jurisprudencia, a partir sobre todo de la aplicación del art. 24.1 CE, había desterrado esta noción de

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 exigen 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”.

⁶⁷² POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos”, *ibidem*.

⁶⁷³ De la determinación de los documentos nominativos nos ocuparemos más adelante, al hablar del objeto del derecho de acceso.

“interés directo” e incluso contradictoria con la propia LRJAP, que regula en su art. 31 los términos de la legitimación para formar parte de un procedimiento de manera mucho más generosa de lo que lo hace el art. 37.3 LRJAP⁶⁷⁴.

Ya señalaba POMED –antes de la aprobación de la LRJAP, en 1989– cómo la aprobación de la Constitución y la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo del art. 24 CE llevaron al abandono de la idea del interés directo como legitimación activa y su sustitución por el concepto de interés legítimo⁶⁷⁵, cuestión en la que, para el autor, el art. 105 b) CE jugó un papel importante, al proclamar un derecho de

⁶⁷⁴ PEÑALVER I CABRÉ considera precisamente contradictorio que para participar en un procedimiento se exija un interés legítimo (individual o colectivo) teniendo, entonces la condición de interesado (art. 31.a) LRJAP) y que para acceder al mismo expediente una vez terminado y archivado se requiera, además, acreditar un interés directo. En “Derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en *Administración pública y procedimiento administrativo. La Ley 30/1992*, coord. TORNOS MAS, Bosch, 1994.

⁶⁷⁵ Son de destacar al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1982, de 11 de octubre, la Sentencia 24/1987, de 25 de febrero y la STC de 16 de noviembre de 1993. En la primera, el Tribunal afirma cómo la expresión “interés legítimo” necesario para obtener la legitimación necesaria del art. 162.1 b), es en todo caso más amplia que la de “interés directo” propia del contencioso-administrativo, mientras que en la segunda se afirma que “el art. 24.1 de la Constitución (al conceder) el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilizan en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales y, entre ellas, la de interés directo que se contiene en el art. 28.1 a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Finalmente, la STC de 16 de noviembre de 1993 es muy clara al respecto: “Concretamente, respecto al interés directo previsto en el artículo 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como criterio de legitimación necesario para formular recurso contencioso-administrativo, hemos dicho que después de la Constitución y a la luz del artículo 24.1 de la misma, hay que entenderlo sustituido por el criterio más amplio de interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 91/1991”.

acceso de los ciudadanos sin necesidad, en principio, de acreditar legitimación alguna ni de ostentar un interés determinado⁶⁷⁶.

La necesidad de acreditar un interés directo, además del habitual interés legítimo -el cual es razonable que se exija para el acceso a determinados documentos⁶⁷⁷- ha sido considerada, por tanto, como ya hemos tenido ocasión de indicar, como incongruente con el resto de la LRJAP y con la jurisprudencia constitucional. EMBID IRUJO señala dos posibles interpretaciones de una expresión que reúne “los dos adjetivos que hasta el momento habían sido considerados como representativos de líneas distintas de interpretación del concepto de interés”; para el autor cabe “considerar completamente incongruente la utilización en un artículo separado del Título relativo a los interesados, la mención del interés «directo» y entender que la Ley habla exclusivamente de intereses legítimos” o bien, “interpretar la mención de la Ley como una atención especial a que en determinadas zonas «sensibles» (se está hablando del derecho de acceso a documentos nominativos) no basta con la posesión del interés tipo, del interés genérico

⁶⁷⁶ Para el autor, el papel fundamental jugado en esta sustitución y desaparición del interés directo y su ampliación a la consideración del interés legítimo, se debe a la vigencia inmediata del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contenida en el art. 24 CE, de Jueces y Tribunales, “de cuantos sean titulares de un interés legítimo, que se ve complementado, con relación a la justicia constitucional, por el art. 162,1 b), igualmente de la Constitución”. Para el autor, por tanto, el desarrollo legislativo del derecho de acceso –puesto que estas reflexiones se llevaban a cabo antes de que éste tuviera lugar-, debía tener en cuenta este criterio del 105 b) CE, de reconocimiento generalizado a los ciudadanos del derecho de acceso, lo cual no significaba la desaparición del concepto de interés, pero sí su aplicación en los mismos términos que los previstos por el art. 24 CE. POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso*, *op. cit.* págs. 164 a 167.

De ahí que, en posteriores trabajos (1997), POMED haya sido sumamente crítico con este apartado 37.3 LRJAP que, al resucitar sorprendentemente el interés directo, ha llevado a “vaciar de contenido el derecho de acceso”. En “El acceso a los archivos administrativos...” *op. cit.* pág. 464.

⁶⁷⁷ Según se afirmaba en el Dictamen del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de la Ley 30/1992, y en el mismo sentido se pronuncia gran parte de la doctrina (POMED, EMBID o GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros).

que regula la Ley que es el legítimo, sino que hay que sumar esa característica añadida de lo «personal»”, decantándose el autor por esta segunda interpretación, como “expresión normativa que pide un reforzamiento de la vinculación del sujeto con el objeto (lo directo), para considerarle interesado”⁶⁷⁸.

Por tanto, debemos entender que para el caso de los “documentos nominativos” será exigible al ciudadano que acredite un “interés legítimo y directo”, que le legitime en su pretensión de acceso a dichos documentos.

b) La determinación jurisprudencial del “interés legítimo”.

La definición de cuáles sea el primero de esos intereses –el interés legítimo- puede tomarse de la jurisprudencia en atención a la legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo, que es la vía en la que la cuestión de la legitimación ha sido tratada con mayor profundidad por los Tribunales Constitucional y Supremo, puesto que así ha sido declarado por este último cuando afirma que “el concepto de legitimación y su atribución a un sujeto determinado responden a una misma idea en la vía administrativa y en la contencioso-administrativa: la titularidad por parte del legitimado de un derecho o de un interés legítimo en que prospere su pretensión, como se desprende fundamentalmente del artículo 24.1 de la Constitución y se recoge en el artículo 31 de la Ley 30/1992” (STS de 12 de septiembre de 1997).

El “interés legítimo” -que, como hemos dicho, es más amplio y había venido a sustituir al directo según la interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional-, ha sido definido como “una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Es decir, la relación

⁶⁷⁸ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, op. cit. págs. 49 y 50.

entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto” (STS de 1 de octubre de 1990).

Dicho de manera más genérica: “toda clase de interés moral o material que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés a la legalidad” (STS de 9 de octubre de 1984), beneficio que puede ser interpretado de manera positiva – en cuanto que obtención de una ventaja, beneficio o reconocimiento de derecho- o negativa –si, de no hacerse valer ese interés, pudiera derivarse un perjuicio o desventaja-, beneficios o perjuicios que no tienen por qué ser jurídicos o declarativos de derechos, sino que también pueden tener un carácter material o moral. La STS de 18 de noviembre de 1993 dice al respecto que “ese interés, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de personal y directo, pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional, han declarado, al diferenciar el interés directo y el legítimo, que esto no sólo es superador y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente”.

c) La determinación jurisprudencial del “interés directo”.

Por tanto, una vez definido qué entiende la jurisprudencia por “interés legítimo” y que supone, sin duda, la necesidad de un *plus* legitimador respecto del reconocimiento por el art. 37.1 LRJAP del derecho de acceso a los ciudadanos como tales, es necesario determinar qué debemos entender por “interés directo” que debe darse junto con el legítimo y que, como hemos

tenido oportunidad de señalar, supone una clara restricción y acotación del interés hasta ahora exigido y en clara contradicción con el resto de la LRJAP e, incluso, del ordenamiento jurídico.

Para definir qué debe considerarse un “interés directo”, por tanto, parece necesario acudir a normas ya derogadas –o cuya interpretación *ex constitutione* ha alterado sustancialmente su sentido-, siendo el precepto que nos permite quizás una mejor aproximación a este concepto el ya citado art. 28.1 a) de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, que exigía, a efectos de legitimación, que se fuera titular, precisamente, de un interés directo. GONZÁLEZ PÉREZ resume la interpretación que la jurisprudencia fue dando a este precepto, no siempre homogénea, en cuanto que en algunos casos el criterio del interés directo a efectos de otorgar la legitimación fue muy restrictivo⁶⁷⁹, mientras que en otros casos “no suponía otra cosa –siempre que se interpretara correctamente la norma a la luz del principio *pro actione*- que el beneficio que se pretende obtener o el perjuicio que se pretende evitar afecten a la persona o personas físicas o jurídicas que formulen la pretensión”⁶⁸⁰.

Es evidente que, a la luz de la evolución legislativa y jurisprudencial ocurrida en nuestro ordenamiento jurídico en este ámbito, en todo caso deberá acogerse la interpretación de este interés directo que resulte menos restrictiva del reconocimiento del derecho y, en todo caso, hacer una

⁶⁷⁹ Señala, al respecto, las interpretaciones jurisprudenciales más estrictas de este concepto. Entre ellas cabe destacar la S. de 11 de mayo de 1963, en la que se decía que para apreciar el interés directo se tiene en cuenta “su relación inmediata o mediata con la repercusión o efecto del acto administrativo contra el que se recurre exigiendo, por ello, solamente que tal repercusión no sea lejanamente, derivada o indirecta, sino que sea consecuencia o secuela inmediata del acto” o la S. de 7 de diciembre de 1979, que considera que el interés ha de ser inmediato, personal y directamente demostrable, por lo que será inadmisibile el recurso contencioso-administrativo si el acto o disposición frente a los que se dirige la pretensión no se refieren al accionante.

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, “Artículo 28” en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.^a ed., Civitas, 1994.

interpretación combinada del concepto más amplio de interés legítimo, pero referido de manera directa a “los terceros” –dice el apartado 3 del art. 37 LRJAP *in fine*- que solicitan el acceso. Esto es, que quienes soliciten la consulta de dichos documentos nominativos acrediten un interés legítimo, expectativa de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, ya sea jurídico, material o moral, pero que les afecte personalmente.

Esto supone –y entiende parte de la doctrina que ésta era la finalidad última del precepto- la exclusión de la consulta con finalidades indirectas, esto es, quedaría excluida una suerte de acción popular en la solicitud de documentos nominativos, la defensa de los llamados intereses difusos, así como de los periodistas y quienes llevaran a cabo tareas de investigación⁶⁸¹.

Ahora bien, al tratarse de la exigencia de un interés en el ámbito de la vía administrativa, no parece haberse entendido en contradicción con el art. 24.1 CE y, por tanto, no parece que se haya planteado la cuestión de su inconstitucionalidad, aunque ciertamente, a la luz de la jurisprudencia estudiada, este apartado pudiera entenderse como de dudosa constitucionalidad, no sólo por su contradicción con dicho artículo, sino también por el vaciamiento de contenido del art. 105 b) CE que, si bien defendemos es de configuración legal y, por tanto, de necesaria concreción por el legislador ordinario, éste deberá hacerlo en todo caso de conformidad con los términos del propio art. 105 b) y, por supuesto, del resto de la Constitución.

La exigencia de un interés “directo” supone, como ya hemos señalado, que el interés legítimo ha de concernir de manera personal al tercero solicitante, esto es, deberá haber una relación de causalidad directa e

⁶⁸¹ Así lo entiende POMED SÁNCHEZ, en consonancia con PARADA VÁZQUEZ “cuando sostiene que el artículo 37 LRJAP, al menos en este punto, está pensado como una barrera al ejercicio de la profesión periodística y, más concretamente, al periodismo de investigación”. En “El acceso a los archivos administrativos” *op. cit.* págs. 459 y 460.

inmediata entre lo solicitado y el interés que legitima el acceso, lo cual, no parece que pueda entenderse como contenido directo de un derecho de acceso concebido de manera genérica por la Constitución, como un derecho *uti universi* de los ciudadanos como tales y sin necesidad de acreditar interés alguno, positivación de los principios de transparencia y participación.

Pero incluso en el entendimiento de que el derecho de acceso concebido por nuestro ordenamiento no responda al “derecho a la información”, sino que se trate, como hemos argumentado en otros capítulos, de una garantía de los ciudadanos ante la Administración, como lo son la participación en la elaboración de disposiciones generales, el procedimiento administrativo y la revisión judicial de los actos administrativos –es decir, la íntima unión existente entre el art. 105 b) y los arts. 103, 106 y 105 a) y c) CE-, en cuanto que para la defensa o reconocimiento de los propios derechos subjetivos e intereses legítimos es necesario poder acceder a los expedientes administrativos, esta exigencia de legitimación directa puede resultar restrictiva, puesto que, a veces, el acceso es precisamente el paso previo para conocer la existencia de dicho interés o derecho subjetivo, por lo que no podría ser exigible la acreditación de un interés para cuyo conocimiento, es necesario tener primeramente acceso a los documentos. Entraríamos aquí en una paradoja de difícil resolución -al menos, de manera favorable para los ciudadanos titulares del derecho de acceso-, por lo que, en todo caso, la interpretación de la exigencia de un interés directo, tendrá que ser matizada por la Administración en su exigencia y por los Tribunales en su revisión, en la línea de un mayor reconocimiento de los intereses, conforme a la doctrina ya señalada del Tribunal Constitucional.

No debemos olvidar que la exigencia de un interés legítimo y directo, unida además a la indeterminación del concepto de “documentos nominativos”, de entenderse genéricamente, englobaría a la casi totalidad de los documentos susceptibles de ser consultados, determinando una

contradicción total no sólo con el apartado 1 del artículo 37 LRJAP sino con el art. 105 b) CE directamente. En mi opinión esta limitación por la vía de la legitimación “directa” de los “documentos nominativos” no puede tener cabida en la excepción relativa a la intimidad de las personas.

d) La interpretación jurisprudencial de la legitimación exigida por el art. 37.3 LRJAP.

La jurisprudencia que se ha ocupado en varias ocasiones en los últimos años de la interpretación de este apartado 3 del art. 37 LRJAP, parece también entender, en algunos casos, que la exigencia del “interés directo” pudiera ser excesivamente restrictiva del derecho de acceso, matizando en muchos casos la necesidad de acreditar un interés directo para estimar las solicitudes de acceso, ampliando así la legitimación exigida; aunque no es unánime al respecto y se ha pronunciado de manera dispar sobre el interés legítimo y directo como legitimación necesaria para ejercer el derecho de acceso a documentos nominativos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de junio de 2005 ha establecido a este respecto que “el interés legítimo y directo al que alude el artículo 37.3 de la Ley 30/1992 se mide por la posibilidad de que el acceso a los documentos depare a quien lo pretende un beneficio o provecho o le sirve para evitar o disminuir un perjuicio”. Esto es, se matiza notablemente el requisito del carácter “directo” del interés, interpretándolo más bien como un interés personal de quien solicita el acceso.

El TSJ de Murcia (Sentencia 909/2002, de 31 de octubre), por su parte, entiende que para la apreciación de un interés legítimo, los solicitantes deben revelar cuál es su interés en la obtención de la información que reclaman, sin que se considere suficiente que los demandantes se “amparen en un derecho concedido a los ciudadanos con carácter general”. En este mismo sentido, en

cuanto que el interés legítimo al que alude la Ley tiene que ser un interés concreto y no un genérico interés en la legalidad, se ha pronunciado recientemente el TSJ de Extremadura, en Sentencia de 115/2007, de 30 de abril, al afirmar que “por ampliamente que se interprete el concepto de interés legítimo, no cabe dentro de ello el aducido por el actor [...]. Tratándose de documentos nominativos, no le basta con el interés genérico de defender la legalidad frente a la genérica actuación administrativa de la Corporación”.

De manera más contundente, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía, Málaga, 19/2001, de 24 de enero, en atención precisamente al precepto que nos ocupa, resume la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta en Sentencia de 8 de abril de 1994 de la manera siguiente:

“a) Por intereses, cualquiera que sea su denominación de legítimo, personal o directo, después de la Constitución, debe reputarse toda situación jurídica individualizada que singulariza la esfera jurídica de una persona respecto de los de la generalidad de los administrados o ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública y dotado de consistencia y lógica jurídico-administrativos propios, independientes de su conexión con derechos subjetivos.

b) El concepto del interés legítimo es mucho más amplio que el de interés personal y directo, independiente de que la actuación de que se trate les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato.

c) Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, más allá del simple interés por la legalidad, puede prescindir ya de las notas de personal y directo.

d) Es suficiente por tanto el interés legítimo que no se limita al recurso jurisdiccional sino aplicable también a la vía administrativa previa”.

Esto es, parece que, en muchos casos, se acoge la doctrina del interés legítimo como único necesario, prescindiendo de la necesidad de la acreditación del interés directo, aplicación jurisprudencial que parecen haber acogido en general los Tribunales –aunque, como hemos visto, no de manera unánime-, como se deduce de las Sentencias TSJ de Cataluña, 346/1996, de 14 de mayo, TSJ de Murcia 909/2002, de 31 de octubre y 92/2003, 26 de febrero o TSJ de Galicia, 271/1998, de 28 de abril, que al conocer de la aplicación del art. 37.3 LRJAP, se refieren únicamente a la existencia o no de un interés legítimo, a efectos de conceder o denegar el acceso. No obstante, el interés legítimo que se aduce tiene que ser un interés determinado y explicitado en el caso concreto, pues de otra manera, los Tribunales entienden que debe desestimarse la pretensión del acceso a los documentos nominativos. Así se desprende de la Sentencia del TSJ de Castilla y León 8/2003, de 17 de enero, por la que se establece la necesidad de justificación del interés legítimo en la petición de acceso puesto que, si no se acredita dicho interés en la solicitud, la resolución desestimatoria de la petición de acceso ha de entenderse conforme a derecho⁶⁸².

De esta estricta aplicación del requisito de la legitimación, se pueden derivar efectos muy perversos del propio sistema, puesto que si, como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores ocasiones, el derecho de acceso se concibe no sólo como un sistema de control de la actuación administrativa, sino también como un mecanismo de garantía de los

⁶⁸² Dice la aludida Sentencia que el actor “no manifiesta cual es el interés legítimo ni directo que pueda tener para conocer tales datos. Por tanto, cuando se dicta el decreto impugnado, el mismo se limita a aplicar el derecho vigente, ante la falta de interés alegado. Es posteriormente, cuando se formula la demanda, cuando se alegan las causas que justifican la existencia de un interés legítimo y directo. Pero en la labor meramente revisora de ajuste del acto administrativo al derecho, debe estarse al momento en que se producen y que circunstancias son las que constituyen el precedente de hecho a su formación y emisión. Por lo que en el presente caso la solicitud formulada por el recurrente y que dio lugar al Decreto ahora recurrido no reunía los requisitos necesarios para justificar ese interés” (F.J. 3.º STSJ Castilla y León 8/2003, 17 de enero).

ciudadanos para el ejercicio de sus derechos e intereses ante los poderes públicos, muchas veces se acudirá a las Administraciones solicitando documentos necesarios para que los ciudadanos averigüen o determinen la existencia de ese derecho o interés legítimo que, paradójicamente, tienen la obligación de acreditar si quieren acceder a los documentos solicitados, cuando se trate de “documentos de carácter nominativo”, por lo que sus derechos –de acceso en primer lugar y aquellos que se determinen a través de los documentos a los que se pretende acceder, en consecuencia- se podrán ver completamente vacíos de contenido.

A esto anterior debe añadirse que no todas las resoluciones judiciales relativas a los documentos nominativos prescinden del requisito del “interés directo”, además de la acreditación del “interés legítimo” (STSJ Madrid 443/2001, de 17 de abril, entre otras) y la concreción del mismo para cada procedimiento cuyos documentos se solicitan (STSJ Islas Canarias 106/2003, de 3 de febrero), sino que además su aplicación se ha vinculado en algunos casos con la legislación de protección de datos de carácter personal (LOPD), a través del concepto de “documentos nominativos”, restringiendo aún más los casos de acceso.

II. LOS SUJETOS PASIVOS DEL DERECHO DE ACCESO.

La mayoría de la doctrina es coincidente al afirmar que el sujeto pasivo del derecho de acceso viene determinado por el art. 35 h) LRJAP, cuando establece el derecho de los ciudadanos “al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas”, por lo que la cuestión fundamental, a la hora de concretar el sujeto pasivo del derecho de acceso, es qué se debe entender en este caso por “Administraciones Públicas”.

En este sentido, los autores consideran que se trata de una referencia de carácter general, en el que se han de comprender todas las Administraciones

públicas en sentido amplio, esto es, acudiendo como criterio general para su determinación al art. 2 LRJAP, que establece que “1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) la Administración General del Estado; b) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) las Entidades que integran la Administración Local. 2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

La cuestión está clara cuando se trata de Administraciones territoriales o de Administraciones institucionales o instrumentales en el ejercicio de potestades administrativas, pero plantea el problema de si se deben considerar incluidas, como sujetos pasivos del derecho de acceso, la Administración institucional en el resto de los casos, las Corporaciones de Derecho público, así como las Fundaciones y las empresas públicas.

EMBID IRUJO considera que las Corporaciones de Derecho Público sí deben ser consideradas como sujeto pasivo del derecho de acceso: aunque éstas no se mencionen directamente por el art. 2 LRJAP⁶⁸³, han de ser sujeto pasivo del derecho de acceso “al menos, en el ámbito jurídico-público que a ellas compete y que, igualmente, tutelan”⁶⁸⁴, mientras que se muestra más reticente por lo que respecta a las empresas públicas, considerando que no tiene sentido el ejercicio del derecho frente a éstas. Respecto de las mismas,

⁶⁸³ Pero sí están reguladas, como sabemos –aunque insuficientemente, según la generalidad de la doctrina-, en la Disposición Transitoria Primera de la Ley que establece que “las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económico y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda”.

⁶⁸⁴ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, *op. cit.* pág. 102.

POMED, por su parte, y antes de que se produjera el desarrollo legislativo de la LRJAP, ya se había planteado la cuestión de la inclusión de las empresas públicas como sujeto pasivo del derecho de acceso, llegando a la conclusión de que los documentos de las mismas deben ser accesibles en ciertos casos – en alusión a los intereses culturales e históricos de la LPHE- efectuando una aplicación del derecho que tenga en cuenta los distintos intereses en juego, “teniendo siempre presentes las situaciones y las realidades concretas que hayan de ser tomadas en cuenta, lo que impondrá una pluralidad de regímenes aplicables a los diferentes supuestos de hecho [...], lo cual impone, igualmente, la existencia de ciertas esferas de reserva y de secreto, que son, por otra parte, comunes al tráfico mercantil, a las actividades empresariales del sector privado”⁶⁸⁵.

Por mi parte considero que, si bien es evidente que el art. 35 h) LRJAP está estableciendo el sujeto pasivo del derecho de acceso, es necesario acudir a la regulación de dicho derecho –ex. art. 105 b) CE y 37 LRJAP- para determinar realmente quiénes están obligados a facilitar el ejercicio del derecho de acceso por los ciudadanos. Estos sujetos pasivos vienen determinados, en ambos artículos, en razón del objeto del derecho de acceso. Es por ello necesario –como, como ya hemos tenido oportunidad de ver, para otras muchas cuestiones relacionadas con el derecho que nos ocupa-, acudir a la determinación del objeto del derecho de acceso, los “archivos y registros administrativos” para concluir quien está obligado a proporcionar el acceso a los documentos que obran en dichos archivos y registros.

Los sujetos pasivos de dicho derecho serán, por tanto, los titulares o gestores de dichos archivos y registros administrativos, se encuentren o no estos en manos de Administraciones públicas territoriales, institucionales o corporativas. Obviamente, el adjetivo “administrativo” determina que, en principio, serán Administraciones públicas los sujetos pasivos, pero, como

⁶⁸⁵ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, op. cit. pág. 198.

hemos podido analizar y determinar qué se ha de entender por “archivo administrativo” y por “registro administrativo”, las normas no siempre se limitan a utilizar criterios puramente subjetivos, sino también funcionales, de lo que es Administración⁶⁸⁶, criterio que es el que parecen recoger la mayoría de normas autonómicas sobre archivos, en línea muy extensiva, al igual que la LPHE.

De esta forma, esto nos llevaría a incluir como sujetos pasivos del derecho de acceso no sólo a las personas jurídico-públicas⁶⁸⁷, sino también a

⁶⁸⁶ Lógicamente, si sostenemos que el derecho de acceso es, además de un derecho subjetivo de los ciudadanos, un principio objetivo de actuación administrativa y que una de las finalidades esenciales del mismo, además de servir a la defensa y garantía de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, es permitir el control de la actividad administrativa, no tendría sentido que quedara fuera de dicho acceso y, por tanto, de control por los ciudadanos, actividades administrativas entendidas de manera funcional, cuanto más desde la verificación de la huida del Derecho administrativo y de las personificaciones jurídico-públicas del mismo.

⁶⁸⁷ Entre las cuales debemos incluir también como sujetos pasivos del derecho de acceso las Fundaciones públicas, en su carácter de Administración Institucional. Mayores problemas, sin embargo, causan las Fundaciones privadas constituidas por Entidades Públicas, introducidas por el art. 6.4 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, pues son en todo caso entidades privadas sometidas al Derecho privado: un caso más de la huida del Derecho Administrativo. *Vid.* al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso... op. cit.* tomo I, pág. 386. En el mismo sentido, BERMEJO LATRE recuerda que las fundaciones son por definición entes independientes de la persona de su fundador desde el momento de su constitución, lo cual impide a las fundaciones el insertarse en un sistema organizativo más amplio al carecer de todo tipo de nexos de vinculación y dependencia dentro el marco organizativo del sector público”. BERMEJO LATRE, J.L., “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la «huida» del derecho administrativo”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo I, págs. 935 y ss, Tirant lo Blanch, 2000.

No obstante, como señala PIÑAR MAÑAS, a pesar de su carácter privado, “cabría pensar que podrían estar sometidas a ciertas reglas de control y de regulación de su actividad propias de las entidades públicas. [...] Creemos que si bien este tipo de fundaciones no son en absoluto Administraciones Públicas sí podrían considerarse como integrantes de lo que en alguna ocasión he denominado «bloque de lo público». Lo que implica que deben someterse, por lealtad hacia su origen público, a las imprescindibles reglas de transparencia y objetividad que también deben regir la actividad de toda fundación, pero que con mayor motivo deben exigirse en la actuación de las

las privadas, como en el caso de “los gestores de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios” (art. 49.1 LPHE), cuyos documentos forman parte del Patrimonio Documental español y se integran en los archivos, al estar “al servicio de la gestión administrativa” (art. 59.1 LPHE).

Ésta parece ser, asimismo, la postura sostenida por MESTRE DELGADO, para quien “es posible interpretar la referencia empleada en el citado precepto constitucional [art. 105 b) CE] no como los archivos y registros de las diferentes Administraciones Públicas territoriales, sino como los propios de los sujetos que atienden a funciones públicas, en un sentido amplio, de servicio o interés público. Así, es claro que se atiende de forma completa a la satisfacción o cumplimiento de las finalidades constitucionales impuestas, a las que, de forma instrumental, sirve el derecho que se reconoce en el art. 105 b) CE. [...] En este sentido, no es difícil convenir en que este derecho afecta a los demás tipos de Administraciones Públicas no territoriales que conoce nuestro Derecho, y en particular a las Administraciones Institucional y Corporativa, en la medida en que desarrollan o desempeñan funciones públicas, de interés o servicio público”⁶⁸⁸.

En cuanto a las empresas públicas, es lógico que, desde el momento en que actúan en el tráfico jurídico-privado y junto a otras empresas, sea respetada la confidencialidad de sus actuaciones, puesto que, de otra manera, se situarían en franca inferioridad respecto de otras empresas de carácter privado que podrían beneficiarse de la información accesible⁶⁸⁹, pero esto no

creadas por la Administración”. PIÑAR MAÑAS, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, en *REDA*, n.º 97, 1998, págs. 37 y ss.

⁶⁸⁸ MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso... op. cit.* págs. 120 y 121.

⁶⁸⁹ Como señala SALA ARQUER en relación con el posible deber de información al Parlamento de las sociedades mercantiles de titularidad pública “la posición jurídica de la administración pública no puede ser la misma que la de las sociedades mercantiles del Estado [...]. Un análisis de las respuestas negativas a solicitudes de información, por parte del Gobierno, durante las dos últimas

creo que quiera decir que se deba excluir totalmente el derecho de acceso a la documentación de las mismas. En primer lugar, porque la propia Ley se preocupa de limitar los casos en los que la puesta a disposición del público de la información pudiera ser perjudicial, excluyendo el derecho de acceso respecto de los expedientes “relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial” (art. 37.5 e) LRJAP), así como determinando que el ejercicio del derecho de acceso “podrá se denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley” (art. 37.4 LRJAP), de manera que, cuando sea necesario salvaguardar el interés público, representado por la empresa pública a cuya información se quiere acceder o los intereses de la misma empresa –como tercero con intereses más dignos de protección- se podrá denegar el acceso y, por otro lado, porque dichos documentos sólo podrán ser accesibles en la medida en que se encuentren incorporados a un registro o archivo administrativo, lo cual tendrá lugar, normalmente, cuando dichos documentos han perdido su vigencia jurídico-administrativa o su virtualidad inmediata.

Los Tribunales han tenido ocasión de referirse a estas cuestiones en varias ocasiones, y parecen reconocer el carácter de sujeto pasivo del derecho –y, por tanto, obligado a facilitar la información-, a una Administración

legislaturas, pone de manifiesto que mientras éste facilita sin reparos la documentación sobre balances, auditorías contables, etc. –datos que, por otra parte, se hallan depositados en el Registro Mercantil-, se niega a proporcionar información sobre cuestiones que afectan a la política interna de la empresa: contenido o copia de contratos suscritos por ésta, actas de Consejos de Administración [...], desglose de la cartera de valores de la sociedad. De este modo, mientras las solicitudes que tienen por objeto documentación administrativa en sentido estricto no tropiezan con más límite que el derivado de las materias clasificadas como secretas, en estos casos el fundamento jurídico de la negativa es muy distinto: se trata –se dice en las comunicaciones del Gobierno- de empresas mercantiles que actúan «en el sector concurrencial de la economía », por lo que el conocimiento público de sus documentos internos las colocaría en una situación de inferioridad frente a sus competidores”. SALA ARQUER, J.M., “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en *REDA*, n.º 75, 1992, págs. 399 y ss.

Corporativa: la Sentencia TS de 25 de octubre de 2002 considera que el Colegio de Abogados de La Rioja está sometido a la aplicación del art. 37 LRJAP.

También los tribunales han reconocido el carácter de sujeto pasivo del derecho a los que llevan a cabo funciones públicas. La STSJ Cataluña 196/2005, de 4 de marzo, somete a una Junta de Compensación al art. 37 LRJAP, por entender que ésta es de naturaleza administrativa y que lleva a cabo actividades de carácter administrativo, que “guarda, por tanto, relación con el principio de transparencia que rige toda la actuación administrativa, y a la misma le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 37.8 de la LRJAP”⁶⁹⁰.

Sin embargo, los Tribunales se han mostrado menos inclinados a aceptar el sometimiento al art. 37 LRJAP cuando se trata de empresas participadas de capital público, lo cuál es lógico si la participación pública en las mismas es minoritaria y la empresa, sometida por tanto al derecho mercantil, no lleva a cabo funciones de carácter administrativo o de servicio público. Así lo entiende la STSJ de Andalucía de 22 de enero de 2003 en la que se afirma que “si el Ayuntamiento no es más que un accionista no mayoritario de la sociedad Estadio Olímpico de Sevilla, si ésta es una sociedad mercantil

⁶⁹⁰ STSJ Cataluña 196/2005, de 4 de marzo. Dice el F.J. 3.º de dicha Sentencia que “las Juntas de Compensación [que] son Entidades Urbanísticas colaboradoras constituidas por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación con la finalidad de ejecutar los Planes de ordenación urbana. Esa finalidad determina que el artículo 178 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación vigente en materia de urbanismo, les atribuya naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a ese ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa”.

regida por sus Estatutos y por las normas mercantiles, si está inscrita en un Registro público, cual es el Registro Mercantil, no es desde luego el Ayuntamiento quien deba informar acerca, por ejemplo, de los actuales Estatutos, integrantes del Consejo de Administración [...], deportes que se practicaron y entidades que tienen derecho a usar el estadio”⁶⁹¹.

⁶⁹¹ En el mismo sentido, aunque de manera muy poco clara y mezclando –a mi juicio– conceptos, la STSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2002: “al ser la Sociedad Apuesta andaluza, S.A., una sociedad privada con participación en capital público y tratarse de una sociedad mercantil, en la que junto con la aportación de capital del ente municipal existen otras de carácter privado, y en la que responde la Administración solamente de su participación. La asociación se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, por lo que de conformidad con el art. 37.6 e) el Registro Mercantil se rige por sus disposiciones específicas, sin que pueda conceptuarse como registro de la Administración Pública a efectos del art. 35 h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que procede la desestimación del recurso”.

CAPITULO 7

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO II: SU DETERMINACIÓN POR EL OBJETO

I. LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS COMO OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO: RECAPITULACIÓN.

Una vez analizados los sujetos activos y pasivos, a la hora de determinar el régimen jurídico del derecho de acceso, debemos prestar atención al objeto del mismo: los archivos y registros administrativos.

Tanto de los archivos como de los registros administrativos nos hemos ocupado en los capítulos anteriores, a efectos de su determinación y delimitación, así como del régimen jurídico de cada uno de ellos, paso que es esencial para ahora poder estudiar el régimen jurídico de acceso a los mismos, tal y como lo regula el art. 37 LRJAP y el resto de normas que desarrollan y concretan el derecho enunciado por el art. 105 b) CE.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, a pesar de que el art. 105 b) CE es claro en cuanto a que el objeto del derecho de acceso son los “archivos y registros administrativos”, algunos autores consideran que, pese a la dicción literal del precepto constitucional, a lo que en definitiva se refiere

el derecho es a los documentos administrativos que se encuentran en los mismos⁶⁹².

Esta tesis viene alimentada fundamentalmente por dos factores: el primero son las definiciones que de archivos y registros han acotado algunos de los administrativistas que se han ocupado del tema del derecho de acceso; el segundo de los factores, mucho más determinante como veremos, es la regulación legal que hace del derecho de acceso el art. 37 LRJAP.

Respecto de la primera cuestión, aunque ya hemos tenido oportunidad de referirnos a ella, recordemos que las definiciones más recurrentes de la doctrina, por lo que se refiere a los archivos y los registros administrativos, han sido la de “lugares donde se conservan documentos” para la primera, y de “instrumentos de control de los documentos” para la segunda⁶⁹³, esto es, como oficinas meramente gestoras –cada una con una distinta finalidad- de documentos administrativos⁶⁹⁴.

En cuanto a la redacción dada al art. 37 LRJAP, como sabemos muy criticada por la doctrina, lleva a la confusión, puesto que habla en sus distintos apartados de acceso a los registros (apartado 1), a documentos que, formando parte de un expediente obren en los archivos administrativos (apartado 1), de acceso a los documentos (apartados 2 y 3), de acceso a

⁶⁹² EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, op. cit. pág. 105 o FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit. págs. 419 y ss.

⁶⁹³ Entre otros, como ya hemos tenido oportunidad de señalar: ÁLVAREZ RICO, POMED SÁNCHEZ, EMBID IRUJO o CASTELLS ARTECHE.

⁶⁹⁴ No obstante, como hemos visto, otros autores como SAINZ MORENO o MESTRE DELGADO, sostienen que existe una diferencia de naturaleza jurídica entre unos y otros, derivada principalmente, señalan estos autores, de los diferentes efectos que produce la incorporación de los documentos a los archivos o a los registros administrativos, con una visión mucho menos reduccionista de ambos conceptos: ni los archivos son meros depósitos de documentos y tienen finalidades y regímenes jurídicos muy diversos, como hemos visto, ni los registros administrativos se limitan a los registros de entrada y salida de documentos regulados por el art. 38 LRJAP.

expedientes [apartados 5 y 6 b)], de acceso a archivos [apartado 6 a) c) y d)] o de acceso a fondos documentales [apartado 6 g)]⁶⁹⁵.

Por todo ello, la mayoría de la doctrina o bien considera que el derecho de acceso hay que entenderlo de los documentos directamente o, si lo refiere a los archivos y registros, después hace de los mismos un tratamiento unitario, en consonancia con el desarrollo legislativo que del derecho ha hecho la LRJAP. Sin embargo, si bien está claro que, en principio, a lo que finalmente el solicitante va a acceder es a determinados documentos –puesto que, como ya hemos visto, no se trata éste de un genérico derecho a la información pública o de un “derecho a saber”-, la dicotomía archivos y registros no pierde su sentido, porque las condiciones de ejercicio del derecho de acceso –así como las que conlleva de obtención de copia o de certificación de los documentos a los que se accede (según el apartado 8 del art. 37)- son distintas según dicho documento se encuentre incorporado a un registro o a un archivo administrativo.

Asimismo, también planteará determinadas particularidades el hecho de que lo que se quiera consultar sean archivos y registros electrónicos o se trate de los tradicionales –de carácter físico, en papel-, utilizados por la Administración, pues si, en principio, la mayoría de la doctrina ha entendido la progresiva incorporación de medios electrónicos a la Administración –hacia la llamada Administración Electrónica, cuyo mayor exponente es la recientemente aprobada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos- como un importante avance hacia la transparencia y hacia una mayor accesibilidad⁶⁹⁶, también se plantean

⁶⁹⁵ POMED SÁNCHEZ afirma al respecto que “cuando se trata de limitar el derecho el art. 37 LRJAP utiliza *a su conveniencia* los términos documentos o expedientes a consultar”. En “El acceso a los archivos...” *op. cit.* pág. 459.

⁶⁹⁶ En este sentido, entre otros, RIVERO ORTEGA, PIÑAR MAÑAS, PÉREZ LUÑO o BEATO ESPEJO. No obstante, este avance hacia la transparencia provocado por la progresiva informatización de la Administración y la posibilidad de que entre ésta y los ciudadanos se establezcan nuevos

dudas y posibles inconvenientes que se irán analizando al estudiar cada uno de los requisitos establecidos por el art. 37 LRJAP para acceder a los archivos y registros administrativos.

Por ello, se va a tratar de manera diferenciada el análisis del acceso a los archivos administrativos y a los registros administrativos, aunque ello suponga, en algunos casos, volver de manera reiterada a los mismos preceptos que, aunque aparentemente regulan ambos accesos de manera conjunta, lo hacen sometiéndolos a distintos requisitos. Así, como veremos a continuación, el propio art. 37.1 LRJAP regula el acceso a los registros administrativos sin establecer, al menos aparentemente, requisito alguno respecto del objeto, mientras que el acceso a los archivos –o, mejor dicho, a los documentos administrativos en ellos depositados- conlleva una serie importante de prescripciones respecto de su ubicación –en expedientes archivados-, de su situación administrativa –que se refieran a procedimientos terminados-, etc.

cauces de comunicación - telemáticos, electrónicos o informáticos-, permiten, desde luego, una ciudadanía mejor informada, a través de las páginas *web* de las distintas Administraciones, entre otras cosas, y cuyas relaciones con las Administraciones Públicas son más sencillas, como con la instauración de la ventanilla única, pero ésta es más bien el campo de la “comunicación pública” que del derecho de acceso. *Vid.* entre otros BEATO ESPEJO, *Cauces de comunicación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos*, Tecnos, 2002, o GALÁN GALÁN, “La comunicación pública” en *La comunicación pública*, coord. TORNOS MAS y GALÁN GALÁN, Marcial Pons, 2000. La informatización no puede suponer la sustitución o desaparición del procedimiento de acceso, pues es necesaria, en cada caso, la actuación individualizada de la Administración, si bien es cierto la Administración goza de cada vez mejores cauces para el cumplimiento del principio de transparencia, lo que daría la posibilidad de poner a la disposición de los ciudadanos, una gran parte de la información sobre su actuación, siempre que no suponga ningún conflicto o lesión con cualquier derecho o interés legítimo.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS.

El art. 37.1 LRJAP ha sido el que ha llevado a cabo el mandato de desarrollo legal previsto por el art. 105 b) CE para el derecho de acceso a los archivos administrativos; derecho que, habiendo sido declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 como de configuración legal, necesitaba de un desarrollo por Ley que viniera a regular, de forma concreta, las formas de ejercicio y las limitaciones del mismo. Este desarrollo legal fue, como hemos tenido oportunidad de analizar, tardío y muy criticado por la doctrina, entre otras razones, por el carácter sumamente restrictivo de la regulación, el cual es especialmente evidente por lo que se refiere al concreto acceso a los archivos.

Efectivamente, el apartado primero del art. 37 LRJAP establece que “los ciudadanos tienen derecho a acceder [...] 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 la solicitud”.

Se pasa así de la previsión hecha por el art. 105 b) CE de acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos, a un acceso a los documentos obrantes en dichos archivos⁶⁹⁷, pero sometidos a una serie de requisitos que constriñen espectacularmente el ejercicio de dicho derecho⁶⁹⁸. A esto, se

⁶⁹⁷ Como señala MESTRE: “el derecho de acceso a archivos y registros administrativos (que se identifica con su contenido, los documentos en ellos incorporados) se convierte en el derecho de acceso a registros y documentos, siempre que obren en un archivo. La modificación no es, en mi opinión, baladí”. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 140.

⁶⁹⁸ Lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que una interpretación literal de precepto podría llevar al vaciamiento del derecho. FERNÁNDEZ RAMOS afirma al respecto que “lo cierto es que una interpretación literal del precepto significaría dejar en manos de la «buena voluntad» de la propia

deben unir las especificaciones de legitimación –ya analizadas- que, respecto de determinados documentos, realizan los apartados dos y tres del mismo artículo 37 y que también han sido objeto de duras críticas. A continuación analizaremos, de forma pormenorizada, cada uno de los elementos que configuran este desarrollo del acceso a los archivos administrativos.

1. El acceso a los documentos.

A) La definición de documento.

Ya sabemos que la LRJAP no define qué se entiende por documentos, aunque este mismo art. 37 da unas ciertas pistas de la amplitud del concepto que se pretende utilizar, al referirse a los mismos “cualquiera que sea la forma de expresión gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren”, en un claro intento de superación del tradicional concepto de documento como “escrito” –incluyendo, de esta manera, dentro de la definición de documento, no sólo los mensajes plasmados en papel, sino en cualquier otro soporte electrónico, así como la admisión de fotografías, planos o grabaciones audiovisuales-. La definición de documento, de la que ya nos hemos ocupado al estudiar el régimen jurídico de los archivos, parece proceder directamente de la que encontramos en el art. 49.1 LPHE que, aunque los define a efectos de esa Ley, es, entendemos, plenamente aplicable por las indudables interconexiones que, a efectos del acceso, existen entre ambas normas⁶⁹⁹.

Administración el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de acceso”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 428.

⁶⁹⁹ Recordemos que dicho artículo establece, en términos muy similares a los del 37.1 LRJAP que “se entiende documento, a los efectos de la presente Ley, 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. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”.

En este sentido, la amplitud con que se definen los documentos no plantea ningún problema⁷⁰⁰, puesto que habrá que entender que no sólo se refiere a cualquier expresión –mensaje- que se encuentre recogida en un formato ya conocido o existente, sino que también se aplicará a cualesquiera formatos que sean usados en el futuro por las Administraciones públicas, cuestión que es fácil que se produzca dada la revolución tecnológica que estamos viviendo desde hace varias décadas.

En este sentido se debe tener presente, en primer lugar, que el art. 45.5 LRJAP, bajo el rótulo de “incorporación de medios técnicos” establece que “los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes”⁷⁰¹, de manera que se

⁷⁰⁰ FERNÁNDEZ SALMERÓN y VALERO TORRIJOS entienden, sin embargo, que “el art. 37 LRJAP parece defender un concepto de documento que se aparta de la generosa definición de la LPHE cuando aparentemente enfrenta, en su apartado primero, el contenido de los registros –el objeto de muchos de los cuales, como decíamos, viene constituido por relaciones de datos personales incorporados en los llamados asientos- con los documentos, dando así a entender implícitamente que los primeros no se integran por los segundos” en “La publicidad de la información administrativa en internet: implicaciones para el derecho de la protección de los datos personales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005, págs. 77 y ss.

⁷⁰¹ DAVARA RODRÍGUEZ ponderó positivamente este precepto, tras la aprobación de la LRJAP. Para este autor “La novedad más significativa, a nuestro entender, de la utilización de la herramienta informática en esta Ley, es el reconocimiento y validez que se otorga a los documentos informáticos o generados por medios informáticos, a la vez que a los transmitidos telemáticamente atribuyéndoles la validez y eficacia de documento original, con la lógica salvedad de que quede garantizada «su autenticidad, integridad y conservación». El problema surge de la inseguridad que proporciona la duda, por un lado, y el desconocimiento, por otro. La duda, producto de la posibilidad de manipulación de los contenidos de los documentos que se encuentran en soportes informáticos, o que han sido generados por estos medios, con lo que puede aparentar inseguridad respecto a su

reconoce, por la misma LRJAP –en este art. 45 como en el 37.1-, la posibilidad de que los documentos a los que se pretende acceder puedan tener un formato electrónico o informático⁷⁰² y que se hallen, por tanto, incorporados a un expediente también electrónico cuya conservación se deberá hacer, lógicamente, en un archivo administrativo también informatizado que permita la conservación y consulta de esos documentos.

Por ello, es también necesario tener presente, en segundo lugar, la recientemente aprobada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que regula en este sentido el documento electrónico con referencia precisa al art. 46 LRJAP, estableciendo la posibilidad de que la Administración emita documentos administrativos por medios electrónicos, siempre que incorporen una o varias firmas digitales y una referencia temporal (art. 29), así como el reconocimiento a los ciudadanos del “derecho a relacionarse con las administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos del artículo 35 de la Ley 30/1992 –de entre los cuáles está, evidentemente, el derecho de acceso a archivos y registros administrativos, electrónicos o no-, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos”

originalidad o autenticidad. Duda que proviene, en muchas ocasiones, del desconocimiento de la informática, porque, de la misma manera que ofrece muchas posibilidades de manipulación, también ofrece otras de aseguramiento de la autenticidad de los contenidos. La tecnología informática proporciona múltiples posibilidades de autenticación de los documentos; pero, de todas formas, en el terreno de la práctica, la necesidad ha llevado a que se utilicen estos documentos sin caer en la tentación de excesivos formalismos de autenticación”. En “El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, núm. 131, 1993, págs. 455 y ss.

⁷⁰² La Ley habla también de “telemático”, pero es evidente que para que pueda tratarse de un documento telemático, esto es, telecomunicado, será necesario que previamente se encuentre en un formato digital (informático o electrónico) que permita este trasvase de información.

(art. 6.1), todo lo cual se hará, evidentemente, a través de documentos electrónicos, pues de otra manera difícilmente se podrán transmitir a la Administración por “medios electrónicos”,⁷⁰³.

La amplitud con que se definen los documentos en el art. 37.1 LRJAP, determina que, en primer lugar, resulte, en principio, irrelevante quién sea el autor de los documentos –ya se trate de un órgano administrativo, de los interesados en los procedimientos o de terceros-, siempre que se cumpla con el resto de requisitos que la Ley establece –que consten en un expediente que obre en los archivos administrativos y que se refiera a un procedimiento terminado a fecha de la solicitud- y, en segundo lugar, que sea irrelevante la forma externa de los mismos, en cuanto que puede tratarse de documentos que reflejen actos administrativos como meros formularios o documentos normalizados.

Tal es la posición que se desprende de la STSJ de Castilla-León, 1088/1999, de 10 de diciembre, en la que se estima el derecho de acceso del recurrente a los documentos que solicita y que el Ayuntamiento de Cantalejo –sujeto pasivo del derecho de acceso en este caso- había denegado por entender que se trataba de “simples formularios o impresos estandarizados”. Pues bien, la Sentencia afirma que este dato es irrelevante y que los únicos límites que permiten la denegación del derecho de acceso son los establecidos en la Constitución y en el art. 37 LRJAP y que el carácter de “formulario” o de “impreso formalizado” no es relevante, puesto que el art. 37 LRJAP “se refiere de la forma más amplia a los documentos sin más especificación que se encuentren, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el

⁷⁰³ No obstante, hay que recordar que la Disposición Adicional Tercera de esta Ley establece que las Administraciones Públicas disponen hasta el 31 de diciembre de 2009, como plazo máximo para la adaptación gradual de todos sus procedimientos y actuaciones de manera para que puedan ser efectivamente ejercidos en ese plazo los derechos previstos por el art. 6 de la Ley.

tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

En el mismo sentido se había pronunciado ya, anteriormente, el Tribunal Supremo, adoptando en su Sentencia de 5 de diciembre de 1995 un criterio amplio respecto del concepto de documento. Así, en esta Sentencia, se considera, frente a la denegación de una solicitud de acceso a unos partes diarios de Caja e Intervención Municipal, que “no es óbice que los llamados partes de caja no tengan existencia legal o reglamentaria, pues si es un documento de trabajo concebido por el Ayuntamiento de Benidorm, sin duda por utilidad, es lógico que de los mismos se sirvan los Concejales que quieren, en el ejercicio de un legítimo derecho, controlar la actuación económica del Ayuntamiento” (F. J. 3.º).

Lo que ya empieza a causar problemas son los siguientes requisitos que dichos documentos deben cumplir para ser accesibles. En primer lugar, porque la referencia legal a los “documentos” determina que la información a la que se pretende acceder debe de encontrarse ya plasmada en uno, previamente a la solicitud de acceso⁷⁰⁴. Así lo han entendido los Tribunales que no deducen de la obligación de la Administración de facilitar el acceso – contrapartida del derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos- una obligación adicional de elaborar un documento concreto ni -parece- una especial diligencia a este respecto.

La STS de 2 de junio de 2000 es clara a este respecto, entendiendo que el derecho a obtener copias y certificaciones que conlleva el ejercicio del

⁷⁰⁴ Recordemos que se trata de uno de los factores determinantes de que no nos encontremos ante un “derecho a la información”, sino ante un derecho de acceso de configuración legal y alcance mucho más limitado.

derecho de acceso no implica una obligación de elaborar nuevos documentos a partir de otros, o con base en otras informaciones⁷⁰⁵.

La STSJ de la Comunidad Valenciana 1067/2004, de 23 de diciembre, recoge esta misma tesis en cuanto que desestima la petición de acceso a una información documental por entender que no pesa sobre la Administración la obligación de recopilar documentalmente dicha información⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Dice la citada Sentencia, en su Fundamento Jurídico Segundo que: “Nadie discute la competencia de los ayuntamientos y su obligación en Derecho respecto a la elaboración del padrón municipal de habitantes, obligación ésta a poner en conexión en el caso de autos con el derecho de los ciudadanos a obtener información. Ahora bien, los preceptos generales que cita el recurrente [...] establecen el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos [...]. Pero aquellos preceptos diferencian claramente el derecho a obtener certificaciones y copias de los actos y acuerdos y el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos, distinción esta que se deduce de forma inequívoca del artículo 207 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, que es precisamente uno de los artículos que invoca el recurrente. En realidad, y ésta es la razón de decidir de la Sentencia impugnada, el recurrente no pretende el acceso a los registros y archivos municipales, sino que se le expida una certificación sobre datos no elaborados, lo que implica mantener que si no lo ha hecho con anterioridad la Administración está obligada a realizar la elaboración correspondiente para atender las peticiones de los ciudadanos. Es [...] señaladamente cierto que ninguna norma legal o reglamentaria impone la obligación de que esa elaboración se lleve a cabo a partir de unos datos existentes en los archivos, siendo la citada elaboración cosa distinta y no coincidente de la expedición de certificados sobre extremos que constan en debida forma. [...] En definitiva, que la tan referida elaboración se realice o no es una cuestión que entra dentro del ámbito de las potestades de las autoridades municipales para organizar y dirigir los servicios, por lo que difícilmente pueden esgrimirse frente a esas potestades de organización interna derechos subjetivos de los ciudadanos que impliquen el ejercicio de aquellas potestades en un sentido u otro y con determinados objetivos. Sobre este ámbito de los poderes políticos respecto al funcionamiento de las estructuras orgánicas municipales no debe conocer la jurisdicción contencioso-administrativa salvo si se está incumpliendo un mandato legal o reglamentario”.

⁷⁰⁶ Argumenta dicha Sentencia que: “el derecho de acceso a los archivos y registros públicos, implica la puesta a disposición del particular de la información que obre en poder de la Administración, pero ese derecho, no implica, salvo que una norma legal así lo imponga, que la Administración titular del archivo o del registro, deba verificar a solicitud del particular, estudios, desgloses, comparaciones, análisis o extrapolaciones, al margen de lo que el soporte material

La Sentencia parece excluir, además, la posibilidad de que se permita un acceso parcial a la información solicitada, a través de la confección de nuevos documentos o de la tacha de los elementos que caen dentro del ámbito de aplicación de uno de los límites o de las excepciones, como ocurre en el Derecho comunitario⁷⁰⁷ o, en nuestro propio ordenamiento, en el ámbito del derecho de acceso a la información medioambiental⁷⁰⁸. No obstante, existe una notable excepción a esta regla que descarta por lo general el acceso parcial a los documentos, pues este tipo de acceso está explícitamente previsto por el art. 35.2 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos de Cataluña.

B) La definición de “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”.

Ya hemos tenido oportunidad de ver cómo los apartados segundo y tercero del art. 37 LRJAP exigen una legitimación especial para los sujetos activos –los ciudadanos- que pretenden acceder a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas, así como a los denominados por la Ley “documentos de carácter nominativo”. En el capítulo anterior hicimos referencia a cuál era esa legitimación exigida, por lo cual es necesario que ahora procedamos a determinar cuáles son esos documentos a

contenga, porque esto ya no implicaría un lícito ejercicio del derecho de acceso, sino un intento de obtener una información que no consta en los referidos registros” (F.J. 3.º)

⁷⁰⁷ Art. 4.6 del Reglamento CE 1049/2001, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

⁷⁰⁸ El art. 14 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente establece que “la información ambiental solicitada que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otro sujeto en su nombre se pondrá parcialmente a disposición del solicitante cuando sea posible separar del texto de la información solicitada la información a que se refiere el artículo 13, apartados 1.d), 1.e) y 2”.

los que se refieren los apartados segundo y tercero del art. 37 LRJAP, respectivamente, puesto que de la definición que se dé de dichos tipos de documentos va a depender que el derecho de acceso pueda ser ejercido con una relativa normalidad por los ciudadanos o, por el contrario, como han afirmado algunos autores, que por la vía de la definición de estos documentos se acabe vaciando de contenido el derecho que nos ocupa⁷⁰⁹.

El art. 37.2 LJRAP se refiere, como ya sabemos, a “los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas” cuyo acceso “estará reservado a éstas”. Es decir, nos encontramos ante una verdadera limitación del derecho de acceso –de conformidad, obviamente, con el art. 105 b) CE- que impide el referido a cualesquiera solicitantes, salvo que se trate de los propios afectados, esto es, aquellas personas a las que se refieran los datos que afectan a su intimidad. No obstante, aunque esto no plantee mayores dudas y la cuestión de qué se deba entender por intimidad y los límites de la misma haya sido ampliamente tratada por la doctrina, así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las dificultades surgen de nuevo por la formulación que el legislador ha hecho del apartado. No es, *a priori*, fácil separar unos documentos de otros, esto es, de resolver cuándo los datos presentes en los documentos se refieren a la intimidad de las personas y cuándo no⁷¹⁰. Máxime cuando la regulación que se está haciendo del acceso en este caso, limitado al titular de los datos, demuestra una indudable y muy

⁷⁰⁹ *Vid.* entre otros SANTAMARÍA PASTOR, PARADA VÁZQUEZ o FERNÁNDEZ RAMOS.

⁷¹⁰ Si bien en algunos casos esto es fácilmente determinable: por ejemplo, por lo que se refiere a los datos médicos, en otros casos se han planteado ciertas dudas respecto de si se debe considerar que afectan o no a la intimidad: como son los datos fiscales o las declaraciones relativas a la objeción de conciencia antes de la desaparición del servicio militar obligatorio. *Vid.* al respecto, POMED SÁNCHEZ “La intimidad de las personas como límite al acceso a la documentación” en *La protección jurídica del ciudadano, Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Cívitas, 1993, págs. 753 y ss. o SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre el derecho a la intimidad, secreto y otras cuestiones innombrables” en la *REDC*, núm. 15, 1985, págs. 159 y ss.

necesaria conexión con las normas de protección de datos, que sin embargo, no se ha producido nunca en el ámbito legislativo.

La doctrina ha sido implacable en este punto, al criticar con muchísima razón la inexplicable desconexión existente entre este precepto y la LORTAD en 1992 (ÁLVAREZ RICO, EMBID IRUJO o GONZÁLEZ NAVARRO, entre otros), siendo esta última y la LRJAP objeto de tramitación parlamentaria de manera coetánea; más incomprensible aún es que, después de las críticas llevadas a cabo al efecto, la tramitación parlamentaria de la actual LOPD tampoco tuviera en cuenta sus posibles interconexiones con el art. 37 LJRAP, teniendo en cuenta que ésta fue objeto de una importante reforma –por Ley 4/1999, de 13 de enero- el mismo año en el que la LOPD sustituyó a la LORTAD. No hay que olvidar que se trata de una sustitución de gran envergadura, puesto que la LORTAD se refería, únicamente, a la protección de los datos objeto de tratamiento informático en desarrollo del art. 18.4 CE –esto es, la llamada “libertad informática” o “habeas data” (STC 292/2000, de 30 de noviembre)-, mientras que la LOPD ha ampliado su ámbito de aplicación a la protección de cualesquiera datos de carácter personal, y no sólo los que afecten a la intimidad, obrantes en ficheros, independientemente de que éstos sean objeto de tratamiento informatizado o no. Dice el art. 2.1 de la LOPD que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

En todo caso, la relación entre el art. 37.2 LRJAP y la LOPD cobra cada día más importancia desde la generalización de los registros telemáticos y de los medios electrónicos, cuestión que además se vuelve a obviar en las normas más recientes, como la citada Ley 11/2007 de acceso electrónico que, si bien establece como el primero de los principios generales a los que se debe de ajustar la utilización de las tecnologías de la información “el respecto

al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar” [art. 4. a)], después se olvida de hacer una conexión efectiva del mismo con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos –de entre los que destaca, por supuesto, el derecho de acceso- y con las relaciones con éstos por medios electrónicos.

Las consecuencias de esta determinación son importantes, pues, como ya hemos visto, el art. 37 LJRAP no prevé la posibilidad de acceso parcial a los documentos, eliminando las partes sensibles –en este caso serían, justamente, los datos referentes a la intimidad de las personas-, sino que la existencia de un dato sensible determina que dicho documento deje de ser accesible, salvo para los propios afectados, claro está⁷¹¹.

Por ello es necesario determinar cuándo los datos incluidos en los documentos solicitados son “referentes a la intimidad de las personas” o pura y simplemente son datos que no atentan contra su intimidad.

Hay que recordar al respecto que el Tribunal Constitucional ha establecido conceptos distintos por lo que se refiere a la protección de datos y al derecho a la intimidad, teniendo en cuenta que no cualquier intromisión en la intimidad significa una violación del derecho a la intimidad, sino que debe tratarse de una “intromisión ilegítima” y que el derecho a la protección de datos tiene un carácter más amplio. Así en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, afirma que “el derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada

⁷¹¹ Con las notables excepciones, ya señaladas, del acceso a los documentos que obren en los Archivos de Cataluña y los de carácter medioambiental.

personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley [...]. La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón y así lo ha dicho este Tribunal, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información” (F.J. 5.º).

En este sentido se puede entender, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina, que los datos relativos a las personas afectan a la intimidad cuando de ellos puede deducirse un perfil o imagen de la persona que no tiene por qué ser relevante a efectos de terceros⁷¹². Ésta parece ser la postura adoptada por el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2002, aduce precisamente esta jurisprudencia constitucional para desestimar un recurso contencioso-administrativo, formulado contra Acuerdo del Consejo

⁷¹² Habla POMED SÁNCHEZ al respecto de “una concepción del derecho a la intimidad entendido como derecho a evitar que terceros no legitimados para ello, puedan aprehender una imagen de nuestra propia persona que no deseamos transmitir”. En “La intimidad de las personas como límite...” *op. cit.* pág 768.

General del Poder Judicial por el que se le denegaba a una Asociación Judicial su solicitud de información relativa a una lista actualizada de miembros de las restantes Asociaciones Judiciales, entendiendo que la difusión de los datos interesados podría vulnerar el derecho constitucional a la intimidad, en el entendimiento de que los datos solicitados están protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos personales, consagrado por el art. 18.4.º de la Constitución y que “impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información, habiéndose de tener en cuenta que, como dice esta misma sentencia constitucional [la ya citada STC 292/2000] «el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles a cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»” (F. J. 2.º).

En definitiva, cuando se habla de datos referentes a la intimidad de las personas, se está ante un concepto de perfiles muy difusos que, en función de la interpretación que al mismo se quiera dar, pudiera ser muy extensiva, vaciando prácticamente de contenido el derecho de acceso en cuanto cualquier documento administrativo contenga algún dato personal de terceros –esto es, de personas distintas a las solicitantes de acceso-⁷¹³, como temía parte de la doctrina⁷¹⁴ o, de interpretarse de forma estricta, pudiera llevar a una posible vulneración de un “derecho fundamental a la protección de datos

⁷¹³ Así lo recuerda GUICHOT: “la doctrina que ha analizado el tema desde la óptica de la protección de datos ha llegado, en ocasiones, a opiniones maximalistas conforme a las cuales no cabe en ningún caso la comunicación a terceros de ningún dato personal en poder de la Administración (así, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA estima que la comunicación de datos desde ficheros públicos requiere, en todo caso, consentimiento del interesado), lo que equivale a negar el derecho de acceso a la información pública e incluso el derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de documentos que incorporen información personal. En este mismo sentido parecen pronunciarse VALERO TORRIJOS y LÓPEZ PELLICER, lo que nos parece que, amén de no tener encaje en ninguno de los modelos que aporta el Derecho europeo o comparado, resulta absolutamente irreconciliable con el carácter no absoluto de los derechos fundamentales y su necesaria compatibilidad con el resto de derechos, bienes y principios constitucionales, afirmado por el Tribunal Constitucional”, en *Datos personales y Administración Pública*, Cívitas, 2005, pág. 323.

⁷¹⁴ PARADA VÁZQUEZ o POMED SÁNCHEZ, ya mencionados, entre otros. GUICHOT es especialmente gráfico en este punto al referirse al “alcance general (tal vez desmesurado) que ha ido adquiriendo en el Derecho europeo, comparado y español el concepto de dato personal, identificándose con toda información, de cualquier género, que incorpore un referente personal. Siendo así, resulta fácil deducir que una prohibición absoluta de acceso a todo documento que incorpore una referencia personal supone cercenar la publicidad de la mayor parte de la información en poder de la Administración [...]. El «olvido» legal de la necesidad de compatibilizar derecho e intereses se agudiza si tenemos en cuenta [...] que la Ley española no ha recogido la cláusula más genérica del art. 7.f) de la Directiva, según la cual no es preciso el consentimiento cuando el tratamiento es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado”. GUICHOT, *op. cit.* pág. 324.

personales” que, como hemos visto, tiene una interpretación cada vez más expansiva, sobre todo si la se aplica la LOPD en sus términos más literales⁷¹⁵.

De nuevo aquí tenemos un reflejo de la gran laguna que provoca el desconocimiento mutuo de las regulaciones previstas sobre protección de datos y derecho de acceso⁷¹⁶.

⁷¹⁵ Ni siquiera la Agencia de Protección de Datos parece tener una postura clara al respecto, como recuerda GUICHOT: “en su Memoria de 1995, la APD constata, en referencia a la cesión a particulares de datos del padrón, que la excepción [relativa a] la exigencia de consentimiento por previsión legal, a que hacía referencia el art. 11.2 a) LORTAD, en conexión con el art 37.3 LRJAP «determina que el acceso a datos personales, podrá llevarse a cabo además de por el titular, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, salvo las excepciones del apartado 37.4 de la misma ley», en esa misma Memoria, señala que las Administraciones públicas consultan frecuentemente a la APD sobre las relaciones entre derecho a la protección de datos y derecho de acceso, señalando que «la respuesta debe valorarse caso por caso, poniendo en conexión la finalidad de los datos con el carácter de interesado del solicitante, junto con la pertinencia y el carácter adecuado de los datos para el ejercicio de los derechos del interesado». En la Memoria de 1996 afirma que el acceso por particulares a datos del padrón se rige por la LJRAP. En la Memoria de 2001, puede leerse: «Se informa también que, la posibilidad del derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, consagrado por el art. 105 b) CE y regulado por los arts. 35 y 37 LRJAP, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, no puede entenderse prevalente sobre la garantía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, quedando el acceso limitado en los supuestos en que los archivos y registros contuvieran datos de carácter personal a las previsiones reguladoras de la protección de datos. Así se desprende también de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre»”. GUICHOT, *op. cit.* págs. 343 y 344.

⁷¹⁶ Desconocimiento que no sólo se da a nivel nacional, como ya hemos indicado, entre la LRJAP y la LOPD, sino que también ocurre en el ámbito comunitario entre el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y las normas de protección de datos: la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros; y por el Reglamento (CE) núm 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, que regula los tratamientos efectuados por dichos sujetos en los ámbitos regidos por el TCE; y, respecto del ámbito del Consejo de Europa, habrá que esperar a la aprobación de la regulación del derecho de acceso, que de momento se ha visto postergada, para ver si la misma se regula de manera coordinada con las

Los Tribunales de Justicia han tenido pocas ocasiones para pronunciarse en relación con la aplicación del art. 37.2 LRJAP a los “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas” y, cuándo lo ha hecho, no ha perfilado demasiado su definición concreta. Cabe destacar a este respecto la Sentencia del TSJ de Galicia 271/1998, de 28 de abril, en la que el criterio utilizado para indicar si los documentos solicitados contienen datos referentes a la intimidad es la consideración de si dichos datos forman o no parte del ámbito exclusivamente privado de la persona, llegando a la conclusión, en este caso concreto, que no era el caso⁷¹⁷.

existentes normas de reconocimiento del derecho a la protección de datos o, siguiendo la tónica legislativa, también se ignoran mutuamente.

Vid. al respecto GUICHOT, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *RAP*, núm. 173, mayo-agosto 2007, págs. 407 y ss; así como su tratamiento más particularizado en el ámbito de la legislación española en *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, 2005.

⁷¹⁷ El supuesto de hecho de la Sentencia era referente a la impugnación de la denegación de una solicitud de información relativa a la situación jurídica de una persona, de la que se quería saber si se encontraba en activo o jubilada, a efectos de resolver si podía considerarse extinguido o no el contrato de arrendamiento de un local comercial. Al respecto dice el F.J. 2.º de la Sentencia que “para la decisión de la cuestión de fondo objeto de esta litis deviene necesario considerar que los preceptos que la Administración general e institucional demandada invocan en sus respectivas resoluciones, como son el art. 11 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal o los artículos 37 y 38 de la Ley 30/1992, para denegar la información que el actor interesa a los efectos que le hizo constar en los correspondientes escritos que a la misma ha dirigido no han de ser óbice al suministro de tal información por cuanto que el estar en activo una persona o incluso jubilada son situaciones que no forman parte del ámbito exclusivamente privado de la persona [...] y en lo que concierne a la situación de hallarse jubilada la persona arrendataria, por haber alcanzado la edad que la motive o verse afectada por un padecimiento que pudiese determinar su cese definitivo para el trabajo, tampoco ha de sustraerse al público conocimiento de los demás, pues una cosa es el derecho a la confidencialidad de toda información relacionada con su proceso clínico –si es que ese hipotético proceso existiese– que le asiste al amparo de lo dispuesto en el art. 10, apartado 3.º de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y otra, muy distinta es que sea beneficiaria de la acción protectora en situaciones que deriven de tal proceso, la cual sí es susceptible de conocerse, máxime por quien tenga interés en ello”.

En el mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Galicia 1293/2002, de 31 de octubre, deniega la aplicación de la excepción relativa a los datos referentes a la intimidad, por considerar que la información solicitada –relativa a la adquisición de una farmacia- no entra en la aplicación de dicha excepción, pues “la simple indicación de fecha, lugar, notaría y número de protocolo es imposible que contenga dato alguno de carácter íntimo, y suponiendo que en el cuerpo del documento se contuviera tal –lo que desde luego no es probable dada la naturaleza del acto documentado- será el notario quien, llegado el caso, deberá valorarlo” (F.J. 4.º).

Quizás la más relevante interpretación jurisprudencial llevada a cabo de este precepto sea la realizada por la Sentencia del TSJ de Madrid 471/2006, de 24 de mayo, por la que se estima el recurso interpuesto contra una resolución administrativa por la que se denegaba el acceso a los documentos solicitados relativos a las diligencias previas correspondientes a un procedimiento sancionador. Frente a la alegación de la Administración de que se trataba de información reservada que colisionaba con el derecho a la intimidad de terceros, siendo de aplicación el apartado 2 del artículo 37 LRJAP, el Tribunal afirma que “en cualquier caso no se concreta en la contestación a la demanda cuáles son los datos referentes a la intimidad de las personas que contiene la información reservada y cuyo acceso debe quedar reservado solo a dichas personas, a falta de tal concreción, la Sala entiende que la Administración considera como íntimas y reservadas de quien las realiza, las simples declaraciones de las personas que depusieron en las diligencias y el informe-conclusión de las mismas emitido por el órgano administrativo correspondiente, declaraciones e informes que en principio no tienen tal condición. Los datos referentes a la intimidad de las personas, cuyo acceso a los documentos que los contengan está reservado solo a ellas (art. 37.2 de la Ley 30/92) nada tiene que ver con la interpretación que propugna la Administración, son datos referidos a las facetas reservadas de la vida de

las personas, referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo, ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario “según las pautas de nuestra cultura” para mantener una calidad mínima de vida humana” (F.J. 8.º)⁷¹⁸.

C) La determinación de los “documentos de carácter nominativo”.

Dar una definición concreta a lo que sean los “documentos de carácter nominativo” es harto complicada, pues estos no se definen en ningún lugar y, en principio, no se puede entender que lo sean todos los documentos que hacen referencia a algún nombre o sujeto concreto, porque se estaría excluyendo la práctica totalidad de la documentación administrativa. La cuestión resulta aún más complicada por las especificaciones que acompañan en el apartado 3 del art. 37, que como sabemos establece 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 doctrina, como ya tuvimos oportunidad de ver al ocuparnos de la legitimación que este precepto exige –el interés legítimo y directo–, ha sido muy crítica respecto de este apartado que no se acaba de entender⁷¹⁹. Sin

⁷¹⁸ El Tribunal Superior de Justicia de Madrid se apoya para dar esta definición en la jurisprudencia constitucional, citando al respecto las Sentencias del TC 231/1988, 179/1991, y 20/1992.

⁷¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR lo ha definido de “absolutamente incomprensible”, ÁLVAREZ RICO habla de “dudosa constitucionalidad del precepto” y FERNÁNDEZ RAMOS de “precepto de difícil interpretación que puede calificarse incluso de críptico”. *Vid.* el apartado relativo a la legitimación

embargo, otros autores sí que parecen reconocer la utilidad del precepto, como una mayor apertura frente a la limitación por razón del derecho a la intimidad impuesta por el art. 37.2 LRJAP. Es el caso de MESTRE DELGADO, para quien “la previsión establecida parece correcta en lo que se refiere a la necesidad de proteger la intimidad de los ciudadanos. La conformación del precepto, aludiendo a aquellos documentos «que contengan datos referentes a la intimidad de las personas» frente a aquellos «de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas», parece un criterio de utilidad a la hora de conformar el derecho. Para los primeros, la Ley reserva la titularidad del derecho a los sujetos afectados; en cambio, en el segundo supuesto trata de ampliarse la legitimación para solicitar el acceso, además de a los afectados, a aquellos «terceros que acrediten un interés legítimo y directo», salvo en los que tengan carácter sancionador o disciplinario”⁷²⁰. También FERNÁNDEZ RAMOS lo entiende así, como un intento de “suavizar” la estricta regla del apartado segundo del art. 37 LRJAP, aunque es mucho más crítico respecto de la misma: “en todo caso – dice el autor-, y en un esfuerzo de comprensión positiva y haciendo abstracción de los problemas interpretativos, puede convenirse que el objeto de este precepto parece consistir en flexibilizar la regla de la reserva absoluta a las personas afectadas del acceso de los documentos que contienen datos relativos a su intimidad”.

La falta de definición de lo que sean los documentos de carácter nominativo dificulta extremadamente su análisis⁷²¹. La doctrina, no obstante, ha intentado en ocasiones aportar una definición o, al menos, una descripción

exigida en el apartado 3 del art. 37 LJRAP, en el Capítulo 6 relativo a los sujetos del derecho de acceso.

⁷²⁰ MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 163.

⁷²¹ Como ya tuvimos oportunidad de señalar en el capítulo anterior, se trata de un intento de transposición al ordenamiento español del sistema francés de acceso a los documentos, llevado a cabo de manera incompleta y, por tanto, con muy poco acierto.

de lo que debemos considerar como documentos de carácter nominativo. Frente a quienes consideran que dentro de los documentos de carácter nominativo hay que entender que se encuentran todos aquéllos que tienen referencias a sujetos determinados –de ahí que, la consecuencia sea que entiendan que el derecho de acceso queda minimizado hasta extremos que deberían llevar a la declaración de su inconstitucionalidad-, la mayoría de la doctrina entiende que esta expresión debe ser objeto de una interpretación ciertamente matizada, que no puede englobar cada documento nominativo como tal.

SANTAMARÍA PASTOR, que es muy crítico con este precepto, ni siquiera intenta una definición de un precepto que considera como absolutamente incomprensible y opina que “es imposible averiguar *a priori* a qué quiere aludirse con expresiones como «documentos de carácter nominativo» (de los que no se sabe si se refiere a los que tienen un destinatario específico y determinado –p. ej., una multa-; ni tampoco si se quiere excluir a las comunicaciones internas entre órganos administrativos)”⁷²².

EMBID IRUJO, de manera bastante categórica, lo define como “todo aquel que permite, de forma directa o indirecta, la identificación de las personas”⁷²³, definición que no aclara la necesaria diferencia que debe existir entre los apartados 2 y 3 del art. 37 LRJAP, pues parece acoger literalmente la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, para definir los datos de carácter personal.

GUICHOT, por su parte, después de recordar la doctrina francesa sobre los documentos nominativos como aquéllos que conllevan una apreciación o un juicio sobre la persona, intenta matizar más la diferencia entre documentos nominativos y documentos que contienen datos de carácter personal y

⁷²² SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático...*, *op. cit.* pág. 144.

⁷²³ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, *op. cit.* pág. 101.

considera que se ha de hacer una interpretación estricta de los documentos nominativos: “ahora bien –dice el autor-, no toda información que contiene el nombre de una persona es un dato personal. El concepto de dato personal se ha extendido a toda información nominativa de cualquier género. Esta concepción omnicomprendensiva, justificada por la potencialidad lesiva del cruce de información nominativa, que puede resultar «inofensiva» aisladamente considerada, comienza a ponerse en tela de juicio, y se apunta a los criterios del contenido, la finalidad y el resultado como guías para decidir cuándo una información asociada a una persona identificada o identificable es o no un dato personal. Hay que partir, pues, de que no toda información que contiene el nombre de una persona es *ipso facto* información sobre dicha persona y por ello dato personal, y, por ende, que en muchos casos no se hallará en juego este derecho (ni, mucho menos, el derecho a la intimidad). [...] En el caso de solicitudes de acceso a datos no íntimos pero sí personales –categoría que debiera tender a la identificación con los «datos nominativos» de la actual normativa sobre acceso, hasta tanto no desaparezca esta categoría equívoca que ya ha sido suprimida en el Derecho francés, del que se importó– ha de valorarse, por una parte, la importancia que para la transparencia administrativa tiene en el caso concreto la concesión o denegación del acceso, sin olvidar lo dicho sobre que no todo dato que contiene el nombre de una persona es un dato personal”⁷²⁴.

FERNÁNDEZ RAMOS considera, también de manera crítica, que “el principal equívoco legal se ha producido en relación con los llamados documentos «nominativos». En este caso, parece evidente que el término ha sido tomado del Derecho francés, y así ha sido puesto de manifiesto por algunos autores. Así SANCHO CUESTA identifica la noción de documento nominativo con la del Derecho francés, en el sentido de todo aquel que

⁷²⁴ GUICHOT, “Acceso a la información...”, *op. cit.* págs. 439 y 440.

permite, de forma directa o indirecta la identificación de una persona⁷²⁵. [...] Ahora bien, como hemos visto, la LJRAP se refiere a documentos nominativos que no incluyen «otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas» para permitir el acceso a los mismos por parte de terceros que acrediten un interés legítimo y directo. Es decir, la Ley toma la noción de documento «nominativo» del Derecho francés para darle la significación justamente opuesta a la que tiene en dicho ordenamiento. Pues como acabamos de ver, en Derecho francés no se considera «nominativo» -en el sentido de excluyente del derecho de acceso- el documento que únicamente contiene datos de identificación de una persona. Tales tipos de documentos, al no considerarse nominativos, son de general accesibilidad. En cambio, la LJRAP viene a exigir la acreditación de un interés legítimo y directo para acceder a tales documentos⁷²⁶.

La mayoría de la doctrina parece haber optado por obviar esta definición, se intenta *per relationem*, por oposición a lo que se consideran datos que afectan a la intimidad de las personas, deduciéndose en definitiva que, si existen datos personales, pero éstos no se pueden considerar como

⁷²⁵ Continúa el autor sobre esta idea, afirmando que “sin embargo [...], el concepto de documento nominativo propio del Derecho francés no es exactamente éste que menciona SANCHO CUESTA. Tanto la CADA como la jurisprudencia considera como documentos «nominativos» a aquellos documentos que contienen una apreciación o un juicio de valor sobre una persona física nominalmente designada o fácilmente identificable, así como los que comportan informaciones de orden personal o que describan el comportamiento de las personas físicas concretas y que la divulgación de dicho comportamiento podría causar un perjuicio. De este modo, tal como se dijo en su momento, no es suficiente que un documento sea individual o contenga uno o varios nombres para que sea calificado de «nominativo». Así la jurisprudencia francesa ha considerado que un contrato, por el mero hecho de incluir los nombres de los contratantes con la Administración, no constituye, por sí mismo, un documento nominativo, como tampoco lo constituye una lista de empleados de un servicio”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 504.

⁷²⁶ *Ibidem*, pág. 505.

relativos a la intimidad de dichas personas, entonces nos encontraremos ante el supuesto de hecho de aplicación del apartado 3 del artículo 37 LRJAP⁷²⁷.

Ésta parece ser, también, la posición de la jurisprudencia que se ha ocupado de la aplicación de este precepto, que ha sido muy parca al respecto y, si bien hay unas pocas sentencias en las que se ha aplicado el apartado 3 de este artículo 37 LRJAP, en la mayoría de los casos los Tribunales se limitan a constatar la existencia o inexistencia de interés legítimo y directo, dando por sentado el carácter nominativo de los documentos.

Es, por ello, destacable, en este sentido, una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (Andalucía) 19/2001, de 24 de enero, que es quizás la que mayor concreción haya dado respecto de lo que se debe entender por documentos de carácter nominativo. En dicha Sentencia, el Juzgado de lo Contencioso afirma que “debe tenerse en cuenta que el canon hermenéutico fundamental en esta materia es el favorecimiento del principio de transparencia y la interpretación restrictiva de las exclusiones, además del principio de publicidad, esenciales todos en un Estado democrático que rechaza la concepción oscurantista y patrimonialista de los archivos administrativos. Siguiendo estos criterios y ante la confusa redacción del art. 37.3, no podemos entender que los documentos solicitados puedan calificarse de nominativos por el simple hecho de que contengan referencias precisas a determinadas personas [...], pues raro será el documento administrativo que no resulte nominativo siguiendo esa restrictiva interpretación contraria a los principios expuestos. Es claro que los documentos en cuestión no tienen un destinatario específico y determinado, lo que debe resultar suficiente para excluir de ese carácter que supone una limitación del derecho del art. 37.1” (F.J.3.º).

⁷²⁷ Es el caso, entre otros de MESTRE DELGADO o de POMED SÁNCHEZ.

Excepción hecha de esta, a mi juicio laudable, Sentencia, la mayoría de la jurisprudencia al respecto se limita a determinar la existencia de documentos nominativos y, por tanto, la aplicación del apartado 3 del artículo 37 LJRAP *a contrario*, concluyendo su carácter de nominativos tras la comprobación de que los documentos solicitados no contienen datos que puedan afectar la intimidad de las personas.

Es, por ejemplo, el caso de la Sentencia del TSJ de Cataluña 346/1996, de 14 de mayo, en la que se hace referencia a expedientes de liquidaciones por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos derivados de transmisiones en las que el solicitante no es parte, considerando que los documentos conteniendo datos sobre la base imponible, el tipo aplicado, la cuota satisfecha y la fecha de pago de dicho expediente de plusvalía sobre la transmisión de unas fincas, no contienen datos que afecten a la intimidad, por lo que, para acceder a los mismos, es necesaria la acreditación de interés legítimo y directo; esto es, se considera que se trata de documentos de carácter nominativo.

No ocurre sin embargo lo mismo, según la Sentencia del TSJ de Galicia 271/1998, de 28 de abril, cuando lo que se trata de conocer es la situación jurídica, activa o no, de arrendataria de un local comercial. Entiende el Tribunal en este caso que se trata de un ámbito no privado que no exige siquiera la acreditación de un interés legítimo, puesto que se trata de información “susceptible de conocerse, máxime por quien tenga interés en ello”⁷²⁸.

⁷²⁸ En el caso concreto –al que ya nos hemos referido anteriormente–, la solicitud de información referente al estado jurídico, en activo o jubilada, se requería para determinar la vigencia de un contrato de arrendamiento de un local comercial, ligado por tanto al ejercicio de actividad comercial, por lo que el Tribunal considera, no sólo que se trata de información en cualquier caso accesible, sino también que “la naturaleza mercantil del local que está arrendado conlleva que la actividad que en él se realice o quien la realice sea habitual y profesional, constituyendo una

En el mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Madrid 443/2001, de 17 de abril, por la que se declara que la información relativa a la antigüedad, puesto, jornada y compatibilidad para ejercer otra profesión de forma privada de una funcionaria, no afecta a su intimidad, exigiendo asimismo para el acceso a los mismos de la acreditación de un interés legítimo y directo, por lo que de nuevo se deduce, al declararse de aplicación el art. 37.3 LRJAP, que se trata de documentos de carácter nominativo.

La forma en que los datos se recogen en los documentos, aun siendo estos de público conocimiento, es esencial a la hora de determinar si se trata o no de documentos nominativos. El TSJ de Madrid, en su Sentencia de 6 de mayo de 2000, declara que las cantidades percibidas por el concepto de complemento de productividad de funcionarios son documentos de carácter nominativo, para cuya solicitud es por tanto necesaria la acreditación de un interés legítimo y directo, afirmación que se hace pese a haber declarado, anteriormente, en la misma Sentencia el carácter público de estas retribuciones: “se establece, por tanto, en este precepto, la obligación de publicar periódicamente en todos los Centros Directivos del Departamento al que se refiera las cantidades que se perciban como complemento de productividad por cada funcionario, como medio a través del cual cualquier funcionario o cualquier interesado conozca y tenga acceso a tal información. Y la manera en la que el precepto mencionado articula el acceso a tal información es a través de la exposición pública de las cantidades percibidas por tal concepto por los funcionarios del Departamento u Organismo. Ahora bien, lo que el actor solicita es obtener tal información, no solo a través del medio mencionado, que no niega haber obtenido, sino a través de la entrega personal de la certificación del percibo por cada funcionario del grupo que a él le interese, de las cantidades relativas al complemento de productividad y

obligación jurídica la publicidad tanto de la actividad como del empresario que la realiza a tenor del art. 30 del Código de Comercio” (F.J. 2.º).

durante el período solicitado. [...] La consagración que de este derecho [de acceso] hace la Constitución, no puede entenderse se traduzca en un derecho a obtener cualquier tipo de información o de acceder a ella o a las fuentes de información, y tampoco es un derecho a obtener la información solicitada, siempre que no esté afectada por la salvedad constitucionalmente establecida, por escrito, y, por ende, que imponga a la Administración el deber de facilitarla de tal modo, sobre todo cuando ello exija una ingente labor solo abordable paralizando otras labores administrativas” (F.J.2.º).

Llaman la atención los argumentos utilizados por el Tribunal para calificar como nominativos los documentos que contienen datos que la Administración tiene la obligación de hacer públicos entre determinados funcionarios; a pesar de ello, la consecuencia que parece extraerse de esta Sentencia es que la limitación del acceso por razón del carácter nominativo de los documentos no tiene tanto que ver con que se trate de informaciones de carácter reservado o íntimo, cuanto con la identificación de dichos datos – en principio, públicos- con determinadas personas concretas, de manera que parece reflejarse la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, cuando define los datos personales como aquellos no tanto que afectan a la intimidad, como que permiten la identificabilidad de una persona a través de la obtención de un perfil de la misma⁷²⁹.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de junio de 2005, consideró que los documentos relacionados con los ejercicios de oposiciones, en concreto, las de acceso al Cuerpo de Letrados de las Cortes, eran documentos de carácter nominativo, para cuyo acceso es necesario la acreditación de un interés legítimo y directo (interés que se reconoce en el recurrente, uno de los aspirantes que había realizado dicho ejercicio y que se niega para su madre).

⁷²⁹ *Vid.* la referencia, en el apartado anterior, al F.J.2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000.

También han tenido trato de documentos nominativos, a efectos de la exigencia de legitimación, un expediente de apremio, por el que se llevaba a cabo el embargo y adjudicación a un Ayuntamiento de una finca (Sentencia del TSJ de Madrid 491/2004, de 4 de junio); así como los documentos referentes a las obligaciones urbanísticas que afectan a una entidad y que son exigibles a los promotores de la misma, como son los antecedentes urbanísticos y de proyecto y las obras exigidas a los promotores (Sentencia del TSJ de Murcia 92/2003, de 26 de febrero), o los relativos a los contratos de arrendamiento de unas fincas municipales, junto con las fotocopias de los avales y garantías personales o hipotecarias de los arrendatarios (Sentencia del TSJ de Extremadura 115/2007, de 30 de abril).

Llama la atención, también, la aplicación de este apartado 3 del art. 37 LJRAP, por la Sentencia del TSJ de Murcia 909/2002, de 31 de octubre, a los documentos pertenecientes a expedientes relativos a licencias de apertura y otros extremos de determinados locales de ocio, identificados, sitos en Los Alcázares. La justificación de la exigencia de un interés legítimo y directo en este caso, según el TSJ de Murcia, se encuentra en el hecho de que se trata de “documentación minuciosa”, de “información extensa”. Esta Sentencia lleva al replanteamiento de si, realmente, estamos ante un apartado en el que se aplica el criterio de la intimidad, de manera suavizada, puesto en el caso concreto, en ninguna parte parecen figurar datos nominativos relativos a personas: son más bien datos objetivos que difícilmente entran en el ámbito de la identificación de las personas y mucho menos en su intimidad.

Como hemos podido ver, el apartado 37.3 LJRAP, no sólo se limita a exigir la acreditación de un interés legítimo y directo como legitimación para el acceso a los documentos de carácter nominativo, sino que especifica el

supuesto de hecho concreto en el que dichos documentos se tienen que encontrar para permitir el acceso a los mismos⁷³⁰.

Además de enunciar una limitación del derecho de acceso a los procedimientos sancionadores o disciplinarios, este apartado establece que los documentos nominativos accesibles son los que figuran en los procedimientos de aplicación del derecho y que pueden hacerse valer para el ejercicio de los derechos.

La jurisprudencia ha obviado, hasta el momento, estos dos requisitos relativos a los documentos nominativos aunque, creo yo, por razones distintas. En cuanto a que los documentos solicitados puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos, en general, no ha sido considerado individualmente por la sencilla razón de que es un elemento tenido en cuenta a la hora de acreditar la existencia de un interés legítimo y directo. Así la jurisprudencia ha establecido que debe existir un interés concreto para cada procedimiento (STJSJ Canarias 106/2003, de 3 de febrero); que además no basta con la existencia del mismo, sino que debe ser acreditado específicamente en la solicitud de acceso (STSJ Castilla y León 8/2003, 17 de enero) y que se excluyen como intereses aducibles en estos casos la defensa de la legalidad (STSJ Extremadura 115/2007, de 30 de abril), o el puro conocimiento de los datos (STSJ Murcia 909/2002, de 31 de octubre). Por ello, es lógico que con la acreditación de un interés legítimo y directo aplicado a un procedimiento concreto se considere cumplido el requisito de que los documentos puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos, porque normalmente ese será, precisamente, el interés que se acredite: su

⁷³⁰ Recordemos que dicho apartado establece 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”.

utilidad para la defensa de derechos o intereses concretos –legítimos y directos-.

Por último, el requisito establecido por el precepto exigiendo que los documentos “figuren en los procedimientos de aplicación del derecho”, ha sido unánimemente ignorado por la jurisprudencia. La doctrina ha hecho escasas referencias al mismo y, en todo caso, para criticarlo como una obviedad innecesaria del precepto. En esta línea, Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO se preguntan qué procedimientos administrativos no aplican el derecho⁷³¹ y, asimismo, SANTAMARÍA PASTOR muestra su perplejidad ante el inciso “puesto que en todos los procedimientos administrativos se lleva a cabo, en mayor o menor grado, la aplicación de normas jurídicas”⁷³². Efectivamente, este inciso no tiene mucho sentido, se interprete como se interprete, pues, como dicen los citados autores, es difícil pensar en un procedimiento administrativo no sometido a Derecho sin olvidarse del principio de legalidad y, si lo que el precepto pretende es enunciar de nuevo que los documentos, para ser accesibles, deben formar parte de un procedimiento administrativo, sería una reiteración inútil de lo establecido por el apartado primero del mismo art. 37 LJRAP⁷³³. Parece más, por tanto,

⁷³¹ ALVAREZ RICO, M. e I. “Derecho de acceso...”, *op. cit.* pág. 486.

⁷³² SANTAMARÍA PASTOR, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.* pág. 144.

⁷³³ Cabría aún pensar en otra interpretación, más rebuscada si cabe, que consistiría en considerar que el legislador no ha querido referirse al Derecho, en general, pues lo hubiera puesto con mayúsculas, como es habitual, y que a lo que se quiere aludir es a procedimientos de aplicación de derechos subjetivos –aunque se debería haber referido a los mismos en plural y no en singular como lo hace- de manera que sólo se exigiría la acreditación de ese interés legítimo y directo, cuando los datos de carácter nominativo constaran en procedimientos de aplicación de derechos subjetivos y no en otra clase de procedimientos, como los de elaboración de disposiciones de carácter general o cualesquiera actuaciones generales de la Administración en el ámbito de sus competencias, para los cuáles no sería necesario acreditar dicho interés, pero no parece que la intención del legislador fuera ampliar la esfera de documentos accesibles, sino más bien limitarla cuando tienen ese “carácter nominativo”.

un elemento retórico de un precepto ya de por sí intrincado e incomprensible, que un verdadero requisito para permitir el acceso.

2. La necesidad de que los documentos se hallen incorporados a un expediente.

El segundo de los requisitos que la Ley establece para el acceso a los documentos, según el art. 37.1 LJRAP es que éstos obren en un expediente. Se trata ésta de una exigencia que plantea también algunos problemas, puesto que la única definición de expediente de la que disponemos, es la proporcionada por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que lo define como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación”.

El expediente aparece así relacionado intrínsecamente con la tramitación de los procedimientos, siendo además, como ya hemos tenido ocasión de ver, la unidad de organización fundamental de los archivos administrativos, aunque no la única. La doctrina⁷³⁴ ha señalado los problemas que se derivan de la indefinición en la normativa administrativa del concepto de expediente administrativo y de la ambigüedad con la que la LRJAP y la LBRL, especialmente, utilizan el término, en ocasiones, de manera indistinta

⁷³⁴ *Vid.*, en especial, RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, Aranzadi, 2007.

a la de procedimiento⁷³⁵. Como señala RIVERO ORTEGA “continúa siendo hoy válida la definición formulada por Aurelio GUAITA durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo: «... el expediente no es otra cosa que la materialización de aquél, el procedimiento hecho papel»⁷³⁶. Efectivamente, la propia LRJAP utiliza ambos términos de manera indistinta, dando a entender la práctica identificación que entre ambos existe, siendo el expediente la plasmación del procedimiento⁷³⁷.

En todo caso, pese a la indefinición del expediente por parte de la LRJAP y su indeterminación respecto del procedimiento, puede considerarse como válida la definición que del mismo se da en el ROF, en cuanto que conjunto ordenado de documentos administrativos que se refieren a un asunto o procedimiento determinado.

⁷³⁵ SANTAMARÍA PASTOR considera esta exigencia de que el documento forme parte de un expediente como ambigua “si se tiene en cuenta que ni la Ley ni ninguna otra norma definen qué sea un expediente ni, desde luego, determinen qué tipos de documentos deben dar lugar a tal expediente; cabe pensar, no obstante, que el término «expediente» haya sido utilizado por el legislador, por razones estilísticas como equivalente al de «procedimiento»”. En *Comentario sistemático a la LRJAP...*, *op. cit.* pág. 143.

RIVERO ORTEGA, por su parte, recuerda que “el empleo del término expediente en el Derecho vigente se presenta, pues, todavía hoy confuso, al no haberse superado la doble significación originaria, que arranca en el siglo XVI, de procedimiento y resultado documental. Algunas normas enfatizan el carácter documental, y otras lo equiparan al procedimiento, lo que no es del todo incorrecto, pues el expediente es un reflejo de la tramitación administrativa. Pero quizás a estas alturas debería concretarse y circunscribirse mejor su significado, a efectos de precisar también el régimen jurídico de su esencia documental”. En *El expediente...* *op. cit.* págs. 91 y 92.

⁷³⁶ *Ibidem* pág. 89.

⁷³⁷ Valgan, entre otros ejemplos, el art. 35 LRJAP que en su apartado a) establece el derecho “a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los *procedimientos* en los que tenga la condición de interesados y obtener copias de *documentos contenidos en ellos*” y en su apartado c), de nuevo, establece el derecho “a obtener copia sellada de los *documentos* que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los *originales* deban obrar en el *procedimiento*”.

Pues bien, si en un principio entendemos que integran un expediente todos los documentos relativos a cada concreto procedimiento administrativo, eso determina que no todos los documentos administrativos se incorporan a un expediente: quedarán fuera de los mismos aquellos documentos que, estando en posesión de la Administración –bien porque ella misma es la autora, o porque los ha recibido- no se incorporan a ningún expediente porque no forman parte de ningún procedimiento administrativo concreto y, sin embargo, esta documentación administrativa, en ocasiones esencial, debe quedar integrada en los archivos administrativos⁷³⁸.

Recordemos, además, como tuvimos oportunidad de ver en el Capítulo 4, relativo al régimen jurídico de los archivos, que la normativa sobre archivos ha tenido en cuenta esta posibilidad, pues el Decreto 914/1969, de 8 de mayo, por el que se crea el Archivo Central de la Administración del Estado, habla en general de “documentación” y no sólo de expedientes para establecer el traslado de la documentación administrativa al Archivo Central, previendo la posibilidad concreta de que existan documentos que no forman parte de ningún expediente. “Las dependencias de la Administración Pública Central e Institucional –dice el art. 2 de esta norma-, remitirán al Archivo Central del Ministerio a que pertenezcan la totalidad de los *expedientes* en que se hayan dictado actos administrativos de resolución [...]. Cuando se trate de *expedientes o documentos* en que no proceda dictar actos administrativos de resolución del carácter expresado, *así como informes, estudios, etc.*, pasarán al Archivo General cuando hayan producido en la dependencia que los ha elaborado o tramitado la totalidad de sus efectos”.

⁷³⁸ FERNÁNDEZ RAMOS señala como el propio ordenamiento contempla esta posibilidad: “la misma LRJAP –art. 71.1-, al igual que su predecesora, establece que si los defectos de la solicitud no son subsanados en plazo, se tendrá por desistido al solicitante de su petición, «archivándose sin más trámite». Más claramente, la Ley General Tributaria establece que «podrán archivar sin más trámite aquellas denuncias que fuesen manifiestamente infundadas» -art. 103.2-, precepto éste perfectamente generalizable”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 430.

La documentación de apoyo administrativo, los informes internos y externos, encuestas, etc., no siempre forman parte de procedimientos, ni se integran obligatoriamente en un expediente concreto, por lo que podrían quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma y, por tanto, excluidos de acceso, cuando se trata, sin embargo, de documentos que pueden revestir un indudable interés para los ciudadanos. La restricción de la norma es, pues, innegable, cuando estos documentos, que deben archivarlos junto con los expedientes relativos a procedimientos administrativos, no quedan incorporados a expedientes concretos. En este sentido, la norma no está tan sólo restringiendo la forma de acceso a los documentos, sino que podría ser incluso inconstitucional, por encontrarse en franca contradicción con el art. 105 b) CE que, no olvidemos, establece el derecho de acceso a los archivos administrativos y no a los expedientes, de manera que se estará denegando el acceso a documentos que se encuentran en los archivos y, por tanto, en el ámbito de aplicación del derecho constitucional, sin apoyo en ninguna de las limitaciones o exclusiones establecidas en la norma.

Además, incluso por lo que se refiere a los documentos que sí forman parte de un procedimiento concreto, el efectivo ejercicio del derecho va a depender entonces de la diligencia de la Administración a la hora de cumplir su deber de incorporar los documentos a los expedientes que correspondan para su preceptivo archivo⁷³⁹. Si bien POMED SÁNCHEZ considera que “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*

⁷³⁹ A la obligación de conservación por parte de la Administración de documentos y expedientes en los archivos administrativos nos referiremos *infra*, al tratar el requisito de que los documentos obren efectivamente en los archivos administrativos.

auditur”⁷⁴⁰, no obstante está claro que, en la práctica, el ciudadano solicitante pudiera encontrarse con un obstáculo infranqueable.

La STJS Navarra, 166/2003, de 14 de febrero, así lo refleja, pues entiende que, si bien es indudable la obligación que pesa sobre la Administración de tutela de los documentos administrativos, que deben incorporarse a los preceptivos archivos administrativos, el hecho de que *de facto* no lo estén lleva a que la denegación del acceso se considere conforme a derecho⁷⁴¹.

Por otro lado, en el ejercicio efectivo del derecho de acceso se han planteado dudas, algunas de ellas resueltas por la jurisprudencia, de cuándo los documentos se entienden parte de un expediente y, por tanto, susceptibles de acceso según el apartado 1 del art. 37 LJRAP.

De esta manera, podrán ser accesibles los documentos que se refieren a las actuaciones previas, las diligencias informativas, cuando éstas no dan lugar a la iniciación de un procedimiento, porque, en sí mismas, forman parte de un expediente administrativo y, por lo tanto, accesibles de no incurrir algún otro factor que impida el ejercicio del derecho. Así lo ha entendido la Sentencia del TSJ de Madrid, 471/2006, de 24 de mayo, cuando afirma que “carece de sentido la alegación de que el derecho de acceso reconocido en el art. 37 de la Ley 30/1992 no es aplicable al supuesto presente por no ser la

⁷⁴⁰ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos...”, *op. cit.* pág. 462.

⁷⁴¹ Dice el Fundamento Jurídico Tercero de esta Sentencia que “ha de tenerse en cuenta que como condición necesaria para el ejercicio del derecho que nos ocupa se requiere que la documentación solicitada debe encontrarse formando parte de un expediente y que se encuentre integrada en los archivos administrativos (párrafo 1 del artículo 37 de la Ley 30/92). Sin embargo, en el presente caso no se da la primera condición, ya que no se contienen en la documentación del Plan los documentos interesados. Por ello la resolución recurrida *confunde el ser con el deber ser, de forma que hace exigible una obligación no por el estado en que se encuentran los archivos administrativos, sino por el estado en que se debieron encontrar*. Ello supone una consecuencia inasumible, por cuanto obligaría a la confección *ex novo* de toda la documentación que aun suponiendo que deba existir no ha sido ejecutada por la Administración Municipal”.

información reservada un procedimiento, ya se dijo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 entendió que las que denomina diligencias informativas tienen una unidad formal constituyendo en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, cuya finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste”.

En este sentido, la citada STS de 5 de mayo de 1998, en su F.J. 6.º afirma que las diligencias informativas “aun teniendo una unidad formal, constituyen en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, ya que su finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste, pero no decidir sobre la existencia o no de responsabilidad disciplinaria, de tal suerte que el acto que pone fin a dichas diligencias sólo tiene carácter definitivo, haciendo imposible la continuación del procedimiento, cuando acuerda el sobreseimiento, pero no cuando resuelve iniciar el procedimiento disciplinario”⁷⁴².

También un atestado policial ha sido considerado por los Tribunales como expediente a los efectos de lo previsto por el art. 37.1 LRJAP. En este sentido, la Sentencia del TSJ de La Rioja 35/2003, de 31 de enero, es clara –

⁷⁴² Curiosamente, el resultado de esta separación formal entre las diligencias previas y el acuerdo de iniciación del procedimiento, podrá ser que los documentos, por formar parte de un expediente, serán accesibles si se acuerda el sobreseimiento y la no iniciación del procedimiento disciplinario, pero no si se inicia el procedimiento, pues, como sabemos, el art. 37.3 LJRAP excluye del acceso los documentos relativos a los procedimientos disciplinarios y sancionadores. Por supuesto, para el resto de procedimientos, las diligencias o actuaciones previas serán accesibles en cumplimiento del art. 37 LRJAP, aunque lo que podrá ser discutible es en qué momento se podrá ejercer el derecho de acceso, si de las mismas se deriva la iniciación del procedimiento en principio habrá que esperar a que el mismo haya terminado, conforme establece el art. 37.1 LJRAP según veremos a continuación.

aunque la redacción del fundamento Jurídico es notoriamente mejorable-: “la Administración demandada sostiene que un atestado policial no forma parte “per se” de un expediente administrativo y por tanto no es aplicable el artículo 37 de la Ley 30/92 que establece que los ciudadanos tienen derecho al acceso de documentos que formen parte de un expediente administrativo. [...] La Sala considera que el atestado policial sí que es un expediente administrativo y así se infiere del artículo 164 del Reglamento de organización y funcionamiento de las Corporaciones Locales que establece «constituye expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa así como las diligencias encaminadas a ejecutarla», el atestado es un conjunto de documentos, en segundo lugar dichos documentos obran en los archivos municipales y en tercer lugar se remiten a Fiscalía y a los Juzgados, una vez que han concluido las investigaciones pertinentes” (F.J. 4.º).

En todo caso, no parece necesario que, para que los documentos solicitados sean accesibles, se trate de un expediente relativo a un procedimiento concreto, esto es, conducente a una resolución administrativa. Como señala RIVERO ORTEGA, los expedientes personales no tienen por qué tener como último documento una resolución. Si bien pudieran plantear problemas para su acceso el carácter nominativo o referente a datos relativos a la intimidad de las personas, en cuando a los requisitos establecidos por el art. 37.1 LRJAP, su carácter de expedientes administrativos no plantearía problemas. Así, a pesar de no relacionarse con un procedimiento administrativo determinado, son expedientes personales –y, por tanto, potencialmente accesibles, con las limitaciones ya señaladas- los expedientes

personales de los funcionarios, las fichas policiales personales o los expedientes médicos⁷⁴³.

Por si fueran pocos los requisitos establecidos por el art. 37.1 LRJAP, a esto se le une la complicación derivada de la exigencia determinada por el apartado 7, del art. 37 LRJAP. Este apartado establece como requisito de la solicitud de acceso que el solicitante formule una “petición individualizada de los documentos”, lo que, unido al requisito de que los documentos cuyo acceso se solicita formen parte de un expediente administrativo, ha llevado a que, en la práctica, la Administración someta al ciudadano solicitante de acceso a una verdadera carrera de obstáculos, ya que cada vez ha de demostrar más cosas en el ejercicio de un derecho, en principio, sólo limitado por lo que se refiere a la seguridad, la intimidad de las personas y la investigación de los delitos.

Y no se trata de una hipótesis de laboratorio, pues tal es el caso de la muy discutible Sentencia del TSJ de Madrid 443/2001, de 17 de abril, en la que se deniega el acceso a la solicitante porque “no se invoca el motivo de tal información [la solicitada] ni la tramitación de expediente alguno. En definitiva no justifica la existencia de expediente y tramitación de procedimiento” (F.J 3.º). De nuevo nos encontramos, a mi juicio, ante una aplicación abusiva del precepto estudiado, puesto que la exigencia de que el documento conste en un expediente no puede llevar a que la carga de la prueba de que el documento solicitado consta en un expediente pese sobre el solicitante, ya que, si bien puede rechazarse su petición si esta es demasiado vaga -debiendo a tal fin, conforme al art. 37.7 LRJAP “formular petición individualizada de los documentos que desee consultar”-, eso no implica que

⁷⁴³ No parece entenderlo así, sin embargo, y esto pudiera ser una fuente de problemas en el futuro, la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos que define el expediente electrónico como “el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan” (art. 32.1).

deba asimismo identificar o acreditar la existencia del expediente en el que estos constan; se trata ésta de una información de la que difícilmente tendrá conocimiento el solicitante, no obstante la obligación establecida en el apartado 9 del mismo art. 37 LRJAP y que pesa sobre la Administración de publicar periódicamente “la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares”. Si el ciudadano identifica de manera suficiente el documento que se solicita, deberá ser la Administración quien sepa –notablemente, a través de los registros de entrada y de salida de documentos- a qué expediente se asocia el mismo. Sin embargo, esta puede ser una tarea harto complicada por las deficiencias –ya señaladas en el capítulo referente al régimen jurídico de los archivos administrativos- del sistema archivístico español⁷⁴⁴.

3. La necesaria terminación del procedimiento.

El siguiente requisito –también muy criticado por la doctrina- que establece el art. 37.1 LRJAP al regular el régimen jurídico de acceso, se

⁷⁴⁴ Para RIVERO ORTEGA “muchos de los problemas e incomodidades para los ciudadanos que se planteaban en el régimen del expediente en papel [...], pueden salvarse fácilmente con el expediente electrónico, pues permite una gestión documental no asociada a un soporte físico que sólo puede estar en un lugar, multiplicando sus ejemplares en soporte electrónico. De ahí que se haya planteado como una de las principales ventajas de la Administración electrónica la reducción de molestias producidas a los ciudadanos, tanto en la presentación de documentos que ya obran en poder de la Administración, como en el momento de acceso a los mismos”. En *El expediente... op. cit.* pág. 167.

No obstante, las ventajas para los ciudadanos se reflejarán siempre que la Administración tenga bien organizados los expedientes electrónicos de manera que la identificación necesaria de los documentos que obran en los mismos, por parte del solicitante de acceso, quede facilitada sin necesidad de hacer referencia a un expediente electrónico, igual de difícil de identificar que uno que se encuentre en papel.

refiere a la necesaria terminación de los procedimientos en los que se integran los documentos que obran en los archivos.

Este requisito de que los documentos sobre los que se pretende ejercer el derecho de acceso formen parte de un procedimiento terminado en la fecha de la solicitud de acceso parece contraponerse al derecho establecido por el art. 35 a) LRJAP de consulta de los documentos que forman parte de un procedimiento, que únicamente pueden ejercer las personas que tengan la condición de interesados del mismo, derecho que, como ya sabemos, aparecía ya regulado por la antigua LPA de 1958.

Frente a este derecho reconocido únicamente para los interesados, el derecho de acceso se nos aparece regulado, con su vocación generalista⁷⁴⁵, como un derecho que, en principio, pueden ejercer todos los ciudadanos –con las limitaciones de legitimación ya estudiadas- aunque sólo una vez concluida la tramitación de dicho procedimiento⁷⁴⁶, de manera similar a cómo la LPHE –anterior, como sabemos a la LRJAP- había regulado la consulta del Patrimonio Documental, estableciendo en su art. 57.1 a) que la misma podrá hacerse, respecto de dichos documentos, con carácter general, “*concluida su tramitación* y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público”.

La formulación de este precepto respecto del acceso a los documentos de procedimientos terminados y archivados ha sido muy criticada por la doctrina, por considerar que cercena el contenido del derecho, esto es, la información recogida en los archivos que comúnmente se denominan “vivos”

⁷⁴⁵ Que, como hemos visto, no lo es tanto, dadas las limitaciones y requisitos establecidos por el art. 37 LRJAP.

⁷⁴⁶ Así lo entendió SAINZ MORENO, quien ya tuvo en cuenta esta cuestión en el año 1991, diferenciando a los efectos del acceso a los documentos entre aquellos que forman parte de un procedimiento en trámite, y los que se integran en los expedientes de procedimientos ya finalizados y, por tanto, contenidos en archivos. En *Secreto y transparencia...* op. cit. pág. 2942.

por contener documentos que forman parte de procedimientos en trámite o que siguen teniendo una utilidad directa para la Administración. Afirma PARADA que “es muy poca cosa que el legislador haya reconocido únicamente –y sobre todo es grave que pretenda ver en ello un avance de la posición jurídica del administrado [...]– ese raquítico y limitado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que la Ley constriñe a los expedientes archivados o terminados, impidiendo el acceso a los documentos de los procedimientos que de alguna forma están todavía en tramitación, siendo así que en la Constitución la expresión archivos y registros no tiene ese estricto sentido. [...] Se trata ciertamente de una amputación de un derecho constitucionalmente protegido”⁷⁴⁷.

Por su parte, SANTAMARÍA afirma en su comentario a este art. 37.1 LRJAP que “es bastante evidente que el legislador se ha acogido a una interpretación estricta del término archivo como almacén de expedientes finalizados; sin embargo, en el lenguaje coloquial de la Administración española son también archivos los espacios o muebles donde se depositan los documentos en trámite. [...] No existiendo tampoco título principio ni valor constitucional que justifique la exclusión del derecho de acceso a los documentos contenidos en expedientes en trámite”. Va SANTAMARÍA más allá en su crítica, afirmando la incompatibilidad con la Constitución de esta limitación del derecho de acceso en función de la terminación de los expedientes⁷⁴⁸.

Y, en el mismo sentido, Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO consideran que, en este punto, “la regulación española, además de complicada desde el punto de vista formal, a partir de una norma constitucional clara consigue llegar a una situación confusa, restrictiva de un derecho constitucional que

⁷⁴⁷ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones...*, *op. cit.*, pag. 163 y 164.

⁷⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *Comentario sistemático...*, *op. cit.*, págs. 143 y 144.

proclama la transparencia y la publicidad, situándose de paso en una línea regresiva con relación a la legislación que le sirve de precedente”⁷⁴⁹.

Para otros autores, sin embargo, se trata de un requisito perfectamente lógico y compatible con la Constitución. Así lo entiende POMED SÁNCHEZ, quien critica que haya querido verse en este requisito una “amputación de un derecho constitucional”. Para este autor, “esta limitación no parece contradecir lo dispuesto en el art. 105 b) CE. No se olvide que los principios inspiradores del artículo 105 CE son los de transparencia y participación. Participación que exige *prima facie* la afectación de 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) CE 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”⁷⁵⁰.

También EMBID IRUJO considera que no puede ser inconstitucional la referencia a la terminación del procedimiento, por la mera razón de que no figure en el art. 105 b) CE. Para el autor, se trata simplemente de una

⁷⁴⁹ ÁLVAREZ RICO, M. e I., “Derecho de acceso...” *op. cit.* págs. 487 y 488.

⁷⁵⁰ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos...”, *op. cit.* pág. 462. El autor ya se había mostrado proclive a un desarrollo legislativo que previera esta limitación en su obra “*El derecho de acceso...*”, de 1989, en donde consideraba que “el ejercicio de las facultades que integran el derecho de acceso a la documentación administrativa deberá efectuarse tomando en cuenta en todo caso del ámbito objetivo en que la misma se integra. De esta forma, podrá predicarse la libre comunicabilidad de todas aquellas informaciones que se guarden en los correspondientes archivos administrativos, en tanto que con respecto a los expedientes en curso, quienes no sean parte en el procedimiento sólo podrán tomar conocimiento de su entrada, circulación o salida de las dependencias administrativas, debiendo recordarse a este respecto cuanto se ha sostenido en relación con el alcance que quepa otorgar en la actualidad al derecho de los interesados a conocer el estado de tramitación del expediente, reconocido en el art. 62 LPA”. *Op. cit.* págs. 200 y 201.

exigencia institucional del derecho para permitir distinguirlo de otros, por lo que considera equivocada la postura sostenida por SANTAMARÍA⁷⁵¹.

FERNÁNDEZ RAMOS parece situarse en una posición intermedia, pues si bien reconoce la constitucionalidad del precepto por entender con EMBID que no es necesario que la Constitución contemple específicamente este requisito para poder considerar al art. 37.1 LRJAP conforme a la misma y que, en algunos casos, el principio de eficacia puede justificar la exclusión del acceso a los documentos de los procedimientos en trámite -puesto que, en el caso contrario, para el autor, podría de alguna manera perturbarse la formación de la voluntad de los órganos administrativos encargados de la tramitación y resolución del procedimiento-, critica que el requisito no sea modulable, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, como el norteamericano, en el que se resuelve en cada caso la conveniencia o no de dar acceso a documentos relativos a procedimientos abiertos. Crítica por tanto que “la diferenciación establecida en la LRJAP, al recaer de un modo objetivo en función de la situación –abierta o finalizada- del procedimiento, opera –al igual que en Derecho francés según la interpretación jurisprudencial- de un modo rígido, sin valorar el hecho de que no siempre el acceso por parte de terceros a un documento perjudica el buen fin de la instrucción”⁷⁵².

En principio, tratándose del desarrollo legislativo de un derecho constitucional –el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos- y siendo la limitación respecto de la terminación de los procedimientos, una limitación que el art. 105 b) no menciona, ésta deberá de interpretarse, en todo caso, de manera restrictiva.

La restricción de la consulta de documentos que formen parte de procedimientos en trámite puede estar justificada, como dicen estos autores,

⁷⁵¹ EMBID IRUJO, *El ciudadano...*, op. cit. pág. 106.

⁷⁵² FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, op. cit. pág. 441.

por la aplicación de distintos principios, aunque es difícil apreciar en qué medida puede verse afectada la eficacia administrativa por la consulta de unos documentos, de los que fácilmente puede obtenerse una copia o certificado y devolverse al expediente al que pertenezcan –máxime si nos encontramos ante procedimientos administrativos que utilizan medios y documentos electrónicos para su tramitación-; en todo caso, no tiene por qué verse perjudicada la eficacia de la Administración más allá que cuando se trata de documentos pertenecientes a procedimientos terminados, y, en cualquier caso, esta situación ya se prevé en el art. 37.7 LRJAP, cuya excepción podría aplicarse, ya se trate de documentos pertenecientes a un procedimiento en trámite o finalizado. En todo caso, la interpretación de este requisito deberá hacerse de manera cuidadosa y lo menos restrictiva posible del derecho de acceso y de los principios que lo inspiran, esto es, la transparencia y la participación. Y ello porque la formulación –ciertamente genérica- de este requisito ha llevado a que se planteen numerosos problemas, entre ellos, como veremos en el apartado siguiente, que la convivencia en el mismo archivo –de oficina- de expedientes relativos a procedimientos en trámite y procedimientos ya terminados, puede llevar a que, para proteger a los primeros, se cercene el derecho de acceso a los segundos de manera injustificada; asimismo, puede que se impida el acceso a determinados documentos, como hemos visto, porque no forman parte de un procedimiento; o determinar si tiene que haber ganado firmeza el acto con el que se finaliza el procedimiento, pues puede entenderse que la terminación del mismo se produce en cuanto haya una resolución inicial, o se puede sostener que debe incluir los recursos que se derivan de la misma y, lo que es también fundamental, qué ocurre con aquellos procedimientos que, tras la resolución, despliegan unos efectos que se prolongan en el tiempo, suscitando dudas respecto de la accesibilidad a los mismos.

Todo ello, además, teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho no puede depender del buen hacer de la Administración, sobre quien pesa la obligación de resolver en todo caso, pero cuya práctica habitual está muy lejos de ser esa⁷⁵³.

Para poder determinar el alcance concreto de este requisito, por tanto, es necesario concretar, al menos sucintamente, qué debemos entender por procedimiento terminado, para saber, siguiendo lo establecido por el art. 37.1 LRJAP, cuándo pueden los ciudadanos ejercitar se derecho de acceso a los documentos recogidos en archivos, así como los problemas que se derivan de su aplicación.

A) La regulación por la LRJAP de la terminación de los procedimientos.

La LRJAP regula la terminación de los procedimientos en su Título VI, Capítulo IV, en los arts. 87 a 92. Establece la terminación de forma general el art. 87 que dice lo siguiente: “1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico y la declaración de caducidad. 2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso”.

Por tanto, junto a la terminación del procedimiento mediante resolución del fondo de las cuestiones planteadas, denominada por la doctrina como “terminación normal del procedimiento”, la LRJAP regula otras formas denominadas “anormales”, de terminación del mismo, pero que igualmente lo

⁷⁵³ Ya no sólo por lo que se refiere a la producción del silencio en los casos en que no recaer resolución en plazo, que veremos, sino también en aquellos en los que debe declarar –pues está obligada a ellos- la caducidad de un procedimiento, por ejemplo.

finalizan, dando lugar al archivo del expediente, como son la caducidad, el desistimiento y la renuncia, reguladas por los arts. 90 a 92 de la Ley, a lo que debemos añadir el art. 88 LRJAP, que establece otra manera de finalización “anormal” del procedimiento: la terminación convencional del mismo, a través de la celebración de acuerdos, pactos, convenios o contratos que pueden ser en sí mismos finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en ellos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

Sin duda, la resolución es un elemento esencial para considerar que nos encontramos ante un procedimiento terminado. La LRJAP, como sabemos, impone a las Administraciones Públicas de manera reiterada la obligación de resolver el procedimiento, cualquiera que sea la forma de terminación del mismo -además de por el transcrito art. 89.1, que exige como hemos visto, que sea cual fuere la razón de terminación del procedimiento, es necesario que se dicte resolución motivada-, tanto en el art. 89.4. cuando dice que “en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver” como fundamentalmente en el art. 42.1 de la Ley que establece la obligación de resolver propiamente dicha, incluyendo dicha obligación para los casos de terminación “anormal” del procedimiento, salvo cuando éste finalice a través de la llamada terminación convencional⁷⁵⁴.

⁷⁵⁴ Establece este art. 42.1 LRJAP que: “La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración”.

Es decir que, en principio, habrá de entender la expresión “procedimientos terminados” del art. 37.1 LRJAP como referente a todos aquellos procedimientos en los que, sea cual sea la causa de terminación de los mismos, haya una resolución expresa de la Administración correspondiente declarándolo concluso. O, más correctamente, habrá que decir que, en principio, los ciudadanos podrán ejercer su derecho de acceso en todos aquellos casos en los que exista una resolución expresa de la Administración finalizando el procedimiento.

Por otra parte, de esta obligación de resolver de la Administración, puede deducirse *a contrario* que, en principio, sólo se podrá entender terminado el procedimiento cuándo exista una resolución expresa de la Administración que así lo determine, aunque no se trate de una resolución sobre el fondo de la cuestión, sino que termine mediante una resolución de carácter formal, de inadmisión, o de alguna de las denominadas terminaciones “anormales” del procedimiento.

Sin embargo, parece que, de nuevo, no sería conforme a Derecho el impedir el ejercicio de un derecho constitucional, como es el de acceso a los archivos y registros administrativos, por el incumplimiento de la Administración de su obligación de emitir una resolución finalizadora de los procedimientos en todo caso, incluidos aquéllos que se refieren a procedimientos terminados por caducidad o desistimiento.

Aunque la jurisprudencia parece modular en algunos casos la necesidad de que el procedimiento del que forman parte los expedientes haya sido finalizado por una resolución expresa de la Administración para permitir el acceso (STSJ Castilla y León 1088/1999, de 10 de diciembre o STSJ Madrid 79/2004, de 27 de enero), en otros casos se ha mostrado ciertamente estricta respecto de la necesidad de que los documentos solicitados formen parte de un procedimiento administrativo terminado en la fecha de la solicitud, en cuanto que expresión de la voluntad definitiva de la Administración. Así

interpreta este requisito la Sentencia del TSJ de Navarra 921/2003, de 12 de septiembre, siendo además especialmente estricta a este respecto, puesto que se deniega el acceso precisamente por considerar que los documentos “tienen, como mucho, un carácter preliminar o preparatorio para la formulación definitiva del Catastro, mas en sí mismos tales datos no constituyen aún la voluntad administrativa definitiva sobre la forma en que ha de quedar definitivamente formulado el reiterado Catastro. A tenor de lo razonado ha de expresarse que el derecho de acceso a archivos y registros públicos [...] está sujeto a límites, no pudiendo ejercitarse de una forma omnímoda, y entre tales límites de lo expresado en el citado precepto se deduce, que el derecho de acceso [...] ha de serlo cuando menos en relación con documentos que expresen definitivamente la voluntad administrativa – procedimientos terminados, expresa el precepto, y a los efectos que ahora nos ocupan ha de precisarse tal concepto jurídico indeterminado en el sentido expresado- y no en relación con actos preparatorios que pueden no verse proseguidos posteriormente” (F.F. J.J. 3.º y 4.º).

B) El problema de los procedimientos terminados por silencio administrativo.

Esto deja sin resolver una cuestión importante, esto es, qué ocurre con el derecho de acceso cuando se intenta acceder a los documentos que forman parte de un procedimiento que termina por la producción de silencio administrativo, una vez transcurrido el plazo máximo en el que deba la Administración dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento. La LRJAP, que regula esta cuestión en los arts. 43 (silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado) y 44 (falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio), intenta resolver la cuestión de los efectos que la falta de resolución deba tener en cada caso –silencio positivo, esto es, con efecto estimatorio, de una parte, y

silencio negativo o con efecto desestimatorio, por otra- sin resolver la cuestión que nos ocupa.

A este respecto, establece el art. 43.1 que “en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar”.

Es decir, que en principio, una vez transcurrido el plazo máximo para resolver sin que la Administración haya emitido una resolución expresa, se determina la posibilidad para los interesados, de entender estimadas o desestimadas sus pretensiones, pero no para entender o dar por terminado el procedimiento, pues el silencio administrativo no deja de ser una ficción jurídica en favor de los interesados, para que éstos puedan ver garantizado su derecho a una tutela judicial efectiva. Sin embargo, aún pesa sobre la Administración la obligación de resolver, aunque dicha resolución quede sujeta al régimen específico del art. 43.4 LRJAP.

El apartado 3 de este mismo artículo parece aclarar algo con respecto al silencio positivo, al establecer que “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”. Sin embargo, aunque la expresión “a todos los efectos” podría entenderse abarca también lo expresado por el art. 37.1 de la misma Ley, no parece que sea esta la finalidad establecida, sino que más bien ésta se limita al reconocimiento de derechos o de situaciones jurídicas positivas y a la posibilidad de interposición de los recursos administrativos correspondientes, lo que parece confirmar el segundo párrafo de este mismo art. 43.3 cuando establece “que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente”,

sin quedar aclarada en absoluto la cuestión a los efectos del derecho de acceso.

Tampoco arroja ninguna luz a la cuestión que nos ocupa el art. 44, que se limita a establecer el sentido del silencio administrativo en el caso de los procedimientos iniciados de oficio, aunque sí prevé el apartado segundo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones [...]”, aunque nada garantiza que dicha resolución se produzca.

No creo que el hecho de que no se produzca resolución expresa en un procedimiento sea óbice para permitir el acceso a los documentos del expediente una vez hayan transcurrido los plazos para entender que se ha producido silencio administrativo. No tendría sentido que esta ficción jurídica, pensada precisamente para la protección de los ciudadanos frente a la inactividad de la Administración favoreciera exclusivamente a quienes son parte del procedimiento. Creo, por tanto, que el silencio debe desplegar todos sus efectos de ficción, también ante quien solicita el acceso a los documentos que son parte de dicho procedimiento, entendiéndolo finalizado e independientemente de que el silencio sea positivo o negativo para el caso que nos ocupa y permitiendo por tanto el acceso a los documentos solicitados, independientemente de la existencia de resolución expresa del procedimiento.

C) El problema de la firmeza de los actos para declarar la terminación del procedimiento: los recursos administrativos y los actos que despliegan sus efectos a lo largo de un período de tiempo.

Otro de los problemas que puede plantear este requisito “procedimientos terminados” del art. 37.1 LRJAP es si éste se refiere a la resolución del procedimiento inicial, o si también debe incluir la de los posibles recursos de alzada o reposición que pudieran plantearse ante la resolución dictada, es decir, que se trate de resoluciones firmes. Puesto que los recursos son procedimientos de carácter impugnatorio que resuelven la legalidad o anulación de una resolución de fondo, durante la tramitación de los mismos el expediente correspondiente al procedimiento impugnado formará parte del de recurso, lo cual parece poder excluir el acceso a dichos documentos al tenor literal del art. 37.1 LRJAP.

Las pocas regulaciones autonómicas que algo han concretado sobre la materia, parecen inclinarse por una interpretación estricta de lo que se debe entender por “procedimientos terminados”, pues consideran que, a efectos del ejercicio del derecho de acceso, los procedimientos se considerarán finalizados cuando haya resolución definitiva en vía administrativa (art. 52.3 del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, de Administración de Aragón).

Como ya se ha señalado anteriormente, la exigencia de que los documentos se refieren a un procedimiento terminado ha de interpretarse en todo caso de la manera más estricta posible y, por tanto, en la medida de lo posible, de la forma lo menos lesiva posible del derecho de acceso, por lo que en principio, creo que debe interpretarse este requisito como la finalización del procedimiento principal, si bien en el caso de que se planteen recursos al mismo, puede dilatarse la posibilidad de acceso a la finalización de este último procedimiento pero, en todo caso, independientemente de la firmeza del mismo, de manera que sea accesible aunque del mismo se sigan otras

actuaciones, o se trate de actos administrativos cuyo efecto se despliega a lo largo del tiempo.

Esta parece ser la interpretación que sostiene el TSJ del País Vasco que, en su Sentencia 233/2003, de 28 de marzo, reconoce el derecho de acceso a los documentos contenidos en un expediente de concesión de licencia de obras para construir una vivienda, independientemente de los subsiguientes procedimientos y trámites que se siguiesen y que había sido denegado por la Administración por considerar que el procedimiento no había finalizado por estar pendiente la resolución de la solicitud la licencia de primera ocupación, necesaria en todo caso para comprobar que la construcción se ajusta a lo proyectado. El TJS entiende, frente a esta postura, que el procedimiento “se hallaba ya concluido, sin que dicho expediente haya de verse condicionado por otros actos administrativos de diferente naturaleza y fin respecto de la licencia de obras, aunque se enmarquen en la actividad de control de la Administración, como pudiera ser el caso de la licencia de primera ocupación o utilización de los edificios” (F.J. 3.º), por lo que se entiende vulnerado su derecho de acceso conforme al art. 37.1 LRJAP.

Esta cuestión tiene fundamental importancia cuando se trata de procedimientos administrativos conducentes a una declaración de voluntad de la Administración cuyos efectos jurídicos se despliegan a lo largo del tiempo, a corto o a muy largo plazo, como son los casos de las concesiones administrativas, las subvenciones, etc. De entender que los efectos derivados de la resolución forman parte de ese procedimiento administrativo, se estaría desvirtuando plenamente el sentido del derecho de acceso, en cuanto a realización del principio de transparencia, puesto que una de las finalidades de dicho principio es precisamente el control de la actividad administrativa, el cual se vería completamente anulado de entenderse que el procedimiento no ha terminado hasta que la resolución ha desplegado todos sus efectos, puesto que se trata ésta de una situación que podría prolongarse durante años.

Por ello, creo que este requisito debe interpretarse, como ya se ha dicho, de la manera más estricta posible, entendiéndose por tanto finalizado el mismo desde el momento en que hay resolución, expresa o presunta, del mismo, independientemente de la firmeza del acto o de los efectos que se derivan.

D) El problema de los documentos que no forman parte de ningún procedimiento.

Por último, otro de los problemas que suscita este requisito es el referente a qué ocurre con los documentos que no forman parte de ningún procedimiento, esto es, documentación de apoyo, informes, notas de comunicación interna o documentos referentes a diligencias informativas previas o actuaciones preliminares que no derivan en la apertura de ningún procedimiento, puesto que, como hemos visto en el apartado anterior, estos documentos deben obrar junto con los expedientes, en los archivos administrativos, tal y como establece el art. 2 del Decreto 914/1969.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, no parece haber problema respecto de los que se refieren a las diligencias informativas, dado que la jurisprudencia ha entendido que, cuando no dan lugar a la iniciación de ningún procedimiento, en sí mismos constituyen un procedimiento accesorio que puede considerarse concluido cuando se acuerda el sobreseimiento y la no iniciación del procedimiento administrativo (STS de 5 de mayo de 1998 y STSJ de Madrid 471/2006. de 24 de mayo). No está claro, sin embargo, lo que ocurre respecto de los documentos, informes y demás documentación de apoyo que no se incorpora a un procedimiento concreto y que, en todo caso, debe archivarse junto con los expedientes administrativos⁷⁵⁵. En estos casos,

⁷⁵⁵ En este sentido parece pronunciarse también la Ley 11/2007, de acceso electrónico, que al hilo de la regulación del “archivo electrónico de documentos”, en su art. 31.1 establece que “podrán

parece que la formulación del precepto lleva a entender que los mismos quedan excluidos del acceso, y así parece deducirse, a contrario, de esta jurisprudencia, puesto que se reconoce el derecho de acceso precisamente por entender que los documentos solicitados referentes a las diligencias informativas y actuaciones de información preliminares forman parte de un procedimiento y no porque se trate de documentos que deban archivarse, de manera que parece que sólo los documentos que efectivamente forman parte de un procedimiento administrativo concreto son susceptibles de ser accesibles, independientemente de que se trate de un procedimiento conducente a una declaración de voluntad de la Administración o no.

4. La incorporación a los archivos administrativos.

El requisito establecido por el art. 37.1 LRJAP, de que los documentos que se deseen consultar obren en los archivos administrativos, sí que responde a las previsiones establecidas por el art. 105 b) CE, que habla específicamente de acceso a los archivos administrativos, aunque su desarrollo legislativo se haya hecho incorporando numerosas exigencias adicionales. El requisito de que los documentos que se deseen consultar se encuentren incorporados a los archivos administrativos, tal cual se establece en la LRJAP, no parece plantear, por tanto, *a priori*, demasiados problemas; sin embargo, éstos han ido surgiendo a raíz de la interconexión existente entre esta norma y las reguladoras de los archivos de las Comunidades Autónomas, de una parte y con la legislación sobre patrimonio histórico, de otra.

Del régimen jurídico de los archivos, en general, y de su inclusión en el patrimonio documental, conforme a la LPHE, nos hemos ocupado

almacenarse por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas”.

ampliamente en el Capítulo 4, referente al régimen jurídico de los archivos, por lo que no es necesario en este ámbito proceder a dar una definición de qué se entiende por archivo administrativo, ni a reexaminar el recorrido que los documentos administrativos deben seguir dentro del llamado “ciclo de archivo”, esto es, las distintas fases de archivo por la que los documentos y expedientes administrativos pasan desde su creación o recepción por la Administración hasta su definitivo archivo histórico o expurgo del documento, de considerarse apropiado.

No obstante, respecto de este concreto requisito para el ejercicio del derecho de acceso, que nos ocupa ahora, sí parece necesario plantear una serie de cuestiones que pueden ser conflictivas y, por tanto, suscitar problemas, en algunos casos, de difícil resolución, algunos de los cuales ya se han ido enunciando al examinar los anteriores requisitos para el acceso que plantea el art. 37 LRJAP.

Baste recordar, en este momento, cómo, de nuevo, nos encontramos ante un concepto, “los archivos administrativos”, que la LRJAP no regula⁷⁵⁶ ni en cuanto a su definición, ni en cuanto a su régimen jurídico, ni respecto de la obligación de remisión de los documentos y expedientes de los mismos, aspectos que se encuentran parcialmente regulados en la normativa sobre archivos, ya estudiada y que deja mucho que desear, fundamentalmente por lo que se refiere a la de ámbito estatal⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Tampoco la Ley 11/2007 define lo que deban ser los archivos electrónicos. Sí se refiere al “archivo electrónico de documentos” en su art. 31.1 que establece que “podrán almacenarse por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas”.

⁷⁵⁷ Como ya hemos tenido oportunidad de reseñar y analizar en profundidad, la mayoría de las Comunidades Autónomas han asumido a través de sus Estatutos de Autonomía las competencias relativas al Patrimonio Documental y a los Archivos administrativos, lo que ha llevado a una verdadera avalancha de Leyes autonómicas relativas a estos temas, mientras que en el ámbito de la Administración General del Estado, la normativa sobre archivos sigue siendo generalmente escasa y, en muchos casos, obsoleta.

A) El deber de la Administración de conservación y archivo de los documentos administrativos.

Aunque no haya sido objeto de una formulación general por parte de la LJRAP que, como ya hemos señalado en varias ocasiones, no hace mención alguna a la gestión de los documentos y expedientes en que éstos se integran, hay que partir del indudable hecho de que existe para la Administración un deber ineludible de conservación y archivo de los documentos administrativos, tanto para la necesaria conservación del patrimonio documental español, como, fundamentalmente, porque es ésta la única manera de garantizar un posible control de la actuación administrativa, tanto en el propio ámbito administrativo, como en el contencioso-administrativo.

A pesar de que, como acabamos de decir, la LRJAP no dice nada al respecto –aunque sin duda debiera hacerlo como elemento connatural al régimen jurídico de las Administraciones Públicas-, podemos deducir dicha obligación tanto de las distintas normas relativas al régimen jurídico de los archivos –fundamentalmente-, como del régimen relativo al patrimonio histórico y documental.

La LPHE enuncia genéricamente la obligación de conservación del patrimonio documental⁷⁵⁸ en su art. 52, al establecer que “todos los poseedores de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico están obligados a conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados”, estableciéndose en el art.

⁷⁵⁸ Del que, recordemos, esta misma Ley establece que “forman parte 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” (art. 49.2 LPHE).

55 de dicha Ley que “la exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental [...] deberá ser autorizada por la Administración competente” y que “en ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o entes públicos”⁷⁵⁹.

En el ámbito de la Administración General del Estado, por lo que se refiere a la obligación de archivo de los documentos y expedientes administrativos, ésta se encuentra regulada por el ya tantas veces citado Decreto 914/1969, que establece en su artículo segundo que “anualmente [...] las dependencias de la Administración Pública Central e Institucional, remitirán al Archivo Central del Ministerio a que pertenezcan la totalidad de los expedientes en que se hayan dictado actos administrativos de resolución [...] cuando dichos actos hayan devenido firmes [...]”, de lo que se deduce, indudablemente, esa obligación de la Administración de conservación de los expedientes. Conforme a las normas jurídicas sobre archivos, éstos irán pasando por las distintas fases de archivo hasta su inclusión en los históricos o su expurgo y eliminación definitiva, de manera –en principio- totalmente controlada por la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos, conforme al art. 55 LPHE y al Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original.

⁷⁵⁹ Esta norma se complementa con la previsión de medidas de ejecución a favor de la Administración, en el caso de incumplimiento del deber de conservación (art. 52.2), así como con la obligación, establecida por el art. 54.1 de la misma LPHE de que “quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el art. 49.2 de la presente Ley, están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda”, pudiendo generarse responsabilidad de retenerse indebidamente (art. 54.2).

También en el ámbito local aparece esta obligación de conservación, regulada escuetamente en el art. 148 ROF, según el cual “las entidades locales deben velar por la custodia, ordenación, clasificación y catalogación de los documentos y expedientes” y los arts. 171 y 179 ROF, que establecen respectivamente que “1. Los expedientes o documentos originales sólo podrán salir de las oficinas por alguna de estas causas: [...]. 2. De todo documento original que se remita se dejará fotocopia o copia autorizada en el archivo” y que “los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo”. De manera que, en todo caso, los documentos administrativos, sea cual fuere su origen o destino, deben conservarse en los archivos administrativos y, de ser necesaria su salida, deben conservarse copias auténticas o autenticadas de los mismos.

Las Leyes autonómicas de archivo, por su parte, también establecen la obligación de custodia de los fondos documentales en los correspondientes archivos, como garantía de su conservación y consulta⁷⁶⁰.

La obligación por parte de la Administración de conservación de los documentos administrativos que obran en los expedientes, se reitera asimismo, aunque de manera indirecta, en la normativa procesal, puesto que la LJCA de 1998 establece en su art. 48.4 que “el expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. *La Administración conservará siempre el original o una copia autenticada de los expedientes que envíe*”.

⁷⁶⁰ El art. 14 de la Ley de Archivos de Andalucía establece que “los titulares de los archivos y de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental andaluz están obligados a la conservación y custodia de sus fondos documentales” y, en el mismo sentido, *vid.* entre otros, el art. 29 de la Ley de Archivos de Cantabria, el art. 23 de la Ley de Archivos y Patrimonio Documental de La Rioja, el art. 17 de la Ley de Patrimonio Documental y Archivos de Canarias o el art. 12 de la Ley de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura.

Por último, también la Ley 11/2007 de acceso electrónico hace referencia a esta obligación de la Administración al referirse al archivo electrónico de documentos en su art. 31 que dispone que “2. Los documentos electrónicos que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares deberán conservarse en soportes de esta naturaleza, ya sea en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo. Se asegurará en todo caso la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones. 3. Los medios o soportes en que se almacenen documentos, deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos, así como el cumplimiento de las garantías previstas en la legislación de protección de datos”.

B) Las consecuencias del incumplimiento de esta obligación.

La obligación de la conservación de los documentos administrativos mediante su depósito en el archivo correspondiente y la conservación de copia autenticada de los mismos, en el caso de que se deba dar traslado del original a otras dependencias, es absolutamente indispensable para permitir el control y seguimiento de la actividad administrativa -tanto por parte de la propia Administración como de los Tribunales de Justicia-, así como por lo que se refiere a la realización del principio de transparencia, para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso por los ciudadanos, sobre todo cuando éste responde a la defensa de otros derechos, esto es, cuando el

derecho de acceso se presenta como instrumental para la satisfacción de cualesquiera derechos o intereses legítimos de los solicitantes⁷⁶¹.

Se trata, por tanto, de una cuestión de gran relevancia a la hora del ejercicio del derecho de acceso, puesto que el requisito de que los documentos cuyo acceso se solicita se encuentren archivados plantea problemas en los casos en los que estos se extravían o quedan en las oficinas sin haberse archivado y, por tanto, no son disponibles a estos efectos.

Ante esta tesitura, es evidente que el efectivo ejercicio del derecho de acceso no debería depender únicamente de la diligencia o de la buena fe de la Administración⁷⁶². Como recuerda FERNÁNDEZ RAMOS aludiendo de nuevo al aforismo *allegans propiam turpitudinem non liquet*, no es legítimo que la

⁷⁶¹ Como ya se ha señalado, se trata de una importante obligación, por muchas razones: para asegurar el buen orden y funcionamiento de la Administración que, en cualquier momento, puede necesitar recurrir a los antecedentes; como elemento esencial del control de la actuación administrativa, en particular y de la realización del principio de transparencia, en general; así como desde el punto de vista histórico, para permitir a investigadores y estudiosos el análisis de la actuación administrativa, esencial para llevar a cabo las necesarias transformaciones que permiten la mejora de la Administración.

⁷⁶² La única norma al respecto que parece contenerse en la LJRAP es el art. 41 que se refiere a la responsabilidad de la tramitación: “1. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de los procedimientos. 2. Los interesados podrán solicitar la exigencia de esa responsabilidad a la Administración Pública que corresponda”.

Como señala RIVERO ORTEGA “tampoco se tipifican suficientemente en el Derecho disciplinario las infracciones conectadas a las negligencias o incorrecciones en la gestión documental, salvo las relativas a la publicación o utilización indebida de secretos oficiales [art. 6 e) del RD 33/1986], o al daño físico sobre los documentos [art. 7 f)]. Hay que dirigirse al Código Penal para encontrar el tipo de infidelidad en la custodia de documentos, o intentar reconducir los casos más graves a posibles violaciones del deber de sigilo del funcionario público”. *Op. cit.* pág. 136.

Administración pueda beneficiarse de sus propios incumplimientos⁷⁶³. Por ello, el autor considera que la exigencia de que los documentos “obren en los archivos administrativos” debe interpretarse de un modo funcional, entendiendo por ello que debe considerarse como archivo “todas aquellas instalaciones donde efectivamente se conserven los documentos, sin que sea preciso su ubicación física en instalaciones catalogadas expresamente por la Administración Pública como «archivos administrativos»⁷⁶⁴.

Si bien está claro que ésta podría ser una solución que permitiría eliminar muchas barreras al acceso, creo más bien que se trata de un *desideratum*, de una opción de *lege ferenda* –muy acertada, a mi juicio, en cuanto opción legislativa de reforma del derecho-, que de una interpretación conforme con la legislación vigente. De nuevo aquí, FERNÁNDEZ RAMOS sostiene una visión del derecho de acceso, cuyo objeto de aplicación son los documentos administrativos y no, como creo ocurre en realidad, los “archivos y registros administrativos”, tal y como se deriva de la literalidad del derecho expresado por el art. 105 b) CE, mostrando de nuevo que el hecho de que el derecho de acceso se prevea en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho cuyo objeto son los “archivos y registros administrativos” no es simplemente una figura lingüística para aludir a los documentos administrativos, sino que tiene relevantísimas consecuencias jurídicas respecto del ejercicio efectivo de dicho derecho.

Así parece haberlo entendido, además, la jurisprudencia, pues la Sentencia del TSJ de Navarra 166/2003, de 14 de febrero, afirma que “ha de entenderse que la documentación solicitada debe encontrarse formando parte de un expediente y que se encuentre integrada en los archivos administrativos. Sin embargo, en el presente caso no se da la primera condición, ya que no se contienen en la documentación del Plan los

⁷⁶³ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 435.

⁷⁶⁴ *Ibidem.*

documentos interesados. Por ello la resolución recurrida confunde el ser con el deber ser, de forma que hace exigible una obligación no por el estado en que se encuentran los archivos administrativos, sino por el estado en que se debieron encontrar. Ello supone una consecuencia inasumible, por cuanto obligaría a la confección ex novo de toda la documentación que aun suponiendo que deba existir no ha sido ejecutada por la Administración Municipal. [...] Pues bien, aunque se hubiera incumplido con este precepto, lo cierto es que la documentación solicitada no se encuentra en los archivos municipales, por lo que falta el presupuesto más elemental para el ejercicio del derecho de acceso a archivos, que lo es para la consulta o facilitación de una documentación que tenga entidad real, no respecto a la inexistente, por más que ésta debiera aún hipotéticamente haber existido, pues en este caso y como condición necesaria ha de obligarse a la Administración a cumplir con su obligación en tal sentido, sin que pueda hacerse ahora efectiva tal obligación de una forma indirecta al interesarse que se facilite dicha documentación” (F.J. 3.º)⁷⁶⁵.

Por tanto, parece que la exigencia de que los documentos solicitados obren en los archivos administrativos, sí que es un requisito esencial para el ejercicio del derecho de acceso. No obstante, algunas Comunidades Autónomas, en un intento de una realización más efectiva de este derecho de acceso y de la transparencia en general, han introducido en su normativa de archivos y de patrimonio documental la posibilidad del acceso a los documentos administrativos, independientemente de su ubicación en archivos o no. Son, específicamente, la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos de Cataluña (art. 34), y la Ley 2/2007, de 12 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura (art. 22), las que, al hilo

⁷⁶⁵ Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de abril de 2001, en lo referente a los Archivos históricos, sin que parezca que se hayan derivado, en ninguno de los casos consecuencias disciplinarias o de responsabilidad de la Administración que debieran ser de aplicación, pues de otra manera, los ciudadanos se pueden encontrar en clara indefensión.

de regular el acceso a los documentos obrantes en sus archivos y pertenecientes a su patrimonio documental, afirman, en idénticos términos, que “el hecho de que un documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública”, de manera que, específicamente se prevé la posibilidad de consulta para aquellos documentos administrativos que no han sido archivados, en una interpretación más acorde, desde luego, con el principio de transparencia, que el restrictivo art. 37.1 LRJAP, al que, no obstante, no creo que en este punto se le pueda hacer un reproche de constitucionalidad que, sin embargo, sí puede hacerse respecto de otros requisitos limitativos del derecho de acceso.

C) El problema de los documentos que se encuentran en las dependencias de las unidades administrativas o que obran en los “archivos de oficina”; en particular, las restricciones operadas por la Ley de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid.

La obligación que pesa sobre las Administraciones Públicas de remitir a los archivos administrativos todos los documentos y expedientes tramitados a fin de garantizar su conservación y consulta, no impide que, en algunos casos, sea lícita la retención de documentos y expedientes tanto en las dependencias administrativas como en los denominados “archivos de oficina”, lo que plantea el problema de si dichos documentos pueden o no ser accesibles.

El Decreto 914/1969, tras establecer la ya señalada obligación de remitir anualmente a los Archivos Centrales de los Ministerios los documentos y expedientes resueltos, determina, en su art. 2, la posibilidad de que éstos se conserven en las dependencias administrativas: “no obstante, cuando la índole de los documentos así lo aconseje podrán conservarse en la respectiva dependencia administrativa previa resolución del Subsecretario del

Departamento correspondiente. El mismo régimen se seguirá con aquellas series documentales que por razón de su frecuente consulta convenga conservar en la dependencia que las produce o tramita”.

Como ya se señaló al tratar las fases de archivo, entendemos que, aunque la norma no diga nada al respecto, la conservación de estos documentos en las “dependencias administrativas” se deberá hacer en los archivos de oficina que, aunque no son mencionados en este Decreto, han ido tomando carta de naturaleza tanto en la Administración General del Estado, como en las Administraciones Autonómicas. Precisamente las Leyes autonómicas de Archivos, -salvo algunas excepciones, como tuvimos oportunidad de ver-, han regulado los archivos de oficina como aquéllos en los que se albergan los documentos producidos o recibidos por el órgano o unidad administrativa correspondiente mientras se hallen en trámite o su consulta o uso sea frecuente, y en él permanecen hasta que los procedimientos de los que forman parte concluyan, o no sean necesarios para la gestión habitual del órgano en cuestión (cuando su uso no sea muy frecuente), momento en el que se trasladan al Archivo central de cada Consejería o Administración institucional. La permanencia de los documentos en esta fase suele fijarse con un período máximo de cinco años, tras el que deben ser transferidos a los Archivos centrales, no obstante lo cual, se producen numerosas excepciones por las que los documentos permanecen más tiempo en los archivos de oficina: por su consulta habitual, o por que se refieran a procedimientos cuya terminación no tiene por qué implicar la conclusión del expediente⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ Ya hemos tenido ocasión de señalar, *supra*, los problemas que pueden plantearse cuando los documentos se refieren a los procedimientos de otorgamiento de concesiones, contratos, subvenciones, becas, etc., casos en los que los actos dictados en los procedimientos son inicio de una relación administrativa que puede desplegar sus efectos durante varios años.

La convivencia en estos archivos de oficina de expedientes en trámite junto con expedientes ya terminados y, por tanto, susceptibles de acceso salvo que concurra alguna excepción que lo excluya, ha llevado a que dicha doctrina considere que los archivos de oficina quedan excluidos del objeto del derecho, puesto que en los mismos se albergan los expedientes mientras son tramitados, además de los documentos de uso frecuente, esto es, el hecho de que se trate de “archivos vivos” como los ha denominado parte de la doctrina⁷⁶⁷, plantea el problema del trato jurídico respecto de acceso que a los mismos debe darse, puesto que, en principio, los documentos contenidos en expedientes relativos a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud de acceso y que obren en los archivos de oficina, sí deben ser accesibles.

Esta doctrina entiende que, si se tiene en cuenta esta distinción entre las fases de archivo y el estado de los documentos administrativos en cada una de estas fases, parece que sea precisamente a los Archivos centrales de las distintas instituciones a los que se refiere el apartado primero del art. 37 LRJAP, por cuanto que los documentos, para ser accesibles, deben formar parte de procedimientos concluidos en el momento de la solicitud de acceso, es decir, precisamente los documentos integrados en los archivos centrales, mientras que los documentos en los archivos de oficina quedarían vedados a los ciudadanos en general, por no tratarse de documentos correspondientes a procedimientos terminados, y restringidos únicamente a quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento en el que se solicita la consulta de un documento que forma parte del mismo, a los que asiste en todo momento el derecho de consultar el contenido del expediente (art. 35,a) LRJAP).

⁷⁶⁷ PARADA y SANTAMARÍA PASTOR, entre otros, han hecho referencia a esta problemática.

Así lo afirma respecto de los Archivos centrales de la Comunidad de Madrid DUPLÁ DEL MORAL⁷⁶⁸, limitando el acceso a los archivos de oficina a aquellos casos en que los ciudadanos tengan la condición de interesados en un procedimiento que se halle en tramitación, y afirmando asimismo que “el art. 37 de la Ley 30/1992 es de aplicación a los archivos centrales, que es donde se custodian, salvo excepciones, los expedientes que corresponden a procedimientos terminados”⁷⁶⁹.

Sin embargo, esta afirmación no es admisible por varios motivos. En primer lugar, en el Archivo de Oficina no se encuentran sólo los documentos en trámite, sino que también se archivan en el mismo aquéllos cuyo uso sea muy frecuente, y que no tienen por qué estar en trámite o formar parte de un procedimiento inconcluso.

Por otro lado, la normativa archivística establece por lo general un plazo máximo y no automático de 5 años de estancia de los documentos en el archivo de oficina –un año, recordemos, según el art. 2 del Decreto 914/1969-, transcurrido el cual deberán trasladarse al archivo central, lo que significa que no todo documento albergado por el Archivo de oficina pertenece a un procedimiento en trámite o es de frecuente uso, sino que contendrá asimismo aquéllos documentos cuyo trámite haya finalizado en un plazo inferior a cinco años y a los que no se les haya dado traslado.

⁷⁶⁸ DUPLÁ DEL MORAL, Ana, *Manual de Archivos de oficina para gestores. Comunidad de Madrid*. Marcial Pons, 1997, pgs. 133 y 134.

⁷⁶⁹ Afirmación que justifica al hilo del tenor literal del art. 38 de la Ley de Archivos de Madrid que determina que “el acceso público a los documentos constitutivos de Patrimonio Documental madrileño se regulará reglamentariamente conforme a los siguientes criterios: 1. Los documentos públicos cuyo trámite haya finalizado y desde el momento en que su ingreso se haya registrado en los Archivos Centrales o directamente en Archivo de fase posterior serán accesibles a cualquier interesado, incluidas las razones de investigación histórico-científica, de acuerdo con la Constitución y con la legislación vigente”.

Evidentemente, el art. 37.1 LRJAP, a cuyo régimen jurídico de acceso se remiten la mayoría de Leyes autonómicas sobre archivos⁷⁷⁰, no excluye el derecho de acceso a estos documentos, a pesar de que se encuentren en el mismo archivo que los que aún están en trámite y, por tanto, excluido el acceso a los mismos, ya que en estos archivos también se albergan documentos relativos a procedimientos terminados que aún no han sido trasladados a los archivos centrales de los distintos organismos públicos y que, en principio, no deberían dejar de ser accesibles por el mero hecho de encontrarse en estos archivos, dado que se está cumpliendo el requisito de que los documentos se encuentren archivados: el art. 37.1 LRJAP no califica en ningún caso el tipo de archivo administrativo del que se ha de tratar, como tampoco lo hace el art. 105 b) CE, al reconocer el derecho de acceso a los archivos administrativos.

Esta posible exclusión del acceso a esos expedientes correspondientes a procedimientos terminados que obran en los archivos de oficina es aún más grave, puesto que serán, en general, los que más interés pueden suscitar a los ciudadanos, en la defensa de sus intereses y derechos, así como para la realización del principio de transparencia a través del control de la actuación administrativa reciente⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ Art. 23 de la Ley 3/2002, de Archivos de Cantabria; art. 34 de la Ley 19/2002, de Archivos de Castilla la Mancha; art. 82, de la Ley 8/1995 de Patrimonio Cultural de Galicia o el Decreto 21/1996 de Archivos de Asturias, entre otros.

⁷⁷¹ Y es que son precisamente estos documentos, que forman parte de expedientes terminados en fecha de la solicitud de acceso, pero que aún se encuentran provisionalmente archivados en los Archivos de oficina –puesto que, como ya hemos dicho, el traslado de los mismos, una vez terminados, a los Archivos Centrales no es automático- los que resultarán de más interés a los ciudadanos, terceros respecto de dichos procedimientos, pero que pueden tener un claro interés en saber cuáles han sido las resoluciones recientes de la Administración, a efectos, por ejemplo, de garantía del cumplimiento del principio de igualdad, si ellos se encuentran en una situación jurídica equivalente a la considerada en esos procedimientos o inmersos en un procedimiento de iguales

En este aspecto, la Ley de Archivos de la Comunidad de Madrid restringe injustificadamente el acceso a los documentos contenidos en archivos incluso más allá de las limitaciones que establece la LRJAP, que es la norma básica aplicable en la materia, al limitar el acceso a los documentos depositados en los archivos centrales, pues no sólo exige que se trate de documentos contenidos en archivos y que formen parte de expedientes terminados, sino que excluye, en general, todo aquello que se encuentre en los Archivos de Oficina, aún cuando, como hemos visto, no se trate necesariamente de documentos relativos a procedimientos en trámite, puesto que la propia norma, al regular la figura de los archivos de oficina en su art. 13 establece –como ya hemos señalado ocurre con la mayoría de las legislaciones autonómicas- que “en los Archivos de Oficina se custodiarán los documentos de Archivo generados por las diferentes unidades administrativas en tanto dure su trámite o su uso sea muy frecuente. En todo caso la permanencia en ellos no será superior a cinco años desde el fin de su tramitación, salvo excepciones razonadas. Se excluye la documentación de apoyo informativo”.

D) El problema del solapamiento entre regímenes jurídicos aplicables: las normas de acceso en la LPHE.

Por último, en relación con los problemas derivados de la exigencia por parte del art. 37.1 LJRAP de que los documentos, para poder ser susceptibles de acceso, obren en los archivos administrativos, vamos a tratar el grave problema causado por el posible solapamiento entre dos regímenes jurídicos distintos de acceso, el propio del art. 37 LRJAP y el establecido por los arts. 57 y siguientes de la LPHE, dada la coincidencia existente en el objeto de su

características que aquél que, si bien terminado, se encuentra aún archivado en los Archivos de oficina de la unidad administrativa correspondiente.

respectiva regulación y que, sin embargo, prevén soluciones distintas en cuanto al acceso que ha de darse a dichos archivos.

Se plantea aquí el problema de determinar cuándo un documento, recogido en un archivo, debe someterse al régimen previsto por la LPHE quedando excluida, por tanto, la aplicación del régimen previsto por la LRJAP, pues establece esta última en su art. 37.6 que “se regirán por sus disposiciones específicas:...g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos”.

En principio, no habría problema en entender que, tal y como establece el art. 37.6. g) LRJAP, los *archivos históricos* se regirán por su disposición específica, esto es, la LHPE, mientras que los *archivos administrativos*⁷⁷², esto es, fundamentalmente, archivos de oficina y archivos centrales de las Administraciones Públicas, se regirán por el régimen general establecido por el art. 37.1 LRJAP, siguiendo la distribución en fases de los archivos administrativos y su diferenciación respecto de los archivos históricos presente en la mayoría de la normativa sobre archivos⁷⁷³, de manera que a los denominados archivos históricos les será de aplicación el régimen de acceso previsto por los arts. 57 y 62 de la LPHE.

Plantea, sin embargo, un gran inconveniente el art. 57 LPHE en su literalidad, puesto que su regulación parece referirse no sólo a los archivos históricos, sino que establece el régimen de consulta “de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español a que se refiere el artículo 49.2”, mencionando explícitamente los “documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los *Archivos centrales* de las correspondientes entidades de Derecho público”, para determinar acto

⁷⁷² De la diferenciación entre los archivos administrativos y los archivos históricos se trató al analizar el régimen jurídico de los archivos, Capítulo 4 de este trabajo.

⁷⁷³ Analizada en profundidad en el capítulo relativo al régimen jurídico de los archivos administrativos. *Vid. supra*, Capítulo 4.

seguido el régimen de acceso que les es aplicable, evidentemente al margen de lo establecido por la LRJAP.

El régimen jurídico de acceso establecido por el art. 57 LPHE no se limita por tanto a los documentos obrantes en archivos históricos, sino que tiene una clara vocación de generalidad para el Patrimonio Documental reflejado por el art. 49.2 LPHE que, recordemos, establece que “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”; por lo que, como ya tuvimos ocasión de analizar al referirnos al régimen jurídico de los archivos, todos los documentos que obran en los correspondientes archivos administrativos o históricos, según la fase en que se encuentren dichos documentos, forman parte del Patrimonio Documental.

Se trata de una cuestión de gran relevancia, puesto que el régimen jurídico establecido por la LPHE difiere sobremanera del regulado en la LRJAP. Según el art. 57. 1 LPHE, el régimen establecido para los mencionados documentos es el de la libre consulta de los mismos –una vez concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público- “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. [...] Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, 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”.

Es decir, que existen importantes diferencias en la aplicación de uno u otro régimen jurídico, notablemente por lo que se refiere a la legitimación activa de un lado y los plazos para acceder a aquellos documentos que contengan referencias a la intimidad de las personas de otro.

Se plantea, por tanto, un ámbito de incertidumbre en el que no parece claro qué legislación corresponde aplicar: la LRJAP remite la regulación del régimen jurídico de los archivos históricos a la legislación que les sea propia, pero, por otra parte, esta legislación, la LPHE, amplía su ámbito de aplicación a todo el Patrimonio Documental, refiriéndose específicamente a una serie de archivos –los centrales- que en principio se entenderían regulados por la LRJAP. Es decir, que el régimen jurídico de acceso aplicable parece depender del tipo de archivo en el que se integren los documentos a los que se quiere acceder, sin que quede nítidamente establecido a qué régimen jurídico se adscribe cada uno de ellos: respecto de los archivos centrales, se plantea el problema de la coincidencia de objeto jurídico de la Ley de Patrimonio Histórico Español y de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Y queda, además, otra incógnita por resolver, cual es el régimen aplicable a los que hemos denominado archivos intermedios⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ En principio, y dado el tratamiento conjunto que la mayoría de Leyes autonómicas que incorporan esta clasificación da a los archivos intermedios e históricos, podemos entender que a los archivos intermedios le será de aplicación el régimen previsto para los archivos históricos, esto es, el de la LPHE, más aun cuando hemos visto que esta Ley tiende a expandir su ámbito de aplicación al ya bastante reducido del art. 37 LRJAP.

Este problema de determinación de régimen jurídico aplicable es, una vez más, un grave inconveniente provocado por el art. 37 LRJAP y su muy deficitario -e, incluso, en ocasiones, de dudosa constitucionalidad-, desarrollo del derecho de acceso; la LJRAP, posterior en el tiempo a la LPHE, debía de haber previsto los mecanismos de conexión con ésta, a la que se remite; la vocación de aplicación general en este ámbito de la LPHE tenía su razón de ser en el momento de aprobación de la norma -1985-, en el que no existía una normativa de desarrollo del art. 105 b) CE, que el Tribunal Supremo había declarado ya como un derecho de configuración legal cuya aplicación dependía de su desarrollo legislativo. Evidentemente que el ámbito de la LPHE no era precisamente el lugar adecuado para el desarrollo del derecho de acceso a los archivos no históricos, pero puede entenderse en la falta de normativa general la razón de que el objeto de su aplicación quisiera ser más amplio. Lo que ya es menos comprensible es que el legislador, al redactar el art. 37 LRJAP se remitiera sin más a la legislación sobre Patrimonio Histórico para la regulación del régimen jurídico de acceso a los archivos históricos, sin tratar de coordinar dos normas cuyo objeto de aplicación se solapa y, lo que es más, que tampoco haya tratado de corregirlo en las reformas operadas en ambos textos legales en los últimos 15 años.

El problema, además, se ha extendido también a los archivos de las Comunidades Autónomas, ya que las normas sobre Patrimonio Documental y Archivos de estas últimas parecen adoptar el régimen jurídico de acceso previsto por la LPHE, sin perjuicio de hacer someras referencias a la legislación de resulte de aplicación, que es, lógicamente, el art. 37 LJRAP.

De nuevo esta confusión entre regímenes jurídicos es comprensible cuando estamos hablando de normativa autonómica sobre archivos anterior a la LRJAP, como es el caso de la Ley andaluza -de 1984-, la de Murcia o la de Canarias -ambas de 1990-; pero es que la mayoría de las normas autonómicas sobre archivos, incluidas las recientísimas Leyes de Navarra y de

Extremadura -ambas de 2007-, sigue haciendo referencia a esta dualidad de regímenes jurídicos sin determinar a qué archivos se debe aplicar cada uno: así, se remiten específicamente a la legislación que les sea aplicable, esto es, la LRJAP, para después enunciar su propio régimen de acceso, derivado claramente de lo previsto por la LPHE, pero sin especificar tampoco cuándo es aplicable cada uno de ellos⁷⁷⁵.

Tan sólo dos normativas autonómicas, la Ley 6/1991, de Archivos de Castilla y León y la Ley 3/2005, de Archivos de la Comunidad Valenciana, diferencian claramente los regímenes jurídicos aplicables, determinando la aplicación de la legislación vigente para el acceso en general y la derivada de la LPHE (puesto que regula el acceso en los mismos términos que ésta), para el caso de los archivos históricos⁷⁷⁶.

Ante este problema de interpretación jurídica, dada la diferencia entre ambos regímenes, la doctrina ha intentado dar distintas soluciones a esta cuestión, sin que parezca que haya demasiado acuerdo al respecto.

DA SILVA considera que, ante esta tesitura, son posibles dos interpretaciones alternativas: “o bien la LPHE regula el acceso a todos los archivos salvo a los archivos de las dependencias (ya que su art. 57.1 a) se refiere a los documentos «depositados y registrados en los archivos

⁷⁷⁵ En la mayoría de las normas autonómicas sobre archivos el acceso se prevé libre – conforme, claro está, con la normativa aplicable, o sea, la LRJAP- salvo que el contenido de los documentos pueda afectar a la seguridad, a la intimidad, honor o imagen de las personas, en cuyo caso se aplica, a semejanza de la regulación de la LPHE, la limitación que requiere para su consulta el consentimiento del afectado, o que hayan transcurrido 25 años desde su fallecimiento o 50 desde la fecha de producción del documento (Leyes de Andalucía, Murcia, País Vasco, Cataluña, Castilla-La Mancha, Navarra y Extremadura). La Ley de Archivos de Canarias prevé un régimen similar aunque más severo en cuanto a los plazos (30 y 100 años, respectivamente, para acceder en los casos señalados), mientras que otras no dicen nada al respecto y se remiten al régimen general de acceso.

⁷⁷⁶ Es de destacar que la Ley de Archivos de Castilla y León es anterior al desarrollo legislativo del derecho de acceso por la LRJAP, por lo que hace mucho tiempo que la solución a este conflicto estaba ya planteada.

centrales»), mientras la LJRAP se limita a llenar el vacío dejado por la LPHE, en relación a aquéllos; o bien se admite que el objeto de ambas leyes es el mismo y, en consecuencia, que la LRJAP ha derogado a la LPHE en lo que ambas discrepan”; para después abogar por una tercera solución: “la elección –dice el autor- sería más sencilla si la LPHE se hubiera limitado a los Archivos General e Histórico, y no hubiera incluido a los archivos centrales de los Ministerios. De esta forma el sistema de acceso a los documentos que contienen datos personales bien por consentimiento del afectado, bien por transcurso del plazo (que es la diferencia principal con la regulación de la LRJAP, que simplemente prohíbe el acceso a esta documentación), tendría pleno sentido y no aparecería tan evidente la colisión entre ambas leyes. Considerando la cuestión en detalle, parece razonable suponer que la jurisprudencia terminará por no aceptar ninguna de las dos alternativas propuestas, y que, a pesar del tenor literal del art. 57.1 a) LPHE, la norma del apartado c) del mismo artículo terminará por aplicarse sólo a los Archivos General de la Administración e Histórico Nacional, entre otras cosas porque sólo en éstos, como norma general, podrán concurrir los plazos que liberalizan el acceso. Así, los límites al acceso a los archivos de las dependencias y departamentales habrán de buscarse en la nueva LJRAP”⁷⁷⁷.

Para POMED SÁNCHEZ, sin embargo, el ámbito de aplicación de la LRJAP parece quedar limitado a los archivos de las dependencias administrativas, esto es, a los archivos de oficina, al considerar que la LRJAP queda vinculada por el concepto de archivo histórico presente en la LPHE. Para el autor “acaso la referencia del art. 57.1 a) LPHE a los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público no deba

⁷⁷⁷ DA SILVA OCHOA, “Derechos de los ciudadanos, con especial referencia a lenguas y acceso a registros”, en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, coord. PENDÁS GARCÍA, Ed. Praxis, 1993, págs. 324 y 325.

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 art. 37 LRJAP quedaría limitado a los archivos de cada dependencia, hipótesis que salvaría, dicho sea de paso, no pocos problemas que la aplicación del precepto puede 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 art. 57.1 LHPE 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 art. 2.2 LJRAP”.

EMBID, por su parte, entiende que a la vista de ambas regulaciones “existiría un régimen jurídico específico previsto para la consulta de los documentos que pudieran entrar en el concepto de Patrimonio Documental español, y otro distinto, el de la Ley 30/1992, para el resto de Archivos”. La solución que dicho autor aporta es entender, como la mayoría de la doctrina – aunque no da razones para ello- que la LRJAP se aplicaría para la consulta “de los archivos que pudieran existir en los distintos órganos administrativos (Ministerios, Ayuntamientos, Consejerías de las Comunidades Autónomas), o en los Archivos Generales o Centrales que, en su caso, existieran para cada Administración. La regulación específica de la LPHE serviría

específicamente para los documentos contenidos en los Archivos Históricos”⁷⁷⁸.

FERNÁNDEZ RAMOS⁷⁷⁹, por su parte, acude para solucionar este problema a una solución distinta, ya mencionada, que creo que es difícilmente sostenible dada la configuración del derecho de acceso en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que parece prescindir de toda la organización archivística y de patrimonio documental. Para el autor, la solución es hacer una interpretación funcional de la exigencia de que los documentos obren en los “archivos administrativos”, de manera que se entienda que son tales, todos los lugares en los que la Administración deposita sus documentos, sin que sea preciso que dichas instalaciones hayan sido catalogadas expresamente de Administración Pública.

La opción que posiblemente mejor permite solucionar este conflicto entre normas es la que plantean las ya mencionadas Leyes de archivos de Castilla y León y de la Comunidad Valenciana, que es, al fin y al cabo, por la que se inclina la doctrina. Creo, por ello que, para salvar el escollo planteado por la LPHE y permitir determinar que sólo se rigen por ésta los archivos históricos, mientras que el régimen aplicable para el resto de archivos, de carácter indudablemente administrativo⁷⁸⁰, será el previsto por el art. 37 LRJAP, sería llevar a cabo una interpretación literal del art. 37.6. g) en cuanto que lo que este apartado remite a la regulación de la LPHE son únicamente a los archivos históricos.

La tendencia a una regulación más expansiva, correspondiente a todo el Patrimonio Documental de la LPHE plantea además ciertos problemas, aparte del solapamiento de regímenes aplicables, en cuanto a que, si tenemos en

⁷⁷⁸ EMBID IRUJO, *El ciudadano...* op. cit. págs. 112 y 113.

⁷⁷⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...* op. cit. pág. 435.

⁷⁸⁰ *Vid.* el apartado referente a la distinción entre archivos administrativos y archivos históricos llevada a cabo en el Capítulo , referente al régimen jurídico de los Archivos.

cuenta que, en principio, su ámbito de aplicación engloba todo el Patrimonio Documental, esto es, todos los documentos administrativos desde su generación, conforme al art. 49.2 LPHE, y que esta norma, en su art. 57, sólo reconoce el acceso respecto de los documentos correspondientes a procedimientos terminados y que obren en los archivos centrales, de nuevo se estaría excluyendo del régimen de acceso a aquellos documentos que obran en los archivos de oficina. Como hemos visto, parte de la doctrina opta por entender que el acceso a estos últimos sería el previsto en la LRJAP, pero no creo que sea una buena solución. Más claro respecto del régimen jurídico sería entender, como decimos, que la remisión que la propia LRJAP hace a la LPHE se limita, como de la literalidad del precepto se deduce, a los archivos históricos.

La jurisprudencia ha tratado la cuestión sucintamente y sin dar una solución clara a este conflicto, aunque de la aplicación que ha hecho del régimen jurídico de acceso previsto por la LPHE parece desprenderse que acoge esta interpretación por la que los archivos históricos se rigen por este régimen jurídico, mientras que para los demás casos, esto es, los documentos obrantes en los archivos administrativos, se remite la LRJAP.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1999 aplica, sin tener ninguna duda en la cuestión, el art. 57.1 LPHE, como desarrollo legal del art. 105 b) CE, en un asunto en el que los documentos a los que se pretendía acceder se encontraban albergados en el Archivo General del Ministerio de Asuntos Exteriores⁷⁸¹, sin que se plantee ninguna duda sobre la aplicabilidad de este régimen jurídico. Y en la Sentencia del TSJ de Castilla y

⁷⁸¹ Archivo de carácter histórico. Recordemos que el Ministerio de Asuntos Exteriores tiene su propio ciclo de archivos y conserva en este Archivo General los documentos de carácter histórico que han estado en sus distintos pasos en los archivos de oficina y centrales del propio Ministerio, sin que pasen al Archivo General de la Administración Civil.

León, 2116/2006, de 27 de noviembre⁷⁸², se plantea precisamente el régimen jurídico que debe ser aplicable para regular el acceso a unos documentos que obran en el Archivo Provincial y que había sido denegado a los solicitantes. El Tribunal considera aplicable, aunque sin razonamiento expreso sobre ello, la legislación autonómica sobre archivos históricos frente a las previsiones – mencionadas expresamente en la Sentencia- del art. 37 LRJAP.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS.

Como señalamos al principio del presente Capítulo, a pesar de que el art. 37 LRJAP, al llevar a cabo el desarrollo legislativo del art. 105 b) CE, establece un régimen común de acceso para los archivos y los registros administrativos, el acceso a cada uno de ellos presenta una serie de particularidades, por la sencilla razón de que tienen una naturaleza jurídica distinta y -como hemos visto en los respectivos Capítulos relativos a los archivos y registros administrativos-, un régimen jurídico diverso que hace que el acceso a cada uno de ellos presente algunas diferencias que no pueden obviarse, aunque la mayoría de la doctrina entienda que puede hacerse de los mismos un tratamiento unitario⁷⁸³.

⁷⁸² Como ya hemos señalado, la normativa autonómica de la Comunidad Autónoma de Castilla y León presenta la característica especial de que su Ley de Archivos establece específicamente la aplicabilidad del régimen jurídico previsto por la norma –a semejanza de la LPHE- para los archivos históricos.

⁷⁸³ Valga, por todos, la siguiente afirmación de GONZÁLEZ NAVARRO: “mientras que en el art. 38 LRJAP trata de un Registro específico: el de entrada y salida de documentos, cuya regulación aborda de forma bastante completa, en este art. 37 se está refiriendo a toda clase de registros públicos, sólo que los contempla en una única vertiente: el derecho de acceso a los mismos. Y al igual que hace la Constitución, parece distinguir los registros de los archivos, sólo que a la hora de regular el derecho de acceso a unos y a otros les da un tratamiento uniforme” En *Comentarios a la LRJAP, op. cit.* pág. 1025.

El mismo art. 37 LRJAP reconoce implícitamente las diferencias existentes entre archivos y registros administrativos, al establecer en su apartado primero, unos requisitos particulares para el acceso a cada uno de ellos, aunque después, muchos de sus aspectos se regulen conjuntamente. Pero es que, a la hora de regular los requisitos del derecho de acceso, además de las ya señaladas diferencias existentes entre los archivos y los registros administrativos, se debe tener en cuenta, sobre todo, la heterogeneidad presente dentro del campo de los registros administrativos, tanto por su finalidad, como por el objeto de los mismos, lo que lleva a que los requisitos para su acceso deban ser diversos. Esto ha llevado a que el propio art. 37 LRJAP, en su apartado sexto, se remita a la regulación propia del régimen jurídico de acceso de algunos de ellos, consciente de las diferencias derivadas, como decimos, tanto de la naturaleza jurídica, como de los efectos que estos producen.

Los registros administrativos son tantos y tan variados que resulta imposible un estudio sistemático de todos ellos, empezando por el hecho –ya señalado- de la dificultad de determinar cuándo nos encontramos ante “registros administrativos” y cuándo éstos pueden ser calificados, siguiendo a la doctrina mayoritaria, de “registros jurídicos”⁷⁸⁴.

Partiendo de las particularidades que presentan los registros administrativos, vamos a estudiar, en primer lugar, a qué registros se debe de aplicar el régimen general de acceso a los mismos que establece el art. 37 LRJAP, para después tratar de analizar las peculiaridades que se derivan de la aplicación de dicho régimen general de acceso previsto por el art. 37 LRJAP.

⁷⁸⁴ Teniendo en cuenta siempre las reticencias existentes ante esta clasificación, también criticada y de la que nos ocupamos al tratar del régimen jurídico de los registros, de que todos los registros son a la vez jurídicos -puesto que se regulan en todo caso por el Derecho y tienen contenido jurídico- y administrativos -al menos, por lo que se refiere a su organización, pues todos se encuadran dentro de las Administraciones Públicas-. *Vid.* al respecto, PAU PEDRÓN, *Elementos de Derecho hipotecario, op. cit.* págs. 16 y ss.

1. El ámbito de aplicación del art. 37 LRJAP: la determinación de los registros cuyo régimen jurídico de acceso se establece en el mismo.

El art. 37 LRJAP, en desarrollo del art. 105 b) CE regula, junto al acceso a los archivos administrativos, el régimen de acceso propio de los registros administrativos.

Esto quiere decir, como ya hemos indicado, que no todos los registros se rigen, para su acceso, por la LRJAP sino que, en primer lugar, este régimen se aplicará a aquéllos que se califiquen como “registros administrativos” y, en segundo lugar, a aquéllos que no queden excluidos del ámbito de aplicación de esta norma, según establece su apartado sexto.

De la determinación de cuáles son los registros administrativos nos hemos ocupado ampliamente con anterioridad; baste indicar en este momento que, evidentemente y a pesar de lo que una parte de la doctrina se ha empeñado en señalar, los registros administrativos cuyo régimen de acceso debe someterse al art. 37 LRJAP no se limitan a los llamados registros generales de la Administración, esto es, los registros de entrada y salida de documentos regulados de manera muy precisa por el art. 38 LRJAP -y a los correlativos registros electrónicos regulados por el art. 24 de la Ley 11/2007 de acceso electrónico-, sino que también abarca una grandísima amalgama de registros de cuya gestión se encargan las Administraciones Públicas y que se encuentran, por lo general, al servicio de éstas y de los intereses de los ciudadanos.

La clasificación de los registros llevada a cabo por SAINZ MORENO sirve de ejemplo de las distintas finalidades a las que responden los mismos – que denomina *especiales* por oposición a los registros *generales* de entrada y salida de documentos- es uno de los elementos esenciales que permiten distribuir los registros entre los “administrativos” de un lado y los “jurídicos”

o “de seguridad jurídica”⁷⁸⁵, de otro: “la creación de registros especiales es un medio utilizado con frecuencia al servicio de las tareas que la Administración tiene encomendadas. En unos casos se trata, principalmente, de proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos; así, por ejemplo, el Registro civil o el Registro de la Propiedad o el Registro Mercantil. En otros, su objetivo directo consiste en proporcionar a la Administración un medio de control o de información para una correcta y eficaz acción administrativa; así, por ejemplo, el Registro General Sanitario de Alimentos, el Registro de Empresas Cinematográficas, el Registro de Entidades Religiosas, el Registro de Convenios Colectivos de Trabajo, el Registro de Personal. Pero, también, en muchos casos, se pretende alcanzar un fin mixto, siendo útil o produciendo efectos jurídicos, tanto para la Administración como para los ciudadanos, como sucede con los Catálogos de Montes, Registro de Aguas, Registro Oficial de Contratistas, Registro Municipal de Solares y, en mayor o menor medida, con casi todos los registros administrativos”⁷⁸⁶.

Si, en principio, como decíamos, todos los registros administrativos deben someterse al régimen jurídico establecido por el art. 37 LRJAP, este mismo artículo dispone su apartado 6. e), que “se registrarán por sus disposiciones específicas: el Registro Civil y el Registro Central de Penados

⁷⁸⁵ *Vid.* en todo caso, el análisis de unos y otros llevado a cabo en el Capítulo 5, relativo al régimen jurídico de los registros, en el que se estudian las diferencias existentes entre unos y otros, por su naturaleza, por su finalidad, por sus efectos y publicidad, por la actividad del Registrador y, finalmente, por el acceso a los mismos.

⁷⁸⁶ SAINZ MORENO, *Secreto e información...*, *op. cit.* págs. 2945 y 2946. En este artículo, anterior al desarrollo legislativo del derecho de acceso por la LRJAP, ya se daban algunas de las claves relativas al acceso, que siguen siendo hoy válidas: “el acceso de los ciudadanos a la información contenida en los registros públicos está regulada por las normas que rigen para cada uno de ellos. En algunos casos, se prevé la plena publicidad de su contenido, siendo tal publicidad uno de los fines de la creación del registro, pero, en otros, se exige acreditar un interés, si bien es cierto que a partir de la Constitución el requisito del interés se interpreta cada vez más «liberalmente»”.

y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley”.

Además de los que se señalan específicamente –el Registro Civil y el de Penados y Rebeldes- otros muchos quedan excluidos del acceso previsto por el art. 37 LRJAP, siempre que sea su uso el que esté regulado por una Ley, de manera que, para que no se aplique dicho régimen, no bastará que la creación y previsiones esenciales de dichos registros se hagan por Ley, sino que sea su concreto funcionamiento el que se regule por Ley. Esto quiere decir que incluso aquellos registros que han sido creados por Ley, pero se regulan por un Reglamento deben someterse a las normas de acceso de la LRJAP. Así lo entiende POMED SÁNCHEZ, para quien “a *sensu contrario*, aquellos otros [registros] 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 LRJAP”⁷⁸⁷.

En el caso contrario, cuando nos encontramos ante Registros cuyo uso esté regulado por Ley, el hecho de que el acceso se rija por sus disposiciones específicas –esto es, por la Ley que regula su uso- no quiere decir que no sean accesibles, ya que, en todo caso, por previsión del art. 105 b) CE, tendrán que establecerse los mecanismos que permitan el efectivo ejercicio de este derecho constitucional y la realización del principio de transparencia, si bien es evidente que serán de plena aplicación las excepciones que el mismo art. 105 b) CE establece para excluir el acceso, esto es, “la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

De esta manera, podemos acotar el ámbito de aplicación del art. 37 LRJAP, en primer lugar a los registros administrativos -lo que excluirá de su régimen jurídico algunos de los registros denominados jurídicos, como

⁷⁸⁷ POMED SÁNCHEZ, “*El acceso a los archivos...*”, *op. cit.* pág. 462.

pueden ser el Registro Civil, el Registro de la Propiedad o el Registro Mercantil, entre otros-; cuyo uso no esté regulado por una Ley, entre los cuales podemos entender están, además de los registros generales de la Administración, regulados por el art. 38 LRJAP, todos aquéllos registros de carácter administrativo cuyo régimen jurídico esté regulado a través de normas reglamentarias, independientemente que la previsión de su existencia y finalidad se regulen por Ley –Registro Central de Rebeldes Civiles, Registro General de Protección de Datos, Registro Central de Personal, Registro de Partidos Políticos, Registro de Entidades Religiosas, Registro General de la Propiedad Intelectual, Oficina Española de Patentes y Marcas, Registros de Asociaciones, entre otros muchísimos, además de los tradicionales registros de carácter puramente administrativo, como son los de inscripción obligatoria para llevar a cabo cualquier actividad sometida a licencia o concesión –Registro de especialidades farmacéuticas, Registro de empresas radiofónicas, Registro de empresas cinematográficas- o que se refieran simplemente a actividades o situaciones controladas por la Administración –todos los Registros de inmatriculación: de vehículos, de buques, de aeronaves, etc.; los de animales y especies peligrosas, etc.-.

2. El régimen jurídico de acceso a los registros administrativos, previsto por el art. 37 LRJAP.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, el art. 37.1 establece los elementos esenciales de la regulación del acceso a los archivos y registros administrativos de la siguiente manera: “Los ciudadanos tienen derecho a 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 la solicitud”.

Es aquí dónde aparece la principal diferencia en el régimen jurídico de acceso a los registros, frente al establecido para los archivos administrativos: mientras que para estos últimos se exige una serie de requisitos –que acabamos de analizar pormenorizadamente, esto es, que la consulta se refiera a documentos, que consten en expedientes, que obren en archivos y que formen parte de procedimientos terminados-, para los registros administrativos no aparece regulado ningún requisito. Por tanto, en principio, los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros administrativos, sin más limitaciones que las que se derivan del art. 105 b) CE y del resto de especificaciones que para los mismos se hace en el art. 37 LRJAP.

La diferencia entre los requisitos exigidos para acceder a unos u otros es lógica por la distinta naturaleza jurídica de las instituciones registrales y los archivos, aunque puedan servir a finalidades similares. Como resume al respecto SAINZ MORENO “dentro de la categoría de Registros públicos, cada uno de ellos tiene una configuración peculiar y cumple una función específica en la materia de que se trata [...]. No obstante, todos los registros públicos, a diferencia de los archivos, se caracterizan por la atribución de consecuencias jurídicas al asiento, anotación, inscripción o entrada de los mismos. Tales consecuencias van desde el simple comienzo o interrupción de plazos hasta el efecto constitutivo de derechos”⁷⁸⁸.

La naturaleza jurídica de los registros hace, por tanto, que éstos publiquen situaciones jurídicas y que la inscripción y la publicación de estas situaciones y del resto de elementos que son objeto de inscripción registral, produzca sus efectos –de validez de las situaciones publicadas, de control, de publicidad- hasta que se produzca la modificación, cancelación o anulación de dichos asientos, por lo que no cabe hablar, como para los archivos

⁷⁸⁸ SAINZ MORENO, *Secreto e información...*, *op. cit.* pág. 2944.

administrativos, de procedimientos terminados, o de expedientes archivados⁷⁸⁹.

En este sentido, señala POMED cómo para los registros “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 la información viva, susceptible de producir efectos en el tráfico jurídico”.

A) La aplicabilidad de todos los apartados del art. 37 LJRAP al acceso a los registros: en particular, a aquéllos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas o documentos de carácter nominativo. Remisión.

Aunque no se les apliquen los requisitos que se exigen para el acceso a los archivos administrativos, esto no quiere decir que el acceso a los registros administrativos pueda ser libre e ilimitado.

En primer lugar, como veremos al hablar de las mismas, las limitaciones por razones de seguridad, intimidad, investigación de los delitos, interés general, eficacia de la Administración, etc., son las mismas que para los archivos administrativos.

Y entiendo -y así se ha analizado en el capítulo correspondiente a los sujetos del derecho de acceso-, que también se deben de cumplir, para obtener el acceso a los registros administrativos, los mismos requisitos de legitimación que se establecen en los apartados segundo y tercero del mismo

⁷⁸⁹ Aunque, como ya hemos tenido ocasión de resaltar, también son accesibles los documentos correspondientes a procedimientos administrativos cuya resolución despliega sus efectos en el tiempo, como son las concesiones, las subvenciones, etc. que regulan una situación o relación jurídica que puede perdurar desplegando sus efectos durante lapsos de tiempo amplísimos.

art. 37 LRJAP, aunque éste parezca sólo requerirlos cuando el acceso se refiere a documentos que obran en archivos y no a asientos registrales⁷⁹⁰.

Esto ha llevado a que algunos autores entiendan que la inconcreción de la noción de documento utilizada por el art. 37 LRJAP puede llevar a que la regulación de los registros quede excluida del régimen jurídico de acceso que dicho artículo establece. Así lo explicitan FERNÁNDEZ SALMERÓN y VALERO TORRIJOS para quienes “el propio artículo 37 LRJAP parece defender un concepto de documento que se aparta de la generosa definición de la LPHE cuando aparentemente enfrenta, en su apartado primero, el contenido de los registros –el objeto de muchos de los cuales, como decíamos, viene constituido por relaciones de datos personales incorporados en los llamados asientos- con los documentos, dando así a entender implícitamente que los primeros no se integran por los segundos. De hecho, si tal precepto reconoce un derecho de acceso a registros y documentos que [...] formen parte de los archivos, en realidad se contrae a disciplinar el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en relación con estos últimos, limitándose a mencionar los registros para pronunciar una elocuente renuncia a la formación de algunos de los más importantes (artículo 37.6 LRJAP, incluyendo, en el apartado e), una remisión *in toto* en relación con los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley)”⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Cuando hablamos de registros debemos referirnos, en principio, a los “asientos” o “entradas” registrales y no, en puridad, de documentos administrativos. Diferencia que se debe tener en cuenta por la simple razón de que también podrá haber documentos administrativos albergados en los registros, en cuanto que estos estarán contenidos en los expedientes que dan lugar a las inscripciones registrales, pero para cuyo acceso se deberán cumplir todos los requisitos exigibles a los documentos que obran en los archivos administrativos y no los que la Ley establece para los registros.

⁷⁹¹ FERNÁNDEZ SALMERÓN y VALERO TORRIJOS, “La publicidad de la información administrativa en internet: implicaciones para el derecho de la protección de los datos personales” en *RAP* núm. 26, 2005, pág. 89.

No creo, sin embargo, como ya se ha señalado, que la referencia separada a los registros y a los documentos que obran en archivos pueda llevar a la interpretación de que los registros administrativos queden excluidos en la regulación del acceso de este régimen jurídico general, pues esto carecería sentido. En primer lugar, porque el régimen previsto se refiere, como recuerda el art. 35 h) LRJAP a los archivos y registros administrativos, como no podría ser de otra forma, en desarrollo del art. 105 b) CE; en segundo lugar porque, como ya hemos señalado, la remisión hecha por el apartado 6 e), es la referente no a todos los registros previstos por Ley, sino sólo a aquéllos cuyo *uso* esté regulado por Ley; y, por último, si bien es evidente que la técnica legislativa en la regulación de este art. 37 LRJAP deja mucho que desear –y ha sido ya criticada en muchos de sus aspectos-, no tendría sentido que, según los fines a los que responde el acceso, así como su necesaria ponderación con los restantes derechos e intereses en juego, entre los que prima la protección de la intimidad y de los datos personales, no se exigieran las mismas legitimaciones en lo referente al acceso para los registros que para los archivos, por lo que consideramos plenamente aplicables al ejercicio del derecho de acceso a los registros, todos los apartados del art. 37 LRJAP.

La aplicabilidad de estas exigencias legitimadoras para permitir el acceso a los asientos registrales viene determinada, en primer lugar, porque el apartado 2 del art. 37 LRJAP regula la excepción de la intimidad –que se deriva directamente del mismo art. 105 b) CE- y, en el caso del apartado 3, por la interconexión necesaria que debe existir -como ya tuvimos ocasión de señalar al analizar la legitimación activa y los requisitos que establece este apartado- entre la regulación del acceso y la protección de datos personales que tiene precisamente en los registros y ficheros su ámbito fundamental de aplicación. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 31 de octubre 2000 declara la necesidad de conectar la regulación de la

LRJAP con la de protección de datos (siendo aún de aplicación, en este caso concreto, la LORTAD), al ser normas que se habían desconocido recíprocamente. El acceso a los “datos personales” o “de carácter personal” contenidos en los registros administrativos –en el caso concreto, el Registro de inmatriculación de vehículos- exige que, para permitir el acceso, se cumpla la normativa establecida por la legislación de protección de datos”.

La necesidad de aplicación de la legislación de protección de datos, en este sentido, se ha visto además confirmada por la LOPD, que no excluye de su ámbito de aplicación a los registros administrativos, aunque siga ignorando el régimen de acceso previsto por la LRJAP⁷⁹².

Por ello, la protección de datos despliega, en el ámbito de los registros administrativos –máxime si se trata de registros electrónicos-, como ficheros de carácter público que son, toda su eficacia. No obstante y, al igual que ocurre con el acceso a los archivos administrativos, hay que tener en cuenta

⁷⁹² Establece el artículo 2 de la LOPD que: “1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado. [...] 2. El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos. 3. Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral. b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública. c) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas. d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes. e) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia”.

que la aplicación de esta normativa no puede llevar al desconocimiento pleno de otro derecho constitucional, como es el derecho de acceso, y tendrá que modularse en todo caso su aplicabilidad, a fin de garantizar que no queda excluido éste como realización del principio de transparencia que es. Por ello, de nuevo, la interpretación de qué se consideren “documentos –asientos registrales en este caso- de carácter nominativo”, tal y como establece el artículo 37.3 LRJAP, tendrá que ser objeto de estricta interpretación, en cuanto que estamos en un ámbito –el de los registros administrativos- en el que será casi imposible encontrar un registro que no haga referencia a elementos nominativos o a datos de carácter personal.

B) La tensión entre la finalidad de publicidad propia de los Registros y la necesaria protección de la privacidad derivada del art. 18.4 CE y la LOPD.

Encontramos aquí una clara tensión entre unas instituciones pensadas precisamente para otorgar información y publicidad a aquello que se inscribe –ya sea para servir a las finalidades de control de la Administración o a los intereses de los ciudadanos- y la privacidad respecto de los datos que se integran en los mismos, cuya garantía corresponde a la Administración de quien dependa la llevanza del registro, a fin de hacer efectivos los derechos fundamentales de intimidad y protección de datos personales; tensión entre los distintos derechos⁷⁹³ que no se puede resolver categóricamente en favor de unos o de otros, sino que, salvo que se trate de datos personalísimos o de alta sensibilidad –como pueden ser los datos médicos o sanitarios, por ejemplo-, se debe ponderar en cada caso concreto por los encargados de los

⁷⁹³ No sólo hablamos de la dicotomía acceso/intimidad, sino que también deben tenerse en cuenta los derechos e intereses que se pretenden satisfacer a través del acceso –que, como hemos visto, en muchas ocasiones es un derecho instrumental de otras finalidades- y que son precisamente los que justifican la legitimación necesaria para acceder a la información solicitada.

registros que son quienes tienen que valorar los intereses en juego, a fin de decidir otorgar el acceso o denegarlo⁷⁹⁴. Es ésta, además, una interpretación que se recoge de manera implícita en el art. 37.3 LJRAP, que recordemos establece el requisito de la legitimación con referencia directa a los documentos “que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos”.

Se trata ésta de una ponderación lógica, sobre todo por las enormes diferencias existentes entre la información que se encuentra recogida ya no sólo en cada uno de los registros, sino, a veces, en las distintas secciones de los Registros que pueden incorporar información más o menos sensible.

No obstante, conforme han ido pasando los años y, notablemente, tras la sustitución de la LORTAD por la LOPD, que no parece excluir de su ámbito de aplicación a los Registros administrativos -como hemos visto-, así como tras la STC 292/2000, ya comentada, esta tendencia se ha ido transformando justamente en la contraria, por la que parece prevalecer el derecho a la privacidad y la protección de los datos, sobre la realización efectiva de otros derechos a través del acceso a la información contenida en los registros administrativos. Tendencia que además es apreciable en todo tipo de registros públicos, no sólo en los sometidos al régimen de acceso de la LRJAP. Baste ver, a efectos ilustrativos, la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ante la regulación establecida por el art. 12.4 del Reglamento del Registro Mercantil (R.D. de 19 de julio de 1996) que establece que “los Registradores Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las

⁷⁹⁴ Esta parecía ser la postura de la Agencia de Protección de Datos, al menos en lo referente a la aplicación de la LORTAD en relación con el derecho de acceso. En su Memoria de 1995 recoge este requisito de ponderación señalando que “la respuesta debe valorarse caso por caso, poniendo en conexión la finalidad de los datos con el carácter de interesado del solicitante, junto con la pertinencia y el carácter adecuado de los datos para el ejercicio de los derechos del interesado”. En GUICHOT, E. “*Acceso a la información...*”, *op. cit.* pág. 437.

normas vigentes en las solicitudes de publicidad en masa o *que afecten a los datos personales reseñados en los asientos*”; así como el art. 382.2 del mismo Reglamento, que establece que “los Registradores Mercantiles Centrales determinarán, en cada caso, bajo su responsabilidad, el procedimiento para hacer efectivas las expresadas notas y su contenido, cuando por razón de la solicitud formulada pueda vulnerarse la legislación vigente de protección de datos de carácter personal”. Pues bien, la DGRN ha evolucionado en la interpretación hacia la denegación de la transmisión generalizada de estos datos, como ilustra DE LA QUADRA SALCEDO⁷⁹⁵.

No obstante, aquí se da el mismo tratamiento a dos cuestiones bien distintas, pues nada impide llevar a cabo esa ponderación de intereses cuando se trata de peticiones “individualizadas” de documentos –conforme a lo establecido por el art. 37.7 LRJAP-, pues además, así lo exige el art. 37.3 LRJAP, ya que se deberá comprobar, en todo caso, la existencia de legitimación antes de autorizarse el acceso –de ahí que la petición deba ser, precisamente, individualizada-. Otra cosa será el trato que se deba dar a las llamadas solicitudes masivas de acceso, con el fin de comercializar los datos que normalmente gozan de publicidad, cuando esos datos sean de carácter personal o afecten a la intimidad de las personas.

A este respecto es necesario tener en cuenta la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003⁷⁹⁶, que ha sido objeto de transposición recientemente a través de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. La Exposición de Motivos de esta Ley establece al respecto que “la Ley posee unos contornos específicos que la delimitan del régimen general de acceso previsto en el

⁷⁹⁵DE LA QUADRA SALCEDO, “El servicio público registral entre la privacidad y la publicidad”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo I, págs. 1283 y ss, Tirant lo Blanch, 2000.

⁷⁹⁶ Analizada pormenorizadamente en *La reutilización de la información en el sector público*, coord. GALÁN GALÁN, Comares, 2006.

artículo 105 b) de la Constitución Española y en su desarrollo legislativo, en esencia representado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En este sentido resulta necesario precisar que no se modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se aporta un valor añadido al derecho de acceso, contemplando el marco de regulación básico para la explotación de la información que obra en poder del sector público, en un marco de libre competencia, regulando las condiciones mínimas a las que debe acogerse un segundo nivel de tratamiento de la información que se genera desde las instancias públicas”.

La manera que ha tenido la Ley de confrontar este difícil equilibrio entre la publicidad y la privacidad es de nuevo la de decantarse por la privacidad en el caso de que haya datos referentes a las personas prohibiendo la posible comercialización de la información en ese caso, ya que, al establecer su ámbito objetivo de aplicación, la Ley excluye todo aquello que pudiera contener algún tipo de información cuyo acceso esté condicionado por aplicación del art. 37 LRJAP, refiriéndose no sólo aquellos documentos que ésta reserva a la consulta de los propios titulares, sino todos aquellos para los que se requiera la acreditación de un interés⁷⁹⁷.

En todo caso, si bien resulta necesario el pleno respeto del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales obrantes en los registros, conforme a la LOPD, está claro que esta protección no puede llegar hasta el extremo de excluir las posibilidades de acceso a la información contenida en

⁷⁹⁷ Dice el art. 3.2 de la Ley 37/2007 que “la presente ley no será aplicable a los siguientes documentos que obren en las Administraciones y organismos del sector público previstos en el artículo 2:

a) los documentos sobre los que existan prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso en virtud de lo previsto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y las demás normas que regulan el derecho de acceso o la publicidad registral con carácter específico. [...].

c) Los documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo.

dichos registros, cuando se trate de registros públicos. Si bien, como hemos visto, no es en absoluto contradictorio con el derecho de acceso la exigencia de acreditación de un interés legítimo –más dudoso es, como pudimos ver al analizar la legitimación activa, que tenga que ser, además, directo- requerida para el acceso por el art. 37.3 LRJAP, así como las limitaciones por razón de la protección del derecho a la intimidad derivadas del art. 37.2 LRJAP, debería hacerse siempre una aplicación ponderada del derecho que no lleve a vaciar de contenido el derecho de acceso, pues no olvidemos que se trata de un derecho de carácter constitucional, además de un instrumento indispensable de realización de un principio esencial, como es la transparencia. La ponderación de estos intereses en juego y el control, por tanto, de la legitimación necesaria para permitir el acceso, son tareas esenciales que pesarán sobre los encargados de los Registros administrativos con mayor intensidad de lo que pesan cuando lo que se pretende acceder son archivos administrativos, no sólo por el carácter vivo de la información recopilada en aquéllos, sino también por el tratamiento de los datos contenidos en los asientos y la mayor concentración de datos de carácter personal que estos contienen –independientemente de que se trate de registros tradicionales o de registros informatizados o electrónicos⁷⁹⁸- y que hacen, por ello, más susceptibles de permitir la realización y la identificación de las personas que es, como sabemos, lo que se pretende proteger a través del derecho a la protección de datos de carácter personal.

⁷⁹⁸ Puesto que, como recuerda PIÑAR MAÑAS, en nuestro ordenamiento jurídico, tras la STC 292/2000, “se consolida así el concepto de Derecho a la protección de datos, frente a la noción de Derecho a la autodeterminación informativa, cuya construcción tanto debe al Tribunal Constitucional alemán”. En “Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas preliminares para un reflexión”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo. Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Aranzadi, 2007.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO.

Una vez estudiados los requisitos subjetivos y objetivos establecidos por el art. 37 LRJAP para acceder a los archivos y registros administrativos, respectivamente, es necesario analizar los requisitos formales y de procedimiento que dicho artículo establece para el ejercicio del derecho.

Como la doctrina se encargó de destacar desde el primer momento tras la aprobación de la LRJAP, se echa de menos en el desarrollo legislativo del derecho de acceso la previsión de un procedimiento específico para el ejercicio del mismo así como la determinación de los órganos competentes para su resolución, cuestiones que la LRJAP deja sin resolver. Algunas Comunidades Autónomas -así como, para algunas cuestiones, la legislación de ámbito local y sectorial- sí que han sido algo más precisas respecto de la regulación del ejercicio del derecho, por lo que nos iremos refiriendo a las concreciones que las mismas han hecho al hilo del estudio de los elementos y requisitos formales que caracterizan este procedimiento.

El art. 37 LRJAP no regula procedimiento alguno para el ejercicio de este derecho, por lo que serán de aplicación para regir este ejercicio las normas de procedimiento administrativo común establecidas por LRJAP, planteándose, por ello, numerosas cuestiones de difícil solución.

1. El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso.

El primer problema que nos encontramos se refiere al tipo de procedimiento administrativo de que se trata, pues nada dice el art. 37 LRJAP ni tampoco la jurisprudencia. Esta regulación deja claro, no obstante, que el ejercicio del derecho de acceso no es libre y sin duda está sometido a un

procedimiento administrativo, de carácter autorizador,⁷⁹⁹ en el que el órgano competente para su resolución –que tampoco se identifica en la norma– tendrá que examinar la solicitud de forma individualizada respecto de cada uno de los documentos, archivos y registros que se pretenden acceder, para comprobar que se cumplen todos los requisitos subjetivos y objetivos establecidos por la Ley, así como que no concurre ninguna de las causas de limitación o exclusión del mismo, antes de resolver a favor del ejercicio del derecho⁸⁰⁰.

No obstante, no son éstos los únicos extremos cuya comprobación debe llevar a cabo el órgano encargado de la resolución, puesto que, además, debe comprobar y valorar el cumplimiento de los requisitos relativos a la solicitud establecidos por el apartado séptimo de este art. 37 LRJAP. Dice este apartado que “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. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”.

⁷⁹⁹ Así lo entiende FERNÁNDEZ RAMOS, para quien lo relevante es el objeto del derecho, el acceso al documento y no la actividad de puesta a disposición por la Administración, cuya función debe ser de mera intermediación, a fin de comprobar que se cumplen todos los requisitos exigidos por la Ley para permitir el acceso. Así se desprende, para el autor, del art. 37.8 LRJAP que dispone que “el derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados cuyo examen será autorizado por la Administración...”. *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 524.

⁸⁰⁰ La Ley 3/1984, de Archivos de Andalucía, parece más clara en cuanto al carácter autorizador del procedimiento, puesto que en su art. 27 enuncia que “no podrá *autorizarse* consulta pública...”.

De nuevo nos encontramos ante un precepto muy criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa puesto que mezcla diversos requisitos que la Administración debe tener en cuenta para resolver acerca de la autorización del acceso, en referencia a conceptos jurídicos indeterminados como son la “petición individualizada de los documentos” o “la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”, que la jurisprudencia se ha encargado de ir determinando en los últimos casos aunque no con demasiada claridad.

A) La iniciación del procedimiento.

a) Requisitos generales de la solicitud de acceso.

La solicitud de acceso, que dará lugar al inicio del procedimiento, deberá hacerse, en principio, en forma escrita⁸⁰¹ –entendiendo que ésta puede hacerse por los cauces tradicionales de registro físico de entrada o por medios

⁸⁰¹ Así lo requieren, específicamente, algunas Comunidades Autónomas, de entre las que cabe citar a Asturias, Cantabria o Extremadura.

La solicitud podría revestir en algunos casos forma oral y ser resuelta de la misma forma, pero esta forma, pues en muchos casos, sobre todo cuando el acceso se solicita con fines de investigación y, fundamentalmente en los archivos centrales, intermedios o de carácter histórico, la concreción de aquello que se quiere consultar se hará dialogando y con la ayuda de los funcionarios responsables, aunque esta forma de solicitud plantea el grave inconveniente de la acreditación del interés concreto.

Como señala POMED sobre esta posibilidad de solicitud oral, “dos son en tal caso las posibilidades que se le ofrecen al solicitante –concluye el autor-: 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”. En “El acceso a los archivos...” *op. cit.* pág. 475.

No obstante, la solución apuntada podría llevar a complicar innecesariamente el ya de por sí intrincado procedimiento de acceso a los archivos y registros administrativos.

Para EMBID, sin embargo, aunque no se diga nada de que la petición deba hacerse por escrito, podría presumirse que así debe ser. En *El ciudadano...* *op. cit.* pág. 123.

telemáticos o electrónicos, si esto es posible⁸⁰²-, puesto que será necesaria la identificación de la información a la que se pretende acceder, así como, en su caso, la acreditación de la legitimación cuando ésta sea necesaria.

Se deberán cumplir, como no, todos los requisitos establecidos por el art. 70 LRJAP, indicando además, en su caso, el interés que legitima el acceso cuando se trate de documentos nominativos o que contengan datos personales, conforme a lo establecido por los arts. 37.2 y 37.3. Se trata éste de un requisito esencial de la solicitud, según tuvimos oportunidad de ver al analizar la legitimación necesaria, y así ha sido indicado en la Sentencia del TSJ de Castilla y León 8/2003, de 17 de enero, en la que se consideraba que la denegación de acceso impugnada era conforme a derecho, a pesar de existir interés legítimo, porque éste no había sido acreditado en la solicitud.

Evidentemente, puede que la acreditación de interés legítimo no se haga de entrada en el escrito de solicitud, fundamentalmente por desconocimiento de la necesidad de acreditar un interés para la consulta de determinados documentos –está claro que puede darse el caso de que se desconozca el carácter nominativo del documento que se desea conocer o si contiene datos referentes a la intimidad de las personas, precisamente porque aún no se ha tenido acceso al mismo-, pero en todo caso la Administración podrá requerir al interesado para que subsane su solicitud consignando el interés que le legitima para acceder, conforme al art. 71 LRJAP.

⁸⁰² La Ley 11/2007, de acceso electrónico establece, en su art. 24 que “3. En cada Administración Pública existirá, al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración Pública. Las Administraciones Públicas podrán, mediante convenios de colaboración, habilitar a sus respectivos registros para la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones de la competencia de otra Administración Pública que se determinen en el correspondiente convenio. 4. En el ámbito de la Administración General del Estado se automatizarán las oficinas de registro físicas a las que se refiere el art. 38 de la Ley 30/1992 [...], a fin de garantizar la interconexión de todas sus oficinas y posibilitar el acceso por medios electrónicos a los asientos registrales y a las copias electrónicas de los documentos presentados”.

Se trata éste de un requisito que aparece mejor especificado en el ámbito local, ya que el art. 18.1 e) LBRL establece el derecho de cada uno de los vecinos a “ser informado, previa *petición razonada*, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución” o en el ámbito del acceso a la información medioambiental.

b) En particular, el requisito relativo al carácter individualizado de la petición.

Un requisito necesario que deben cumplir las solicitudes de acceso es el relativo a la “petición individualizada de los documentos que se desee consultar”, lo que determina la necesidad de identificación de los documentos, puesto que la formulación de “solicitud genérica” no cabe salvo para su consideración con carácter potestativo, individualización que tiene, en principio, su razón de ser, según el propio artículo, en la finalidad de impedir que por el ejercicio del derecho “se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”. En todo caso, de nuevo, si la solicitud no concreta suficientemente los documentos a los que se pretende acceder, la Administración deberá requerir al solicitante para que los concrete a través de la subsanación de la solicitud.

La dificultad primera estriba, por tanto, en acotar el significado de lo que deba ser una petición individualizada de documentos y determinar cuándo la generalidad o abstracción de la misma puede llevar a perturbar la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, pues entendemos que la eficacia puede verse perturbada de dos formas: por el número de documentos solicitados, cuando éste sea excesivo⁸⁰³, o por la falta de

⁸⁰³ Aunque este sea un elemento que entiendo debiera ser cada vez menos relevante, según los avances tecnológicos, sobre todo si se trata de documentos electrónicos.

individualización de los documentos, cuando su localización e identificación pueda resultar compleja. En ambos casos, la aplicación de este requisito puede ser discutible, ya que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados, sobre todo en referencia al grado de concreción e identificación de los documentos que es necesaria para que se tenga por correcta por la Administración, puesto que difícilmente podrán tenerse todos los datos referentes a la información que se solicita antes de tenerla.

En principio, este requisito debiera venir facilitado por las obligaciones que pesan sobre la Administración, según los apartados noveno y décimo del art. 37 LRJAP que establecen que “será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares” y que “serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la administración”⁸⁰⁴.

Si estas obligaciones “de información sobre la información”⁸⁰⁵ fueran objeto de cumplimiento por parte de la Administración –a través de un registro de documentos, por ejemplo, como existen en las distintas instituciones de la Unión Europea, o simplemente a través de las páginas *web* existentes en internet de casi todas las Administraciones Públicas-, la concreción de la solicitud mediante la identificación de los documentos que

⁸⁰⁴ En el ámbito del acceso a la información medioambiental, la Ley 27/2006, de 18 de julio, concreta de manera muy precisa las obligaciones específicas que pesan sobre las Administraciones Públicas en materia de difusión de información ambiental (art. 6), estableciendo además, pormenorizadamente, cuál debe ser el contenido mínimo de la información objeto de difusión (arts. 7, 8 y 9 de la Ley).

⁸⁰⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...op. cit.* pág. 535.

se pretende acceder sería mucho más sencilla y plantearía muchos menos inconvenientes. No obstante, no parece que la Administración haya cumplido, al menos de manera generalizada, estas obligaciones⁸⁰⁶, dificultando sobremanera el cumplimiento del requisito por parte de los solicitantes de acceso y si, como ya hemos señalado en diversas ocasiones, en principio, la Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza o de su propio incumplimiento, la realidad es que sigue exigiéndose a los ciudadanos solicitantes que identifiquen individualizadamente los documentos a los que pretenden acceder, lo que en ocasiones puede resultar harto complicado, máxime si aquella incumple sus obligaciones de publicación, o si sus técnicas de gestión y trasvase de expedientes, de un archivo a otro, según sus fases, no son adecuadas.

Se trata ésta de una situación que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, tanto por el requisito de la individualización de los documentos, como por la conexión que hace el art. 37 LRJAP de este requisito con la garantía de la eficacia del funcionamiento de los servicios

⁸⁰⁶ PARADA la califica de “previsiones jurídicamente irrelevantes” para el derecho de acceso, “porque se trata en ambos casos de simples declaraciones de intenciones”. En *Régimen jurídico...* *op. cit.* pág. 160. Y PEÑALVER I CABRÉ, en esta línea, al considerar la posible fuerza vinculante de estas previsiones considera que “en principio, todo parece indicar que no tienen ningún valor vinculante pues es indicativo que los informes de las oficinas de información (reguladas por la LPA y no derogadas según la disposición derogatoria 2. b) LRJAP), sólo tienen valor ilustrativo e informativo (Norma 3 de la Orden de 22 de octubre de 1958)”. PEÑALVER I CABRÉ, “Derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, *Administración pública y procedimiento administrativo. La Ley 30/1992*, coord. TORNOS MAS, Bosch, 1994, pág. 165.

En todo caso, se trata de una previsión interesante, que el ámbito comunitario ha demostrado ser de gran utilidad para los investigadores y solicitantes de acceso que, a través de la consulta de esta información –a través de los registros de documentos-, pueden identificar de manera muy concreta la documentación a la que quieren acceder, simplificando enormemente la tarea de los funcionarios que deben resolver las solicitudes de acceso y, en algunos casos, accediendo directamente *on line* a dichos documentos a través de las especificaciones de los registros sobre su lugar de publicación, sin necesidad de llevar a cabo una solicitud de los mismos.

públicos, en cuanto que las peticiones genéricas puedan perturbar a la misma, cuestión que la mayoría de autores entienden queda ya cubierta por el requisito de que la consulta se limite a los expedientes ya terminados, cuya justificación posible es, precisamente, que sólo así no se afecta al funcionamiento de los servicios públicos.

Baste señalar, a modo ejemplificativo, la pregunta que se hacen al respecto DA SILVA -“¿puede exigirse a un ciudadano la individualización del documento que desea consultar si el archivo no lleva al día su inventario, o no lo hace público, o mantiene un cuadro de clasificación incoherente?”⁸⁰⁷ - y PARADA -“¿Qué pasa, pues, cuando la petición que se formula no se refiere ni a una materia genérica, ni a un conjunto de ellas, ni a documentos individualizados, sino a un expediente o procedimiento? Parece que en este caso la petición es formalmente incorrecta y que la Administración puede desatenderla”, cuestionando el autor, además, la limitación por razones de eficacia del funcionamiento de la Administración, pues no concibe cómo puede afectarla si se trata de procedimientos ya terminados⁸⁰⁸.

Así lo entiende también SANTAMARÍA PASTOR, para quien la cautela relativa al funcionamiento de los servicios públicos carece de justificación si se tiene en cuenta que la propia Ley limita el ejercicio del derecho a acceso a los expedientes ya finalizados y definitivamente archivados. “En tales condiciones –dice el autor- el ejercicio del derecho de acceso sólo puede afectar al funcionamiento de un único servicio, justamente el de archivo; pero nunca perturbarlo, porque la finalidad de un archivo radica, justamente, en conservar y permitir el acceso a documentos y expedientes ya finalizados”. Asimismo, el autor considera que la exigencia de identificación de los

⁸⁰⁷ DA SILVA OCHOA, en *Administraciones públicas... op. cit.* pág. 326. Para el autor, la cuestión de que las solicitudes puedan afectar a la eficacia del funcionamiento administrativo debe reconducirse a la teoría general del abuso de derecho, que debe constituir un límite más al ejercicio del derecho de acceso.

⁸⁰⁸ PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico... op. cit.* pág. 159.

documentos debe relativizarse, entendiendo que la misma “es razonable siempre que no se interprete con rigor, por cuanto la identificación exacta, completa y sin errores de los documentos administrativos es imposible: salvo que haya procedido alguna confidencia interna dudosamente legítima, ningún ciudadano suele poseer la información suficiente como para efectuar una petición inequívoca y carente de cualquier elemento genérico”⁸⁰⁹.

POMED SÁNCHEZ, atendiendo a estas dificultades, modula la exigencia entendiendo que “cuando el art. 37.7 LRJAP 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”⁸¹⁰, caso en el que sí parece más justificable la limitación por razones de eficacia de los servicios públicos⁸¹¹.

En cualquier caso, la Ley no excluye totalmente la posibilidad de hacer peticiones genéricas de documentos, por cuanto éstas pueden hacerse “para su consideración con carácter potestativo” por parte de la Administración. Mientras que algunos autores consideran que, en este caso, se trata de

⁸⁰⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático... op. cit.* pág. 145.

⁸¹⁰ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...” *op. cit.* pág. 463. Y, en el mismo sentido se pronuncia MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 200.

⁸¹¹ No obstante, POMED critica la redacción de este art. 37.7 LRJAP por cuanto, según se regula este requisito por la Ley, “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 el autor califica de “realidad sorprendente”. *Ibidem*, pág. 459.

peticiones graciabiles (SANTAMARÍA PASTOR) o absolutamente potestativas (EMBED IRUJO), otros autores matizan también esta posibilidad de consideración potestativa del acceso por parte de la Administración, entendiendo que siempre tiene que conectarse con la posible afectación a la eficacia de los servicios públicos, de manera que sólo podrán denegarse las peticiones genéricas si efectivamente afectan al funcionamiento de la Administración. Así lo entiende MESTRE DELGADO, para quien “la «consideración con carácter potestativo» habilita a la Administración a resolver teniendo en cuenta, a estos efectos, «la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos»; de esta forma, cuando no se justifique que la información solicitada no puede concederse por ese motivo (teniendo en cuenta que se debe observar la interpretación más favorable al ejercicio del derecho, y el principio constitucional de eficacia, como delimitador del comportamiento de las Administraciones Públicas), no resultará ajustado a Derecho una denegación de la petición.⁸¹²

Los Tribunales de Justicia han tenido ocasión de pronunciarse respecto de varios recursos relativos a denegaciones de la Administración del derecho de acceso -precisamente por entender incumplida la obligación de hacer una petición individualizada de los documentos que se solicitan-, dando lugar a unas respuestas que parecen fijarse más en el hecho objetivo de la cantidad de documentos que se solicitan, que en la de la posible identificabilidad de los mismos y para las cuales el criterio de la afectación de la eficacia de los

⁸¹² MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 200. Y en este mismo sentido se pronuncia también FERNÁNDEZ RAMOS, para quien “hay que entender que la Administración no es libre para aceptar o rechazar una solicitud genérica, puesto que, por un lado, debe darse el presupuesto de hecho que sirve de fundamento a la denegación, es decir, la perturbación –grave- en el funcionamiento del servicio público, y por otro, la ley utiliza conceptos jurídicos indeterminados -«materia o conjunto de materias»- que son revisables por los Tribunales de lo contencioso-administrativo”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 536.

servicios públicos, que debiera ser esencial para la aceptación de la limitación, parece quedar relegada a un mero hecho colateral de la petición.

El Tribunal Supremo, en este sentido, hace una interpretación categórica del señalado precepto, que excluye en todo caso las peticiones genéricas de documentos y cuyo criterio esencial a la hora de determinar si la solicitud está suficientemente individualizada es el número de documentos que se solicitan, independientemente de que se hallen correctamente identificados e individualizados y prescindiendo de la ponderación de si dicha consulta afecta o no a la eficacia de los servicios públicos. Así la STS de 19 de mayo de 2003 interpreta el precepto considerando que el mismo “exige con toda claridad que la petición de los documentos que se desee consultar sea individualizada, *sin que quepa formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias*. La solicitud del recurrente, relativa a todos los expedientes administrativos [...] no es individualizada. *No se concreta en ella qué documentos se desea consultar*, en relación con uno o varios créditos determinados (F.J. 5.º).

Y asimismo parece desprenderse de la STS de 15 de septiembre de 2004, por la que desestima la pretensión de acceso del recurrente “respecto de la entrega de documentos *de forma generalizada* –expediente administrativo, y proyectos de obras (proyectos que a su vez se integran por gran número de documentos)-, en contra de lo previsto en el artículo 37.7 de la Ley 30/92, que exige que se pidan de forma individualizada, ello al margen de que tales documentos obran en el expediente a disposición del recurrente en el proceso” (F.J.2.º). Esto es, parece que el Tribunal Supremo entiende que los documentos han de estar individualizados, hasta el punto que no cabe solicitar el acceso respecto de un expediente completo –que la Sentencia califica de “voluminoso”- o de varios proyectos de obras, por integrar un gran número de documentos.

Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, sin embargo, han mantenido posturas diversas, pues en algunos casos parecen matizar algo más este requisito de individualización, mientras que, en otros, la línea jurisprudencial es similar a la sostenida por el Tribunal Supremo, aunque se haga –al menos- referencia a la eficacia de los servicios públicos.

De entre la primera postura podemos citar la Sentencia del TSJ de Cataluña, 1081/1999, de 22 de noviembre, -anterior en el tiempo a las del Tribunal Supremo- que presenta un criterio más ponderado para la aplicación de este precepto, al considerar que “el apartado 7 exige que la solicitud sea «individualizada» respecto de los documentos que se pretenda consultar, siendo dicha *exigencia razonable siempre y cuando la misma no sea interpretada con excesivo rigor*. En el supuesto enjuiciado, el recurrente solicita copia certificada de determinados documentos, los cuales aparecen identificados en su solicitud [...] procede la estimación del recurso formulado” (F.J.2.º).

Tampoco el hecho de que se solicite un expediente completo parece ser óbice para el acceso según la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 32/2001, de 2 de enero, que concluye que “la denegación de la solicitud por parte de la Administración carece de fundamento válido, puesto que no nos hallamos ante ninguno de los supuestos excepcionales [...] ni cabe admitir que la solicitud formulada por la actora fuera una solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. Por otra parte, la circunstancia de que los documentos que se especificaban en la solicitud formulada constituyeran en su conjunto el expediente completo de aplicación de las contribuciones especiales tampoco es una razón que pueda oponerse frente al derecho de acceso a Archivos y Registros, configurado en los términos previstos en el art. 37 LRJAP, antes citado, pues tal limitación resulta de dicho artículo, ni en el caso concreto que nos ocupa hay constancia de que tal circunstancia

pudiera haber afectado en alguna medida la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La Sentencia del TSJ de Murcia 92/2003, de 26 de febrero, también hace una aplicación muy matizada del requisito de la individualización en relación con la eficacia de las Administraciones Públicas y, frente a la negativa de acceso recurrida, que el Ayuntamiento motiva en que “implicaría una total paralización del negociado”, la Sentencia entiende que no es “obstáculo para que se reconozca y otorgue el ejercicio de la mencionada facultad de información legalmente establecida. Ahora bien, debe tenerse presente que el ejercicio de los derechos y facultades debe ser “civiter”, es decir, no debe perder de vista la buena fe. Con lo que quiere decirse que si es cierto que el recurrente debe tener acceso a la información solicitada, también lo es que debe concretar qué información solicita y cuáles son los concretos documentos a los que pretende tener acceso. Por eso la Sala los concreta teniendo en cuenta lo expresado en la demanda. En este sentido debe estimarse el recurso” (F.J. 2.º).

Sin embargo, otra tendencia jurisprudencial parece encontrarse más en línea con la doctrina del Tribunal Supremo, considerando la individualización más desde la perspectiva de la cantidad de documentos solicitados y haciendo referencia al criterio de la eficacia de manera que no considera necesario que la solicitud le afecte efectivamente, sino que basta con que hipotéticamente pudiera entorpecer su funcionamiento.

Así, la Sentencia del TSJ de Cantabria, de 18 de octubre de 2002, considera que “respecto a la petición de «Expedientes administrativos seguidos ante este Ayuntamiento, para la concesión de licencias de construcción [...]» ha de reconocerse que, con independencia de la mayor o menor dificultad que su individualización pueda suponer para el administrado, la petición puede considerarse genérica, abstracta y no *concreta y determinada*, dado que supone también un evidente esfuerzo para

el Ayuntamiento, *capaz de entorpecer su normal funcionamiento*” (F.J. 6.º). Y en el mismo sentido la Sentencia del TSJ de Canarias 336/2004, de 16 de julio⁸¹³, o la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 787/2005, de 17 de octubre⁸¹⁴.

De nuevo parece que el criterio determinante en la aplicación del art. 37.7 es más la cantidad de documentos solicitados que la concreción con que se hace la solicitud. Parece, por tanto, que el criterio de la individualización de los documentos se refiere, mas bien, a la limitación de la solicitud a pocos documentos -y a su individualización respecto de los expedientes en que se contienen o de la documentación relativa a un acto o actividad concreta-, que a la identificación de los mismos -la cuál no resulta excesivamente complicada si se señala el acto concreto, cuya documentación se quiere consultar, o el expediente en que figuran-; requisito éste que debe

⁸¹³ Considera esta Sentencia que “lo que determina verdaderamente que la petición sea rechazable en el presente caso, es que el art. 37.7 exige con toda claridad que la petición de los documentos que se desee consultar sea individualizada, sin que quepa formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias, dado que supone también un evidente esfuerzo para el Ayuntamiento, capaz de entorpecer su normal funcionamiento, al formular su petición de forma absolutamente genérica, sin concretar en un grado mínimamente razonable el tipo o características de los documentos o datos que interesan” (F.J.4.º)

⁸¹⁴ En esta Sentencia se declara, respecto de una solicitud al Colegio Oficial de Enfermería de Alicante, en la que pedía que se le facilitara al recurrente “debidamente desglosada y numerada la documentación de los puntos del orden del día de la asamblea general ordinaria a celebrar [...], incluidos los aspectos contables”, a la que el Colegio contestó que la misma información estaba a su disposición, para ser consultada, en la sede colegial, que “el art. 37.7 de la Ley 30/92 exige con claridad que la petición de los documentos que se desee consultar sea individualizada, sin que quepa formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias, siendo de apreciar por lo que se refiere al caso [...] las solicitudes formuladas por el actor han de ser calificadas de genéricas, máxime si se toma en consideración que el orden del día de la asamblea general versaba sobre la lectura y aprobación de la redacción del Acta de la asamblea anterior, el informe y evaluación de las actividades colegiales realizadas durante el año 2001, el proyecto de nuevas instalaciones colegiales y la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del ejercicio 2001, que quedaron aprobados en la asamblea celebrada”.

relacionarse entonces con el de la eficacia administrativa, no por la dificultad de localizar e identificar los documentos cuyo acceso se pretende, sino el tener que dar acceso a un número voluminoso de documentos.

Me parece que si bien es lógica la exigencia de que los documentos queden suficientemente identificados en la solicitud de acceso para que las Administraciones Públicas puedan tramitarla y conceder, en su caso, el acceso, no creo que el criterio objetivo de la voluminosidad de los expedientes solicitados, o que estos se compongan de muchos documentos, pueda realmente afectar la eficacia administrativa, sobre todo si tenemos en cuenta que en muchos casos estaremos –cada vez más- ante documentos electrónicos y que, en todo caso, los medios de reproducción física de los documentos se han perfeccionado hasta el punto de que se pueden copiar numerosos documentos con relativa facilidad. Otra cosa sería si se solicita, conforme al art. 37.8 LRJAP, certificación de cada uno de ellos, pero el hecho de que el derecho de acceso “conlleve” el de obtener copias y certificaciones no implica que éstas se deban dar en cada caso, por lo que creo que debería ponderarse, de manera individualizada, si la petición puede afectar de manera relevante la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que, por supuesto, los documentos se hayan identificado e individualizado suficientemente.

B) La tramitación del procedimiento. La determinación del órgano competente para resolver el procedimiento.

De entre las numerosas cuestiones que este procedimiento suscita, vamos a hacer referencia a la determinación del órgano competente para resolver el procedimiento y al que, por tanto, deberá dirigirse la petición⁸¹⁵.

⁸¹⁵ Sin perjuicio de que, conforme al principio de intercomunicabilidad de los registros que caracteriza la presentación de solicitudes en la LRJAP y en aras de la realización efectiva de los

La LRJAP, como en el resto de cuestiones relativas al procedimiento de acceso, nada dice al respecto, entendiéndose que serán de aplicación, en principio las normas generales de procedimiento administrativo común reguladas por la Ley.

Respecto del acceso a los registros administrativos, la cuestión no plantea excesivos inconvenientes, en cuanto que será en principio el titular del órgano administrativo del que dependa el registro el encargado de resolver la petición de acceso, autorizándola y poniendo la información a disposición del solicitante o denegándola motivadamente. En el caso de los archivos administrativos, no obstante, nada se dice tampoco al respecto, y pudiera suscitarse la duda de si el competente para resolver el procedimiento de acceso tiene que ser la autoridad bajo cuya dependencia se tramitó y resolvió el procedimiento relativo a los documentos que se deseen consultar, o el titular del órgano del que dependa el archivo administrativo en el que obre el correspondiente expediente. Esta última opción parece la más adecuada si atendemos al ciclo de vida de los archivos administrativos, y al hecho de que el acceso a los archivos se limite a los procedimientos ya finalizados y archivados. No obstante, es más plausible que el solicitante conozca cuál fue el órgano encargado de la tramitación del procedimiento, a que pueda saber cuál ha sido el efectivo recorrido de los documentos solicitados por los distintos archivos administrativos, sobre todo porque el traslado de unos a otros, como hemos visto, tiene unos márgenes temporales muy amplios, por lo que, en todo caso, entiendo que de dirigirse la petición

derechos, la solicitud pueda entregarse en cualquiera de los registros previstos por el art. 38 LRJAP –o a través del sistema de registros electrónicos que se prevé en el art. 24.3 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico-, para que luego sea redirigido al órgano administrativo competente para su resolución.

de acceso al órgano que resolvió el procedimiento, éste deberá admitir la solicitud y remitirla a quien sí sea competente para su resolución⁸¹⁶.

Se suscita el problema, en este caso, de si la identificación e individualización de los documentos que se pretende consultar exige también señalar la ubicación de dicho documento y, por tanto, que la solicitud se dirija, en todo caso, al órgano competente. Por ello, la mayoría de la doctrina ha abogado por la creación de un órgano específico garantizador del derecho de acceso, al estilo de otros ordenamientos jurídicos⁸¹⁷.

Las Comunidades Autónomas que han especificado los órganos encargados de tramitar y resolver las peticiones de acceso se inclinan por la solución abogada de que sean los titulares de los órganos a los que se encuentran adscritos los archivos y registros en los que se encuentra la información requerida los que tengan la competencia para resolver las solicitudes de acceso.

Así, en el caso del Principado de Asturias, la Ley 2/1995, de 13 de marzo, establece en su art. 7.2 que la autorización expresa de acceso a los archivos y registros “corresponde al titular de la Secretaría General Técnica o de la Dirección Regional de la Consejería a la que se encuentre adscrito el archivo o registro cuya consulta se pretende, con excepción de la consulta de documentos o expedientes depositados en el Archivo General y de datos que

⁸¹⁶ En este mismo sentido FERNÁNDEZ RAMOS considera que “debe observarse que si bien una desconcentración de la competencia supone una mayor proximidad para el particular, así como una mayor agilidad en la tramitación de la solicitud, de otra parte presenta el inconveniente de que el particular puede desconocer la unidad o servicio en el que efectivamente se encuentre el documento. En todo caso, debe subrayarse que la obligación de comunicar el documento pesa sobre cada Administración, como persona jurídica. Por ello, si el particular no conoce con exactitud el órgano o unidad que pueda detentar el documento, pero aporta, no obstante, los imprescindibles elementos para su identificación, la Administración estará obligada a admitir la solicitud”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 539.

⁸¹⁷ EMBID IRUJO o FERNÁNDEZ RAMOS, entre otros.

obren en los registros públicos creados por la Administración del Principado, en cuyo caso la autorización corresponderá al responsable de la respectiva estructura orgánica”; y el art. 106.2 de la Ley 6/2002, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria dispone que la competencia para emitir la autorización de acceso corresponde “al titular de la Secretaría General o de la Dirección General a la que se encuentre adscrito el archivo o registro”.

La Ley 19/2002, de Archivos de Castilla-La Mancha también sigue este criterio en lo que se refiere al acceso a los archivos públicos⁸¹⁸ y, asimismo, la Ley 15/2006, de Archivos de las Islas Baleares, determina en su art. 49.1 que “la dirección o las personas responsables técnicas de los archivos [...] son las encargadas de aplicar los criterios de acceso a los documentos públicos, de acuerdo con la legislación vigente en la materia”. En idéntico sentido, el art. 58 de la Ley 3/2005 de Archivos de la Comunidad Valenciana dispone que “los titulares de archivos públicos deberán establecer los criterios específicos que habrán de seguir los encargados del archivo para facilitar el acceso público a la documentación administrativa [...]”, o la Ley 2/2007 de Archivos de Extremadura, que dispone que “las solicitudes de acceso a los documentos deberán ser realizadas por escrito y dirigidas al órgano del que dependa el archivo correspondiente”.

⁸¹⁸ Establece su art. 35, pormenorizadamente que “1. Las solicitudes de acceso a los documentos deberán ser realizadas por escrito y dirigidas al órgano del que dependa el archivo correspondiente. 2. En el subsistema de archivos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, corresponde resolver las solicitudes de acceso a los siguientes órganos: a) en relación con los documentos depositados en las dependencias de los archivos de oficina, al órgano directivo del cual dependa la correspondiente unidad administrativa; b) en relación con los documentos depositados en las dependencias de los archivos centrales, a los Secretarios Generales y a los Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías correspondientes; c) en relación con los documentos depositados en las dependencias del Archivo de Castilla-La Mancha y en los Archivos Histórico Provinciales, los órganos directivos de quien dependan”.

En el ámbito del acceso a la información medioambiental también se ha seguido este criterio de determinación de la autoridad competente para resolver las solicitudes de acceso a la información. El art. 10.1 de la Ley 27/2006, establece que “las solicitudes de información deberán dirigirse a la autoridad pública competente para resolverla [...]. Se entenderá por autoridad pública competente para resolver una solicitud de información ambiental, aquella en cuyo poder obra la información solicitada, directamente o a través de otros sujetos que la posean en su nombre”.

Por último, en el ámbito de la Administración local, este problema está específicamente resuelto por el ROF, que dispone en su art. 230 que ha de existir, en cada organización administrativa local de una Oficina de Información encargada de canalizar toda la publicidad e información de dicha Administración y que establece, en su apartado segundo que “la obtención de copias y certificaciones acreditativas de acuerdos municipales o antecedentes de los mismos, así como la consulta de archivos y registros, se solicitarán a la citada Oficina que, de oficio, realizará las gestiones que sean precisas para que el solicitante obtenga la información requerida en el plazo más breve posible y sin que ello suponga un entorpecimiento de las tareas de los servicios municipales”.

C) La resolución del procedimiento.

a) El plazo máximo de resolución del procedimiento.

Tampoco dice nada la LRJAP sobre el plazo de resolución del procedimiento, ni el sentido del silencio en caso de que transcurrido el mismo no haya recaído resolución expresa o no se haya notificado al solicitante, por lo que de nuevo entendemos que serán de aplicación -al menos en lo que se refiere al ámbito de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas que nada hayan regulado al respecto-, las normas

generales relativas al procedimiento administrativo establecidas en los arts. 42 y siguientes de la LRJAP.

El hecho de que la LRJAP no haya regulado un procedimiento específico para el ejercicio del derecho de acceso –ni, por tanto, un plazo concreto de duración del mismo- plantea que nos encontremos ante la aplicación del plazo de tres meses, previsto supletoriamente por el art. 42.3 LRJAP, para el caso de que la norma que regula el procedimiento no especifique la duración del mismo⁸¹⁹. La falta de previsión de un plazo de resolución más corto, como ocurre en el ámbito del Derecho comparado y del Derecho comunitario, más acorde con el sentido del derecho de acceso y las finalidades esenciales que se pretenden realizar a través del mismo, ha provocado numerosas críticas por parte de la doctrina⁸²⁰ e hizo, además, necesaria la aprobación de una normativa específica de acceso a la información medioambiental en 1995, para poder adaptar los requisitos de plazo establecidos por la Directiva 90/313/CE, que dicha Ley transponía a nuestro ordenamiento jurídico.

Actualmente, en este ámbito sectorial, la Ley 27/2006 de acceso a la información medioambiental -por la que se transpone, entre otras normas, la Directiva 2003/4/CE, sobre el acceso del público a la información medioambiental- prevé unos plazos más acordes con el sentido y finalidad de este derecho, al establecer, en su art. 10, un plazo máximo de un mes para resolver, ampliable, motivadamente, a dos meses, si la complejidad o el volumen de la información solicitada así lo justifican.

⁸¹⁹ Sin tener en cuenta la posibilidad de ampliación de dicho plazo, motivadamente, conforme al art. 42.6 LRJAP.

⁸²⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, SANTAMARÍA PASTOR, EMBID IRUJO o POMED SÁNCHEZ, entre otros. Por todos, señala este último como el plazo “es excesivamente largo y representa ya de por sí una auténtica denegación del derecho”. “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 475.

También algunas Comunidades Autónomas han establecido plazos máximos de resolución más breves: un mes en los casos de Aragón (art. 52.4 del Decreto Legislativo 2/2001) y Castilla-La Mancha (art. 35 de la Ley 19/2002) o de dos meses en el caso de Cataluña (art. 35 de la Ley 10/2001), siendo de aplicación el plazo general supletorio de tres meses para las restantes.

Como tuvimos ocasión de señalar anteriormente, la normativa de régimen local no prevé un plazo máximo específico de resolución –luego habrá que entender que también es aplicable el plazo supletorio de tres meses- aunque el art. 230 ROF establece la puesta a disposición del solicitante de la información “en el plazo más breve posible”.

b) El silencio administrativo en el procedimiento de acceso.

Más problemas plantea el sentido del silencio administrativo en el caso de que la Administración no responda en el plazo establecido, pues, de nuevo, ante la falta de regulación de la LRJAP por lo que se refiere al mismo⁸²¹ y en aplicación del art. 43 de la misma Ley, hay que entender que el sentido del mismo será positivo y, por tanto, estimatorio de las pretensiones de acceso, lo cual, en principio, obligará a la Administración a satisfacer la pretensión de acceder a los documentos. No obstante, al tratarse de una pretensión que necesita de la actividad de la Administración para su satisfacción -esto es, la puesta a disposición del solicitante de la información requerida-, no resultará tan fácil obtener el reconocimiento efectivo del derecho, pues si la Administración no se ha dignado en contestar en un plazo de tres meses, dudoso es que vaya a llevar a cabo una actividad material -de

⁸²¹ Tampoco la disposición adicional 29.^a de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, en la que se incluye una relación de procedimientos administrativos en los cuales el silencio administrativo tiene carácter negativo, hace referencia alguna al procedimiento que nos ocupa.

puesta a disposición de los documentos para que el solicitante los consulte, u obtenga copia o certificación de los mismos-, por lo que el ciudadano se podría ver ante la imposibilidad fáctica de obtener la información y tener que recurrir la inactividad material de la Administración ante los Tribunales –lo que llevará a que, en su caso, la efectiva satisfacción del derecho pueda tardar varios años- a pesar de haber obtenido, a través de un acto presunto, el reconocimiento de su derecho.

Para evitar esta criticable situación, tanto Cataluña (art. 35 de la Ley 10/2001, de Archivos y Documentos), como Castilla-La Mancha (art. 35 de la Ley 19/2002, de Archivos) han resuelto la cuestión determinando el carácter negativo del silencio –tras el transcurso, como hemos visto, de plazos más cortos, dos meses y un mes, respectivamente-. Para el resto de las Comunidades Autónomas y la Administración local –así como para el acceso a la información medioambiental, pues la Ley 27/2006 nada prevé al respecto⁸²²- se aplicará también el carácter positivo del silencio, como en el ámbito de la Administración General del Estado⁸²³.

De esta manera, el carácter positivo del silencio administrativo en el procedimiento de acceso plantea un primer problema: dado que la efectiva satisfacción del derecho de acceso exige de la actuación, en todo caso, de la Administración, ésta se puede ver, en el mejor de los casos, postergada durante muchísimo tiempo si la Administración no facilita los documentos,

⁸²² Frente a la regulación contenida en la Ley 38/1995 -que la Ley 27/2006 ha venido a sustituir- que, preveía el carácter desestimatorio del silencio hasta la reforma llevada a cabo su texto por Ley 55/1999, de 29 de diciembre, por la que se suprimía el inciso relativo a los efectos del silencio administrativo. *Vid.* al respecto, RAMS RAMOS, Leonor, “Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental (a propósito de la STJCE de 21 de abril de 2005)”, en *REDA*, núm. 128, 2005, págs. 709 y ss.

⁸²³ No deja de ser sorprendente, en todo caso, que no exista una regulación común de este relevantísimo aspecto y que el sentido del silencio, positivo o negativo, varíe en función de la Administración de que se trate.

con todas las dificultades que se plantean para el ciudadano en caso de que estemos ante una inactividad material de la Administración.

Pero plantea otro problema, mucho más grave, de sentido completamente contrario: ¿qué ocurre cuando lo que se ha solicitado son documentos que quedan excluidos de acceso en aplicación de las limitaciones y exclusiones previstas por la LRJAP o para los que es necesario un interés determinado y esta legitimación no quedaba acreditada en la solicitud de acceso? No tendría sentido que las cautelas y limitaciones establecidas por la Ley –tan excesivas en algunos casos- para evitar la lesión de otros derechos e intereses, quedaran desactivadas por la inactividad de la Administración.

En este último supuesto, debe tenerse en cuenta que el art. 62.1.f) LRJAP establece la nulidad de pleno derecho de “los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, por lo que debemos entender nulo de pleno derecho el acto presunto derivado del carácter positivo del silencio administrativo en el caso del derecho de acceso, cuando el solicitante carezca de –o no haya quedado suficientemente acreditada- la legitimación exigida por los apartados segundo y tercero del art. 37 LRJAP o no se cumplan los requisitos que esta norma establece para poder ejercer el derecho –tanto los establecidos en el apartado primero, como los exigidos por el apartado séptimo-.

En todo caso, la nulidad de los actos administrativos, determinada por el art. 62 LRJAP, debe ponerse en relación con el art. 102 de la misma Ley, que establece en su apartado primero que “las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararan de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo

62.1”, lo que requerirá de nuevo la actuación de la Administración declarando la nulidad de dichos actos presuntos en virtud de este art. 102 en conexión con el art. 62.1.f) LRJAP.

La postura de los Tribunales no ha sido homogénea en cuanto al tratamiento del silencio en los procedimientos de acceso. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja adopta el criterio del carácter positivo del silencio, sin plantear ningún inconveniente sobre la aplicabilidad del mismo en su Sentencia 35/2003, de 31 de enero, en la que considera que “la regla general establecida en los arts. 42 y 43 de la Ley 30/1992 (reforma 1999), es que los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes salvo que una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario europeo establezca lo contrario con las siguientes excepciones [...]. La parte demandante presentó su solicitud el día 27 de junio de 2001 y el Ayuntamiento de Logroño no ha contestado a dicha solicitud. Por tanto se ha producido silencio positivo” (F.J. 3.º).

Ahora bien, aunque el TSJ considera que se ha producido silencio positivo por el transcurso del plazo máximo de tres meses sin que haya recaído resolución expresa, en su F.J.4.º, no deja de examinar todos los requisitos establecidos en el art. 37 LRJAP para comprobar que se cumplen todos ellos, antes de declarar estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante, por lo que entendemos que, en caso contrario, de no cumplirse todos los requisitos establecidos por el art. 37 LRJAP, el acto –presunto- sería nulo de pleno derecho conforme al art. 62 LRJAP y el Tribunal hubiera desestimado el recurso de acceso.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha ido más allá, afirmando que, en lugar de haber un acto presunto –por silencio positivo- nulo de pleno derecho, lo que se debe de entender es que no hay posibilidad de que en ese caso el silencio pueda tener sentido positivo. En este sentido es esencial tener en cuenta la STS de 15 de septiembre de 2004 en la que el Tribunal Supremo

afirma que “una primera aproximación al tema litigioso parecería enfrentar con la tesis de la nulidad del acto porque revoca actos anteriores presuntos, en virtud de silencio administrativo positivo, sin acudir a los procedimientos de revisión de oficio previstos en el art. 102 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. Según esta versión, las peticiones iniciales por las que se solicitaba [...] el acceso a cierta documentación, que se realizaron en los escritos que han quedado relacionados [...], fueron concedidas por silencio, en virtud de lo previsto en el art. 43.2.c) de dicha Ley, al haber transcurrido el plazo de tres meses que para la resolución de dichas peticiones está previsto en su art. 42.2. Pues bien, si ésta es la pretensión del recurrente, la misma debería también desestimarse. En primer lugar, por los propios fundamentos de la sentencia, pues no cabe duda que por la vía del silencio no pueden obtenerse facultades, ya sean públicas o privadas, contrarias al ordenamiento jurídico” (F.J. 2.º).

La Sentencia que se cita, la del Tribunal de Instancia, se transcribe en el F.J. 1.º y resulta de gran interés: “en cuanto al primer argumento de la actora, obligado resulta recordar, [...] que nos encontramos ante la impugnación de un acto administrativo expreso del ministerio de Fomento, de 5 de marzo de 1999, recaído como consecuencia de solicitudes formuladas por la Corporación Local interesada, y que si bien el art. 43.2.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su redacción anterior a la Ley 4/1999, establece que cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo (el art. 42.2 dispone un plazo máximo de tres meses cuando la norma de procedimiento no fije término), se podrán entender estimadas aquéllas en el caso de solicitudes cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa, lo cierto y verdad es que la jurisprudencia al respecto ha significado que la institución del silencio positivo, por el peligro que encierra para los intereses públicos, es de interpretación estricta

(Sentencias de 2 de octubre de 1990 y 7 de abril de 1992), y es que, [...] la aplicación positiva del silencio administrativo está vedada cuando por su mediación se pretende el reconocimiento de derechos o facultades de los administrados que tampoco pueden obtenerse por declaración expresa –aquí incluso recae, como queda indicado, acto expreso que rechaza lo solicitado por el promovente- por contradecir las previsiones de la normativa aplicable a la materia de que se trate, llegándose al reconocimiento de efectos positivos derivados de una inactividad administrativa, con el grave quebranto del ordenamiento jurídico que representa la declinación de los superiores intereses de la comunidad (Sentencia de 28 de marzo de 1998), lo que se compadece con la afirmación de la doctrina legal de que es imposible la aplicación del silencio positivo en los casos en que exista una oposición clara y terminante entre lo otorgado y la norma aplicable (Sentencias de 18 de marzo de 1986, 29 de marzo y 10 de mayo de 1990 y 19 de enero de 1999)”.

c) La motivación de las resoluciones denegatorias en el procedimiento de acceso.

Por último, de entre las cuestiones a tener en cuenta en la terminación del procedimiento administrativo de acceso, debemos hacer referencia a la necesaria motivación de las resoluciones de solicitudes de acceso a archivos y registros administrativos.

La única referencia que se encuentra en el art. 37 LRJAP a la necesidad de motivar la resolución que pone fin al procedimiento se encuentra en el apartado cuarto de dicho artículo que establece que “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*”.

No es éste sin embargo el único caso en el que se deben motivar las resoluciones relativas al procedimiento de acceso pues, aunque en este caso concreto sea necesaria la motivación por cuanto deberán señalarse específicamente cuáles son las razones de interés público o los intereses más dignos de protección que llevan a denegar el ejercicio de un derecho constitucional, también en los demás casos de desestimación de la pretensión de acceso, derivada de la aplicación de las demás limitaciones o por falta de cumplimiento de los –no pocos- requisitos o la falta de legitimación exigida en los casos de los apartados segundo y tercero de este art. 37 LRJAP, será necesario motivar la resolución desestimatoria, en aplicación del art. 54 LRJAP, puesto que establece este artículo, en su apartado primero que “serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos”.

La motivación es necesaria, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, por exigencia del art. 54.1 LRJAP “y no sólo es una «elemental cortesía», como expresaba ya una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que «justifican» el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución” (STS de 20 de enero de 1998).

No cabe duda que las resoluciones denegatorias del derecho de acceso deberán por tanto motivarse ya que son limitaciones –amparadas evidentemente por el texto de la Ley- de un derecho subjetivo de carácter constitucional. Pero es que la motivación será absolutamente necesaria para

ambos objetivos señalados por el Tribunal Supremo -para que los Tribunales puedan controlar que efectivamente se ha denegado el ejercicio del acceso conforme a lo establecido por las normas y para que los ciudadanos puedan saber la razón por la que les deniega lo solicitado y recurrir la resolución si lo estiman pertinente-, sobre todo porque nos encontramos ante un derecho cuyo ejercicio está tan plagado de limitaciones y requisitos, que sin indicación de la motivación que justifica la desestimación de la pretensión sería muy difícil saber a ciencia cierta cuál es la razón concreta por la que se deniega la solicitud⁸²⁴.

2. El acceso directo a los archivos y registros administrativos y el derecho a obtener copias y certificados de los documentos.

La resolución estimatoria del derecho de acceso, por la que se autoriza al solicitante el acceso a los archivos y registros administrativos, conlleva, como ya hemos señalado, una actividad material de la Administración, que debe poner la información requerida a disposición del solicitante. Esta puesta a disposición de la información solicitada podría hacerse de dos maneras: bien a través de la consulta directa de los documentos, bien a través de copia o certificación de los mismos.

Así se desprende de lo dispuesto por el apartado octavo del art. 37, que establece que “el derecho de acceso conllevará el de obtener copias o

⁸²⁴ Así lo entienden también EMBID IRUJO, PEÑALVER I CABRÉ o FERNÁNDEZ RAMOS. Para este último “cualquier resolución que deniegue el derecho de acceso [...] o incluso que limite el alcance del derecho [...] debe ser obligatoriamente motivada. Por estas razones, sólo puede concluirse que o bien la mención expresa a la preceptiva motivación contenida en el apartado 4.º es innecesaria –y por ello perturbadora-, o bien significa que en estos supuestos concretos a los que se refiere el precepto, dado su carácter indeterminado, la Ley está reclamando un plus de fundamentación sobre el general previsto en el art. 54.1”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 555.

certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas”.

De este precepto, y de su lectura conjunta con el segundo inciso del art. 37.7 que, como ya sabemos, establece que “cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”, hay autores que consideran que lo que la norma está estableciendo es que la forma de consulta normal será a través de copia o certificado, siendo excepcional la consulta directa de los archivos y registros, que quedaría reservada a los investigadores con un interés acreditado y siempre y en todo caso, que quede garantizada la conservación de los documentos y el respeto a los derechos de terceros.

Se trata, sin embargo, de una interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de rechazar⁸²⁵, pues la dicción del

⁸²⁵ Valga, por la mayoría de quienes critican esta interpretación, las afirmaciones al respecto de SANTAMARÍA PASTOR, para quien “por sorprendente que parezca, el artículo 37 regula de forma extraordinariamente lacónica el cómo, cuándo y en qué condiciones se puede llevar a efecto la consulta de los documentos interesados. A ello se refiere el apartado 8 [...]. Pero si la facultad de obtener copias o certificados de los documentos integra, sin duda alguna, el contenido del derecho, no puede decirse lo mismo con tanta claridad respecto de la que parece lógicamente una facultad previa y menos intensa, cual es la de examinar físicamente el documento, así como el expediente a que pretende, facultad ésta que el precepto no menciona. Tal silencio podría basar una opción hermenéutica que, además, podría apoyarse en una interpretación a *contrario sensu* del inciso final del apartado 7: en él, y a título de excepción se prevé la posibilidad de que a los solicitantes que tengan la condición de investigadores acreditados se les autorice «el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes»; de donde podría deducirse que si tal consulta directa se menciona como excepción singular respecto de los investigadores, tal posibilidad estaría vedada en los restantes casos. Tal interpretación, no obstante, se ve desautorizada por la propia dicción del apartado 8, en el que implícitamente, y por dos veces, se autoriza la consulta directa de los documentos o expedientes; de una parte, así lo acredita el verbo con el que se abre el apartado; el

apartado octavo es clara: “el derecho de acceso *conllevará* del de obtener copias y certificaciones”, luego ha de existir un previo reconocimiento del derecho de acceso (que, en principio, puede ser directo) que *conlleve*, esto es, que implica, que abarca, el de obtener copias y certificados. Es decir, que el derecho a obtener las copias y certificados trae como causa el previo reconocimiento del derecho de acceso a lo solicitado, conforme al art. 37 LRJAP.

Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo, quien ha afirmado, en Sentencia de 25 de octubre de 2002, que “el derecho a obtener la certificación del Acuerdo no puede entenderse que limite otro derecho más amplio, consagrado además en el art. 105 de la Constitución, y configurado en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, cual es el del acceso de los ciudadanos, y con mayor razón de los legítimamente interesados, a los registros, archivos y expedientes de las Administraciones Públicas que si, originariamente, como afirma la Sentencia, implica examinar presencialmente y tomar conocimiento personal de sus contenidos, conlleve, por disposición expresa del artículo 37.8 de la Ley de referencia, el derecho de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen se ha autorizado por la Administración y cuyo derecho sólo cabe denegar motivadamente cuando prevalezcan razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección o cuando así

que el derecho de acceso «conlleve» el de obtener copias significa que esta facultad es claramente complementaria de la principal, normal o previa, cual es la consulta directa del documento [...]. Y, de otra parte, la propia norma habla de «copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración», lo que parece dar a entender que existe una posibilidad de examen físico del documento previa a la solicitud de copia del mismo”. En *Comentario sistemático... op. cit.* pág. 146.

En este mismo sentido, FERNÁNDEZ RAMOS considera que “en todo caso, debe entenderse que la modalidad de consulta directa está implícita en la Ley, al establecer que el derecho de acceso «conllevará» el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo «examen» sea autorizado por la Administración, lo que da claramente a entender que existe una posibilidad de examen físico del mismo”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 545.

lo disponga una Ley según prevé el artículo 37.4 de la misma Ley” (F.J. 2.º)⁸²⁶.

Nos encontramos, por tanto, ante varias cuestiones diferenciadas, puesto que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos podrá ejercitarse tanto a través de la consulta directa de la información, como a través de la obtención de copia o de certificado, siendo estas tres opciones diferenciadas pero no excluyentes entre sí, pudiendo ser cumulativas. Así lo estima la Sentencia del TSJ de Andalucía 724/2003, de 10 de noviembre, en resolución de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de una petición de obtener certificación, por entender que la remisión por parte de la Administración de la información no es suficiente. “La cuestión se reduce ahora en determinar si con estos escritos se ha verificado el derecho delimitado en los artículos reseñados anteriormente respecto del acceso de los ciudadanos a los Registros y Archivos públicos y al derecho de los mismos de obtener las certificaciones correspondientes. El escrito referido por el Ayuntamiento no constituye en sí una certificación del carácter público de los caminos señalados, ni tiene su fundamento en anotación o inscripción alguna en el Inventario de Bienes que necesariamente ha de ser llevado por el ente local” (F.J. 4.º).

FERNÁNDEZ RAMOS critica el hecho de que, ante esta triple opción, la LRJAP no declara expresamente que constituye un derecho del solicitante la elección entre una u otra modalidad de ejercicio del derecho e incluso el ejercicio conjunto de ambas. “A pesar de ello –entiende el autor- hay que entender que corresponde al interesado elegir la modalidad de acceso, siempre que se garantice el principio de integridad del documento”⁸²⁷.

⁸²⁶ En el mismo sentido, la Sentencia del TSJ 373/2003, de 11 de marzo: “aquellos preceptos [los arts. 35 y 37 LRJAP] diferencian claramente el derecho a obtener certificaciones y copias de los actos y acuerdos y el derecho de acceso a los registros y archivos administrativos”.

⁸²⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...* op. cit. pág. 546.

Algunas leyes autonómicas si que prevén esta posibilidad de elección de la forma de acceso, siempre que el soporte elegido sea factible para ello y que pueda garantizarse la integridad y conservación del documento⁸²⁸.

No obstante, el acceso directo a la información no podrá ser siempre una opción elegible por el solicitante y, además, dependerá de que el ejercicio del derecho de acceso se refiera a informaciones que constan en archivos o en registros administrativos, de un lado y que dicha información se encuentre recogida en un soporte físico o en uno electrónico⁸²⁹. En primer lugar, precisamente, por la garantía de integridad de los documentos, el acceso a los archivos administrativos puede limitarse conforme a lo establecido por el art. 37.7 LRJAP. Integridad que vendrá determinada, por lo general, por la necesaria conservación de los documentos⁸³⁰, pues en otro caso no se

⁸²⁸ *Vid.*, entre otros, el art. 35.3 de la Ley 10/2001 de Archivos de Cataluña, que establece que “el acceso a los documentos ha de facilitarse en el soporte material disponible que la persona solicitante haya elegido. En caso de que el ejercicio del derecho de acceso pueda perjudicar la correcta conservación de un documento, debe facilitarse a la persona solicitante la consulta de una reproducción”.

⁸²⁹ Cuando los documentos solicitados se encuentren en formato electrónico, la consulta directa de los mismos podrá hacerse, entiendo, a través de los terminales informáticos existentes en los archivos y registros de carácter electrónico, pues en cualquier otro caso, estaremos ante una copia, ya sea electrónica si se transmite en este formato o en soporte papel, si se imprime.

⁸³⁰ En este sentido se expresan la mayoría de normas autonómicas de archivos, que limitan la posibilidad de acceso directo por razón de conservación de los documentos. Aunque también la conservación de los documentos puede determinar que, al contrario, lo que no pueda obtenerse es copia de los documentos consultados. *Vid.*, como ejemplo, el art. 3 de la Orden JUS/2546/2004, de 26 de julio, por la que se regula el acceso al Archivo General del Ministerio de Justicia, que establece que “1. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias y certificaciones de los documentos cuyo examen haya sido autorizado, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas. Únicamente podrá denegarse la obtención de copias cuando, dada la antigüedad o el estado de conservación del documento original, su manipulación y reproducción por medios fotomecánicos suponga un riesgo cierto de deterioro del documento. En estos supuestos, los interesados podrán ser autorizados para capturar, a sus expensas, la información contenida en el documento por cualquier medio que no suponga deterioro del original. 2. La resolución administrativa que autorice el acceso del interesado a los documentos integrantes del Archivo

entiende, ya que si lo que se pretende evitar es que quienes consulten los documentos los dañen, sustraigan, etc., esto se puede conseguir estableciendo la obligación de que la consulta se lleve a cabo de manera supervisada por los funcionarios del archivo administrativo o histórico en cuestión o, si se trata de documentos electrónicos, mediante mecanismos informáticos que garanticen su integridad y protección.

También quedará excluido el acceso directo a los documentos en los pocos casos en los que se prevé la posibilidad de acceso parcial a los mismos (Leyes de Archivos de Cataluña y de las Islas Baleares). En estos casos, sólo podrá obtenerse el acceso a través de copia, de la que se hayan eliminado –de manera irreversible- los datos y elementos que quedan excluidos del acceso.

La especialidad prevista para los investigadores que acrediten un determinado interés tenía su relevancia cuando para la realización de trabajos de investigación en los archivos de titularidad estatal era necesario estar en posesión de la tarjeta nacional de investigador. No obstante, esta cuestión ha perdido parte de su relevancia desde que, por Real Decreto 1266/2006, de 8 de noviembre, se derogó el Real Decreto 1969/1999, de 23 de diciembre, por el que se regulaba precisamente la expedición de esta tarjeta de investigador y cuya supresión se justifica, precisamente, en la Exposición de Motivos, por entender que “se estima que, salvo en los supuestos previstos expresamente en las leyes, la exigencia de dejar constancia o de acreditar «las razones que justifiquen la investigación o consulta» debe configurarse como un dato opcional para el particular, quedando así mejor protegida la intimidad personal”, de manera que el acceso directo a los archivos administrativos e históricos dependerá del cumplimiento de los requisitos generales establecidos, respectivamente, por la LRJAP y la LPHE y de las necesidades

General del Ministerio de Justicia, podrá denegar de forma motivada la obtención de copias, de concurrir los supuestos expresados en el apartado anterior”.

de conservación o integridad de los documentos, sin que sea necesaria la acreditación de interés especial alguno.

El acceso directo a los registros administrativos, a través de la consulta de los asientos consignados en los libros del registro se someterá, de nuevo, a las mismas limitaciones y, en general, sólo se podrá llevar a cabo si queda suficientemente acreditada la conservación e integridad de los mismos y es autorizada por el titular del registro en cuestión.

Por lo que se refiere al derecho a la obtención de copia y de certificación que conlleva el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos⁸³¹, debemos de tener en cuenta varias cuestiones.

En primer lugar, que la obtención de copia o certificado se refiere, siempre, a la documentación para la que se ha autorizado el acceso y son, en todo caso, dos actuaciones administrativas de distinto orden y con consecuencias jurídicas diversas. Y, en segundo lugar, que dichas actuaciones administrativas tienen contenido y consecuencias jurídicas diversas en el caso de los archivos y de los registros administrativos por la diferente naturaleza jurídica de cada uno de ellos. Vamos por ello a ver la naturaleza y eficacia jurídica de cada una de ellas, según se trate de archivos o de registros administrativos.

A) Las copias y certificados de los documentos que obran en los archivos administrativos.

El art. 37.8 LRJAP nada dice de la validez y eficacia que debemos atribuir a las copias, puesto que no se especifica si las mismas tendrán o no el

⁸³¹ “Previo pago, en su caso –dice el art. 38.8 LRJAP- de las exacciones que hallen legalmente establecidas”.

carácter de copias auténticas conforme a lo establecido por el art. 46 LRJAP⁸³².

Si entendemos, en principio, que el derecho a la obtención de copias previsto por el art. 37.8 se refiere a copias auténticas, esto supondrá que las mismas tendrán el mismo valor y eficacia probatoria que los documentos que constan en los archivos administrativos, en cuanto que representan la constancia escrita de la actuación administrativa, con el valor probatorio o indiciario de la existencia de derechos o intereses legítimos derivados de una actuación administrativa concreta.

Cuando se trate de copias electrónicas⁸³³, bien procedentes de documentos electrónicos, bien de documentos emitidos originariamente en soporte papel, tendrán el carácter de copias auténticas, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el art. 30 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico⁸³⁴.

⁸³² Establece este artículo que: “1. Cada Administración Pública determinará reglamentariamente los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados. 2. Las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que éstos siempre que exista constancia de que sean auténticas. 3. Las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, siempre que su autenticidad haya sido comprobada. 4. Tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas”.

⁸³³ Para las que, como recuerda GUILLÉN CARAMÉS “deberán observarse unos requisitos adicionales para que sea válida este tipo de técnica, esto es, tendrá que quedar garantizada la autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado”. GUILLÉN CARAMÉS, “La Administración Electrónica”, en *Principios de Derecho de Internet*, dir. GARCÍA MENCIA, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 231 y ss.

⁸³⁴ Regula este art. 30 de la Ley 11/2007 el régimen de las copias electrónicas de la siguiente manera: “1. Las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las Administraciones Públicas, manteniéndose o no en el formato original, tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en el artículo 46 de la Ley 30/1992, siempre que el documento electrónico original se encuentre en poder de la

La certificación, sin embargo, aportará un valor añadido, puesto que, además de tener la misma eficacia administrativa que el documento que consta en el archivo administrativo, tiene el valor probatorio añadido de que el mismo obra en el archivo administrativo que la certificación indica. En este segundo caso, la actividad que lleva a cabo la Administración no es de mera constancia de que la copia es fiel reflejo del documento original, sino que lleva a cabo una actividad certificante, esto es, se trata de un nuevo acto administrativo, declarativo de lo que consta en el archivo administrativo, y que goza por tanto de la presunción de validez⁸³⁵ y de eficacia propias de los actos administrativos⁸³⁶.

Administración, y que la información de firma electrónica y, en su caso, de sellado de tiempo permitan comprobar la coincidencia con dicho documento. 2. Las copias realizadas por las Administraciones Públicas, utilizando medios electrónicos, de documentos emitidos originalmente por las Administraciones Públicas en soporte papel tendrán la consideración de copias auténticas siempre que se cumplan los requerimientos y actuaciones previstas en el art. 46 de la Ley 30/1992. 3. Las Administraciones Públicas podrán obtener imágenes electrónicas de los documentos privados aportados por los ciudadanos, con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen, de lo que se dejará constancia. Esta obtención podrá hacerse de forma automatizada, mediante el correspondiente sello electrónico. 4. En los supuestos de documentos emitidos originalmente en soporte papel de los que se hayan efectuado copias electrónicas de acuerdo con lo dispuesto en este artículos, podrá procederse a la destrucción de los originales en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan. 5. Las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora.

⁸³⁵ Con todo lo que dicha presunción conlleva. Como recuerda REBOLLO PUIG, “la presunción sólo se destruye lícitamente por determinadas vías culminadas con resoluciones administrativas o judiciales que declaren la invalidez. Se puede asimilar a una presunción *iuris tantum*, pero es una presunción *iuris tantum* que no se destruye por el simple hecho de que haya bases sólidas para sostener la ilegalidad del acto, ni siquiera aunque quede acreditado y hasta declarado que tiene vicios invalidantes. Sólo se destruye si hay una resolución que declare la invalidez, como afirma siempre la

B) Las notas simples y certificados de los asientos registrales.

La nota simple, en el caso de los registros administrativos, es también un documento administrativo⁸³⁷, conforme a lo establecido en art 46 LRJAP, puesto que procede de un órgano perteneciente a las Administraciones Públicas, pero que tiene, por lo general, un valor simplemente informativo, esto es, carece de eficacia probatoria y sólo da noticia de aquello que consta inscrito en el Registro.

El certificado emitido por el Registro es el documento administrativo que acredita –certifica- lo que consta inscrito en el asiento registral y sí tiene eficacia probatoria. Se trata -como para el caso de la certificación de los documentos que obran en los archivos administrativos - de un acto administrativo, resultado de una actividad administrativa, que tiene como objeto la emisión de una declaración de conocimiento: los certificados, por tanto, son actos administrativos -y por ello gozan, como ya hemos señalado, de las presunciones de validez y eficacia propias de los actos administrativos.

La diferencia, sin embargo, entre la certificación de lo que consta en un archivo y de los asientos registrales estriba en la diferente eficacia jurídica que se atribuye a lo que consta en uno y en otro, pues, como ya hemos señalado en numerosas ocasiones, las inscripciones registrales tienen efectos

doctrina”. REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, en *REDA*, núm. 128, 2005, págs. 587 y ss.

⁸³⁶ Llama por ello la atención que la Ley 11/2007, de acceso electrónico, que regula de manera minuciosa las copias electrónicas, no haga referencia a las certificaciones emitidas por esta vía.

⁸³⁷ Que, como en el caso de las copias de los documentos que obran en los archivos administrativos podrá emitirse en papel o comunicarse electrónicamente. Algunos de los registros públicos han establecido ya un sistema de registro telemático para la obtención de notas simples por vía electrónica. *Vid.*, por ejemplo, los casos del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, cuyo acceso electrónico se prevé a través de la página web www.registradores.org.

jurídicos más allá que las que produce el depósito de los expedientes en los archivos administrativos, en cuanto que a que los efectos jurídicos de los registros se refieren, por lo general, a información viva, a situaciones jurídicas que siguen teniendo eficacia jurídica y que tienen la virtualidad de desplegar sus efectos jurídicos, por lo que la certificación da fe de una situación jurídica actual en él escrita, mientras que en el caso de las certificaciones relativas a los archivos administrativos, el valor jurídico de las mismas se limita a la constancia probatoria de que en un determinado archivo administrativo consta el documento que se certifica, sin que al mismo le dé ninguna otra eficacia jurídica⁸³⁸.

C) Las limitaciones al derecho de obtención de copias y certificaciones.

En todo caso, la obtención de copia y certificación de la información a la cual se ha autorizado el acceso, independientemente de que ésta se encuentre en un registro o en un archivo administrativo, no está exenta de límites.

En primer lugar se ha de referir a documentos –o asientos registrales- ya existentes, sin que se pueda pedir a la Administración que expida copia o certificación de otros extremos. Así lo entiende el TSJ de Madrid en Sentencia 373/2003, de 11 de marzo, en la que se afirma que “el recurrente no pretende el acceso a los registros y archivos municipales, sino que se le

⁸³⁸ No obstante, se debe tener en cuenta que pueden darse situaciones intermedias, puesto que también obrarán en los archivos administrativos los documentos relativos a actos administrativos que despliegan sus efectos en el tiempo –concesiones, subvenciones, etc.-, en cuyo caso la certificación de los documentos que reflejan estos actos administrativos pueden tener una eficacia jurídica más allá de la simple prueba de que dichos documentos constan en los archivos administrativos, sino que puede dar fe y constancia de la existencia de un derecho o de un acto administrativo que está desplegando sus efectos.

expida una certificación sobre datos no elaborados [...]. Ninguna norma legal o reglamentaria impone la obligación de que esa elaboración se lleve a cabo a partir de unos datos existentes en los archivos, siendo la citada elaboración cosa distinta y no coincidente de la expedición de certificados sobre extremos que constan en debida forma” (F.J. 2.).

Por otro lado, la copia o certificación ha de hacerse de manera que se salvaguarden los derechos de terceros -fundamentalmente su intimidad- que quedan, en principio, más protegidos que en el caso de la consulta directa de los documentos, siendo así que, como ya hemos señalado anteriormente, ésta es la única manera de ejercer el derecho de acceso parcial –reconocido únicamente en las legislaciones autonómicas de Cataluña⁸³⁹ e Islas Baleares- o cuando a través de la consulta directa, la protección de estos derechos de terceros no quede plenamente garantizada⁸⁴⁰.

Y, por último, de entre los límites a estos derechos debemos señalar de nuevo la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos de la Administración prevista por el art. 37.7 LRJAP, que también puede ser límite a la obtención de copias o certificados, según Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2001: “La Ley 30/1992 aplicable al caso de autos, en sus artículos 35 h) y 37 únicamente impone la obligación de la Administración de permitir el acceso a Registros y Archivos de las Administraciones Públicas, lo que se permitió en el caso de autos, al darse

⁸³⁹ Dice el art. 35.2 de la Ley 10/2001 de Archivos de Cataluña que “la Administración ha de permitir el acceso parcial a los documentos que contengan datos que, de acuerdo con la Ley, deban mantenerse reservados, siempre que sea posible someter a los documentos a procesos técnicos que garanticen plenamente la imposibilidad de acceso a los datos reservados y de reconstrucción de estos datos a partir de la información facilitada”.

⁸⁴⁰ Así se puede deducir, *a contrario*, del inciso final del apartado séptimo del art. 37 LRJAP cuando establece la posibilidad del acceso directo a los documentos “siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”, por lo que, de no quedar “debidamente garantizada” la misma, entendemos que el acceso se deberá hacer mediante copia que sí garantice la intimidad y cualesquiera otros derechos que se deban proteger.

audiencia al Ayuntamiento actor, en toda la tramitación de las obras, obligación que no equivale a la de tener que dar copia de documentos y más cuando no se acredita debidamente la relación existente entre las copias documentales solicitadas y la pretensión que se ejercita. Es por ello que el apartado 7 del referido artículo 37 establecía que el derecho de acceso será ejercido de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, no aceptándose peticiones genéricas sobre materias o conjunto de materias, por lo que no cabría, según se desprende del número 8 de este artículo 37, peticiones genéricas o globales de copias o certificados” (F.J. 3.)

CAPÍTULO 8

LOS LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO

I. EL DESARROLLO LEGISLATIVO POR LA LRJAP DE LOS LÍMITES Y EXCLUSIONES AL DERECHO DE ACCESO PREVISTOS POR EL ART. 105 B) CE.

Una vez analizados los requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal que condicionan el ejercicio del derecho de acceso en virtud del desarrollo legal del mismo, llevado a cabo por el art. 37 LRJAP, resulta necesario hacer referencia a los límites y exclusiones que el mismo artículo prevé, y que determinan la existencia o no del derecho, a diferencia de los requisitos que, presupuesto el derecho, determinan que el mismo se pueda ejercer o no -aunque en la práctica, la extensión tan notable y criticada de los requisitos exigibles para el ejercicio haga que se traten más bien de puras limitaciones que de requisitos de ejercicio-.

Ya hemos tenido ocasión de analizar como el principio de transparencia, que se encuentra en el fundamento del derecho de acceso, no es un principio absoluto, sino que está delimitado por la necesaria aplicación de otros principios, derechos y bienes jurídicos que se deben proteger. La tensión entre secreto y transparencia, reiteradamente señalada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se explicita en toda las regulaciones jurídicas del derecho de acceso en forma de límites al ejercicio de dicho derecho, cuando deben protegerse esos derechos y bienes jurídicos.

En principio, por imperativo de esos principios de transparencia, democracia y participación, el acceso debe ser la norma general y el secreto la excepción, pues así se deduce además de la enunciación del derecho de acceso por nuestra Constitución, que establece en su art. 105 que “la ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos *salvo* en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. No obstante, el desarrollo legislativo de este derecho –plagado, como hemos visto, de requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal, que reducen considerablemente el ámbito de ejercicio del derecho-, así como la aplicación reiteradamente restrictiva por parte de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia de esta normativa, nos llevan hacia la conclusión contraria, cual es la de que, en nuestro ordenamiento jurídico, la regla general sigue siendo el secreto, dejando un reducido margen a la publicidad y a la transparencia, realizadas a través del ejercicio del derecho de acceso.

Los límites generales al derecho de acceso se determinan por tanto en la regulación constitucional del mismo, el art. 105 b) CE, que los concreta en la defensa y seguridad del Estado, la intimidad de las personas y la averiguación de los delitos.

A las limitaciones generales establecidas por la Constitución y a los ya mencionados requisitos subjetivos, objetivos y formales del ejercicio del derecho, debemos añadir otra serie de limitaciones y exclusiones que el legislador ha introducido al hilo de desarrollar legalmente el derecho de acceso, a través del art. 37 LRJAP, de manera que se reduce, aún más, el ámbito de ejercicio de este derecho, que en ocasiones acaba siendo exiguo.

La doctrina ha criticado con dureza, por lo general, no sólo la amplitud de las limitaciones que el art. 37 LRJAP regula, sino también la falta de sistemática de las mismas, repartidas a lo largo del precepto, en forma de limitaciones, en algunos casos, en forma de exclusiones, en otros y a través

de remisiones a disposiciones específicas, en tercer lugar, que, en algunos supuestos, no regulan el derecho de acceso o, en otros, directamente lo excluyen.

La naturaleza jurídica de las limitaciones y excepciones que se contemplan por la Ley es muy heterogénea, y en algunos casos se refiere a categorías y conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción se debe hacer en cada caso por la Administración competente. No es este el lugar, sin embargo, de estudiar dicha naturaleza jurídica y el régimen jurídico concreto de las categorías jurídicas aquí reguladas –pues excede con mucho el objeto de estudio de este trabajo– por lo que nos remitiremos en general a la amplísima doctrina que se ha ocupado de las mismas, limitándonos aquí a analizar, desde la perspectiva concreta del derecho de acceso, su articulación jurídica en el ejercicio del mismo, así como la aplicación que los Tribunales han hecho de las mismas.

Estos límites -que, como cualquier límite a un derecho constitucional deben ser objeto de interpretación restrictiva⁸⁴¹-, se desarrollan, como decimos, al igual que el resto de elementos del derecho de acceso, en el art. 37 LRJAP. No obstante, su regulación es desigual, pues la intimidad aparece, más como límite general del derecho de acceso, como elemento característico de todo el derecho, por cuanto que se traduce en uno de los requisitos esenciales en la acreditación del interés del solicitante del acceso⁸⁴². Esto es, además de ser un límite al derecho que impregna todos sus aspectos, se integra como elemento legitimador para el ejercicio del mismo⁸⁴³.

⁸⁴¹ Y así se desprende del propio art. 105 b) CE que reconoce el derecho de acceso “salvo en lo que afecte” a estos límites.

⁸⁴² Y, en este sentido, ha sido ya ampliamente estudiado en los capítulos anteriores cómo la intimidad determina, tanto los sujetos legitimados para el ejercicio del derecho, como el ámbito objetivo en el que se puede ejercer el derecho de acceso.

⁸⁴³ Así se desprende, además, de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del derecho de acceso. Valga por todas la Sentencia 144/1999, de 22 de junio, en la que se afirma que

Los otros dos límites –la defensa y seguridad del Estado y la averiguación de los delitos- aparecen regulados por el apartado 5 a) y c) del art. 37 LRJAP, en términos prácticamente similares a los establecidos por la Constitución, como se analizará a continuación.

La Ley regula, en los apartados cuarto, quinto y sexto de su art. 37, dos cuestiones distintas: por un lado se establecen las exclusiones al derecho, esto es, los casos en que no existe derecho, por referirse a materias que específicamente se excluyen de la publicidad; y, por otro, en el apartado sexto se hace referencia a los regímenes especiales de acceso, es decir, ámbitos sectoriales en los que el ejercicio del derecho se regula por sus propias disposiciones y no por el régimen general establecido por la LRJAP – aunque, como critica la doctrina, en la mayoría de los casos el régimen jurídico particular de esas materias, como son las materias clasificadas, los expedientes sanitarios o los estadísticos, excluye en su regulación el acceso, como norma general, por lo que de nuevo estaríamos ante exclusiones al derecho de acceso-.

Las exclusiones reguladas por el apartado quinto del art. 37 LRJAP son de carácter objetivo, en cuanto que dependen, en principio, no del ciudadano que pretende acceder, sino de la materia de la que se trata, bien por razones de interés general, o por referirse a bienes jurídicos –constitucionales, en su mayoría- que deben ser protegidos frente a una publicidad que pudiera lesionarlos. No plantea ninguna duda sobre su admisibilidad, en este sentido,

“el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. Es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad (SSTC 110/1984 y 143/1994), pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en sustraerlos del conocimiento de los demás, como del mismo modo lo puede haber para que esos aspectos de la vida individual sean públicos y conocidos, o puedan serlo (F.J. 8.º).

la referencia y el desarrollo legislativo relativo a los límites al derecho de acceso que prevé la Constitución y que se desarrollan por estos apartados: la defensa y seguridad del Estado, la investigación de los delitos o la intimidad de las personas –esta última protegida fundamentalmente por los requisitos de acceso, más que por las limitaciones objetivas al derecho-, aunque sí se plantea la doctrina la admisibilidad del resto de exclusiones, dado que éstas no están previstas constitucionalmente.

Los problemas a la hora de la aplicación de los límites surgen, no tanto por el desarrollo de los previstos por el art. 105 b) CE, sino porque, junto a éstos, el art. 37 LRJAP ha venido a establecer una amplia amalgama de limitaciones y restricciones, así como de remisiones a normativas específicas, en el apartado 6, que, con mucho, superan lo dispuesto por la Constitución, suscitando el debate de la posible inconstitucionalidad de las mismas.

La doctrina se divide, en esta cuestión, ya que para algunos las otras limitaciones, las no previstas específicamente por el art. 105 b) CE, son constitucionales en cuanto que nos hallamos ante un derecho de configuración legal –y, por tanto, susceptible de ser regulado por el legislador de la manera que éste entienda, siempre que no se vulnere lo establecido por el Texto Constitucional-, mientras que otro sector de la doctrina duda de la constitucionalidad de algunas de las limitaciones, no previstas por la Constitución y que cercenan un derecho –para la mayoría de estos autores, de carácter fundamental- que no puede tener otras limitaciones que las previstas por la Constitución.

Al respecto, las opiniones doctrinales son muy variadas y las conclusiones a las que se llegan dependen, sobre todo, de la naturaleza jurídica que se le haya asignado al derecho que nos ocupa.

Así, en general, quienes sostienen que se trata de un derecho fundamental, cuyo fundamento se encuentra en el art. 20 CE, estas

limitaciones pueden ser inconstitucionales⁸⁴⁴ en algunos casos, mientras que, para quienes sostienen que se trata de un derecho de configuración legal, las limitaciones son plenamente constitucionales, al reconocerse que el legislador tiene un margen para perfilar el derecho⁸⁴⁵.

En este trabajo se ha sostenido que el derecho de acceso es un derecho de configuración legal, lo cual no quiere decir que pueda regularse como el legislador desee, sino que debe desarrollarlo conforme a lo dispuesto en la Constitución, de manera que cabrá establecer otros límites pero siempre que no desfiguren el derecho y lo limiten de tal manera que su ejercicio sea imposible o que sea irreconocible; en definitiva, que no quede vacío de contenido o severamente mutilado⁸⁴⁶.

En este sentido, como señala MESTRE “el Tribunal Constitucional ha recordado (Sentencia 66/1985, de 23 de mayo) que no es la misma la situación en que se encuentra el legislador respecto a la Constitución que aquella en que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario,

⁸⁴⁴ Así lo han entendido, por ejemplo, DESANTES GUANTER o VILLAVERDE MENÉNDEZ, aunque otros autores que parten de considerar que el derecho de acceso en una manifestación del derecho fundamental a recibir información sostienen posturas más moderadas, como FERNÁNDEZ RAMOS, para quien el derecho puede estar limitado más allá de lo establecido por el art. 105 b) CE, siempre que las limitaciones se justifiquen “por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 448.

⁸⁴⁵ Entre otros, EMBID IRUJO considera que “si se recuerda, así, que se ha negado el carácter de derecho fundamental del acceso y, al mismo tiempo, se ha insistido en lo básico de su configuración legal no habrá inconveniente en aceptar la posibilidad de que la ley regule nuevas cláusulas de exclusión siempre y cuando éstas tengan una justificación objetiva que no conduzca, en sus propios términos, a la negación de la realidad garantizada constitucionalmente”. En *El ciudadano...*, *op. cit.* pág. 119.

⁸⁴⁶ Para SANTAMARÍA PASTOR la extensión de las materias excluidas de acceso más allá de las previstas en la Constitución “debe considerarse constitucionalmente legítima, siempre que su interpretación se lleve a cabo de una manera adecuada”. SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático...*, *op. cit.* pág. 142.

respecto a la Ley. Con ello indica que no existe una relación de estricto desarrollo, pormenorización o aclaración de los contenidos constitucionales por la Ley, sino que es posible que el legislador adopte decisiones estrictamente políticas al regular contenidos constitucionales porque, como ha declarado en la Sentencia de 8 de abril de 1981, la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo; con ello el Tribunal resaltó que «las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo». Y añadía: «Corresponde, por ello, al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la sociedad popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más acá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53». Es, por tanto, posible que los derechos que se deriven de la Constitución se encuentren limitados, siempre que se establezcan éstos por «quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno» y siempre que exista la debida motivación (STC de 17 de julio de 1981)⁸⁴⁷.

A mi entender, el problema estriba en el carácter absoluto o relativo de dichas excepciones. Tal y como ha sostenido el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones, ningún derecho es absoluto –incluidos los fundamentales, aunque aquí se sigue sosteniendo la naturaleza de este derecho de acceso como de configuración legal-, y todos deben ceder frente a derechos o bienes jurídicos que sean preferentes o cuya protección sea más necesaria. De ahí que el derecho de acceso y su colorario, el principio de transparencia, deban ceder ante otros derechos más relevantes u otros bienes jurídicos de necesaria protección, como son los que se establecen en el art.

⁸⁴⁷ MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, op. cit. pág. 143.

105 b) CE, pero no solamente estos, sino también cualesquiera otros que sean más dignos de protección que el derecho de acceso.

El problema, entonces, no se suscita por la admisibilidad o no de nuevas limitaciones, sino por la formulación que de dichos límites y exclusiones se haga, en cuanto que los mismos no deberían tener carácter absoluto, sino que tendrían que ponderarse en relación con el derecho de acceso, para determinar cuál debe ser prevalente sobre el otro en cada caso. Así se desprende, además, de la formulación que de los límites hace el art. 105 b) CE, que no es absoluta, sino que reconoce el derecho de acceso “salvo en lo que afecte” a los bienes jurídicos que allí se enuncian, bienes jurídicos que serán preponderantes cuando puedan ser lesionados por el derecho de acceso, pero que no lo excluyen en todo caso cuando se refieran a unas materias determinadas, sino en la medida en que realmente pueda verse perturbado o lesionado alguno de los bienes jurídicos enunciados.

Por eso, todas las limitaciones deben interpretarse de manera restrictiva y cuando se trate de limitaciones de carácter relativo, debe llevarse a cabo una ponderación de intereses que considere los diversos bienes jurídicos en juego: de un lado los principios de transparencia, publicidad, participación y democracia, junto con los derechos e intereses legítimos de carácter particular que ostenten los solicitantes de acceso y, de otro, los bienes jurídicos e intereses que se pretenden proteger a través de las limitaciones y exclusiones al derecho, de manera que, sólo cuando estos sean preponderantes o más dignos de protección pueda excluirse el acceso a los archivos y registros administrativos que se haya solicitado.

Por ello, no se entiende que la formulación de algunas de las excepciones reguladas por el art. 37 LRJAP, distintas de las enunciadas por la Constitución, tengan la pretensión de ser límites absolutos al derecho de acceso, sino que deberían, como hace el art. 105 b) CE, ponderarse y excluir

el acceso sólo en los casos en los que realmente puedan verse lesionados dichos bienes jurídicos.

Vamos a pasar a analizar individualmente cada una de las excepciones y remisiones a regímenes específicos previstos por los apartados cuarto, quinto y sexto, haciendo especial hincapié en aquellas limitaciones que suponen un desarrollo legal directo de las limitaciones establecidas constitucionalmente y buscando el fundamento jurídico que justifica a las restantes –si es que son justificables-, examinando la opinión de la doctrina sobre las mismas y la aplicación jurisprudencial que de ellas se ha hecho.

II. LOS LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO ESTABLECIDOS EN EL ART. 37.4 LRJAP.

El apartado cuarto del art. 37 LRJAP es el primero de los que regulan las limitaciones que pueden llevar a la denegación del derecho de acceso⁸⁴⁸. Establece este apartado que “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”.

Se contemplan, pues, en este apartado, tres tipos de limitaciones de distinto carácter: que concurren razones de interés público que prevalezcan sobre el derecho de acceso; que su ejercicio entre en conflicto con intereses de terceros que se consideren más dignos de protección que el interés del solicitante de acceso; o que una Ley lo disponga.

⁸⁴⁸ Sin olvidar, claro está, todas aquellas que, por razón de la protección del derecho a la intimidad se introducen como requisitos de legitimación del derecho de acceso en los apartados 2 y 3 del art. 37LRJAP.

Este apartado ha sido objeto de durísimas críticas por parte de la doctrina, por el carácter tan genérico de las limitaciones que se enuncian, que podrían llevar a vaciar de contenido un derecho de acceso ya muy limitado por los exigentes requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal que la Ley requiere para su ejercicio.

De los tres supuestos previstos, el que menos objeciones plantea –y así lo ha destacado la doctrina- es el tercero, esto es, que la denegación de acceso se prevea por una Ley.

Al respecto afirma SANTAMARÍA que la corrección del mismo “dependerá de la fundamentación que posea la exclusión que la Ley establezca en cada caso”⁸⁴⁹ y, en el mismo sentido, FERNÁNDEZ RAMOS afirma que “la posibilidad de ampliación de los supuestos de exclusión mediante Ley no plantea en sí misma objeción [...]. En definitiva, la posibilidad en sí misma de limitación legal es lícita, pues todo dependerá de los propios términos de la limitación legal”⁸⁵⁰.

En efecto, nada habría que objetar a la denegación por Ley, puesto que la naturaleza de derecho de configuración legal que caracteriza al derecho de acceso permite que éste pueda ser objeto de desarrollo en distintas leyes, dado que el art. 105 b) CE establece que “la Ley regulará”, sin especificar que deba ser una sola la que lleve a cabo este desarrollo y, por supuesto, por su naturaleza de derecho de configuración legal, dejando amplio margen al legislador para su regulación.

De hecho, la propia LRJAP reconoce este supuesto cuando remite, a su régimen legal específico, la regulación del ejercicio del derecho de acceso en los supuestos previstos por el apartado sexto de su art. 37.

⁸⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático...*, op. cit. pág. 144.

⁸⁵⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, op. cit. pág. 485.

No obstante, la regulación por otras Leyes del derecho de acceso no puede llevar a vaciar de contenido del derecho constitucional regulado por el art. 105 b) CE, por lo que, para que las denegaciones previstas por dichas normas legales sean admisibles, deberán justificarse bien en alguna de las excepciones previstas por el propio art. 105 b) CE -esto es, la defensa y seguridad del Estado, la averiguación de los delitos y la protección de la intimidad-, bien en la protección de otros bienes jurídicos, siempre y cuando éstos hayan sido previstos por la Constitución.

Los problemas surgen, fundamentalmente, a la hora de la aplicación de los otros dos supuestos de limitación del derecho de acceso que contempla este art. 37.4 LRJAP: las razones de interés público y los intereses de terceros más dignos de protección, fundamentalmente por el carácter genérico e indeterminado de estos conceptos jurídicos, que han sido objeto, como se señalaba, de durísimas críticas por parte de la doctrina.

POMED afirma al respecto que “atendiendo exclusivamente a la literalidad del art. 37.4, la Administración podría denegar no sólo el acceso generalizado, sino los supuestos privilegiados cuando prevalezcan razones de interés público [...] ¿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 art. 37.4 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”⁸⁵¹.

SANTAMARÍA va aún más lejos en su crítica, llegando a dudar de la constitucionalidad de estas exclusiones: “dejando a un lado el tercero de estos supuestos [...] parece difícil admitir la corrección constitucional de los dos

⁸⁵¹ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 459.

primeros, pese a su aparente lógica. Sin duda, el interés público y los de terceros son dignos de protección; pero es jurídicamente inviable conferirles una eficacia prevalente sobre el derecho de acceso, por la elemental razón de que éste posee una cobertura constitucional y no, en cambio, los intereses antes citados. Tal prevalencia –y, por tanto, la constitucionalidad de estos supuestos- sólo podría admitirse en los casos en que el interés público y los intereses de terceros tuviesen, a su vez, en cada hipótesis, una cobertura constitucional de mayor valor a la que resulta del art. 105 b)”⁸⁵².

FERNÁNDEZ RAMOS va más allá aún en sus críticas y considera que “para nosotros es evidente que estas cláusulas genéricas no encajan en la propia economía de los dispositivos dirigidos a garantizar el derecho de acceso, que se sustentan en el carácter legalmente tasado de las excepciones al ejercicio del derecho. [...] La indeterminación legal en este punto es tal que puede decirse que opera una práctica «deslegalización» del derecho constitucional [...]. En definitiva, la conclusión no puede ser otra que esta genérica cláusula de prevalencia del interés público es inconstitucional”⁸⁵³.

También M. e I. ÁLVAREZ RICO son sumamente críticos con este precepto: “de los tres motivos que permiten a la Administración denegar el derecho de acceso en casos concretos –dicen- solamente el último, cuando lo disponga una ley, no ofrece reparos desde el punto de vista constitucional. Puede afirmarse que, aplicando este precepto restrictivamente, como es previsible dadas las tendencias innatas de la burocracia al secretismo [...] pueden convertir las solemnes afirmaciones de transparencia en «papel mojado»”⁸⁵⁴.

Incluso EMBID, que es quizás el menos crítico con este apartado cuya legitimidad no pone en duda, considera, que “ese interés público es,

⁸⁵² SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático...*, *op. cit.* pág. 144.

⁸⁵³ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 487.

⁸⁵⁴ ÁLVAREZ RICO, M. e I., “Derecho de acceso”..., *op. cit.* pág. 488.

evidentemente, difícil de determinar, incluso puede ser su contenido una ilusión poco materializable”⁸⁵⁵.

Aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre las cláusulas de limitación establecidas por este art. 37.4 LRJAP, debe tenerse en cuenta que sí lo ha hecho –de manera ciertamente rigurosa- en relación con un artículo relativamente similar de la LOPD, que declaró inconstitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre. Establecía el art. 24.2 LOPD declarado inconstitucional que “lo dispuesto en el art. 15 y en el apartado 1 del art. 16⁸⁵⁶ no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado *hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección*. Si el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas”.

A pesar de que las afirmaciones del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de los límites no son plenamente transcribibles a este caso, pues en el de la LOPD se trata de la limitación a un derecho fundamental y, el derecho que nos ocupa no goza de esa naturaleza, sino que se trata de un derecho constitucional, sus afirmaciones son a tener en cuenta desde la perspectiva de que se refiere a un derecho constitucional y que, además, se prevén, también en sede constitucional [art. 105 b)], las limitaciones que al mismo pueden imponerse.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “justamente, si la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los

⁸⁵⁵ EMBID IRUJO, *El ciudadano...*, *op. cit.* pág. 122.

⁸⁵⁶ Esto es, en relación con el derecho de acceso, rectificación y cancelación de los datos de carácter personal.

derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos”.

“De suerte que en la medida en que este régimen legal haya establecido restricciones al ejercicio de este derecho o, según aquí ocurre, como se verá seguidamente, haya previsto supuestos en los cuales se deja a la Administración Pública competente la facultad de conceder o denegar discrecionalmente el ejercicio de estas facultades por las personas concernidas, en tales casos, evidentemente, se habría producido una vulneración de las garantías legales con las que nuestra Constitución ha querido asegurar el respeto por todos del derecho fundamental. [...] Si bien este Tribunal ha declarado que la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (SSTC 11/1981, FJ 5, y 196/1987, FJ 6). Pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE.” (FF.JJ. 11.º, 12.º y 15.º).

Una vez sentadas las bases del carácter constitucional de las limitaciones que cabe imponer –a un derecho fundamental, no lo olvidemos– el Tribunal enjuicia directamente las cláusulas del art. 24.2 LOPD referentes

al interés público y a los derechos de terceros más dignos de protección, cuya interpretación sí que podría ser aplicable al supuesto que nos ocupa. En este sentido, se afirma que “aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (STC 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. [...]Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7). De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica” (F.J. 15.º).

“Iguales reproches merece, asimismo, el empleo en el art. 24.2 LOPD de la expresión "interés público" como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del art. 18.1 y 4 CE, pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con

objetividad la Administración con arreglo al art. 103.1 CE. Las mismas tachas merece [...] la garantía de intereses de terceros más dignos de protección (art. 24.2 LOPD). [...] Al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiere esgrimirse, semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental”.

“Como en otra ocasión hemos aseverado, los motivos de limitación adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de ley. Además, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la restricción, resulta insuficiente para determinar si la decisión administrativa es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo dispuesto por el legislador (SSTC 101/1991, FJ 3, y 49/1999, FJ 4). De suerte que la misma falta evidente de certeza y previsibilidad del límite que el art. 24.2 LOPD impone al derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), y la circunstancia de que, además, se trate de un límite cuya fijación y aplicación no viene precisada en la LOPD, sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión, aboca a la estimación en este punto del recurso interpuesto” (FF.JJ. 17.º).

El problema se encuentra, por tanto, en el margen de discrecionalidad que las formulaciones tan genéricas de límites dejan a la Administración para la aplicación de los mismos, pues, como el propio Tribunal Constitucional indica, dentro de la expresión “intereses públicos” podría tener cabida toda la actividad administrativa.

Por ello, el apartado 4 del art. 37 LRJAP podría entenderse de dudosa constitucionalidad de dejarse un amplio margen de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados que se establecen como límites, pues, si bien como hemos reiterado hasta la saciedad, el derecho de acceso no tiene carácter fundamental, sí se trata de un derecho constitucional cuyas limitaciones vienen también determinadas por la misma Constitución. En todo caso, serán los Tribunales quienes deberán hacer una aplicación del precepto que limite esa discrecionalidad de la Administración que permita vaciar de contenido el derecho que nos ocupa.

Así, entiendo que para que la aplicación de las mismas pueda hacerse sin sufrir un reproche de inconstitucionalidad, dado que el art. 37.4 LRJAP establece una limitación de carácter potestativo⁸⁵⁷ y no absoluto, como lo son las previstas por el apartado quinto, además de ser objeto de una estrictísima interpretación, deberán restringirse los casos en los que puedan ser de aplicación estas limitaciones.

En este sentido, la cláusula de la prevalencia del interés público deberá aplicarse por la Administración de manera concreta, individualizando el interés en cuestión que se quiere proteger -que deberá ser, en todo caso, de carácter constitucional-, y llevando a cabo un riguroso juicio de ponderación entre el derecho de acceso -tanto el interés que lo legitima, sea cual fuere, como los principios que lo inspiran y que se encuentran en su fundamentación- y el interés público concreto que se considere prevalente, denegándose el derecho, de manera motivada, como exige el art. 37.4 LRJAP, sólo en el caso de que el interés público concretado e individualizado prevalezca al mismo.

De la misma manera, cuando se trate de “intereses de terceros más dignos de protección”, estos deberán individualizarse también y, sólo podrá

⁸⁵⁷ Dice el art. 37.4 LRJAP que “el ejercicio del derecho de acceso *podrá ser denegado...*”.

justificarse la denegación –motivada, en todo caso-, si se trata de intereses de carácter constitucional, de un lado, y que resulten prevalentes tras llevarse a cabo un juicio de ponderación individualizado y referido a cada concreto documento solicitado⁸⁵⁸, entre el derecho de acceso y los intereses de terceros más dignos de protección.

III. LAS EXCLUSIONES DE ACCESO PREVISTAS POR EL APARTADO 5 DEL ART. 37 LRJAP.

1. 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 sujetas a Derecho Administrativo.

La mayoría de la doctrina entiende que el precepto regulado por el art. 37.5.a) LRJAP se refiere, como mínimo, a los llamados actos políticos⁸⁵⁹, lo cual se ajusta a lo que el Tribunal Constitucional ha declarado sobre los mismos.

A este respecto es esencial tener en cuenta la STC 45/1990, de 15 de marzo, en la que se afirma que “no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se anuncian en el art. 97 del Texto Constitucional, está sujeta al

⁸⁵⁸ Podría ser ésta una de las pocas razones que justifiquen el requisito establecido por el art. 37.7 LRJAP de que la solicitud de acceso deba hacerse de manera individualizada.

⁸⁵⁹ Señala DA SILVA respecto a esta exclusión cómo en el debate parlamentario se quiso ver la relación entre la misma y los llamado “actos políticos”, considerando al respecto que “en cualquier caso, lo que no alcanza a verse con nitidez es la perfecta correlación entre acto no administrativo y secreto. Del mismo modo que hay actos administrativos que deben quedar excluidos del imperativo de la transparencia por exigencias del interés público, el legislador podría haber explicado por qué ese interés público ha de aparecer siempre ligado al secreto en los actos no administrativos. Al contrario, parece que en algunos casos debería ocurrir precisamente a la inversa”. DA SILVA OCHOA, *Administraciones Públicas...*, op. cit. pág. 337.

Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o las decisiones de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 CE. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a una u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes” (F.J. 2.º).

Y la STC 196/1990, de 29 de noviembre, que declara que, en los casos en los que “el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como “administrativa” cuyo control corresponda “ex” arts. 106.1 CE y 8 LOPJ a los Tribunales de Justicia” (F. J. 5).

Todos los autores coinciden en señalar la complejidad de acotar esas “competencias constitucionales” que señala el art. 37.5.a) LRJAP, a fin de delimitar el ámbito concreto en el que opera esta exclusión del acceso, que referían, en su mayoría, a la inexistencia una Ley del Gobierno en el momento de aprobación de la LRJAP⁸⁶⁰.

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, que debía en principio colmar esta laguna, no la resuelve, puesto que no determina cuáles de sus competencias son de carácter constitucional o político y cuales tienen carácter administrativo. Asimismo, la Ley es parca respecto del control jurisdiccional por los Tribunales contencioso-administrativos de los actos del Gobierno que, en

⁸⁶⁰ En este sentido, DA SILVA o FERNÁNDEZ RAMOS.

principio, es lo que nos permitirá entender si estamos ante actos de carácter administrativo –sometidos a los Tribunales en virtud del art. 106 CE- o de carácter constitucional o político, cuyo acceso impide el art. 37.5.a) LRJAP. El art. 26 de la Ley de Gobierno ha resuelto la cuestión remitiéndose a lo regulado por la LJCA⁸⁶¹ que es la norma que nos dará la pauta de las actuaciones del Gobierno –y de las CCAA- que no se someten al Derecho Administrativo y que, por tanto, no podrán ser revisadas por el mismo.

Ahora bien, la LJCA establece en su art. 2.a) que “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los *actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas*, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”, de manera que, incluso por lo que se refiere a los “actos políticos”, los Tribunales contencioso-administrativos pueden entrar a controlar los elementos reglados de los mismos cuando se trate de proteger los derechos fundamentales.

La dificultad estriba, por tanto, en determinar qué actos no quedan sometidos al Derecho administrativo pues, en principio, como vemos, también son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos del Gobierno –o de los Consejos de Gobierno de las CCAA-, cualquiera que sea su naturaleza, aunque dicha revisión se limite a los elementos reglados o a las indemnizaciones. Como señala S. MARTÍN-RETORTILLO “como consecuencia de las previsiones constitucionales –art. 24, 103 y 106 principalmente-, carece de sentido a efectos de su revisión jurisdiccional

⁸⁶¹ Establece el art. 26 de la Ley del Gobierno que “3. Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora. 4. La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo”.

cualquier intento, siempre imposible, que pretenda diferenciar la naturaleza de las distintas funciones que corresponden al Gobierno: en principio, todas son enjuiciables por los Tribunales, si bien no cabe desconocer –y la concreción es importante- la existencia de distintos pronunciamientos que no lo son en cuanto responden a un ámbito constitucional propio de aquél y, básicamente, porque además no son confrontables con el derecho, tarea a la que como es lógico debe limitarse la función jurisdiccional (art. 117.4 CE)”⁸⁶².

La cuestión que se plantea es dilucidar si el hecho de que la LJCA determine que ninguna actuación del Gobierno está exonerada de ser susceptible de revisión por esta instancia –aunque se limite a determinados elementos de dichos actos- supone el sometimiento, en todo caso, de esa actuación, al Derecho Administrativo. No parece que sea éste el caso, puesto que, como sabemos, gran parte de esa actuación viene regulada por otras normas, fundamentalmente, de Derecho Constitucional.

No parece que pueda ser ésta, por tanto –esto es, el sometimiento de la actuación a revisión judicial por los Tribunales Contencioso-Administrativos-, la vía que nos permita concretar qué actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno quedan excluidos de acceso por no estar sujetos al Derecho Administrativo, porque, en realidad, según el precepto, quedarán vedados de acceso no sólo los “actos políticos” del Gobierno y de los Consejos de

⁸⁶² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Cívitas, 2007, pág. 470. Añade el autor al respecto que “es esta realidad la que en el fondo refiere el art. 2.a) LJCA, naturalmente, en relación con la función estrictamente política del Gobierno que, en cuanto cabeza de la administración, no cabe exonerar de revisión y en relación con la cual conocerá la jurisdicción tanto de los elementos reglados que deban respetarse –cumplimiento, por ejemplo, de las condiciones legalmente establecidas para poder ser nombrado Fiscal General del Estado-, como de las indemnizaciones que fueren procedentes. Ordenación de carácter general, en todo caso, que explica el último inciso del apartado del art. 2.a), en cuanto el enjuiciamiento sobre esos extremos es de obligado cumplimiento, «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos»”.

Gobierno de las Comunidades Autónomas, sino cualesquiera otros cuya existencia no se determine específicamente por el Derecho Administrativo, de manera que parece que algunas actuaciones del Gobierno que, en principio, son revisables en sede jurisdiccional por los Tribunales contencioso-administrativos, quedarán sin embargo fuera del ámbito de ejercicio del derecho de acceso por exclusión expresa de este apartado 37.5.a) LRJAP.

Así parece entenderlo también POMED –y aunque sus reflexiones son anteriores a la nueva LJCA, son perfectamente aplicables-, pues entiende que a través de este precepto se están excluyendo no sólo los actos políticos sino que el precepto va más allá. Dice el autor que “su propia literalidad trasciende ese discutido ámbito de exención de control por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, para abarcar 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 art. 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 art. 97 CE)- que ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación”⁸⁶³.

Para EMBID, en todo caso, la exclusión es razonable. “La explicación sería simple –dice el autor-: no estaríamos, en realidad, ante un derecho de acceso a archivos y registros administrativos, sino ante el planteamiento del control de una actividad política, que corresponde, por decisión constitucional, al Parlamento o, en su caso, al Tribunal Constitucional”⁸⁶⁴.

⁸⁶³ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 468.

⁸⁶⁴ EMBID IRUJO, *El ciudadano...* *op. cit.* pág. 119.

MESTRE también sigue esta línea de argumentación, aunque matiza la diferencia de naturaleza entre el control jurisdiccional y el derecho de acceso como instrumento al servicio del principio de transparencia administrativa que “está vinculada, entre otros extremos, a la formación de una opinión pública libre, y aunque coadyuve al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no agota sus efectos en el mismo”⁸⁶⁵.

También para SANTAMARÍA PASTOR esta exclusión es constitucionalmente legítima, entendiendo el autor que puede hallar su título legitimador en el principio de eficacia, aunque el mismo no cubriría la totalidad de estas informaciones, “sino sólo aquéllas cuya divulgación a través del ejercicio de este derecho pudiera disminuir o eliminar la operatividad de decisiones lícitamente adoptadas por el ejecutivo [...] o distorsionar el normal funcionamiento de sus competencias por los órganos respectivos”⁸⁶⁶.

Los Tribunales no han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta exclusión del derecho de acceso prevista por el art. 37.5 a) LRJAP, aunque sí que lo han hecho, en alguna ocasión, en relación con solicitudes de información sobre actos políticos o de gobierno por parte de parlamentarios o de miembros de las Corporaciones Locales, cuyo régimen de acceso no se rige por la LRJAP, sino por sus disposiciones específicas, en virtud del art. 37.5. f) de la misma Ley⁸⁶⁷. A pesar del carácter cualificado del derecho de acceso de los representantes políticos, pues trae causa -como en reiteradas ocasiones ha señalado el Tribunal Constitucional- del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, las

⁸⁶⁵ MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, *op. cit.*, pág. 175

⁸⁶⁶ SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático...*, *op. cit.* pág. 142.

⁸⁶⁷ La remisión a su régimen específico se debe a que el fundamento del derecho de acceso a la información de estos representantes políticos se encuentra en el art. 23 CE –por tanto, como elemento instrumental en el ejercicio de un derecho fundamental- y no en el art. 105 b) CE.

consideraciones jurisprudenciales al respecto son ilustrativas en relación con la aplicación de la excepción que nos ocupa.

A estos efectos, cabe señalar las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 4 de diciembre de 2003, que confirman sendas Sentencias del TSJ del País Vasco, por las que se estimaban los recursos de anulación de unos acuerdos dictados por la Diputación Foral de Guipúzcoa, por los que se había denegado el acceso a las informaciones solicitadas por las Juntas Generales. La desestimación se había fundamentado, primero, en que tales documentos afectaban a la intimidad de los Diputados Forales y, después, en sede contenciosa, argumentando que se estaba en presencia de un acto de naturaleza política excluido por tanto de fiscalización judicial. Frente a estos argumentos, el TSJ entiende –y el TS lo confirma después– que pudiera tratarse, en todo caso, de “interna corporis acta”, pero no de actos políticos, pues las Diputaciones Forales quedan incluidas dentro del ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser consideradas por la LJCA. A mayor abundamiento el TSJ añade, en una interpretación estricta de los actos políticos que “aun de poderse partir de ese hipotético tratamiento y régimen singular «no administrativo» del acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa que se impugna en este proceso [...], no por ello quedaría tampoco excluida de antemano la revisión jurisdiccional protagonizada por los órganos de esta jurisdicción especializada respecto de los Derechos Fundamentales, los elementos reglados y, en su caso, las indemnizaciones procedentes” (F.J. 2.º STSJ del País Vasco 37/2000, de 20 de enero), esto es, los denominados por el Tribunal Supremo como “conceptos judicialmente asequibles”, llegando a la conclusión de que las normas relativas al ejercicio por los procuradores-junteros del derecho a solicitar información y documentos de la Diputación Foral forman parte de los mismos, en cuanto elementos integrantes del derecho fundamental *ex art. 23.2 CE*, lo cual permite su enjuiciamiento.

En el mismo sentido, respecto al acceso a información por parte de los miembros de Corporaciones Locales, en aplicación del art 77 de la LBRL y como elemento constituyente el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, se había pronunciado la Sentencia del TSJ de Murcia 107/2000, de 14 de febrero.

La conclusión que, *a contrario*, puede extraerse de esta jurisprudencia es que, en principio, cuando la base y fundamento del derecho de acceso sea el art. 105 b) CE y no el 23 CE, como en el caso estudiado, el acceso quedará excluido y, además, en principio, no podrá ser revisado por los Tribunales Contencioso-administrativos puesto que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante uno de configuración legal, de manera que no forma parte de los denominados “conceptos jurídicamente asequibles” que sí pueden enjuiciar los Tribunales, al menos en lo que se refiere a los elementos reglados y las indemnizaciones relativas a los mismos⁸⁶⁸.

⁸⁶⁸ En esta línea ya se había pronunciado MESTRE DELGADO, aunque en referencia a la anterior LJCA. Las argumentaciones de MESTRE a favor y en contra de la exclusión son interesantes y resumen las posturas doctrinales al respecto: “en favor de su exclusión del ámbito del derecho de acceso pueden destacarse algunos elementos de juicio: en primer lugar, que estos actos «políticos» son ajenos al ámbito de lo «administrativo», que es el adjetivo que el art. 105 b) CE añade a los conceptos «archivos y registros», de tal forma que se enmarcan en un contexto que pudiera resultar ajeno al que, literalmente, deriva del contenido en aquel precepto constitucional; por ello, difícil será constatar que los mismos se integren finalmente en un «archivo o registro administrativo»; además, si se atiende a las reglas procesales que disciplinan la ordenación del recurso contencioso-administrativo, la declaración de inadmisibilidad puede ser previa a la reclamación del expediente administrativo o su examen [art. 62.1 a) de la antigua LJCA], con lo que se excluye incluso el conocimiento de los antecedentes del acto a la parte recurrente, y por ello el efecto de la exclusión de la publicidad se encuentra, siquiera indirectamente, reconocido en nuestro ordenamiento. Pero también es cierto que el derecho de acceso no es identificable con el control jurisdiccional de la actuación administrativa, y que no se rigen por las mismas reglas. La finalidad institucional en ambos casos es, ciertamente, distinta. No es discutible, por otra parte, la afirmación de las diferentes funciones que asumen Gobierno y Administración en nuestro orden constitucional, según resulta del tenor literal del art. 97 CE; por ello, en la medida en que el art. 105 b) del texto constitucional

2. Los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

Esta exclusión del derecho de acceso que lleva a cabo el apartado b) del art. 37.5 LRJAP responde literalmente a una de las tres limitaciones establecidas por el art. 105 b) CE, por lo que nada cabe discutir sobre su constitucionalidad o aplicabilidad. En todo caso, la excepción debe ponerse en relación con la remisión que el apartado sexto del mismo precepto hace a las disposiciones específicas que rijan el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, precisamente porque la clasificación de los documentos, declarándolos secretos o reservados y, por tanto, excluidos de acceso, es una de las técnicas esenciales de protección de la seguridad del Estado, por lo que ambos apartados [5.b) y 6.a)] van a ser objeto de análisis conjunto.

La norma fundamental que regula estas cuestiones es la Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales –modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre- que declara en su art. 1 el principio de publicidad en la actuación de los poderes públicos, para inmediatamente después regular los casos de exclusión o limitación de acceso a la información a través de la técnica de la clasificación de los documentos⁸⁶⁹. El art. 2 de la Ley es el que establece las materias susceptibles de ser declaradas clasificadas, indicando expresamente “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo

vincula el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, parece correcta la exclusión operada”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 175.

⁸⁶⁹ Establece el art. 1 de la Ley que “1. Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente «clasificada» cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley. 2. Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley”.

conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”⁸⁷⁰.

La Ley de Secretos Oficiales regula la competencia para declarar la clasificación de un asunto como secreto o reservado, los efectos de dicha calificación y las personas que quedan autorizadas para acceder a materias clasificadas. De esta norma se deduce que la regla general es la exclusión del acceso a las materias clasificadas, salvo el personal facultado expresamente para ello y los miembros de las Cortes según regula la Ley.

En el mismo sentido -puesto que el art. 1.2 de la Ley de Secretos Oficiales establece que “tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley”-, quedan excluidos de acceso -también por razones de defensa y Seguridad del Estado- los llamados “fondos reservados” que se consignan en los presupuestos del Estado y cuya utilización y control se regula por la Ley 11/1995, de 11 de mayo, que afirma en su art. 1 que “tienen la consideración de fondos reservados los que se consignan como tales en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y que se destinen a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado. Dichos gastos se caracterizan respecto a los demás gastos públicos por la prohibición de publicidad y por estar dotados de un especial sistema de justificación y control”⁸⁷¹.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de señalar la clasificación de documentos –y, por tanto, la limitación de la publicidad-, a través de la Ley

⁸⁷⁰ Se ponen así en contacto el primer límite al derecho de acceso establecido por el art. 105 b) CE y que el art. 37.5 LRJAP reitera y la remisión por el apartado sexto de este mismo artículo a las normas específicas sobre materias clasificadas, en cuanto que son estas las que determinan el alcance y requisitos de esta limitación.

⁸⁷¹ Asimismo, el art. 3 establece la vinculación entre esta norma y los secretos oficiales, al declarar que “toda la información relativa a los créditos destinados a gastos reservados, así como la correspondiente a su utilización efectiva, tendrán la calificación de secreto, de acuerdo con las leyes vigentes en materia de secretos oficiales”.

de Secretos Oficiales, como la vía adecuada para la protección de la Defensa y Seguridad del Estado. Así se declara expresamente en la Sentencia de 4 de abril de 1997, cuando se afirma que “es igualmente cierto que las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el art. 103.1 de la Constitución o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado –art. 97 CE- una competencia primaria, en los términos que fije el legislador –art. 105 b) CE-, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, con mayor razón cuando en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, se prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional –arts. 10.2 y 11.2-, por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales, de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal” (F.J. 5.º).

El problema fundamental que se ha presentado respecto de la clasificación de documentos y la exclusión, por tanto, de toda publicidad de los mismos, no es la licitud o no de la medida que, como vemos, es perfectamente constitucional, conforme al art. 105 b) CE y así ha sido declarada específicamente por los Tribunales, sino los conflictos que se

pueden dar entre esta restricción de acceso, por haberse clasificado los documentos como secretos, y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto por el art. 24 CE, cuando el mismo depende, precisamente, del conocimiento de unos documentos declarados como secretos⁸⁷².

El Tribunal Supremo conecta, además, la declaración de documentos como secretos con los actos políticos del Gobierno, en cuanto a que el acto expreso de clasificación queda dentro del ámbito de la dirección política del Gobierno y, por tanto, es insusceptible de control contencioso-administrativo⁸⁷³, salvo en los elementos de dichos documentos que entren dentro de los llamados “conceptos jurídicamente asequibles”, en cuyo caso sí son revisables por los tribunales, según la doctrina el Tribunal Supremo ya analizada *supra* en el apartado anterior⁸⁷⁴.

⁸⁷² Este era, precisamente, el supuesto de hecho de las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (tres sentencias), relativas a la desclasificación de unos documentos del CESID – algunos de los cuales habían sido ilícitamente sustraídos y puestos en conocimiento de los medios de comunicación-, como elementos probatorios en un caso de asesinato.

⁸⁷³ Como recuerda ÁLVAREZ CONDE, “previamente, en Sentencia de 28 de junio de 1994, el Tribunal Supremo había fijado su postura en relación con la existencia de actuaciones imputables al Poder Ejecutivo no controladas por los órganos del Poder Judicial, tras analizar al art. 97 CE y su relación con el art. 106.1, argumentando la admisión de una actividad política del gobierno no sujeta a revisión judicial. El art. 97 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.1 CE, de su gestión política, como señala el art. 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados”. En “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997”. ÁLVAREZ CONDE, *Acceso judicial a la obtención de datos*, dir. REVANGA SÁNCHEZ, Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 65 y ss.

⁸⁷⁴ Afirma el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 4 de abril de 1997 que “una inicial postura nos podría llevar a la afirmación de su naturaleza de mero acto administrativo y por eso sujeto al régimen común de control judicial de legalidad y de su sometimiento a los fines que lo justifican, impuesto por el art. 106 de la Constitución. [...] Este razonamiento [...] resulta insuficiente, desde el punto de vista material, para explicar en el régimen constitucional de 1978 la

También los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han tenido ocasión de pronunciarse en relación con la aplicación de esta exclusión del derecho de acceso respecto de los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, en conexión con la normativa sobre materias clasificadas, cuya aplicación se ha hecho, por lo general, de manera categórica, por cuanto que una vez comprobado el carácter reservado o secreto de la documentación solicitada, se deniega el acceso sin necesidad de otra motivación. Así, las Sentencias del TSJ de Madrid, 682/2005, de 27 de abril y 1180/2005, de 13 de diciembre, desestiman sendos recursos por los que se solicitaba el acceso a documentación de carácter reservado en aplicación de los arts. 37.5.b) y 37.6.a) LRJAP en conexión con la Ley de Secretos Oficiales.

Todas estas Sentencias han aplicado la exclusión de acceso a los expedientes que contengan información sobre Defensa Nacional o Seguridad del Estado en conexión con la clasificación de documentos, de manera que, en realidad, la denegación de acceso se llevaba a cabo en aplicación de la Ley de Secretos Oficiales, a cuyo régimen jurídico remite el art. 37.6.a) LRJAP.

sustancial excepción al sistema común de publicidad y de acceso de los Jueces y Tribunales a la documentación administrativa que precisen para resolver los litigios y que como deber para ellos y derecho fundamental de los ciudadanos, fluye del texto del art. 24 CE. En este sentido, aceptado por el art. 105 b) CE el principio de que por vía legal se regule el secreto de determinados documentos «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado», la importancia de la excepción, en cuanto parece contraria a los comunes principios de convivencia democrática, excluyendo «ab initio» del normal control por los otros poderes e instituciones del Estado a los documentos relativos a determinadas materias reservadas, cuyo pleno conocimiento se les sustrae por imperativo legal, nos lleva a considerar que la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el art. 97 CE. La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional. [...] La documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta”.

La cuestión que se plantea es si pueden excluirse de acceso los documentos pertenecientes a expedientes que puedan afectar a la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, sin haber sido clasificados como secretos o reservados.

La respuesta ha de ser, en todo caso, positiva, puesto que no sólo podría ser de aplicación autónoma la exclusión recogida en el art. 37.5.b) LRJAP, independientemente de la clasificación de los documentos, sino que además la Administración está facultada para denegar el acceso también en virtud del art. 37.4 LRJAP, por cuanto que este apartado establece que el ejercicio del derecho de acceso puede ser denegado “cuando prevalezcan razones de interés público” y, sin duda, la Defensa Nacional y la Seguridad del Estado son elementos esenciales de interés público, cuya protección puede primar sobre el principio de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso, al tratarse de bienes jurídicos constitucionalmente previstos⁸⁷⁵.

Así lo entiende también FERNÁNDEZ RAMOS, para quien “la función del apartado 5.b) del art. 37 no es otra que excluir del derecho de acceso a documentos que, aun cuando no hayan sido objeto de clasificación formal, sean merecedores de ella por su potencialidad para comprometer la seguridad del Estado, pues carecería de sentido negar tal protección por el mero hecho de que a la fecha de la petición del documento no hubiere recaído el acto formal de clasificación. Se trata, por tanto, de una vía complementaria a la técnica preventiva de materias clasificadas”⁸⁷⁶.

En contra, sin embargo, de esta opinión parece situarse DA SILVA OCHOA, para quien la interpretación conjunta de ambos preceptos –art. 35.5.b) y 37.6.a)- no puede llevar a declarar excluido todo documento relacionado con la defensa y seguridad del Estado por considerar que la misma “es perjudicial y en consecuencia está prohibida. Pero tal conclusión –

⁸⁷⁵ Como se ha sostenido en el apartado anterior.

⁸⁷⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 476.

alega el autor- ni es razonable, ni se corresponden con la realidad, toda vez que el Gobierno ha comunicado al Parlamento la relación de asuntos y materias clasificadas como secretos oficiales; los documentos que contengan información referente a otras materias relacionadas con la seguridad y defensa del Estado, a pesar del tenor literal del art. 37.5.b), deben considerarse sujetos al régimen general de transparencia y libre acceso”⁸⁷⁷.

No obstante, no creo que esta pueda ser una conclusión sostenible, pues el art. 37.5.b) LRJAP es categórico en cuanto a la exclusión que establece, si bien es evidente que, como en el caso de todas las limitaciones que restringen el derecho de acceso y afectan al principio de publicidad y transparencia, tendrán que ser objeto de interpretación estricta⁸⁷⁸, tanto en cuanto a la determinación de los documentos que quedarán vedados de acceso por aplicación de esta exclusión, como respecto de los órganos administrativos a quienes corresponde determinar la aplicación de dicha exclusión.

En cuanto a la determinación de los documentos que, sin estar clasificados, pueden quedar excluidos de acceso por aplicación del apartado 37.5.b) LRJAP, MESTRE considera que las limitaciones en materia de defensa tienen su delimitación en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio: “en mi opinión –dice el autor-, las limitaciones generales derivadas de la defensa nacional tienen en esta norma su cabal delimitación, pues los bienes protegidos por las bases de la defensa nacional, que permiten aplicar técnicas de secreto, son los que se cuestionan en las situaciones de excepción y sitio, esto es, «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las

⁸⁷⁷ DA SILVA OCHOA, *op. cit.* pág. 338.

⁸⁷⁸ A fin de evitar el vaciamiento del derecho de acceso por esta vía, pues como señala POMED, “el art. 37 LRJAP parece pretender abarcar la totalidad de informaciones atinentes a la seguridad y defensa del Estado. [...] Si se parte de un concepto omnicompreensivo de la defensa nacional [...] prácticamente no existe ningún ámbito de la vida social que no se vea implicado en la Defensa Nacional”. POMED SÁNCHEZ, “*El acceso a los archivos...*”, *op. cit.* pág. 468.

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 y mantenerlo» (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). En estos casos y siempre que el supuesto de hecho lo requiera (por ello en las diferentes normas se consagra el requisito de la motivación para denegar el derecho) cobra sentido la excepción al derecho de acceso. No así en los supuestos de estado de alarma, en los que no existen cabalmente razones que exijan abatir el derecho en cuestión⁸⁷⁹.

No obstante, si bien como señala POMED, “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 art. 105 b) CE”, conlleva un grave inconveniente que el mismo POMED indica: “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 secreto⁸⁸⁰”.

Por ello, quizás el criterio delimitador más ajustado a la naturaleza jurídica del bien protegido sea la determinación de qué órganos administrativos son competentes para declarar la exclusión, pues si la Ley de Secretos Oficiales declara competentes para clasificar documentos a unos órganos determinados –esto es, Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor (art.4 de la Ley)-, resultará más razonable que sean estos

⁸⁷⁹ MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...* op. cit. pág. 148.

⁸⁸⁰ POMED SÁNCHEZ, “*El acceso a los archivos...*”, op. cit. pág. 468.

mismos órganos los competentes a la hora de aplicar, individualizadamente, esta exclusión, referida a documentos que, sin haber sido declarados secretos o reservados, puedan afectar a la defensa o a la seguridad del Estado. En este sentido es interesante considerar, con FERNÁNDEZ RAMOS, que “cuestión distinta es la relativa a la competencia para alegar esta exclusión, porque si se estima que cualquier órgano de cualquier Administración puede oponer al derecho de acceso la exclusión señalada, ello supondría extender indefinidamente, hasta los últimos aledaños del aparato administrativo, la capacidad para valorar la protección del Estado [...]. Por el contrario, debe entenderse que la capacidad para valorar la afección de la seguridad del Estado [...] debe reservarse al Gobierno de la nación. Por ello entendemos que hay que distinguir dos situaciones: si el documento solicitado está formalmente clasificado, la autoridad que deniega el acceso al mismo se limita a constatar esta circunstancia, de modo que no habrá inconveniente para que se trate de un órgano administrativo distinto a los titulares de la potestad clasificatoria el que declare exceptuado el ejercicio del derecho [...]; ahora bien, si se trata de un documento no clasificado y el órgano en cuestión entiende que su comunicación pueda afectar a la seguridad del Estado, deberá remitir la solicitud a los órganos titulares de dicha potestad para que resuelvan”⁸⁸¹.

3. 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 estén realizando.

La exclusión de acceso de los documentos que puedan afectar a la investigación de los delitos es otro de los límites al derecho que prevé

⁸⁸¹ *Ibidem.*

específicamente la Constitución en su art. 105 b), junto con la defensa y seguridad del Estado y la intimidad de las personas.

Se trata de una limitación lógica, en cuanto que el principio de transparencia y su realización, a través del ejercicio del derecho de acceso, debe ceder ante otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, cuya defensa se logra, entre otras formas, a través de la persecución de los delitos, esencial para garantía del Estado de Derecho y de los derechos y libertades de las personas.

Sin embargo y, como ocurre con otros aspectos del derecho de acceso desarrollados por el art. 37 LRJAP, la redacción literal de esta exclusión. Prevista en su apartado 5.c), plantea ciertos inconvenientes, puesto que no sólo se excluyen de acceso aquellos documentos que en un momento dado pudieran perturbar las investigaciones en curso, sino que también se incluyen los expedientes –ya concluidos- relativos a la investigación de los delitos, cuando del conocimiento de los mismo pudieran derivarse consecuencias negativas respecto de terceros.

De esta manera, en esta exclusión aparecen dos tipos de documentos distintos: los relativos a las investigaciones de delitos cuando pongan en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros, por un lado, y los documentos –de cualquier clase- que pudieran afectar a una investigación en curso, por otro.

Respecto al primer tipo de documentos, nos encontramos ante una exclusión que no tiene carácter general, en cuanto a que no parece excluir todos los expedientes relativos a la investigación de delitos, sino que se debe valorar, caso por caso, cuándo la información contenida en alguno de los mismos puede ser lesiva de derechos y libertades de terceros, en cuyo caso se

excluirá el derecho de acceso⁸⁸². En este sentido, debemos concluir con DA SILVA, que este apartado parece más “una aclaración legal del régimen general establecido en los apartados anteriores”⁸⁸³ que una limitación más pues, en principio, la protección de los derechos y libertades de terceros, vendría ya amparada –independientemente del tipo de procedimiento al que pertenecieran los documentos solicitados- por la limitación establecida en el apartado cuarto del art. 37 LRJAP, cuando dispone que el ejercicio del derecho de acceso “podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, *por intereses de terceros más dignos de protección* o cuando así lo disponga una Ley”⁸⁸⁴.

En cuanto al segundo tipo de documentos, debemos entender que se estará refiriendo a documentos pertenecientes a otros expedientes, relativos a procedimientos terminados a la fecha de la solicitud, que pudieran afectar a una investigación en curso, pues los documentos relativos a esta última no podrían ser en ningún accesibles, por expresa determinación del apartado primero del art. 37 LRJAP, de un lado, en cuanto que se trata de un expediente en curso y del apartado tercero del mismo artículo, de otro, que

⁸⁸² Para POMED “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 art. 37.3 vacía de contenido las buenas intenciones aquí reflejadas”. En “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 470.

⁸⁸³ DA SILVA, *op. cit.* pág. 339.

⁸⁸⁴ Pues éste es uno de los intereses que, sin duda, puede entrar en el ámbito de aplicación de este precepto, tal y como se ha configurado *supra*, en el apartado anterior.

FERNÁNDEZ RAMOS entiende que estamos aquí ante una cláusula cuyo objetivo es “permitir mantener la confidencialidad de la identidad de los informadores, o de las informaciones necesarias para proteger la seguridad de los bienes y de las personas implicadas –incluidos los propios agentes públicos-, y que tiene por tanto, un carácter más permanente, no limitado a la conclusión de la investigación”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 479.

excluye el acceso, de manera absoluta, a los documentos pertenecientes a procedimientos de carácter sancionador o disciplinario⁸⁸⁵.

Sobre lo que la doctrina no parece ponerse de acuerdo es respecto del alcance que debe tener la aplicación de esta exclusión, en cuanto a que tanto la Constitución como la LRJAP acotan la exclusión a lo que afecte a la investigación de los “delitos”, por lo que se plantea si sólo cuando se trate efectivamente de tipos delictivos podrá aplicarse la misma o si se puede ampliar a la investigación de otros tipos de ilícitos, como son las faltas penales o las infracciones administrativas.

A favor de estas opciones, se pronuncian MESTRE y FERNÁNDEZ RAMOS –aunque para MESTRE se deberían incluir dentro de la exclusión tanto los casos de investigación de faltas penales, como los relativos a las infracciones administrativas⁸⁸⁶, mientras que para FERNÁNDEZ RAMOS, sólo sería

⁸⁸⁵ En este sentido se pronuncia también POMED para quien “la interpretación de esta causa de exclusión del ejercicio del derecho suele conectarse con la figura del secreto sumarial. 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 art. 37.5 c) LRJAP llevaría a concluir la posibilidad del 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 de la esfera de decisión de la Administración al haberse trasladado al juez penal”. POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 470.

⁸⁸⁶ Afirma en este sentido MESTRE DELGADO que “la limitación al derecho de acceso, aunque con una eficacia temporalmente determinada, no sólo abarca la averiguación de los delitos en sentido estricto, sino también en las faltas penales, en la medida en que el interés público protegido mediante

coherente con el texto legal la inclusión de las faltas penales⁸⁸⁷-, siendo en ambos casos común la justificación que se centra, fundamentalmente, en la eficacia administrativa en la investigación de los delitos, que es precisamente lo que se intenta garantizar a través de esta exclusión.

La discusión, sin embargo, queda vacía de contenido por lo que se refiere a las sanciones administrativas, si tenemos en cuenta que –como ya se ha señalado- el art. 37.3 LRJAP opera una exclusión absoluta de acceso, cuando se trata de procedimientos –evidentemente terminados en la fecha de la solicitud (art. 37.1)- “de carácter sancionador o disciplinario”, y ello, independientemente de que puedan afectar a cualquier investigación en curso o a los derechos y libertades de terceros.

La Sentencia del TSJ de Asturias 1298/2000, de 14 de noviembre -y, en idéntico sentido, la Sentencia del mismo TSJ de Asturias, 1093/2002, de 16 de diciembre-, alude a la exclusión prevista en el art. 37.5.c) LRJAP –del cual se aplica el primero de los supuestos que dicha excepción contempla-, para desestimar un recurso por el que se pretendía el acceso a un expediente relativo a una investigación policial archivada⁸⁸⁸, poniéndolo en conexión

esta excepción se centra única y exclusivamente, en facilitar la actuación tendente a determinar la comisión de cualquier infracción y a la determinación de los responsables, puesto que, en tanto dura esta actividad, facilitar la publicidad de las actuaciones puede imposibilitar o desvirtuar la consecución de tales resultados. Por ello, es posible entender, finalmente, que la finalidad constitucional impuesta justifica suficientemente la existencia de restricciones a la publicidad en el seno de procedimientos administrativos sancionadores”. *Op. cit.* pág. 158.

⁸⁸⁷ Para FERNÁNDEZ RAMOS “aun cuando forzando la regla hermenéutica de interpretación estricta de los límites del derecho pueda interpretarse teleológicamente que la expresión «investigación de los delitos» es referibles a las infracciones penales –comprensiva de los delitos propiamente dichos así como de las faltas-, sería en todo caso excesivamente forzado pretender hacer extensiva la excepción legal a las infracciones administrativas”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 480.

⁸⁸⁸ Era objeto de impugnación en el proceso la denegación de la pretensión del demandante, un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, “de conocer la identidad de la persona o personas que con sus falsas acusaciones dieron lugar a la apertura de Diligencias Previas [...] luego

con el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo que señala que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, no estando obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

4. Los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

Esta exclusión, prevista por el art. 37.5.d) LRJAP, es otra de las que prevé la Ley en desarrollo legislativo del derecho de acceso, sin que traiga causa directa del art. 105 b) CE. No obstante, la doctrina ha considerado, desde perspectivas muy distintas, que se trata de la traducción en este ámbito concreto de la defensa de algunos de los bienes jurídicos protegidos directamente por la Constitución, en cuanto que manifestación de la defensa nacional o del interés público, para algunos, o de la intimidad, para otros, así como de la defensa de la competencia.

En realidad, todos estos fundamentos se pueden encontrar en la exclusión relativa a los secretos comerciales e industriales, pues la justificación de la confidencialidad en estos campos –comercial e industrial–, normalmente prevista por Ley, tiene por objeto precisamente la protección de varios bienes jurídicos, que pueden variar en cada caso, dadas las diversas aplicaciones que tanto la industria como el comercio pueden tener, tanto a nivel público, como privado, de un lado, y, de otro, tanto por lo que se refiere a la protección del Estado, cuando hablamos de secretos industriales

archivadas, en las que pudiera estar implicado en presuntas actividades delictivas, o de la identidad de la autoridad o funcionario que, en el supuesto de tratarse de denuncia anónima, hizo caso a las mismas y ordenó la investigación policial” (F.J. 1.º).

relacionados con la defensa nacional, como de los ciudadanos, cuando se trata de proteger la competencia dentro del mercado y, evidentemente, también de las empresas, su desarrollo tecnológico y sus posibles ventajas competitivas frente a otras empresas.

Todos estos elementos han sido tenidos en cuenta por las normas que regulan estos sectores, de entre las que nos referiremos, principalmente, a la Ley de Defensa de la Competencia, de una parte y a las normas de propiedad industrial, de otra, que son precisamente las que tutelan los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de esta exclusión, sin olvidar la relevancia que, en estas materias, juega el Derecho comunitario⁸⁸⁹.

Por lo que se refiere a las normas de defensa de la competencia, debemos tener en cuenta, en primer lugar, lo previsto por la recientemente aprobada Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece en su articulado la publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia⁸⁹⁰, así como las sanciones que se impongan en

⁸⁸⁹ Que, no olvidemos, contempla esta exclusión en el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, cuyo art. 4.2 regula como una de las excepciones sometidas a ponderación frente al interés público “los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual”.

⁸⁹⁰ El art. 23 de la Ley establece que:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicas todas las resoluciones y acuerdos que se dicten en aplicación de esta Ley y, en particular: a) Las resoluciones que pongan fin al procedimiento en expedientes sancionadores. b) Las resoluciones que acuerden la imposición de medidas cautelares. c) Las resoluciones que pongan fin a la primera y segunda fase en expedientes de control de concentraciones.

2. Será público el hecho de la iniciación de un expediente de control de concentraciones.

3. La Comisión Nacional de la Competencia hará públicos los informes que elabore en aplicación de esta Ley. En particular: a) Los informes elaborados en el procedimiento de control de concentraciones, una vez adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia las resoluciones correspondientes a primera y segunda fase. b) Los informes anuales sobre ayudas públicas, tras su envío al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comisión de Economía y

aplicación de la norma legal⁸⁹¹, no obstante lo cual, la Ley permite que en cualquier momento se ordene que se mantenga el secreto –mediante pieza separada- de las actuaciones relativas a los procedimientos tramitados por la Comisión que incluyan documentos cuya confidencialidad deba preservarse⁸⁹², confidencialidad y secreto que están obligados a mantener quienes tramiten dichos procedimientos⁸⁹³.

Hacienda del Congreso de los Diputados y los informes realizados, bien de oficio o a instancia de parte, sobre los criterios de concesión de las ayudas públicas, después de su comunicación a los órganos de las Administraciones Públicas correspondientes. c) Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público, después de su remisión al Ministerio de Economía y Hacienda y al órgano de las Administraciones Públicas correspondiente. d) Los informes elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos.

4. Las resoluciones, acuerdos e informes se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores”.

⁸⁹¹ El art. 69 dispone que “Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida”.

⁸⁹² Art. 42 de la Ley: “En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.”

⁸⁹³ Art. 43 de la Ley de Defensa de la Competencia: 1. Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o intervención como parte, deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones.

2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave”.

Más clara en relación al secreto, es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que considera desleal la divulgación o explotación de secretos industriales y empresariales a los que se haya tenido acceso legítima o ilegítimamente⁸⁹⁴.

Por lo que se refiere al secreto industrial es necesario tener en cuenta las imposiciones de secreto que se establecen en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad -a pesar de que algún autor considera que lo que se protege en este caso a través de la Ley es el secreto vinculado a la defensa nacional⁸⁹⁵-, por cuanto esta norma delimita, de la regla general de publicidad de las aquéllas, los casos en que determinados elementos de la propiedad industrial deben ser excluidos de la misma y, por tanto, tienen el carácter de secretos industriales.

⁸⁹⁴ Art. 13 de la Ley de Competencia Desleal: “1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrá asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo”.

⁸⁹⁵ Así, FERNÁNDEZ RAMOS considera que “la imposición de un plazo general de secreto para todas las solicitudes de patentes como la posibilidad de patentes secretas son normas dirigidas a proteger no ya el secreto industrial, sino el secreto vinculado a la defensa nacional [...]. El secreto industrial –y el comercial- nada tienen que ver con la normativa de patentes, cuya finalidad es precisamente garantizar la explotación de las invenciones”. Para el autor “el fundamento del secreto empresarial se encuentra en el derecho a la libertad de empresa –art. 38 CE-, pues su función no es tutelar la vida privada o íntima de las personas, sino proteger el interés competencial de los operadores económicos, y por tanto, tal protección sólo está justificada en la medida en que la publicidad lesione dicho interés”. En *El derecho de acceso... op. cit.* págs. 518 a 520.

Evidentemente que éste es uno de los fundamentos esenciales del secreto comercial, como ya se ha analizado pero no el único: también debe protegerse la propiedad industrial, fruto de la actividad empresarial, para garantizar el desarrollo en libre mercado y con garantía de la competencia de las empresas.

En este sentido, la Ley establece el secreto del contenido de las patentes en dos situaciones distintas, que obedecen a la protección de dos bienes jurídicos diferenciados. De un lado, se establece el carácter secreto en la tramitación de cualesquiera solicitudes de patente, durante un plazo de dos meses⁸⁹⁶, cuya finalidad es la protección de las investigaciones industriales hasta que se pongan en funcionamiento los instrumentos específicos de protección que se derivan del reconocimiento de la propiedad industrial⁸⁹⁷. Y, de otro, se amplía este plazo a cinco meses cuando se estime que la invención puede ser de interés para la defensa nacional⁸⁹⁸, pudiendo declararse secreta – clasificación que ha de renovarse anualmente–, si se considera necesario, a través de la inscripción de la patente en un registro secreto⁸⁹⁹.

Es necesario tener en cuenta estas disposiciones, ya que sólo podrá aplicarse esta exclusión, denegándose por tanto el acceso, cuando sea una

⁸⁹⁶ Art. 119.1 de la Ley de patentes: “El contenido de todas las solicitudes de patentes se mantendrá en secreto durante los dos meses siguientes a la fecha de su presentación, salvo que el Registro de la Propiedad Industrial autorice su divulgación con anterioridad”.

⁸⁹⁷ En este sentido, DA SILVA OCHOA incluye en materia de secreto industrial no sólo a las patentes y modelos de utilidad, sino también las marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, denominaciones de origen, obtenciones vegetales, topografías de productos semiconductores, etc. *Op. cit.* pág. 340.

⁸⁹⁸ Art. 119.2 de la Ley de patentes: “Antes de que finalice el plazo mencionado en el apartado anterior, el Registro de la Propiedad Industrial deberá prorrogarlo hasta cinco meses, contados desde la presentación de la solicitud, cuando estime que la invención objeto de la misma puede ser de interés para la defensa nacional. El Registro notificará la prórroga al solicitante y pondrá inmediatamente a disposición del Ministerio de Defensa copia de la solicitud de la patente presentada”.

⁸⁹⁹ Art. 120 de la Ley de patentes: “1. La patente cuya concesión se hubiera tramitado en secreto se inscribirá en un registro secreto y se mantendrá en ese mismo régimen durante un año a partir de la fecha de su concesión. La prolongación de ese plazo deberá hacerse anualmente, haciendo la correspondiente notificación al titular de la patente. 2. La renovación anual de la clasificación como secreto no será precisa en tiempo de guerra hasta un año después del cese de las hostilidades. 3. El Registro de la Propiedad Industrial, previo informe favorable del Ministerio de Defensa, podrá levantar en cualquier momento el secreto impuesto sobre una solicitud o sobre una patente determinada”.

norma la que prevea la existencia del secreto comercial o industrial, puesto que, en principio, la regla general cuando se trata de propiedad industrial o de relaciones comerciales es la publicidad en las actuaciones y resultados. Como para el resto de situaciones en las que la regla es la publicidad, el secreto o las restricciones a la misma deben ser de interpretación estricta.

Así parece desprenderse de la doctrina jurisprudencial que relaciona este precepto con los supuestos de declaración de secreto o confidencialidad que, además, han de ser objeto de ponderación frente al interés que ostenta el solicitante de acceso en conocer el contenido de los documentos requeridos⁹⁰⁰.

El Tribunal Supremo afirma, en sus Sentencias de 15 de febrero y 23 de mayo de 2007, la corrección de la previsión efectuada por el art. 37 LRJAP para la protección de los intereses públicos y privados que justifican la confidencialidad en el ámbito de los secretos comerciales e industriales, que además se recoge en diversas leyes de nuestro ordenamiento jurídico⁹⁰¹.

Pero, en todo caso, el Tribunal Supremo considera que estamos ante una exclusión relativa, por la contraposición de intereses presentes –la publicidad y la protección de los intereses de terceros- que requiere de una ponderación individualizada caso por caso, para determinar cuál es, en cada supuesto concreto, el interés preponderante. “Se impone, pues, -dice el Tribunal en su

⁹⁰⁰ Afirma al respecto MESTRE DELGADO que “es claro, por tanto, que aquellos registros públicos, creados bajo la regla de preservar el secreto de algunos de los datos que se inscriben, quedan a margen del derecho de acceso, porque existen otros bienes o derechos que merecen una especial protección. Ahora bien, también es cierto que la limitación debe operar respecto a aquella información que esté amparada por el secreto [...] por lo que resulta necesario interpretar correctamente la legislación específica sobre secretos comerciales o industriales para constatar los supuestos en que reclama tal carácter”. En *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 177.

⁹⁰¹ Razón por la cual, además de la aplicabilidad del apartado que nos ocupa [37.5.d)], se debe tener en cuenta la posible aplicación del apartado 4 del mismo artículo, que establece la posibilidad de denegar el acceso “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley”.

Sentencia de 15 de febrero de 2007- una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y a la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de 6 de octubre de 2005 [...] ha considerado que esta materia debe abordarse “desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial”, sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada” (F.J. 2.º).

En el caso concreto que se contemplaba en esta Sentencia, la ponderación se hacía respecto de las previsiones de confidencialidad llevadas a cabo por la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, de 1989, y la relación de ésta con las previsiones de acceso de la LRJAP. En este sentido, el Tribunal recuerda la jurisprudencia sentada en los Autos de 13 de julio y 5 de octubre de 2006, en los que se establecía que “esta previsión de la Ley de Defensa de la Competencia guarda coherencia con la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992. El art. 35.a) de dicha Ley consagra el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos, y el art. 37 establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos, que formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. No obstante, en el propio art. 37 se determinan las excepciones y modulaciones a aquel derecho de acceso, y así, en su apartado 4.º se

puntualiza que “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” y el apartado 5.º d) matiza que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los expedientes “relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial”. Evidentemente, la declaración de confidencialidad acordada en el caso que aquí nos ocupa por el SDC y el TDC es plenamente coherente con esa regulación general del procedimiento administrativo, puesto que es la propia Ley de Defensa de la Competencia la que atribuye esa potestad e impone la limitación del derecho de acceso al expediente tramitado ante el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia, justamente porque en esta tipología de expedientes se examinan cuestiones atinentes a materias protegidas por el secreto comercial o industrial” (F.J. 2.º).

Por lo que se trata, evidentemente, de una exclusión relativa, en cuanto a que deben ponderarse los distintos bienes jurídicos que se enfrentan⁹⁰², cuya prevalente protección determinará si debe acordarse el acceso o denegarse el mismo, siendo la denegación, en todo caso, obligatoria, cuando así lo prevea una Ley, como en el caso concreto examinado.

⁹⁰² Dice el Tribunal Supremo a este respecto que se trata de un “juicio de ponderación, que se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. [...] Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible a categorizaciones preestablecidas” (F.J.2.º).

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de mayo de 2007 –en la que se enjuicia la conveniencia de la estimación de una petición de información relativa a documentación solicitada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones-, en cuanto a la necesidad de ponderación de los intereses presentes entre los solicitantes de acceso y aquéllos particulares o empresas a las que afecta la comunicación de dichos documentos, otorgando el acceso cuando se entienda que el mismo no es lesivo de los intereses protegidos por el secreto comercial e industrial y siempre que el solicitante acredite la legitimación que sea necesaria a los efectos del art. 37 LRJAP, así como el interés que le asiste para que pueda llevarse a cabo ese juicio de ponderación entre los mismos y los de los afectados por los documentos solicitados.

5. Los expedientes relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

En el ámbito de la política monetaria, la exclusión del acceso y, por tanto, la regla general de secreto se justifica por los objetivos que, con esta política, se intentan conseguir. FERNÁNDEZ RAMOS define la política monetaria, siguiendo a PAREJO GAMIR, como “la acción de las autoridades económicas dirigida a controlar las variaciones en la cantidad o en el coste del dinero, con el fin de alcanzar ciertos objetivos de carácter macroeconómico: control de la inflación, reducción del desempleo, consecución de una tasa de crecimiento de la renta real o la mejora en el saldo de la balanza de pagos”⁹⁰³.

Por ello, una parte de la doctrina consideró que se trataba ésta de una excepción que se hubiera podido englobar perfectamente, bien en la relativa a los actos políticos del Gobierno o, en todo caso, en la prevista por el art. 37.4

⁹⁰³ FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 483.

LRJAP, siendo en este sentido justificable por cuanto que indudablemente se trata de una cuestión de interés general cuya defensa corresponde al Gobierno⁹⁰⁴.

SANTAMARÍA PASTOR, sin embargo, matiza esta afirmación no sólo porque se inclina por entender que el título que justifica esta exclusión es el principio de eficacia, sino también porque, para el autor, no se trata de una excepción de carácter absoluto, sino que de nuevo resulta necesaria la ponderación de los bienes jurídicos presentes, ya que considera que se trata de “un título que, sin embargo, no cubre la totalidad de tales informaciones (que, naturalmente, pueden ser de relevancia muy diversa), sino sólo aquéllas cuya divulgación a través del ejercicio de este derecho pudiera disminuir o eliminar la operatividad de decisiones lícitamente adoptadas por el ejecutivo [...] o distorsionar el normal ejercicio de sus competencias por los órganos respectivos”⁹⁰⁵.

Para Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO este problema se hubiera solventado no incluyendo esta materia entre las excluidas de acceso, sino de entre las reguladas por el apartado sexto, esto es, aquellas cuyo acceso se remite al régimen jurídico propio que las regula y que hubiera permitido la matización de la limitación a estas actuaciones administrativas.

Es la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España, la que regula las funciones de éste como entidad de derecho público, de entre las cuales cabe destacar precisamente la referente a la política monetaria, si bien es necesario tener en cuenta el importantísimo giro que en los últimos años la Unión Europea ha dado a la competencia en esta materia, con la

⁹⁰⁴ Y, en el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 1982, en la que no se dudó en tratar las actuaciones del Gobierno de devaluación de la moneda como actos políticos. *Vid.* en este sentido, el comentario a la Sentencia por MESTRE DELGADO en *El derecho de acceso...*, *op. cit.* págs. 184 y ss.

⁹⁰⁵ SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.* pág. 142.

creación de la Unión Económica y Monetaria y el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y que determina la necesidad de una reconsideración del ámbito de aplicación de esta excepción⁹⁰⁶.

La justificación de la exclusión del acceso en esta materia se encuentra en el art. 6 de esta Ley, que establece el deber de secreto por parte de los miembros del Banco de España y que incluye, entre las diversas materias sobre las que recae el deber de secreto, a la política monetaria⁹⁰⁷, sin perjuicio de las obligaciones de información al Gobierno y a las Cortes sobre la misma⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Artículo 7. Principios generales. 1. Corresponderá al Banco de España el ejercicio de las funciones previstas en esta Ley, así como el de las que puedan encomendarle otras leyes. 2. Sin perjuicio del objetivo principal de mantener la estabilidad de precios y del cumplimiento de las funciones que ejerce en tanto miembro del SEBC en los términos del artículo 105.1 del Tratado, el Banco de España apoyará la política económica general del Gobierno. 3. El Banco de España participará en el desarrollo de las siguientes funciones básicas atribuidas al SEBC: a) Definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad. b) Realizar operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 109 del Tratado.

⁹⁰⁷ “Artículo 6. Deber de secreto. 1. Los miembros de sus órganos rectores y el personal del Banco de España deberán guardar secreto, incluso después de cesar en sus funciones, de cuantas informaciones de naturaleza confidencial tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus cargos. La infracción de dicho deber se sancionará, en el caso del personal del Banco de España, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento interno del Banco; y, en el caso de los miembros de sus órganos rectores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.

2. El deber de secreto se entiende sin perjuicio de las obligaciones de información sobre política monetaria impuestas al Banco de España por el artículo 10 de esta Ley, y de lo dispuesto en las disposiciones específicas que, en aplicación de las directivas de la Comunidad Europea en materia de entidades de crédito, regulan la obligación de secreto de las autoridades supervisoras.

3. El acceso de las Cortes Generales a la información sometida al deber de secreto se realizará a través del Gobernador del Banco de España, de conformidad con lo previsto en los Reglamentos parlamentarios. A tal efecto, el Gobernador podrá solicitar motivadamente de los órganos competentes de la Cámara la celebración de sesión secreta o la aplicación del procedimiento establecido para el acceso a las materias clasificadas”.

⁹⁰⁸ “Artículo 10. Información y control en materia de política monetaria. 1. El Banco de España informará regularmente a las Cortes Generales y al Gobierno de los objetivos y ejecución de

No obstante, a la luz de la regulación de la materia, la cuestión que puede plantearse, de nuevo, es si debemos entender que todas las actuaciones en materia monetaria quedan excluidas de acceso, o sólo aquéllas a las que específicamente aluda la Ley 13/1994.

En principio, no debemos considerar que puedan quedar englobadas por esta excepción los actos políticos en esta materia de política económica por dos razones: en primer lugar, porque el propio art. 37. 5.e) habla de “actuaciones administrativas”, por tanto, sometidas al Derecho administrativo y no de carácter político y, en segundo lugar, porque las actuaciones en materia de política monetaria del Banco de España quedan sometidas, en todo caso, al Derecho Administrativo, según dispone la propia Ley⁹⁰⁹.

la política monetaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 107 del Tratado y de las reglas sobre secreto profesional del BCE.

A tal efecto, el Gobernador del Banco podrá ser convocado, de conformidad con los Reglamentos parlamentarios, a cualesquiera de las Comisiones del Congreso o del Senado o mixtas de ambas Cámaras, así como ser convocado para que asista con tal finalidad a las reuniones del Consejo de Ministros o a las de su Comisión Delegada para Asuntos Económicos”.

⁹⁰⁹ Dispone el art. 1.2 de la Ley que “el Banco de España quedará sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por ésta u otras leyes. En el ejercicio de dichas potestades administrativas resultará de aplicación al Banco de España la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, siendo sus decisiones impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al art. 2, que determina que “1. Los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de las funciones previstas en la sección 1.ª y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, así como las sanciones que, en su caso, se impongan como consecuencia de la aplicación de estas normas, pondrán fin a la vía administrativa. 2. Los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de otras funciones, así como las sanciones que imponga, serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda. 3. Sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los recursos contra actos no susceptibles de recurso administrativo dictados por el Banco de España y contra las resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España”.

En todo caso, las actuaciones de carácter administrativo del Banco de España en esta materia no podrán ser objeto de acceso por aplicación de este apartado 37.5.e) LRJAP, mientras que, cuando las actuaciones en esta materia correspondan al Gobierno y no se sometan al Derecho Administrativo podrán, en su caso, quedar exentas de acceso por aplicación del ya estudiado apartado a) de este mismo art. 37.5 LRJAP.

Por lo que se refiere a las actuaciones administrativas –objeto por tanto de la exclusión del art. 37.5.e)-, la formulación del precepto no deja lugar a dudas, en cuanto a que la excepción en él prevista es categórica y no relativa como ocurría con otros preceptos, si bien, -como con el resto de excepciones que limitan un derecho constitucional y máxime cuando se trata de limitaciones no expresamente reguladas por la Constitución en su art. 105 b)-aquélla deberá ser objeto de interpretación estricta, buscándose la aplicación de la misma que menos perturbe el derecho de acceso.

Por otro lado –como ya se ha señalado-, deberá tenerse en consideración la disminución de potestades en esta materia que ha tenido lugar con la traslación a la Unión Europea de las competencias de carácter monetario tras la instauración de la Unión Económica y Monetaria y el SEBC⁹¹⁰. Por ello, en lo referente a la política monetaria deberá tenerse en cuenta cuándo las decisiones son de ámbito nacional, en cuyo caso será de aplicación esta excepción y cuándo las mismas son tomadas en el ámbito comunitario, como

⁹¹⁰ Ya en 1998, MESTRE DELGADO hacía referencia a las matizaciones que en esta materia introducía la política europea. La conclusión del autor en este sentido era la siguiente: “la posibilidad, por tanto, de excluir del derecho de acceso las decisiones adoptadas en el seno de la política monetaria, se encuentra justificada en las regulaciones más recientes, por la propia naturaleza de las mismas y por el sector en que se produce, que pueden asemejarse a los «actos políticos»; [...] Tal vez con la única matización, a la que alude la regulación del SBCE y del BCE en el Tratado de la Unión Europea, consistente en que el Banco Central Europeo puede acordar la publicidad de las disposiciones, actos recomendaciones y dictámenes, de tal forma que no siempre ni en todo caso podrá excluirse el conocimiento de tales decisiones, frente a la exclusión radical que opera la Ley de Régimen Jurídico”. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 187,

parte integrante del SEBC, según los arts. 105 y siguientes del TCE⁹¹¹, siendo entonces la norma de referencia respecto al acceso de dichos actos y documentos, el Reglamento de 1049/2001, cuyo art. 4 dispone -entre las excepciones que hemos calificado como absolutas, esto es, en las que no cabe llevar a cabo ponderación alguna de intereses- que “las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: a) el interés público, por lo que respecta a [...] la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro”, así como la Decisión BCE/2004/3, del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2004 relativa al acceso público a los documentos del Banco Central Europeo⁹¹².

⁹¹¹ Establece el art. 105.2 TCE que una de las funciones básicas que se llevarán a cabo a través del SBCE es “definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad”.

⁹¹² DO L 80/42, de 18 de marzo de 2004. El art. 4 de esta Decisión establece que:

“1. El BCE denegará el acceso a documentos cuya divulgación perjudique a la protección de:

a) el interés público respecto de:

- la confidencialidad de las deliberaciones de los órganos rectores del BCE,
- la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro,
- las finanzas internas del BCE o de los BCN,
- la protección de la integridad de los billetes en euros,
- la seguridad pública,
- las relaciones financieras, monetarias o económicas internacionales;

b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre la protección de los datos personales;

c) la confidencialidad de la información protegida como tal por el Derecho comunitario.

2. El BCE denegará el acceso a documentos cuya divulgación perjudique a la protección de:

- los intereses comerciales de personas físicas o jurídicas, incluida la propiedad intelectual,
- las actuaciones judiciales y el asesoramiento jurídico,

— el objetivo de inspecciones, investigaciones y auditorías, salvo que su divulgación revista un interés público superior.

3. Se denegará el acceso a documentos que contengan opiniones para uso interno en el marco de deliberaciones y consultas previas en el seno del BCE o con los BCN, incluso después de adoptada la decisión, salvo que su divulgación revista un interés público superior.

IV. LAS REMISIONES A RÉGIMENES ESPECÍFICOS.

El apartado sexto del art. 37 LRJAP, establece un tipo de limitaciones distinto del regulado por el apartado quinto: mientras este último excluye el derecho de acceso en los casos previstos, el apartado sexto determina la exclusión del régimen jurídico de acceso previsto por el art. 37 LRJAP, en cuanto que las materias allí recogidas se registrarán, por lo que respecta a este derecho, por sus disposiciones específicas. Esta remisión ha sido también objeto de críticas por parte de la doctrina, que ve en este precepto una indirecta exclusión del acceso por cuanto que muchas de las materias allí reflejadas prohíben expresamente la publicidad de los expedientes.

Así, M. e I. ÁLVAREZ RICO consideran que, en relación con los supuestos a) -materias sometidas a normativa sobre clasificación-, b) -archivos sanitarios- y d) -archivos que sirven a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función pública estatal-, “se trata de exclusiones encubiertas del derecho de acceso porque la legislación específica a que se someten prohíben cualquier tipo de difusión de las informaciones respectivas”⁹¹³.

También SANTAMARÍA PASTOR entiende que si bien “la remisión se halla plenamente justificada y carece de toda problemática” en los supuestos previstos por los apartados e) -Registros públicos regulados por una Ley-, f) -

4. En cuanto a los documentos de terceros, el BCE consultará a estos para determinar si es aplicable alguna de las excepciones del presente artículo, salvo que sea notorio que determinado documento deba o no deba divulgarse.

5. Cuando una excepción sea aplicable solo a una parte de un documento solicitado, el resto del documento se divulgará.

6. Las excepciones del presente artículo solo se aplicarán mientras el contenido de los documentos justifique su protección.

Salvo que el Consejo de Gobierno del BCE disponga expresamente lo contrario, las excepciones podrán aplicarse por un período máximo de 30 años. Las excepciones basadas en la intimidad o los intereses comerciales podrán seguir aplicándose después de ese período”.

⁹¹³ M. e I. ÁLVAREZ RICO, “El Derecho de acceso...”, *op. cit.* pág. 491.

acceso a documentos por parlamentarios- y g) -archivos históricos-, también entiende que “no son, en efecto, regímenes especiales, sino auténticas exclusiones encubiertas del derecho de acceso, los previstos en las letras a), b) y d) del referido apartado, por la sencilla razón de que la legislación específica a que remiten prohíbe de manera general cualquier tipo de difusión de las informaciones respectivas [...]. Por otro lado, la remisión al régimen especial previsto en la letra c) (archivos regulados por la legislación electoral) resulta enteramente desconcertante, por la sencilla razón de que la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que sólo prevé esporádicamente el archivo por las Juntas o los juzgados de algunos documentos electorales, no establece disposición alguna relativa a su consulta o acceso”⁹¹⁴.

No obstante, no ocurre así con todos los supuestos y, por ello, iremos analizando, uno a uno –aunque de manera sucinta, ya que excedería el objeto de este trabajo un análisis exhaustivo de los regímenes jurídicos de dichas materias-, sectorial mencionada en cada apartado.

1. Archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas. Remisión.

A esta cuestión, regulada por el art. 37.6.a) LRJAP, ya nos hemos referido al tratar las exclusiones al derecho de acceso establecidas por el apartado quinto del art. 37 LRJAP, que contempla –excluyéndolos de acceso– en su apartado b), los expedientes que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado, puesto que serán precisamente éstos los que pueden ser objeto de clasificación. Nos remitimos, por tanto, a ese apartado para su tratamiento conjunto, no sin antes señalar que este

⁹¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático...*, *op. cit.* pág. 143.

solapamiento, entre una exclusión y la remisión a un régimen específico ha sido objeto de duras críticas, sobre todo por parte de POMED⁹¹⁵.

2. Documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

Lo primero que llama la atención de la redacción literal de esta excepción, contenida en el art. 37.6 b) LRJAP, es la referencia expresa tanto a documentos como a expedientes. Mientras que, cuando el apartado 5 de este art. 37 LRJAP regula las exclusiones, se refiere a los expedientes con información que afecte a alguna de las materias protegidas –lo cual lleva a entender que, aunque en el expediente consten documentos no afectados por la exclusión, al hablar de expediente, en general, ninguno de los documentos que lo conformen será accesible-, este apartado hace referencia tanto a documentos como a expedientes que contengan datos sanitarios personales. De manera que se remite a su régimen específico, la protección no sólo a los expedientes sanitarios, sino de cualesquiera documentos que contengan datos de este tipo, aunque éstos formen parte de expedientes que no tengan la condición de sanitarios.

⁹¹⁵ Para el autor, esta incidencia de un apartado sobre otro, “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 art. 37.5 b), los expedientes que contengan información sobre la misma quedan excluidos del ámbito de objeto del derecho. Sin embargo, paradójicamente, el art. 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 [...] que contengan información sobre la seguridad y la 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 art. 57.1.b) LPHE. La paradoja adquiere aquí ribetes de auténtico absurdo” POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...” *op. cit.* pág. 458.

Las normas de referencia que rigen el acceso a estos documentos son, de un lado, además de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General Sanitaria, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, de otro, la LOPD, por cuanto los datos sanitarios personales son, en definitiva, datos cualificados cuya protección entra tanto en el ámbito de los datos personales -protegidos por esta Ley-, como en el ámbito de la protección de la intimidad de la que dichos datos forman parte. Por ello, las normas que regulan estos datos imponen en muchos casos la exclusión del acceso como modo de protección de la intimidad.

Los datos sanitarios son calificados por la LOPD como especialmente protegidos, de manera que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización, estableciéndose un sistema especialmente riguroso para la obtención, custodia o excepcional cesión de los mismos⁹¹⁶.

La LOPD es especialmente estricta respecto de la confidencialidad de los datos concernientes a la salud de las personas, considerándose conforme al art. 7 LOPD como datos especialmente protegidos⁹¹⁷, de manera que sólo

⁹¹⁶ El paciente tiene derecho a saber quién tiene acceso y qué datos son conocidos, además del derecho a la rectificación de los mismos en el caso de que no sean correctos. *Vid.* al respecto, GARCÍA ORTEGA, CÓZAR MURILLO y ALMENARA BARRIOS, “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, *Revista Española de Salud Pública*, núm. 78, 2004.

⁹¹⁷ El art. 7.3 LOPD dispone que: “los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente” y, en relación con el mismo, el apartado 6 de este art. 7 establece que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión

podrán ser tratados y cedidos cuando así lo disponga una Ley –que, como veremos, en este caso serán la Ley de autonomía del paciente y la Ley General Sanitaria- o cuando el afectado consienta a dicho tratamiento o cesión de datos.

El art. 8 LOPD se refiere específicamente a los datos relativos a la salud, permitiendo el tratamiento de los mismos por los centros sanitarios conforme a lo establecido, de nuevo, por la legislación respectiva, representada esencialmente por la Ley General Sanitaria y la Ley de autonomía del paciente.

En este sentido se trata el tema de la confidencialidad de los datos sanitarios, por la Ley General Sanitaria, que establece el derecho de todas las personas a la confidencialidad por parte de las Administraciones públicas de toda la información sanitaria de que disponga (art. 10.3)⁹¹⁸. La Ley de autonomía del paciente –de carácter básico⁹¹⁹- regula, además del respeto por

de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

⁹¹⁸ Establece el art. 10 de la Ley General Sanitaria que “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas: 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

⁹¹⁹ Esta cuestión ha sido objeto de tratamiento y desarrollo por numerosas Comunidades Autónomas. Cabe destacar, entre otras, la Ley 21/2000 de Cataluña, de 21 de diciembre, sobre los Derechos de Información relativos a la Salud, Autonomía del Paciente y Documentación Clínica; la Ley 3/2001 de Galicia, de 28 de mayo, Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes; la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura; la Ley 12/2002, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid; la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja; la Ley Foral 11/2002, de Navarra, de 6 de mayo, sobre los Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas, a la

la autonomía del paciente y sus derechos a la información clínica, la conservación y posible acceso a la información sanitaria, cuya confidencialidad se garantiza, como reflejo esencial del derecho de intimidad, siendo, por tanto, la regla general el secreto y la prohibición de comunicación de estos datos y, por ello, la del acceso por terceros a la documentación y a los archivos de carácter sanitario, salvo en los casos específicamente previstos por las leyes o mediando el consentimiento del interesado.

Así, su art. 2, que establece los principios básicos, afirma en su apartado primero que “la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de la voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica” y, en su apartado séptimo que “la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

Asimismo, el art. 7 de la Ley establece que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. 2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

La protección de la intimidad de las personas, en lo que se refiere a su salud y datos clínicos determina que el acceso a las historias clínicas quede muy restringido⁹²⁰ -al establecerse su conservación y consulta sujetas a

Información; y a la Documentación Clínica o la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana.

⁹²⁰ *Vid.* al respecto, OROZCO PARDO, “Problemática jurídica de la información sanitaria. La historia clínica”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 17, 2006, págs. 43 y ss.

confidencialidad-, al propio interesado⁹²¹, a terceros con una legitimación caracterizada por el posible riesgo de su salud, con limitaciones, incluso más allá del fallecimiento del paciente⁹²², y a los facultativos relacionados con el caso, que tienen el deber de secreto respecto de los datos⁹²³, pudiendo además tratarse de un acceso de carácter parcial, para proteger la intimidad de terceras personas o de los facultativos que han intervenido⁹²⁴.

No obstante, aunque por razón de protección de la intimidad y de los datos personales, la regla general es el secreto y la confidencialidad de los mismos, como señala SAINZ MORENO “en materia sanitaria, la relación entre publicidad y secreto presenta un doble aspecto. De una parte, el derecho a la protección de la salud crea entre la Administración y los ciudadanos obligaciones de información recíproca. De otra parte, cada ciudadano tiene derecho a conocer su propio estado de salud y también derecho a que no lo conozcan los demás, o, al menos, que no lo conozcan a través de la información que la Administración sanitaria proporcione”⁹²⁵.

⁹²¹ Art. 18, apartados 1 a 3 de la Ley de autonomía del paciente.

⁹²² Establece el art. 18.4 que “los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”.

⁹²³ Art. 16, apartado 6: “el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto”.

⁹²⁴ Es especialmente relevante a este respecto el art. 18.3 de la Ley que establece que “el derecho de acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”.

⁹²⁵ SAINZ MORENO, “Secreto e información...”, *op. cit.* pág. 2917.

Por ello, la Ley General Sanitaria contemplaba la necesidad de que la información relativa a la sanidad pública sea disponible para las Administraciones Sanitarias, a través de Registros específicos (art. 23⁹²⁶), a efectos de permitir las necesarias intervenciones de las mismas, para controlar las situaciones de riesgo para la salud, así como las actuaciones de los centros y establecimientos sanitarios⁹²⁷, y establece que “se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica” (art. 8.1).

La Ley de autonomía del paciente también establece límites a la confidencialidad de los datos, determinando la necesidad de publicidad, justificado en el interés general de la protección de la salud, bien jurídico que prevalece, en algunos casos, sobre la intimidad. Así, se hace referencia a la necesidad de la comunicación de información de carácter sanitario por parte de los pacientes, al establecer que “los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria” (art. 2.5) y, fundamentalmente, se establece por la Ley que “los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud

⁹²⁶ Art. 23 de la Ley General Sanitaria: “Para la consecución de los objetivos que se desarrollan en el presente capítulo, las Administraciones Sanitarias, de acuerdo con sus competencias, crearán los Registros y elaborarán los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria”.

⁹²⁷ Estos Registros, creados por las Administraciones Sanitarias son, en todo caso, de carácter administrativo, pero por la remisión específica de este artículo a su propia regulación, quedarán también excluidos del régimen general de acceso previsto por el art. 37 LRJAP.

individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”(art. 6).

Asimismo y, en línea con la necesidad de protección de otros bienes jurídicos además de la intimidad y protección de datos de las personas, el art. 11 LOPD determina que no será necesario el consentimiento del interesado para que puedan ser comunicados a un tercero, “cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”.

Sin embargo, también en estos casos se establecen límites con la finalidad de preservar la intimidad de los pacientes, de manera que, como establece el art. 16.3 de la Ley de autonomía del paciente, “el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”.

3. Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.

Esta remisión a la legislación electoral, prevista por el art. 37.6.c) LRJAP se refiere, según DA SILVA a “dos grandes categorías de depósitos documentales sometidos específicamente a la normativa electoral: el censo electoral⁹²⁸, y los archivos de la Administración electoral, esto es, los de las juntas electorales, ya que los demás órganos de esa Administración carecen del soporte material mínimo para conservar un archivo en la justa acepción del término”⁹²⁹.

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que la LOPD remite también a esta regulación específica el tratamiento de datos personales de los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral, de manera que el tratamiento de los mismos, así como el acceso, se determina enteramente en la legislación sectorial de carácter electoral⁹³⁰.

Respecto de los datos censales –esto es, aquéllos que componen el censo electoral- es la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), la que regula el posible acceso a los mismos. A este respecto, el art. 41.2 dispone que “queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial”.

Sin embargo, después de esta afirmación tan categórica, el mismo artículo regula los casos en los que los datos contenidos en el censo electoral pueden ser cedidos a terceros.

⁹²⁸ El Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, es el que regula el funcionamiento de la Oficina del Censo Electoral, previendo la actualización mensual del Censo y los datos necesarios para la inscripción en el mismo.

⁹²⁹ DA SILVA OCHOA, *op. cit.* pág. 341.

⁹³⁰ El art. 3 de la LOPD establece que “se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, en esta Ley Orgánica, los siguientes tratamientos de datos personales: a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral”.

Por lo que se refiere a los datos, el art. 41.3 dispone que la Oficina del Censo Electoral puede facilitar datos estadísticos, siempre que no revelen las circunstancias personales de los electores inscritos.

También el censo completo puede ser comunicado, aunque dicha cesión puede hacerse, solamente, a los sujetos nombrados específicamente por el mismo artículo. De un lado, la LOREG prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas obtengan una copia del censo después de cada convocatoria electoral –y la correspondiente rectificación del mismo, en su caso-, en un soporte que sea apto para su tratamiento informático (art. 41.4).

De otro lado, se prevé la posibilidad de que los representantes de cada candidatura obtengan copia del censo electoral del distrito correspondiente, también en un soporte apto para su tratamiento informático, que “podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley” (art. 41.5), normalmente, para la realización de propaganda electoral. “Alternativamente –continúa este art. 41.5 de la LOREG- los representantes generales podrán obtener en las mismas condiciones una copia del censo vigente en los distritos donde su partido, federación o coalición presente candidaturas. Asimismo, las Juntas Electorales de Zona dispondrán de una copia del censo electoral utilizable, correspondiente a su ámbito”.

Ahora bien, el mismo artículo 41, en su último apartado, establece un límite a este último supuesto de acceso: “excepcionalmente y por razones debidamente justificadas, podrá excluirse a las personas que pudieran ser objeto de amenazas o coacciones que pongan en peligro su vida, su integridad física o su libertad, de las copias del censo electoral a que se refiere el apartado 5 del presente artículo”.

Asimismo, la LOREG regula la posibilidad de los ciudadanos inscritos en el Censo Electoral de consultar el mismo. Como establece el art. 39.2 LOREG “los Ayuntamientos y Consulados estarán obligados a mantener un

servicio de consulta de las listas electorales vigentes de sus respectivos municipios y demarcaciones durante el plazo de ocho días, a partir del sexto día posterior a la convocatoria de elecciones. La consulta podrá realizarse por medios informáticos, previa identificación del interesado, o mediante la exposición al público de las listas electorales, si no se cuenta con medios informáticos suficientes para ello”⁹³¹.

También se regula por la Ley Orgánica la posibilidad de solicitar a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, un certificado de inscripción en el Censo a efectos de poder ejercer el voto por correspondencia (arts. 72 y siguientes de la LOREG), así como la posibilidad de obtención de una certificación censal específica, como modo de probar que el elector está inscrito en el censo electoral vigente aunque, por la razón que fuere, no figure en los ejemplares certificados de las listas del censo que hayan sido entregados a la Mesa electoral (art. 85.1 LOREG).

Respecto de los archivos de las Juntas Electorales, la LOREG es ciertamente parca y tan sólo encontramos una referencia a los mismos en su art. 12.2, cuando establece que son los Secretarios de las Juntas Electorales quienes “custodian en las oficinas donde desempeñan sus cargos la documentación de toda clase correspondiente a las Juntas”.

En todo caso, entendemos que el posible acceso a dicha documentación deberá hacerse con respeto a la intimidad de las personas, siguiendo los mismos criterios que la Ley Orgánica ha establecido respecto del Censo Electoral, ya analizados.

⁹³¹ La Junta Electoral Central, en Instrucción de 20 de enero de 2004, ha aclarado cómo puede hacerse la consulta de estos datos por Internet: “Visto lo dispuesto en el art. 39 LOREG y ante la necesidad de proteger los datos personales de los electores, conforme a lo que resulta del art. 41 de la citada Ley Orgánica, la Junta Electoral Central [...] ha acordado publicar la siguiente Instrucción: [...] Los Ayuntamientos que faciliten a los electores a través de Internet el acceso a sus datos censales deberán incluir a tal fin los mismos datos de cada elector que figuren en las listas en soporte papel”.

4. Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.

Esta remisión efectuada por el art. 37.6.d) LRJAP a las disposiciones legislativas propias de la función estadística está determinada no por el contenido de los documentos a los que se refiere, sino por la finalidad a la que, en un momento dado, sirven estos archivos, de manera que no se refiere a archivos específicos, y a los documentos en él integrados, sino a cualesquiera que estén siendo utilizados con fines estadísticos -puesto que muchos de los datos recogidos en los archivos y registros administrativos, como fruto de la actividad administrativa pueden servir para la obtención de información estadística- y siempre que los mismos se encuentren en el ámbito de la función estadística.

Llama poderosamente la atención la formulación que se hace en este apartado al referirse exclusivamente a los archivos y no a los registros administrativos o a los documentos, cuando la información recogida en los registros administrativos puede ser especialmente útil a efectos estadísticos. Habrá que entender, tal vez, que nos encontramos de nuevo ante una de esas sinécdoques y metonimias que este art. 37 LRJAP parece utilizar constantemente, al referirse en algunos casos, indistintamente, a archivos, registros, expedientes o documentos. Así habrá que entenderlo, porque tendría poco sentido que, ante una remisión tan precisa, determinada además por la finalidad de los documentos y no por el objeto de los mismos, los archivos que sirven a fines estadísticos se debieran regir por sus propias disposiciones, mientras que los registros, utilizados con la misma finalidad, tuvieran que someterse al régimen jurídico establecido por la LRJAP.

En todo caso, la norma de referencia a este respecto, esto es, la disposición específica por la que se rigen estos archivos, será la Ley 12/1989,

de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública (LFEP), cuya preocupación fundamental es la protección del derecho a la intimidad, cuando se requieran datos personales –independientemente de que exista un deber o no de comunicar esos datos- para llevar a cabo dicha función, y para lo cuál el principio fundamental es el secreto estadístico.

Así, el art. 4.1 establece que “la recogida de datos con fines estadísticos se ajustará a los principios de secreto, transparencia, especialidad y proporcionalidad”⁹³², siendo el principio de secreto el que debe presidir todo el tratamiento de los datos personales que utilicen, desde la actividad de recogida de los mismos y elaboración de estadísticas, hasta la difusión de estas últimas.

Hay que destacar, antes de entrar a analizar sucintamente la aplicación de este principio de secreto –por el que parece excluirse, por tanto, toda posibilidad de acceso a los archivos, cuando estos sean utilizados con fines estadísticos conforme a la LFEP-, que en referencia a los datos utilizados, la LOPD se remite también a la legislación estadística para su regulación⁹³³,

⁹³² Los siguientes apartados de este art. 4 explican la interpretación que de estos principios debe hacerse:

“2. A fin de garantizar el secreto estadístico además de observarse las prescripciones contenidas en el Capítulo III del presente Título, los servicios estadísticos estarán obligados a adoptar las medidas organizativas y técnicas necesarias para proteger la información.

3. En aplicación del principio de transparencia, los sujetos que suministren datos tienen derecho a obtener plena información, y los servicios estadísticos obligación de proporcionarla, sobre la protección que se dispensa a los datos obtenidos y la finalidad con la que se recaban.

4. En virtud del principio de especialidad, es exigible a los servicios estadísticos que los datos recogidos para la elaboración de estadísticas se destinen a los fines que justificaron la obtención de los mismos.

5. En virtud del principio de proporcionalidad se observará el criterio de correspondencia entre la cuantía de la información que se solicita y los resultados que de su tratamiento se pretende obtener”.

⁹³³ Establece el art. 2.3 LOPD que “se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos

excluyéndolos de su ámbito de aplicación salvo para algunas cuestiones especialmente previstas por la propia LOPD⁹³⁴. Por tanto, cuando los archivos –y los datos personales presentes en los mismos- estén sirviendo a fines exclusivamente estadísticos, estos se rigen enteramente por el régimen jurídico previsto por la LFEP que establece, como hemos visto, el principio de secreto sobre los mismos, como mecanismo de protección del derecho a la intimidad.

Los arts. 10 a 12 LFEP se refieren a la recogida de datos que quedan protegidos por el secreto estadístico. En este sentido se establece que los servicios podrán solicitar datos de todas las personas físicas o jurídicas, nacionales y extranjeras, residentes en España, que deben comunicar los mismos de manera veraz, exacta y completa, tanto si se trata de particulares como de instituciones y entidades públicas (art. 10. 1, 2 y 3), siendo de aportación voluntaria –que necesita de expreso consentimiento de los interesados- cuando se trate de datos susceptibles de revelar el origen étnico,

personales: b) los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública”.

⁹³⁴Como señala BACARIA MARTRUS, la LOPD incluye una serie de disposiciones que sí que son aplicables a los ficheros y tratamientos de datos personales con fines exclusivamente estadísticos, siendo las principales:

- la establecida por el art. 4.2 LOPD que no considera incompatible el tratamiento de datos personales con finalidad estadísticas y por tanto permite, como norma general, que los datos de carácter personal que sean objeto de tratamiento para las finalidades para las cuales se hayan obtenido y para finalidades estadísticas;

- la excepción prevista por el art. 4.5 LOPD, a la obligación de cancelación de datos cuando ya no sean necesarios para la finalidad que fueron recogidos; obligación de la que queda exento el Responsable del Fichero cuando se trate de datos con valor estadístico; y,

- la excepción a la solicitud del consentimiento para la comunicación de datos personales entre Administraciones públicas cuando se trate de datos con fines exclusivamente estadísticos (arts. 11 y 21 LOPD).

Vid. BACARIA MARTRUS, “Aproximación al marco legal de los tratamientos de datos de carácter personal con fines exclusivamente estadísticos. Protección de datos y secreto estadístico” en *La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 28-29, 2007.

las opiniones políticas, las convicciones religiosas o ideológicas y cuantas circunstancias puedan afectar a la intimidad personal o familiar cuando se trate de particulares (art. 11.2) y pudiendo denegarse por las Administraciones públicas dicha comunicación cuando se trate de datos relativos a las necesidades de seguridad del Estado y la defensa nacional (art. 10.4) y ajustándose a su legislación específica cuando se trate de datos de naturaleza tributaria (art. 10.5).

Como señala SAINZ MORENO “la Ley 12/1989 ha establecido una distinción entre el deber de guardar secreto estadístico y el deber de guardar reserva sobre los resultados de las estadísticas. El «secreto estadístico» sólo cubre los datos personales que obtienen los servicios estadísticos, pero no alcanza al contenido cifrado de las estadísticas. Sobre este último, sólo se impone un deber de reserva”⁹³⁵.

Según establece el art. 13.1 “serán objeto de protección y quedarán amparados por el secreto estadístico los datos personales que obtengan los servicios estadísticos tanto directamente de los informantes como a través de fuentes administrativas”, secreto que “obliga a los servicios estadísticos a no difundir en ningún caso los datos personales cualquiera que sea su origen” (art. 13.3), y que será aplicado frente a todas las Administraciones y organismos públicos (art. 14.1), que no podrán comunicar datos estadísticos protegidos entre las mismas salvo que la comunicación entre ellas se refiera precisamente a la elaboración de estadísticas y cuando los servicios destinatarios de la información dispongan de medios necesarios para preservar el secreto estadístico (art. 15.1).

Esta obligación de secreto vincula a todo el personal estadístico (art. 17.1) así como a cuantas personas tengan conocimiento de datos sometidos a secreto “con ocasión de su participación con carácter eventual en cualquiera

⁹³⁵ SAINZ MORENO, “Secreto e información...” *op. cit.* págs. 2910 y 2911.

de las fases del proceso estadístico en virtud de contrato, acuerdo o convenio de cualquier género” (art. 17.3), deber de secreto que se mantiene aun después de concluidas sus actividades profesionales o su vinculación a los servicios estadísticos (art. 17.4).

Los servicios estadísticos deberán conservar y custodiar la información obtenida como consecuencia de su propia actividad –dice el art. 22.1-, que seguirá sometida al secreto estadístico, aunque se hayan difundido, debidamente elaborados, los resultados estadísticos correspondientes.

Respecto del acceso a la información estadística, debemos diferenciar dos supuestos, cuando el acceso se hace por parte de una Administración u organismo público y cuando se lleva a cabo por particulares.

En el primer caso, debe tenerse en cuenta que el art. 15.2 determina que “la comunicación a efectos no estadísticos entre las Administraciones y organismos públicos de la información que obra en los registros públicos⁹³⁶, no estará sujeta al secreto estadístico, sino a la legislación específica que en cada caso sea de aplicación”, lo cual es plenamente acorde con el enunciado de la remisión que se está analizando, por cuanto cuando los datos que se desean comunicar no tienen finalidad estadística no se someten a este régimen jurídico, sino al que sea aplicable según la materia objeto de dichos datos o documentos.

⁹³⁶ Hay que señalar que, como recuerdan REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, la LFEP no prevé ninguna competencia de coordinación o de planificación en su reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni cauces específicos de comunicación de la información estadística, de manera que “se forman así, dos sistemas estadísticos paralelos, no sólo en el sentido de correspondientes o semejantes, sino en el que, por más que se desarrollen, no tienen a encontrarse. A cambio, lo único que ofrece la Ley 12/1989 son simples mecanismos de coordinación y cooperación absolutamente voluntarios”. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, “Las competencias estadísticas del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en *RAP*, núm. 168, 2005, págs. 57 y ss.

La posición jurisprudencial respecto a esta cuestión no ha sido unánime, pues el TSJ de Madrid, en Sentencia de 3 de junio de 1992, entiende que los datos del Padrón madrileño no son comunicables a la Administración General del Estado, por entender que es aplicable el secreto estadístico, al tratarse de una comunicación de datos que no entra dentro de los supuestos del art. 15.1 LFEP.

Señala EMBID, respecto de esta Sentencia que la misma “afirma que no hay contradicción entre la doctrina afirmada –de aplicación del secreto estadístico- con el principio de publicidad del Padrón regulado en otra parte del Reglamento de Población: «Considerando que el trámite de publicidad regulado en el artículo 15.2 del Texto refundido de régimen local aprobado por RD 1960/1986, de 11 de julio, no convierte al Padrón Municipal en uno de aquellos registros que, o bien recogen información de dominio público, o bien recopilan información con la finalidad de hacerla pública; por el contrario, el trámite referido no busca la publicidad como fin esencial del Padrón, sino como un medio práctico, y transitorio, de facilitar las rectificaciones de errores u omisiones y, por ello, no enerva la vigencia del principio general del secreto estadístico sobre los datos contenidos en el Padrón ni autoriza la comunicación de esos datos con fines no estadísticos a otras Administraciones»⁹³⁷.

Frente a esta postura, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de noviembre de 1996, anula, por entenderla contraria a derecho, la denegación de información relativa al domicilio, que constaba en el Padrón Municipal de habitantes del Ayuntamiento de Madrid, a la Jefatura Provincial de Tráfico de Valladolid a efectos de un procedimiento sancionador y que se había motivado en que los datos obrantes en el padrón de habitantes están protegidos por el secreto estadístico.

⁹³⁷ EMBID IRUJO, *El ciudadano...*, *op. cit.* pág. 110.

Frente a esta postura, el Tribunal Supremo recuerda el carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos del Padrón, así como el hecho de que la LFEP “contempla y disciplina la «función estadística para fines estatales», desarrollando el art. 149.1.31 de la Constitución, no debiendo por ende entenderse aplicable, de modo directo y sin perjuicio de su posterior utilización para el Censo, al Padrón Municipal, aunque sea de aplicación general a todas las Administraciones públicas, pero nótese, en relación a las estadísticas para fines estatales” (F.J.4.º). Pero el argumento fundamental utilizado es precisamente que “en el apartado 2 del [...] art. 15 se advierte expresamente que la «comunicación a efectos no estadísticos entre las Administraciones y organismos públicos de la información que obra en los registros públicos, no estará sujeta al secreto estadístico, sino a la legislación específica que en cada caso sea de aplicación», lo cual ratifica nuestro criterio de que el secreto establecido por la Ley 12/1989, exclusivamente está referido a la función estadística en ella disciplinada, quedando, por ende, al margen el Padrón Municipal, regido por la legislación de régimen local” (F.J. 4.º)⁹³⁸.

Respecto del acceso de los particulares a los datos estadísticos, la LFEP determina en su art. 19, apartados 2 y 3 que la información amparada por el

⁹³⁸ Concluye el Tribunal Supremo su argumentación manifestando que: “No existe la afirmada incomunicabilidad de los datos estadísticos a servicios que no cumplan una función estadística o que no sean reclamados para finalidades de la misma naturaleza, pues el Padrón Municipal tiene en sí mismo sus características propias y no se encuentra incluido en el contenido de la Ley 12/1989, sin perjuicio de las constantes y permanentes relaciones que en todo caso ha de mantener con el Instituto Nacional de Estadística, y como, de otra parte, existe norma legal específica, según hemos comentado, que ampara las relaciones interadministrativas y el deber de las Administraciones Públicas de facilitarse recíprocamente información y no puede entenderse tampoco conculcado el derecho al honor y a la intimidad personal garantizado por el art. 18 CE, pues, sobre no ser aquel derecho de carácter ilimitado, está ciertamente justificada la entrega del dato solicitado al objeto de surtir efecto en una actividad administrativa lícita dentro del ámbito de la seguridad vial y servir, pues, para proteger derechos y bienes también constitucionalmente protegidos, sin que se produzca consecuentemente una intromisión ilegítima e ilegal en la intimidad personal” (F.J. 5.º).

secreto estadístico “no podrá ser públicamente consultada sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte, si la fecha es conocida o, en otro caso, de 50 años a partir de la fecha de su obtención” aunque “excepcionalmente, y siempre que hubieran transcurrido, al menos, 25 años desde que se recibió la información por los servicios estadísticos, podrán ser facilitados datos protegidos por el secreto estadístico a quienes, en el marco del procedimiento que se determine reglamentariamente acrediten un interés legítimo”.

Sí que serán accesibles, para quien lo solicite, conforme al art. 21 LFEP: otros resultados –distintos de las estadísticas hechas públicas- siempre que quede preservado el secreto estadístico, los datos individuales que no estén amparados por el secreto porque hayan llegado a ser anónimos, así como la descripción de las características metodológicas de las estadísticas hechas públicas.

Frente al secreto que protege los datos que sirven para la elaboración de las estadísticas, éstas últimas deben hacerse públicas y ser ampliamente difundidas, conforme al principio de publicidad, aunque hasta que dicha publicación es acordada por el Instituto Nacional de Estadística [art. 26. ñ)], el personal de los servicios de la elaboración de estadísticas tiene la obligación de guardar reserva –que no secreto- de los resultados de las mismas hasta que hagan públicas oficialmente (art. 20).

5. El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley.

A esta remisión al régimen específico de los registros públicos regulados por ley, contenida en el art. 37.6.e) LRJAP, hemos tenido oportunidad de referirnos al determinar el concepto y la naturaleza jurídica de

los registros administrativos⁹³⁹, así como al delimitar, de entre los mismos, aquéllos cuyo régimen de acceso se somete a las disposiciones generales determinadas en el art. 37.1 y siguientes de la LRJAP⁹⁴⁰.

Baste recordar ahora que, además de los específicamente señalados, de los que nos ocuparemos a continuación, se rigen por sus propias disposiciones todos aquéllos registros cuyo uso esté regulado por una Ley. Esto es, para que queden excluidos del régimen jurídico de acceso del art. 37 LRJAP no basta que la creación del registro se haga por una norma legal, sino que su concreto funcionamiento debe estar determinado por la misma. De esta manera, esta remisión no afectará a aquellos registros administrativos creados por normas de carácter reglamentario o a aquéllos que hayan sido creados por Ley, pero que ésta no regule su uso y funcionamiento.

En todo caso, cuando se aplique esta remisión a registros de carácter público, el hecho de que se regulen por sus propias disposiciones no determinará que queden excluidos de acceso, pues según el art. 105 b) CE el derecho de acceso se refiere a todos los registros administrativos “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”, de manera que la Ley que los regule deberá contemplar, conforme a la Constitución, el derecho de acceso a los mismos, en principio, salvo que concurra alguna causa de exclusión que resulte aplicable.

⁹³⁹ *Vid. supra*, el capítulo 5, “La noción de registro administrativo y su delimitación respecto de otros registros”.

⁹⁴⁰ *Vid. supra*, en el capítulo 7.II, el apartado 1, “El ámbito de aplicación del art. 37 LRJAP: la determinación de los registros cuyo régimen jurídico de acceso se establece en el mismo”.

A) El Registro Civil.

El fundamento de la remisión de la regulación del acceso a las normas que regulan el funcionamiento del Registro Civil se encuentra en el hecho de que los datos que en dicho Registro se consignan son, indudablemente, de carácter personal y su conocimiento es susceptible de afectar al derecho a la intimidad de las personas inscritas. A pesar de tratarse de una materia altamente sensible, puesto que los datos que son objeto de inscripción forman parte de la intimidad personal⁹⁴¹, también la LOPD se remite, para la protección de los mismos, a su regulación específica⁹⁴², esto es, la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.

Establece la Ley que el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos (art. 6). La publicidad se realiza a través del examen de los libros -previa autorización, tratándose de Registros Municipales, del Juez de primera instancia-, y por certificación de alguno o de todos los asientos del mismo folio, literal o en extracto, o negativa si no los hubiere.

No obstante, la propia Ley –y, sobre todo, el Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958-, establecen una serie de excepciones a la publicidad del registro, exigiendo una legitimación especial para tener acceso a dichos datos, precisamente por razón de la protección de la intimidad. Así, el art. 51 de la Ley establece, respecto de la filiación que “no podrán manifestarse los asientos ni librarse certificación que contenga el dato de una filiación ilegítima o desconocida, sino a las

⁹⁴¹ El art. 1 de la Ley del Registro Civil establece que constituye su objeto: el nacimiento, la filiación, el nombre y apellidos, la emancipación y habilitación de edad, las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra y suspensión de pagos, las declaraciones de ausencia o fallecimiento, la nacionalidad y vecindad, la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley, el matrimonio y la defunción.

⁹⁴² Establece el art. 2.3 LOPD que “se regirán por sus disposiciones específicas [...] los siguientes tratamientos de datos personales: [...] d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes”.

personas a quienes directamente afecte o, con autorización del Juez de Primera Instancia, a quienes justifiquen interés especial”.

El Reglamento del Registro reitera el carácter público del Registro, que permite, en general, el conocimiento del contenido del mismo, tanto a los particulares que lo soliciten⁹⁴³, como a las autoridades y funcionarios que deban tener conocimiento del mismo por la función que ejerzan, con la salvedades establecidas por la norma⁹⁴⁴.

Se exige, no obstante, autorización especial -que deberá otorgar el Juez Encargado cuando se acredite un “interés legítimo y razón fundada para pedirla” sin la cual no se dará publicidad-, en los siguientes casos: “1.º De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes; 2.º De la rectificación del sexo; 3.º De las causas de privación o suspensión de la patria potestad; 4.º De los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonorosas o que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado; 5.º Del legajo de abortos; y 6.º De los cambios de apellido autorizados (art. 21 del Reglamento del Registro Civil).

Este régimen tan estricto de autorización judicial para acceder a estos datos protegidos, por razón de la intimidad, se ve sin embargo suavizado en algunos casos, en los que se presume la existencia de un interés especial, normalmente directo, que se concreta en el art. 22 del Reglamento, para cada

⁹⁴³ Art. 17 del Reglamento del Registro Civil: “El Encargado y, por su delegación, el Secretario son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro. Están, además, obligados a informar a los interesados para facilitarles la publicidad registral. El interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación”.

⁹⁴⁴ Art. 19: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21, las autoridades y funcionarios, cuando lo exijan los asuntos de su respectiva función y con indicación de los mismos, pueden conocer, por examen directo, certificación o nota simple informativa, el contenido de cualquier asiento o documento del Registro, salvo los correspondientes al Libro de Matrimonios Secretos”.

uno de los tipos de datos que son considerados sensibles y, por tanto, exentos de acceso público⁹⁴⁵.

El carácter público del Registro Civil debe ceder, además de en los casos previstos por los arts. 21 y 22 del Reglamento, cuando se entienda que puede vulnerarse la intimidad personal o familiar. Recuerda a tales efectos POMED, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) de 9 de enero de 1987, por la que se establecen “una serie de disposiciones en orden a asegurar la plena efectividad del principio de publicidad del Registro en consonancia con la protección del derecho a la intimidad de quienes sean titulares de las informaciones contenidas en el mismo. En particular, [...] que el funcionario encargado del Registro adoptará las determinaciones oportunas a fin de evitar abusos al respecto, especialmente cuando se solicite más de una certificación referida al mismo asiento o documento. [...] Conviene resaltar el amplio juego, la enorme discrecionalidad que, como puede observarse, otorga la Instrucción analizada a los funcionarios encargados del Registro Civil a la hora de hacer

⁹⁴⁵ Establece este art. 22 que: “ No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación:

1.º Respecto de los extremos a que se refiere el número primero del artículo anterior, el propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes de uno y otro.

2.º Respecto de la rectificación del sexo, el propio inscrito.

3.º Respecto de las causas de privación o suspensión de la patria potestad, el sujeto a ésta o sus ascendientes o descendientes o herederos.

4.º Respecto de los documentos archivados, las personas antes referidas en los distintos supuestos, y cuando se trate de resolución notificada, el destinatario de la notificación.

5.º Respecto del legajo de abortos, los padres.

Tampoco requieren autorización los que tienen bajo su guarda las personas antes referidas y los apoderados especialmente por aquéllos o éstas. Aunque el apoderamiento escrito o la guarda no consten fehacientemente, el Encargado discrecionalmente podrá estimarlos acreditados.

6.º Respecto de los cambios de apellido autorizados [...], únicamente la persona inscrita”.

compatibles los derechos de acceso a la información contenida en el mismo y a la protección de la confidencialidad de aquellos que puedan afectar a la esfera de la intimidad personal de los interesados.[...] Confianza que no supone una rémora para la vigencia del principio de publicidad de estos Registros sino, antes bien, hace posible la misma”⁹⁴⁶.

Por último, es de destacar que otra de las diferencias significativas, respecto del régimen jurídico de acceso previsto por la LRJAP, es que el Reglamento del Registro Civil prevé la posibilidad específica de la publicidad relativa a expedientes en tramitación, sin que sea necesario para su acceso, a través de certificación, que haya concluido el procedimiento, como para los archivos y registros administrativos en general, exige el art. 37 LRJAP. Establece al respecto el art. 33 del Reglamento del Registro Civil que “las certificaciones de documentos podrán hacer referencia a extremos concretos contenidos en un expediente terminado o en tramitación”.

B) El Registro Central de Penados y Rebeldes.

Al igual que ocurre con el Registro Civil, la razón de ser de excluir este Registro, específicamente, de la regulación prevista en el art. 37 LRJAP, remitiéndolo a su legislación propia, se debe a que los datos consignados en él afectan a la intimidad personal⁹⁴⁷, puesto que en el mismo se registrarán los antecedentes penales de aquellas personas que hubieran sido condenadas por delitos tipificados en el Código Penal o en otras Leyes penales especiales,

⁹⁴⁶ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...* op. cit. pág. 213.

⁹⁴⁷ El Registro Central de Penados y Rebeldes se excluye también de la aplicación de la LOPD, por remisión expresa de dicha Ley Orgánica a su legislación específica. Establece el art. 2.3 LOPD, como ya hemos visto, que “se regirán por sus disposiciones específicas [...] los siguientes tratamientos de datos personales: [...] d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes”.

dejando constancia de dichos antecedentes, a través de los datos que le son comunicados por los Juzgados, Tribunales y organismos competentes.

Es el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, la norma básica que regula, de manera muy sucinta, el Registro Central de Penados y Rebeldes, determinando que “las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia” (art. 136.4)⁹⁴⁸.

Por ello, el registro no es público, de manera que –aparte de la legitimación especial reconocida a los Jueces y Tribunales para conocer el contenido de lo inscrito en el Registro-, el único acceso que puede tenerse al mismo es a través del denominado “certificado de antecedentes penales”, para cuya petición se encuentra únicamente legitimado el propio titular de dichos antecedentes.

Y, en este sentido, el acceso por cualquier otra persona –sea autoridad pública o particular- a los datos relativos a una persona consignados en el Registro, constituirá una intromisión ilegítima y una infracción de su derecho fundamental a la intimidad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional,

⁹⁴⁸ Como señala ÁLVAREZ-CIENFUEGOS “el Registro de Penados y Rebeldes aparece hoy día regulado por un conjunto normativo, en su mayor parte preconstitucional y de muy diverso rango [...]. Sería recomendable que en un futuro toda esta regulación, carente del necesario rango normativo, encontrara su legitimación en una ley, pues, en la práctica, la regulación del Registro [...], a nivel formal de ley, se encuentra en el art. 136.4 del vigente Código Penal”. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “El registro de penados y rebeldes y la intimidad de los ciudadanos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 409, 1999.

en su Sentencia 144/1999, de 22 de julio, que considera⁹⁴⁹ que “el derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad [...]. Es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad, pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en sustraerlos del conocimiento de los demás [...]. De otro lado, el derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal y familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos pueden justificar que ciertas informaciones relativas a una persona o a su familia sean registradas y archivadas por un poder público, como es el caso del Registro Central de Penados y Rebeldes. [...] Este Registro [...] no deja por ello de estar sometido al límite de la debida garantía de la intimidad de las personas en lo que al acceso a sus asientos se refiere. Así lo dispone genéricamente el art. 105 b) CE, para todos los archivos administrativos [...] y el art. 136 del Código Penal vigente [...]. Conforme a esta legalidad, resulta que las certificaciones de antecedentes penales sólo pueden solicitarse por el interesado o por los órganos judiciales u otros poderes públicos cuando así lo disponga una norma con rango legal. Fuera de estos casos, y dada la

⁹⁴⁹ Se trata de un recurso de amparo interpuesto por el recurrente por entender vulnerado de su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) por la petición formulada por el Presidente de la Junta Electoral de Zona al Registro Central de Penados y Rebeldes sobre su hoja histórico-legal, al margen de los procedimientos legalmente establecidos.

naturaleza de los datos contenidos en el referido Registro, el acceso a ellos vulnera el derecho a la intimidad de aquel a quien se refieran”(F.J. 8.º).

Para que los datos que se recogen en el Registro Central de Penados y Rebeldes puedan ser conocidos por terceros, ya se trate de autoridades públicas o de particulares, ese acceso debe estar específicamente previsto por Ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional va más allá, afirmando que, por el carácter especialmente sensible de estos datos, el acceso a este Registro no sólo debe estar previsto por Ley, sino que además, quienes estén legítimamente autorizados para acceder a dicha información por esa Ley, deben hacerlo acreditando un interés que justifique la aplicación de alguna de las limitaciones constitucionalmente previstas al derecho a la intimidad⁹⁵⁰.

C) Otros Registros públicos excluidos por el art. 37.6.e) LRJAP.

Según la función o finalidad característica de cada registro, el tratamiento de la información que al mismo se incorpora -que es, en definitiva, el objeto último del derecho de acceso-, será distinto (tanto en naturaleza como en efectos), lo cual podría determinar también un diferente régimen de acceso. Puede por ello resultar de utilidad llevar a cabo aquí el análisis del régimen de acceso de los ciudadanos a algunos de los registros, según su función y finalidad –obviamente, sin voluntad exhaustiva, dada la

⁹⁵⁰ Continúa su argumentación el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 144/1999 afirmando que “la información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo como son sus antecedentes penales, que indudablemente afectan a su integridad moral, debe estar a recaudo de una publicidad indebida y no consentida por el afectado, y, aun en el caso de que una norma de rango legal autorice a determinados sujetos el acceso a la misma, con o sin el consentimiento del afectado, ese acceso sólo está justificado si responde a alguna de las finalidades que explican la existencia del Archivo o Registro en el que estén contenidas; fines que deberán coincidir con alguna de las limitaciones constitucionalmente impuestas a la esfera íntima del individuo y su familia. Así pues, si el acceso no se realiza con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la intimidad” (F.J. 8.º).

amplitud de Registros diferentes que existen-, cuyo régimen de acceso se encuentra en las leyes que los crean o regulan, tal y como establece la remisión que estamos analizando, excluyéndolos de la aplicación del régimen de acceso previsto por la LRJAP.

Para el Registro de la Propiedad -sobre cuyo ejemplo se construye la regulación de otros registros públicos que hemos caracterizado como “registros jurídicos” o “registros de seguridad jurídica”-, establece el art. 221 de la Ley Hipotecaria que serán públicos “para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos”. Al respecto pone de manifiesto LACRUZ que “se ha aprovechado la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación para dar redacción totalmente nueva al art. 222”⁹⁵¹. Este artículo establece, en su apartado primero que “los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación”. Dice LACRUZ al respecto que este precepto “acoge puntos de vista de la Dirección General de los Registros y el Notariado (expresados en Instrucción del mismo año y en resoluciones anteriores) que tienden a adaptar a las realidades técnicas nuevas (informática y telecomunicaciones) y a cautelas exigidas para la protección de datos personales (por ejemplo, para evitar la formación de bases de datos masivas mantenidas por particulares aprovechando la información registral) el viejo planteamiento de la publicidad formal, basado en las certificaciones y en la exhibición material de los libros del Registro en la oficina registral ante cualquiera que muestre interés en conocer sus datos (desde 1998, ha desaparecido la exhibición de los libros en su sentido propio o queda con

⁹⁵¹ LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos de Derecho civil. III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Dykinson, 2001, pg. 283.

aplicación excepcionalísima) [...] En particular, se prohíbe el acceso directo, por cualquier medio, a los libros, ficheros o al núcleo central de la base de datos del archivo del Registrador (art. 332-2 del Reglamento Hipotecario)”⁹⁵².

Respecto del Registro Mercantil, establece el art. 12 del Reglamento que lo regula que “1. el Registro Mercantil es público y corresponde al Registrador Mercantil el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. 2. La publicidad se realizará mediante certificación o por medio de nota informativa de todos o alguno de los datos contenidos en el asiento respectivo, en la forma que determine el Registrador”.

Asimismo, establece el art. 79 la posibilidad del acceso informático: “los Registradores Mercantiles facilitarán a los interesados la consulta de los datos relativos al contenido esencial de los asientos por medio de terminales de ordenador instalados a tal efecto en la oficina del Registro”.

También en la regulación de este Registro se contemplan las posibles injerencias que el acceso a la información contenida en el mismo puede causar en el derecho de intimidad: el art. 12.4 del Reglamento del Registro Mercantil (R.D. de 19 de julio de 1996) que establece que “los Registradores Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las normas vigentes en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos”; así como el art. 382.2 del mismo Reglamento, que establece que “los Registradores Mercantiles Centrales determinarán, en cada caso, bajo su responsabilidad, el procedimiento para hacer efectivas las expresadas notas y su contenido, cuando por razón de la

⁹⁵² *Ibidem.*

solicitud formulada pueda vulnerarse la legislación vigente de protección de datos de carácter personal”.

De manera que son, de nuevo, los Registradores encargados, quienes deberán velar por el equilibrio que debe existir entre la función de publicidad para la que el Registro ha sido creada y la protección de datos personales, sobre todo ante la posibilidad, derivada del acceso telemático e informático, del acceso masivo de datos, siendo, en general, la DGRN contraria a esta posibilidad y tendente a la denegación de la transmisión generalizada de los datos del Registro⁹⁵³.

6. El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local.

Nos encontramos aquí ante la única remisión a un régimen específico, efectuada por el art. 37.6.f) LRJAP, que viene determinada no por el objeto del acceso –esto es, por el tipo de archivo o registro de que se trate⁹⁵⁴, o por la materia a la que los mismos se refieren-, sino por el carácter cualificado de

⁹⁵³*Vid.*, al respecto, DE LA QUADRA SALCEDO, “El servicio público registral entre la privacidad y la publicidad”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo I, págs. 1283 y ss, Tirant lo Blanch, 2000.

⁹⁵⁴ Aunque el art. 37.6. e) LRJAP sólo haga referencia a los “documentos obrantes en los archivos de las Administraciones públicas” debemos entender que, de nuevo, el legislador está haciendo uso de una sinécdoque para referirse tanto a los archivos como a los registros administrativos pues no tendría sentido que estos últimos quedarán sometidos al régimen general de acceso del art. 37 LRJAP, mientras que el acceso a los archivos se remite a las disposiciones específicas que prevén el acceso de estos sujetos cualificados a los mismos.

los sujetos que pretenden ejercer el derecho de acceso, a los cuales ya hemos tenido ocasión de referirnos anteriormente⁹⁵⁵.

La razón de ser de esta exclusión se halla en el fundamento jurídico del derecho de acceso de los representantes políticos mencionados en este apartado⁹⁵⁶, que no se encuentra, como el de los ciudadanos en general, en el art. 105 b) CE, sino que debemos buscarlo en el derecho fundamental regulado por el art. 23.2 del Texto Constitucional “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

El Tribunal Constitucional ha interpretado este derecho fundamental enunciado por el artículo 23.2 CE, entendiendo que el mismo engloba no sólo el acceso a dichas funciones y cargos públicos, sino que también garantiza la permanencia sin perturbaciones ilegítimas en el cargo, así como al efectivo ejercicio de las funciones propias de dichos cargos y representantes públicos, esto es, engloba el que se denomina habitualmente “status parlamentario” o *ius in officium* de los representantes públicos⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ Nos hemos referido a esta excepción, al analizar los sujetos del derecho de acceso, a cuyo contenido nos remitimos. *Vid.* capítulo, apartado II. 4. “Algunos sujetos especiales del derecho de acceso”.

⁹⁵⁶ Teniendo en cuenta, por supuesto, las diferencias cualitativas existentes entre los tres escalones representativos señalados.

⁹⁵⁷ *Vid.*, entre otras, la STC 161/1988, de 20 de septiembre, en la que se afirma que: “el derecho posiblemente afectado, de modo directo, por el acto impugnado no es el que citan los actores [el previsto por el artículo 23.1 CE], sino el enunciado en el número 2 del mismo artículo 23 de la Constitución, precepto que reconoce, asimismo, a todos los ciudadanos «el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes», pues este precepto garantiza, no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga –STC 32/1985, de 6 de marzo-, ya que en otro caso la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico” (Fundamento Jurídico 6.º).

El derecho fundamental a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad incluye por tanto lo que ha sido denominado como “*ius in officium*”, esto es, el conjunto o haz de facultades que se reconoce a los representantes políticos cuando acceden a sus cargos y que les permiten permanecer en el mismo y desempeñar las funciones para las que han sido elegidos, entre las cuales se encuentra el derecho a la información a través del acceso a los archivos y registros administrativos y cuya vulneración podría determinar la lesión del derecho fundamental previsto por el art. 23.2 CE⁹⁵⁸.

Se trata, no obstante, de un derecho de configuración legal, cuyo desarrollo del artículo 23 CE no se ha llevado a cabo en una única Ley, sino que se ha ido concretando en distintas normas que tienen por destinatarios a los representantes públicos: en el caso de los representantes y cargos públicos en el ámbito local, la que ha llevado a cabo esta tarea ha sido la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y, para el caso de los representantes parlamentarios –diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados de las Asambleas parlamentarias autonómicas-, sus respectivos Reglamentos.

Son precisamente a estas normas a las que se remite el art. 37.6.f) LRJAP, puesto que, como hemos señalado, entre las funciones que constituyen el *ius in officium* se encuentra el derecho de acceso a la información administrativa.

⁹⁵⁸ De ahí que la vía específica de impugnación, cuando se vulnera el derecho de acceso de los representantes políticos, como parte esencial del *ius in officium*, sea el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por la vía especial prevista por el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. *Vid.*, al respecto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento”, *Revista de Administración Pública*, núm. 107, 1985; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El control parlamentario por el Tribunal Constitucional”, en el *Anuario jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996; o COBREROS MENDAZONA, E. “El «status» parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, 1991.

El acceso de los Diputados está previsto en el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados que establece que: “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas”.

De esta regulación del derecho de acceso, se deduce que la misma, además de tener otro fundamento jurídico –el art. 23.2 CE- se regula con mayor amplitud, puesto que el ejercicio de este derecho no viene limitado a los registros administrativos y a los documentos obrantes en archivos, tal y como se establece en el art. 37.1 LRJAP, sino que se refiere a cualesquiera “datos, informes o documentos”, aunque, por supuesto, pueden ser objeto de aplicación otras limitaciones impuestas objetivamente por las Leyes⁹⁵⁹.

En el mismo sentido, el art. 20.2 del Reglamento del Senado afirma que “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Senadores, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Senado y la Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Senado, en plazo no superior a treinta días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundas en Derecho que lo impidan”.

⁹⁵⁹ Aunque, a veces, las propias normas que prevén un acceso restringido, como en caso de la Ley de Secretos Oficiales, prevén específicamente la posibilidad de acceso por miembros de las Cortes Generales, siempre que existan las debidas garantías para el mantenimiento del secreto –y la defensa de los bienes jurídicos que se pretenden proteger a través del mismo- de los documentos cuyo acceso se pretende.

Este derecho está previsto por todos los Reglamentos parlamentarios, para los miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, de manera más o menos similar a lo establecido por el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el 20 del Reglamento del Senado.

En el caso de los representantes de las Corporaciones Locales, la norma esencial que regula su derecho de acceso es el art. 77 LBRL, que determina que “todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten necesarios para el desarrollo de su función”.

7. La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

Por último, el art. 37.6 g) LRJAP establece que se regirá, por sus propias disposiciones, la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos. La norma de referencia, en este caso, es la LPHE⁹⁶⁰ que, como hemos tenido ocasión de analizar con cierta profundidad⁹⁶¹, plantea en su regulación el inconveniente de que, teniendo en cuenta los términos literales de la misma, puede producirse un solapamiento de las normas, por cuanto que la LPHE tiene vocación de generalidad en su aplicación no sólo a los archivos históricos, sino a los archivos centrales de las Administraciones Públicas (art. 57.1 LPHE).

⁹⁶⁰ Así como, en su caso, las Leyes de Archivos de las Comunidades Autónomas, cuando regulen el acceso a los archivos históricos.

⁹⁶¹ *Vid.* al respecto el Capítulo 7, apartado I.3.D) “El problema del solapamiento entre regímenes jurídicos aplicables: las normas de acceso en la LPHE”.

Como ya tuvimos ocasión de señalar⁹⁶², la vocación de generalidad de la LPHE en la determinación de su régimen jurídico tenía su razón de ser en la ausencia de normativa general de acceso, en desarrollo del art. 105 b) CE, que había sido declarado por el Tribunal Supremo como derecho de configuración legal cuya aplicabilidad dependía, precisamente, de la existencia de un desarrollo legislativo.

Dejando al margen los inconvenientes de ese posible solapamiento -para cuyo análisis nos remitimos al Capítulo correspondiente- y centrándonos exclusivamente en el régimen jurídico que la norma prevé para el acceso a los documentos que, formando parte del Patrimonio Documental, obren en los Archivos históricos, el art. 57.1 LPHE establece, como regla general, la libre consulta⁹⁶³.

No obstante, inmediatamente se hace referencia, de manera pormenorizada, a las limitaciones al acceso previstas por el art. 105 b) CE, que también limitan el acceso a los Archivos históricos. Estos límites se regulan por la LPHR de manera individualizada y estableciendo requisitos diversos para su acceso, de un lado, cuando los documentos afecten a la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de los delitos y, de otro, cuando puedan afectar a la intimidad de las personas.

De esta manera, cuando los documentos solicitados “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

⁹⁶² *Vid.* nota anterior.

⁹⁶³ Sin perjuicio, en todo caso, de la posible restricción establecida por el art. 63 LPHE que afirma que “la Administración del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos españoles a los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, sin perjuicio de las restricciones que, por razón de la conservación de los bienes en ellos custodiados o de la función de la propia institución, puedan establecerse”.

Estado o la averiguación de los delitos” [art. 57.1.a)], el acceso a los mismos será sólo posible mediante la obtención de autorización administrativa. “Dicha autorización –establece el art. 57.1.b) LPHE- 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”.

Cuando los documentos solicitados son susceptibles de afectar a la intimidad de las personas, el régimen de acceso es diverso. Afirma al respecto el art. 57.1.c) que “los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier 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”.

Se establece, por tanto, una limitación de acceso que parece tener carácter absoluto, salvo que medie consentimiento expreso del afectado o por el transcurso de un importantísimo lapso de tiempo desde su fallecimiento (25 ó 50 años), sin que se establezcan otro tipo de modulaciones, como podrían ser la ponderación de los intereses o bienes jurídicos que se pretenden tutelar a través del acceso o la relativización que, respecto de los documentos nominativos, realiza el art. 37 LRJAP y que hubieran moderado un régimen jurídico a todas luces excesivamente estricto.

Señala al respecto ALEGRE ÁVILA que “la protección, pues, de los datos contenidos en los documentos del art. 49.2 LPHE que afectan a la intimidad de las personas, se efectúa mediante al exigencia de consentimiento de los interesados para poder acceder a la consulta de los mismos. Exigencia de consentimiento que no tiene otras excepciones sino el transcurso de 25 años

desde la muerte de la persona afectada, o el de 50, de no ser conocida la muerte de la misma, a partir de la fecha de los documentos. Previsión esta última que constituye una presunción del legislador (indestructible, sin embargo, según parece) a tenor de la cual el transcurso de los indicados 50 años enerva la eventual incidencia en la intimidad del interesado como consecuencia de la consulta de los datos oportunos⁹⁶⁴.

Desde luego, esta parece haber sido la postura de la jurisprudencia que aplica el criterio del transcurso de 25 ó 50 años, si no media consentimiento, sin modulación alguna: así, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1999, en la que se afirma que: “la Administración ha considerado que los fondos documentales que el recurrente desea investigar contienen datos personales que pueden afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen. Pues bien, de las propias manifestaciones vertidas en la demanda se deduce que los fondos contienen datos de la índole expresada; por tanto, su consulta está sometida a las siguientes limitaciones:

- consentimiento, expreso de los afectados, que no existe;

- que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, lo que no ignoramos. Y si bien en la demanda se dice que «lo normal es que todos hayan fallecido», esto no tiene por qué ser así al tratarse de documentos referidos al decenio 1943-1953. Y nada se ha acreditado al respecto.

- que haya transcurrido un plazo de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos, en otro caso; [...] es decir, que hasta la fecha de 6 de junio de 1947 (supuesto que la consulta se solicitó con fecha 6 de junio de 1997) la Administración tiene el deber de posibilitar al recurrente el acceso a

⁹⁶⁴ ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, op. cit., pág. 513.

los documentos, que obrantes en los legajos solicitados, conste que han transcurrido cincuenta años desde su fecha, siempre y cuando, claro está [...] no se encuentren, dichos documentos, en los otros supuestos [...] que impidan su examen o estudio” (F.J.5.º).

RECAPITULACIÓN FINAL

I

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos regulado por el art. 105 b) CE supuso una importantísima novedad en el Derecho español pues se trataba del reconocimiento por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho que no sólo tiene como objeto la realización de los esenciales principios de transparencia y de participación, consustanciales a un moderno Estado democrático de Derecho, como el que se instauraba a través de la Constitución Española de 1978, sino que también suponía el reconocimiento de un derecho subjetivo de los ciudadanos, esencial tanto desde la perspectiva jurídico-pública de tener conocimiento y posibilidad de control de la actividad de las Administraciones Públicas, cada vez más presentes en todos los sectores de actividad del Estado y de los particulares, como también por la posibilidad de ver tutelados sus derechos e intereses legítimos a través de la consulta de la ingente cantidad de información que dichas Administraciones Públicas poseen, información que en muchos casos resulta imprescindible para que los ciudadanos puedan defender y tutelar aquéllos.

Se trata, por tanto, de un derecho que tiene virtualidad tanto jurídico-pública en cuanto instrumento esencial de la realización del principio de transparencia, con todo lo que éste conlleva, como jurídico-privada para la satisfacción de los derechos e intereses legítimos de ciudadanos y de administrados, tanto en sus relaciones con las Administraciones Públicas

como, en muchos casos, entre los propios particulares en su tráfico jurídico-privado.

La introducción del art. 105 b) CE, por tanto, fue absolutamente innovadora en nuestro entorno jurídico, en primer lugar, por suponer la constitucionalización del derecho de acceso a través de la Norma Fundamental aprobada en 1978 –no como derecho fundamental, pero sí como derecho subjetivo de carácter constitucional- y, en segundo lugar, por la peculiar enunciación del mismo como derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, fórmula sin precedentes en el derecho comparado, que poco más tarde adoptaría Portugal en su Constitución.

Llama por ello la atención que éste derecho no fuera a penas objeto de discusión en el proceso de elaboración y aprobación de la Constitución, cuestión que se puede deber a varios factores: primero, porque se trataba de un derecho sin precedentes reconocido en un momento en el que había numerosos intereses en juego, debido a las singulares características de la aprobación de una Constitución que debía consensuarse en todos sus aspectos para consolidar la transición a un Estado democrático de Derecho y en la que debían tenerse en cuenta numerosos factores y, también, porque en el momento de la aprobación de la Constitución, en 1978, las miradas estaban puestas en la consecución de otros objetivos de igual o mayor importancia.

No ha sido, además, hasta mucho más tarde –probablemente a partir de la década de los noventa del siglo pasado-, que la transparencia y el derecho a la información han pasado a considerarse, tanto en el ámbito internacional, como en el nacional, como elementos de capital importancia en los Estados democráticos, dando lugar a una verdadera avalancha de reconocimientos y regulaciones del derecho de acceso en numerosos Estados, en un intento de dotarlos de instrumentos para lograr mayor transparencia en los mismos.

En este sentido, no cabe duda de que la Constitución Española fue pionera en el reconocimiento a nivel constitucional de este derecho. No obstante, conseguido este primer paso fundamental de reconocimiento, el derecho de acceso en España ha sido objeto de una interpretación, tanto jurisprudencial, en un primer momento, como legislativa, después, que no ha estado a la altura de las expectativas que de este pronto reconocimiento constitucional cabía esperar.

Y ello debido a varios factores. En primer lugar, porque el reconocimiento del derecho de acceso se hizo por el art. 105 b) CE como un derecho de configuración legal, al establecerse el mandato al legislador para que lo regulara y, en segundo lugar, por la especial característica de este derecho, que se constituye no como un derecho a la información, ni como un derecho a la documentación pública, sino como un derecho de acceso específicamente referido a los archivos y registros administrativos. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, tanto su configuración jurídica como, fundamentalmente, el objeto del mismo –los archivos y registros administrativos-, han mediatizado enormemente el desarrollo legislativo y la aplicación por los operadores jurídicos de este derecho, llevando desgraciadamente a que su ejercicio por los ciudadanos –y por los administrados, según los casos- no fuera todo lo extenso que cabía esperar.

De esta manera, el reconocimiento del derecho de acceso en el ordenamiento jurídico español y su interpretación como derecho subjetivo y como principio objetivo de actuación de las Administraciones Públicas, se vio considerablemente marcado por una temprana –y quizás precipitada, puesto que se pronunciaba sobre hechos preconstitucionales- interpretación del Tribunal Supremo del mismo, a través de la desafortunada y muy conservadora Sentencia de 16 de octubre de 1979, que negó cualquier tipo de eficacia jurídica al art. 105 b) CE, al interpretarlo como un derecho de configuración legal necesitado de un previo desarrollo legislativo para poder

ser ejercido por los ciudadanos. Se forzó de esta manera la búsqueda de fundamentos y argumentaciones jurídicas por parte la doctrina, que trataban de paliar los efectos de esta interpretación jurisprudencial, con el fin de lograr la eficacia jurídica directa del derecho que, de otra manera, se vería postergada hasta que los legisladores decidieran llevar a cabo su efectivo desarrollo legal –el cual no llegaría hasta 1992, a través de la LRJAP-.

De ahí que comenzara un intenso debate doctrinal, que se ha prologado hasta la actualidad, entre quienes sostienen que el derecho de acceso, como derecho de configuración legal, necesita necesariamente de un desarrollo legislativo para poder tener eficacia jurídica, y quienes lo asimilan a los derechos fundamentales como derecho instrumental para la satisfacción de los mismos, haciéndole partícipe de ese carácter fundamental, precisamente para poder dotarle de eficacia jurídica plena sin necesidad de un previo desarrollo legal.

Si bien estas interpretaciones resultaron muy útiles en su momento y, sin duda, justificadas en ese intento de dotar de virtualidad jurídica real a un derecho constitucionalmente reconocido, tras el desarrollo normativo del derecho de acceso por la LRJAP, la cuestión de la eficacia jurídica del derecho ha dejado de tener relevancia, pues está fuera de duda, y permite afrontar el estudio del derecho de acceso sin la finalidad inmediata de dotarle de eficacia jurídica. En este sentido, se puede afirmar, sin duda, que la naturaleza jurídica del derecho de acceso es, innegablemente, la de un derecho constitucional de configuración legal que, en determinados casos, puede ser instrumental de otros derechos, incluso de aquéllos de carácter fundamental.

Esto es, el hecho de que se trate de un derecho de configuración legal no quiere decir que el mismo carezca en todo caso de eficacia, sino que debe ser desarrollado por el legislador para poder ser considerado como un derecho subjetivo completo. Sin embargo, ello no quiere decir que el precepto

constitucional carezca, en sí, de eficacia jurídica sin ese desarrollo normativo, puesto que sí que la tiene, inmediata, además, como principio objetivo que debe presidir toda la actuación de las Administraciones Públicas, además de contener un mandato de carácter constitucional –cuya eficacia jurídica también es inmediata-, que vincula al legislador y le obliga a desarrollarlo respetando en todo caso su contenido esencial enunciado por el art. 105 b) CE.

Superado ya ese obstáculo con el desarrollo legal del precepto llevado a cabo en el art. 37 LJRAP, no hay problema en afirmar, como es el caso, que se trata de un derecho de configuración legal y, como terminaron por declarar tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, independientemente de su caracterización como tal, el derecho de acceso es de aplicación inmediata como principio de la actividad administrativa –como traducción jurídica e instrumental de los principios de transparencia, participativo y democrático- y asimismo, en cuanto que garantía de los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas.

El otro de los elementos que sin duda ha mediatizado el efectivo ejercicio del derecho de acceso, además de su tardío desarrollo legislativo, ha sido su objeto, por la peculiar enunciación del mismo como derecho de acceso “a los archivos y registros administrativos”, fórmula sin precedentes en el Derecho comparado, que poco más tarde adoptaría Portugal en su Constitución.

Al tratarse no de un genérico derecho a la información, sino un específico derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, resulta esencial llevar a cabo la delimitación del concepto y del régimen jurídico de unos y otros para poder determinar el contenido real de este derecho.

En este sentido, el ordenamiento jurídico español no facilita en ningún caso definición alguna de lo que pueda entenderse por “archivo administrativo” o por “registro administrativo”, por lo que resulta necesario individualizarlo respecto de otros tipos de archivos y de registros, cuyo régimen de acceso es diverso, tarea que, sin duda, resulta harto compleja.

Resulta complicada, en primer lugar, la individualización de lo que sean los archivos administrativos por la dualidad del carácter de los mismos – como instituciones administrativas y de carácter cultural- y sobre todo, porque la legislación que los regula parece haberse centrado especialmente en este último aspecto –tanto la LPHE como las Leyes sobre patrimonio cultural y documental de las Comunidades Autónomas-, mientras que se ha descuidado su indudable vertiente administrativa. Lo es, sobre todo, debido al incomprensible silencio que la LRJAP y el resto de normas administrativas guardan respecto de esta cuestión, que es fundamental para el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas y por lo que debería haber sido abordada por el legislador estatal en virtud de la competencia sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre procedimiento administrativo que le asigna el art. 149.1.18.^a CE, en lugar de ser regulado por normas de carácter parcial y que han quedado completamente obsoletas, o por otras cuya injerencia en lo cultural e histórico no permite un adecuado tratamiento de los archivos administrativos.

Mientras que en el ámbito estatal la situación puede calificarse de caótica, sin una regulación general de los archivos administrativos estatales – pues la norma de cabecera sigue siendo, a estas alturas, el Decreto 914/1969, de 8 de mayo, de creación del Archivo General de la Administración Civil-, las Comunidades Autónomas han intentado resolver mejor la cuestión. La desatención por parte de las normas administrativas de la regulación de los archivos ha llevado, a que sean las Comunidades Autónomas quienes los regulen, precisamente a través de sus normas sobre patrimonio cultural y

documental, amparándose en el título competencial relativo a los archivos, contenido en el art. 149.1.28 CE, pero considerándolos esencialmente como instituciones de carácter cultural, cuya finalidad fundamental es la conservación de su patrimonio documental de carácter histórico, de manera que es difícil determinar correctamente el régimen de acceso a los mismos, puesto que la atribución a las Comunidades Autónomas –ratificada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 103/1988, de 8 de junio- de la competencia sobre patrimonio documental, que engloba también a los documentos albergados en archivos que no son competencia de las propias Comunidades Autónomas, sino de organismos supra autonómicos –ya sea de la Administración General del Estado como, incluso, de la Unión Europea-, dificulta enormemente la clarificación de la competencia de gestión –y, por tanto, sobre acceso, en materia de archivos administrativos.

Dado que este patrimonio se conserva en archivos de carácter histórico, cuyo acceso excluye la LRJAP –art. 37.6.g)-, remitiéndolo a su propia normativa específica, la LPHE de un lado y las mencionadas normas autonómicas sobre patrimonio documental, de otro, complica enormemente la determinación del régimen jurídico de acceso a los archivos administrativos, que se regulan conjuntamente con los históricos.

Sería por ello esencial que el Estado asumiera la regulación específica de los archivos administrativos, en virtud del título competencial establecido por el art. 149.1.18 CE, dotando a los mismos de la racionalidad y sistematización de que carecen, fundamental además a la hora del ejercicio del derecho de acceso, que se ve gravemente mediatizado por esta indeterminación.

Lo mismo se puede decir, en segundo lugar, de los registros administrativos, cuya definición y naturaleza jurídica no han sido reguladas por el Derecho administrativo. Los registros administrativos se configuran como una enorme amalgama de instituciones –que, a veces, ni siquiera llevan

el nombre de “registro”, como ocurre con el Catálogo de montes, o con el Inventario General de Bienes de Derechos del Estado, entre otros muchos-, cuyo régimen jurídico no se determina ni por la LRJAP, ni por las normas autonómicas y locales sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que se limitan al reconocimiento y regulación de los registros generales de entrada y salida de documentos previstos por el art. 38 LRJAP.

Esto ha sido causa de nefastas consecuencias, pues la falta de un régimen jurídico general de dichos registros ha llevado a que gran parte de la doctrina les niegue su condición de registros –como instituciones con efectos jurídicos derivadas de la inscripción en los mismos- y que los trate como órganos asimilables, en cuanto a la naturaleza jurídica, a los archivos administrativos, para darles un tratamiento conjunto respecto del derecho de acceso –y, en algunos casos, limitando este tratamiento a los mencionados registros generales regulados por el art. 38 LRJAP-.

No cabe duda, sin embargo, que los registros administrativos ni se limitan a estos últimos, ni tienen una naturaleza jurídica asimilable a la de los archivos administrativos. Son instituciones de carácter jurídico-público, cuya finalidad estriba en proporcionar a la Administración un instrumento de información y de control esencial a la hora de servir los intereses generales a través de la actuación administrativa y que alcanzan una virtualidad mayor, al servicio de los ciudadanos, a través precisamente del reconocimiento del derecho de acceso a los mismos, tanto al servicio, como ya se ha dicho, del principio de transparencia, como en cuanto que coadyuvantes a la tutela de sus derechos e intereses legítimos.

De ahí que sea necesaria su individualización respecto de otros registros, que se denominan por la doctrina como “registros jurídicos” o “de seguridad jurídica”, cuyo régimen de acceso es distinto –puesto que el art. 37.6.e) LRJAP se remite para su regulación a su específico régimen jurídico de acceso-, debido a la distinta finalidad que estos registros tienen, al servicio

de la seguridad jurídica del tráfico de los derechos patrimoniales de los particulares.

II

En el estudio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos objeto de este trabajo, se han tenido en cuenta, como útiles elementos de comparación y de análisis, un particular modelo de Derecho comparado –el del derecho de acceso a la información en los Estados Unidos, regulada por la *Freedom of Information Act* de 1966-, así como el derecho de acceso a la documentación en la Unión Europea, que no sólo sirve como elemento y parámetro de estudio, sino que interesa también fundamentalmente por tratarse de Derecho comunitario y, por tanto, parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

Es especialmente interesante la regulación del derecho de acceso en los Estados Unidos, como elemento de comparación, pues su integración en el ordenamiento jurídico norteamericano tiene caracteres muy similares a los del derecho de acceso en España: se trata de un derecho subjetivo, configurado legalmente, pero cuyo fundamento se encuentra en las libertades de prensa y expresión recogidas como derechos fundamentales por la Primera Enmienda de la Declaración de Derechos, sin que ello le contagie, sin embargo, como reiteradamente declara el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el carácter de derecho fundamental.

Se trata además, como ocurre en el derecho español, de un derecho de acceso a documentos y no un genérico derecho a la información –como en principio cabría deducir de su regulación a través de la *Freedom of Information Act* de 1966-. Para que la información que se solicita sea accesible, esto es, para que realmente exista derecho, es necesario que la misma se encuentre recogida en forma de documento y que éste haya sido

elaborado por una Agencia. Es decir, como ocurre en el Derecho español, la determinación del objeto del derecho de acceso tiene una gran relevancia y características especiales, puesto que no se trata de un genérico derecho de acceso a la información, o a los documentos, sino que, para que se pueda acceder a los mismos, el objeto de la consulta deben ser los denominados “documentos de agencia” (*agency records*), como aquí el acceso ha de referirse a los “archivos y registros administrativos”. Se trata, por tanto, de un requisito previo para la existencia misma del derecho –lo que la doctrina norteamericana ha denominado como “*the threshold question*”, es decir, la cuestión del umbral-, de manera que sólo existe derecho de acceso si éste se refiere a los documentos de agencia y no en otro caso.

Y, por último, se trata de un derecho limitado por numerosas excepciones que lo restringen sustancialmente, aunque todas estas limitaciones tienen carácter objetivo y no subjetivo, es decir, determinados documentos quedan excluidos de acceso por la materia a la que se refieren, que resulta especialmente protegida, pero sin que se requiera una legitimación activa especial en ningún caso, esto es, no es necesario acreditar ningún interés para acceder a ningún tipo de documento.

Asimismo, es importante tener en cuenta la regulación del derecho de acceso en la Unión Europea, cuya evolución ha sido consecuencia de la indudable influencia de los Estados miembros, primero de los más reticentes a su reconocimiento –entre los cuáles se puede situar a España, que suele apoyar ante al TJCE las posturas más restrictivas al acceso, por ejemplo, en la STPI de 20 de noviembre de 2004- y que dificultaron sobremanera el reconocimiento de un derecho general de acceso a la documentación comunitaria y, después, de los países aperturistas, cuya influencia ha permitido un mayor desarrollo de este derecho que ha sido, en general, utilizado, al ser un instrumento jurídico de realización del principio de transparencia, como elemento legitimador de la construcción europea.

También en el ámbito del Derecho comunitario se hace patente cómo la determinación del objeto del derecho de acceso delimita el contenido del mismo y configura su ejercicio hasta el punto de que la definición más o menos amplia de las excepciones aplicables –también, como en el caso de los Estados Unidos, de carácter objetivo y no subjetivo-, determina que el derecho se pueda o no ejercer, cuestión que ha sido claramente patente por lo que se refiere a la denominada “regla de autor”, ahora prácticamente erradicada por la aplicación que del Reglamento n.º 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión ha hecho el TJCE.

El derecho de acceso en la Unión Europea, por tanto, tampoco es un derecho de acceso a la información sino de acceso a los documentos. Si bien se admite la consulta de otras formas documentales distintas del escrito, e incluso, el acceso parcial a los documentos, no se trata de un acceso a la información como tal, sino que para que el mismo pueda ser ejercido debe tener sin lugar a dudas base documental (STPI 25 abril de 2007).

III

Sólo una vez definidas y delimitadas la naturaleza jurídica y el particular objeto del derecho de acceso previsto por la Constitución Española es posible abordar el estudio pormenorizado del desarrollo normativo que del mismo ha hecho el art. 37 LRJAP, puesto que el ejercicio de este derecho varía, tanto en sus requisitos, como en las consecuencias del acceso, en función de que se refiera a archivos o a registros administrativos, si bien la regulación del acceso a ambos se aborda conjuntamente en este artículo 37 LRJAP.

A diferencia de las regulaciones sobre derecho de acceso establecidas en otros ordenamientos jurídicos –entre los cuales se encuentran tanto el estadounidense como el de la Unión Europea-, que garantizan un derecho de acceso sin necesidad de acreditar interés subjetivo alguno y con las únicas limitaciones –de carácter objetivo- destinadas a la protección de otros bienes jurídicos que pudieran verse perturbados por el ejercicio del derecho de acceso, la regulación del derecho de acceso en nuestro ordenamiento jurídico se ha construido a partir de una serie de requisitos de legitimación activa que restringen enormemente las posibilidades de ejercicio del mismo. La regulación de estos requisitos, fundados esencialmente en la protección de la intimidad de las personas y de los datos de carácter personal, se ha hecho, sin embargo, incomprensiblemente al margen de lo establecido por la normas sobre protección de datos (la LORTAD, primero, y la LOPD), de manera que ambas normas se ignoran mutuamente, en lugar de coordinarse, como hubiera sido deseable, para poder determinar el ámbito concreto del ejercicio del derecho de acceso.

Para que estos requisitos de legitimación establecidos por los apartados 2 y 3 del art. 37 LRJAP relativos a la protección de la intimidad y de los datos de carácter personal, así como la necesidad de acreditación de un interés legítimo y directo para acceder a los documentos nominativos – verdaderas limitaciones de carácter subjetivo- puedan considerarse justificadas, debería exigirse que la Administración competente, en cada caso, realizara un examen individualizado de los mismos, en el que se llevara a cabo una ponderación de intereses entre los derechos de intimidad y protección de datos –de un lado- y el derecho de acceso, de otro. Este último, además, entendido doblemente desde la perspectiva de los intereses particulares que asisten a los solicitantes de acceso y de los cuáles el derecho de acceso resulta instrumental para su satisfacción, por una parte, y del genérico interés público general, de carácter superior, por otra, de realización

de los principios de transparencia y de participación –como se lleva a cabo en la Unión Europea-.

Esta ponderación de intereses resulta esencial tanto para el caso de los archivos administrativos como, fundamentalmente, para el acceso a los registros administrativos, que al albergar información “viva”, contienen en la mayoría de los casos datos personales o, al menos, documentos de carácter nominativo, de manera que la aplicación restrictiva de los requisitos de legitimación podría llevar al vaciamiento del ejercicio del derecho de acceso, limitando severamente la funcionalidad de estas instituciones jurídicas –archivos y registros administrativos-, cuando una de las finalidades esenciales de los mismos es la de proporcionar información, siendo de esta manera fundamentales para la realización efectiva del principio de transparencia.

Del mismo modo, las limitaciones de carácter objetivo determinadas por las exclusiones al derecho de acceso –establecidas tanto por la CE como por la LRJAP- tienen que ser también objeto de aplicación restrictiva y ponderada en cada caso, para no vaciar de contenido el derecho de acceso. Esto es especialmente necesario cuando se trata de las establecidas por parte del legislador, aparte de las contenidas en el art. 105 b) CE –esto es la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad-, de manera que, para que el desarrollo de otras limitaciones pueda considerarse conforme a la Constitución, éstas tendrán que fundamentarse en la protección de derechos y bienes jurídicos de carácter constitucional y ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva, de manera que, en todo caso, se lleve a cabo un juicio de ponderación entre los intereses que estas exclusiones y limitaciones establecen, de un lado y, de otro, los ya señalados principios de transparencia y de participación –intereses de carácter general-, junto con aquéllos de carácter particular que puedan aducir los solicitantes del derecho de acceso, cuyo ejercicio puede ser necesario para satisfacción de estos derechos e intereses legítimos a los que el derecho de acceso coadyuva.

A todo lo anterior cabe añadir, por último, los requisitos de carácter objetivo y formal que mediatizan de nuevo el derecho de acceso, sobre todo por lo que se refiere a los archivos administrativos, puesto que la Ley regula un acceso que sólo se puede ejercitar respecto de documentos que, formando parte de expedientes, relativos a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud, obren en los archivos administrativos, con todas las dificultades que estos requisitos generan y que han sido objeto de pormenorizado estudio.

Igualmente resulta sorprendente que la LRJAP no regule ningún procedimiento específico para el ejercicio de este derecho, que se somete al procedimiento administrativo común sin ninguna particularidad, siendo especialmente sorprendente la indeterminación del órgano encargado de resolver el procedimiento, del plazo para la resolución del mismo –el supletorio de 3 meses previsto por el art. 42.3 LRJAP- y del sentido del silencio en caso de no dictarse resolución en plazo, de carácter positivo – salvo en algunas Comunidades Autónomas, sorprendiendo de nuevo la falta de uniformidad en esta cuestión-, con los indudables inconvenientes que ello genera tanto para los solicitantes –pues difícilmente podrá reconocérseles por silencio positivo el ejercicio de un derecho que conlleva una positiva actuación de la Administración de permitir el acceso o poner a disposición de los solicitantes lo pedido-, como para la protección del interés público – puesto que difícilmente a través del silencio positivo podrá concederse el acceso a la información si está se ve afectada por la aplicación de alguna de las excepciones previstas, que precisamente se prevén para la protección de derechos e intereses jurídicos, que se considera prevalente al derecho de acceso-.

IV

La finalidad del derecho de acceso es, pues, doble, puesto que como principio general sirve para la satisfacción de intereses generales necesarios y esenciales en un Estado democrático de Derecho, como son los principios de transparencia y de participación y, como derecho subjetivo de los ciudadanos, tiene carácter instrumental para la satisfacción de otros derechos e intereses legítimos para cuya defensa pueden necesitar los ciudadanos el conocimiento de la información que poseen las Administraciones Públicas, a través del ejercicio de este derecho.

Por ello, ante una regulación tan estricta y sometida a limitaciones – tanto de carácter subjetivo como de carácter objetivo- como es la desarrollada por el art. 37 LRJAP, y sin un procedimiento específico adecuado al objeto de la misma, tanto las Administraciones Públicas como los Tribunales están obligados a hacer una interpretación y aplicación que sea coherente con los principios que la inspiran y que se encuentran en su base, a fin de no vaciar de contenido el derecho que nos ocupa.

No obstante, como demuestra la jurisprudencia, no ha sido ésta la tendencia de los operadores jurídicos, que han hecho una aplicación estricta e incluso restrictiva de un derecho cuya regulación ya es de por sí muy limitada, por lo que sería conveniente una revisión su regulación –tal vez, a través de una norma específica-, que obligara a la ponderación de los intereses públicos presentes en el ejercicio de este derecho, normativa que, además, puede resultar esencial, de prosperar la regulación de que del derecho de acceso se está haciendo en el seno del Consejo de Europa y a la que, sin duda, deberá adaptarse el ordenamiento jurídico español.

CONCLUSIONES

Primera. El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos previsto por el art.105 b) CE goza de una doble naturaleza jurídica: en primer lugar, se trata de un derecho subjetivo de los ciudadanos, el de acceder a los documentos que obren en los archivos administrativos, así como a los propios registros administrativos; en segundo lugar, se trata del reconocimiento de un principio objetivo de actuación de las Administraciones Públicas -que, a su vez, se configura como una garantía para los ciudadanos frente a las mismas-, pues éstas deben actuar sirviendo los intereses generales conforme a los principios de transparencia y de participación.

A pesar de que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de octubre de 1979, negó eficacia jurídica inmediata al contenido del art. 105 b) CE, difiriéndola hasta su efectivo desarrollo normativo, se puede afirmar –y así lo han hecho, posteriormente, tanto el Tribunal Constitucional como el propio Tribunal Supremo- que esta norma constitucional goza de eficacia jurídica directa, tanto como mandato directo al legislador para que lo configure y regule como derecho subjetivo de los ciudadanos, como cuanto principio de actuación de las Administraciones Públicas. En este último sentido, debe tenerse en cuenta su ubicación sistemática como parte integrante del art. 105 CE sito en el Título IV de la misma.

El art. 105 CE enuncia una serie de garantías de los ciudadanos ante la actuación administrativa, reconociéndose en el mismo, además del derecho de acceso, la participación tanto en la elaboración de disposiciones de carácter general y en los procedimientos concretos –a través del derecho de

audiencia-, así como la obligatoriedad de que las resoluciones administrativas se produzcan a través del adecuado procedimiento administrativo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que este art. 105 CE se inserta en el Título IV, “Del Gobierno y de la Administración”, entre los arts. 103 a 106 CE, que determinan los principios de actuación de las Administraciones Públicas y su sumisión a los Tribunales, conforme al principio de legalidad.

Tanto por el carácter de derecho constitucional de configuración legal, como en razón de su ubicación sistemática, no cabe sostener, como lo ha hecho una parte de la doctrina, que se trate de un derecho que goza de carácter fundamental por ser instrumental en muchos casos del ejercicio de los derechos fundamentales, pues esa instrumentalidad no le aporta tal carácter, con independencia de la utilidad que este argumento pudo tener hasta que se produjo el efectivo desarrollo normativo del derecho de acceso, a través del art. 37 LRJAP.

Segunda. El derecho de acceso, en nuestro ordenamiento jurídico, no se configura como un derecho a la información, ni como un derecho de acceso a los documentos públicos, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, sino que tiene un objeto propio y específico que lo caracteriza, al tratarse de un derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.

La ausencia de una regulación general en las normas administrativas de lo que sean estas instituciones jurídico-administrativas dificulta enormemente la determinación del objeto del derecho y hace que sea necesario, para poder analizarlo correctamente, partir de la concreción de lo que sean estos archivos y registros administrativos, individualizándolos tanto entre sí, como respecto de otros archivos y registros, a fin de concretar su naturaleza y régimen jurídico aplicable.

Esta diferenciación resulta absolutamente necesaria, porque tanto su ejercicio, como las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, son distintas en función de que se acceda a archivos o a registros administrativos, sobre todo en lo referente a los requisitos objetivos de acceso, así como en la consulta directa y la obtención de copias y certificaciones que conlleva el mismo.

Tercera. Los archivos se definen, por la LPHE, en su art. 59.1, y por las normas sobre Patrimonio Documental y Archivos de las Comunidades Autónomas siguiendo a ésta, desde una doble perspectiva, como “conjuntos orgánicos de documentos” de un lado, como de “instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden dichos conjuntos orgánicos”, de otro.

Los archivos se definen fundamentalmente por las normas como instituciones de carácter cultural que se integran, además, en los patrimonios documentales respectivos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esta perspectiva cultural de los archivos dificulta la diferenciación, dentro de los archivos públicos, entre los administrativos y los históricos – produciéndose un desafortunado solapamiento normativo respecto del acceso a los mismos entre la LRJAP y la LPHR, que regulan un régimen jurídico de acceso distinto en cada caso-, pues ambos forman parte de los respectivos patrimonios documentales –en los que se integran los documentos “de cualquier época” generados o recibidos por Administraciones, Entidades públicas y personas que llevan a cabo funciones de carácter administrativo- y son objeto de regulación conjunta, en las distintas fases del llamado “ciclo de archivo”, por el que los documentos pasan, en función de su antigüedad desde que se depositan en los archivos de oficina de las unidades administrativas, hasta su definitiva conservación en los archivos históricos.

Sin embargo, el elemento esencial para su diferenciación no es la antigüedad de los documentos en ellos depositados, sino el carácter vivo o activo de los mismos, esto es, la eficacia jurídica de dichos documentos que, en principio, no deben transferirse a los archivos históricos hasta que dejen de tener vigencia jurídica. En relación con el ciclo de archivo que las normas regulan, serán archivos administrativos, en cuanto que se encuentran al servicio de la gestión administrativa, puesto que albergan documentos con eficacia jurídica, los archivos de oficina y los archivos centrales de las Administraciones Públicas, mientras que los archivos intermedios y los históricos, son –como su propio nombre indica– archivos de carácter histórico.

La ausencia de regulación de los archivos administrativos por las leyes administrativas lleva, por tanto, a una confusión de regímenes jurídicos aplicables. Por ello, el legislador estatal, en función de la atribución competencial sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas que le es propia según establece el art. 149.1.18.^a CE, debería acometer la regulación de los archivos administrativos, como instituciones administrativas esenciales para el ejercicio de las potestades que tiene encomendadas al servicio del interés general, necesitadas de una regulación propiamente administrativa que permita diferenciarlos funcionalmente de los de carácter histórico y cultural, así como asegurar, a través de su clara enunciación, la obligación que pesa sobre las Administraciones Públicas de custodia y conservación de la documentación administrativa, precisamente a través de los archivos administrativos.

Cuarta. Es necesario, también, delimitar los registros administrativos del resto de registros, como objeto del derecho de acceso. Si bien, como instituciones jurídicas, puede considerarse que todos los registros son organizaciones de carácter administrativo, que se insertan en la organización

administrativa y cuya actividad se lleva a cabo a través de funcionarios públicos, pueden diferenciarse los registros administrativos del resto de registros, que la doctrina denomina, generalmente, como “registros jurídicos” o “de seguridad jurídica”, por la finalidad principal que los caracteriza, así como por los efectos que se derivan de la inscripción en cada uno de los mismos.

Los registros jurídicos tienen como finalidad primordial, de carácter jurídico-privado, el servir de instrumento para dotar de certeza las relaciones entre particulares en el tráfico jurídico a través de la publicidad de carácter material, garantizando así el principio de seguridad del tráfico jurídico; en tanto que la finalidad jurídico-pública de los registros administrativos es la de servir de instrumento a la Administración proporcionándole la información necesaria para que ésta pueda llevar a cabo las actuaciones que tiene encomendadas al servicio de los intereses generales, conforme al art. 103.1 CE. Finalidades principales que los caracterizan que no obstan para que los primeros también sirvan también a fines de carácter jurídico-público, pues en todo caso, la seguridad jurídica lo es, como para que los de carácter administrativo sirvan también a finalidades de carácter jurídico-privado -a través de la publicidad, de carácter formal, que proporcionan-, de tutela de derechos e intereses de los particulares, precisamente a través del ejercicio del derecho de acceso a los mismos, pues lo inscrito en ellos, goza de la presunción de validez y de eficacia propia de los actos administrativos.

Quinta. Archivos y registros administrativos, aunque yuxtapuestos en el art. 105 b) CE como objeto del derecho de acceso, tienen por tanto una naturaleza y finalidad jurídicas distintas, así como unos efectos jurídicos distintos –aunque se trata en ambos casos de instituciones que sirven, fundamentalmente, de apoyo a la Administración-, que no sólo los

diferencian entre sí, sino que determinan también que el régimen jurídico de acceso a cada uno de ellos presente ciertas particularidades.

Los registros administrativos proporcionan a la Administración información “viva” sobre quienes están obligados a inscribir -por lo general, los administrados, personas físicas y jurídicas-, o sus bienes, información que tiene carácter instrumental para Administración en el ejercicio de las actividades que tiene encomendadas. Los archivos administrativos, como conjuntos orgánicos de documentos administrativos, sirven también de fuente de información a la Administración, pero sobre la actividad ya gestionada por ella.

Respecto de los efectos jurídicos que se derivan del depósito, en el caso de los archivos, y de la inscripción, cuando se trata de registros administrativos, también estos son diferentes en uno u otro caso. Así, la inscripción en los registros administrativos produce efectos jurídicos – directos- de muy distinta índole en función de la finalidad que caracterice al registro –desde la interrupción de plazos, como en el supuesto del Registro general de entrada y salida de documentos, hasta efectos de carácter declarativo e incluso constitutivo, en el caso de muchos registros- y, en todo caso, gozan de la presunción de validez propia de los actos administrativos; el depósito en los archivos administrativos, no produce en cambio efectos jurídicos directos, aunque indudablemente podrá tenerlos indirectos, pues hará prueba, en todo caso, de la documentación que en dicho archivo consta.

Sexta. Los requisitos subjetivos para poder ejercer el derecho de acceso, establecidos por el art. 37 LRJAP, son comunes tanto para los archivos como para los registros administrativos. Si, en principio, según el art. 105 b) CE, el derecho de acceso se refiere exclusivamente a los “ciudadanos”, debe interpretarse que se encuentran comprendidos en el mismo, no sólo aquéllos

que gozan del llamado “*status activae civitatis*”, esto es, el tradicional concepto de ciudadano como nacional titular de todos los derechos políticos, sino que debe dar cabida a otras realidades como son, de un lado, los titulares de la ciudadanía europea, así como, específicamente, en el ámbito local, a los extranjeros residentes, por su condición de “vecinos”, conforme al art. 18.1 e) LBRL y, de otro, las personas jurídicas, conforme a la interpretación de ciudadano que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional (STC 64/1988, de 12 de abril, entre otras).

Por otro lado, hay que recordar que el derecho de acceso se enuncia en el art. 35 LRJAP como derecho de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, referencia que debe entenderse incluye no sólo a los ciudadanos, *strictu sensu*, sino también a cualquier persona física y jurídica en sus relaciones con la Administración, por lo que hubiera sido más conveniente la referencia a los “administrados”, término mucho más adecuado técnicamente y que ya no tiene carácter peyorativo que llevaba a evitar su utilización, pues se encuentra reconocido por la Constitución (art. 149.1.18.^a) y hace referencia no sólo a una situación de pasividad de los mismos ante la Administración, sino que los reconoce también como titulares de derechos –como el de acceso- y de situaciones activas frente a la misma.

Séptima. Aunque el derecho de acceso puede ejercerse, en principio, por los titulares del mismo sin necesidad de acreditar interés alguno, el art. 37 LRJAP ha introducido la exigencia de una legitimación activa concreta, cuando se trata de documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas (art. 37.2 LRJAP), en cuyo caso el acceso se limita a las mismas, o cuando se trate de documentos de carácter nominativo, exigiéndose entonces la acreditación de un interés legítimo y directo (art. 37.3 LRJAP).

Ambos requisitos de legitimación se fundamentan en la protección de la intimidad de las personas, uno de los límites al derecho de acceso establecidos por el art. 105 b) CE, pero su regulación como requisitos subjetivos dista de estar clara.

En primer lugar, la referencia a los datos que afecten a la intimidad se debe relacionar con el art. 18.4 CE y la LOPD. No obstante, la descoordinación existente entre esta norma y la LRJAP, que se ignoran mutuamente, dificulta la concreción de esos datos pues, en principio, no todos los datos personales afectan a la intimidad de las personas. Sería, por tanto, recomendable, que se llevara a cabo una reforma tanto de la LRJAP, como de la LOPD, para que se coordinaran en este sentido las soluciones que se deben dar al acceso en estos casos.

En segundo lugar, la exigencia de un interés “legítimo y directo” en el caso de los “documentos nominativos”, contemplada en el art. 37.3 LRJAP, resulta especialmente conflictiva. De un lado, es necesario concretar cuáles sean estos documentos, que la Ley no define y que en principio no deberán ser todos aquéllos que simplemente contienen referencias a personas determinadas –pues se vaciaría prácticamente de contenido el ejercicio del derecho-, sino aquéllos contengan datos de carácter personal –sin llegar a afectar a la intimidad, pues en ese caso es de aplicación la legitimación exigida por el art. 37.2-, a partir de los cuáles sea posible formar una imagen de la persona afectada. De otra parte, la exigencia de ese interés “legítimo y directo” también debe ser objeto de interpretación conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha eliminado la necesidad de acreditación del interés directo, en relación con el derecho fundamental previsto por el art. 24.1 CE.

Octava. Los requisitos objetivos para el ejercicio del derecho de acceso sí varían en función de que se trate de acceso respecto de archivos o de registros administrativos.

El acceso a los registros administrativos no reviste ninguna peculiaridad en su solicitud, por las características de la inscripción en los mismos, mientras que en el caso de los archivos administrativos, la LRJAP ha determinado un régimen jurídico de acceso que dificulta enormemente su ejercicio al tener que referirse a documentos que, formando parte de expedientes relativos a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud, obren en los archivos administrativos. Si bien la exigencia de que la información solicitada se encuentre en un archivo administrativo es correcta conforme a la enunciación del derecho de acceso –siempre que la Administración cumpla con la obligación de conservación y archivo de los documentos administrativos, que indudablemente recae sobre la misma aunque no haya sido objeto de enunciación específica por la LRJAP-, la aplicación de los demás requisitos tiene como consecuencia que queden excluidos de acceso numerosos documentos administrativos, como por ejemplo, la documentación relativa a procedimientos que no son firmes, o los informes y otra documentación de carácter interno que no se integran en ningún procedimiento administrativo, por lo que estos requisitos deberán ser objeto de interpretación estricta, para no vaciar de contenido el ejercicio del derecho.

Novena. La falta de regulación de un específico procedimiento de acceso determina que le sea de aplicación el procedimiento administrativo común previsto por la LRJAP, con los inconvenientes que ello conlleva. Cabe destacar, a este respecto, la indeterminación del órgano encargado de resolver la solicitud de acceso, grave inconveniente para el solicitante de acceso a documentos que obran en los archivos administrativos, sobre el que no debería recaer la carga de saber si quien debe resolver es el mismo órgano

que resolvió el procedimiento o el encargado del archivo –con el inconveniente añadido, en este caso, de saber en qué fase del ciclo de archivo se encuentra el documento al que pretende acceder-; o, el sentido del silencio, de carácter positivo, en caso de no resolverse el procedimiento en el plazo supletorio aplicable de tres meses, -salvo en las Comunidades Autónomas de Cataluña y de Castilla-La Mancha, en las que se prevé un procedimiento especial de menor duración y en el que el silencio, de no resolverse en plazo, es de carácter negativo-.

Carece de lógica, en este sentido, que cada Administración pueda determinar de forma unilateral el sentido del silencio –que debería ser regulado bien por la LRJAP, bien por una Ley específica, determinando su sentido con carácter básico-, ni tampoco que el mismo sea positivo, al tratarse de una resolución que conlleva una actividad material de la Administración de puesta a disposición del ciudadano de lo solicitado, máxime cuando se trata de un derecho objeto de severas limitaciones destinadas a proteger otros bienes jurídicos que se estiman preponderantes. El acto presunto que conceda el acceso, cuando el mismo se vea afectado por una exclusión prevista por la Ley, será nulo de pleno derecho y tendrá que ser objeto de revisión de oficio, cuestión que se evitaría de tener el silencio, en estos casos, sentido negativo.

Décima. Son también distintas las formas de hacer efectivo el acceso –a través de consulta directa, de copia o de certificación- en función de que el mismo se haga respecto de archivos o de registros administrativos, sobre todo en el caso de las copias y certificaciones, por la eficacia probatoria que las mismas pueden tener. Respecto de los archivos administrativos, la copia, si es auténtica, conforme al art. 46 LRJAP, podrá tener un cierto valor probatorio respecto de dichos documentos, mientras que la certificación, como acto administrativo que es, acreditativo de la existencia misma de dicho

documento y de su depósito en el archivo de que se trate, gozará de la presunción de validez propia de los actos administrativos.

En el caso de los registros administrativos, también la nota simple puede tener carácter de copia auténtica, pero carece de eficacia probatoria y sólo da noticia de lo que allí consta. La certificación, en cambio, es también un acto administrativo que contiene una declaración de conocimiento y que goza por tanto también de la presunción de validez y eficacia, pero referente no sólo a la existencia del asiento, sino también de la situación jurídica en él inscrita.

Undécima. Los límites y exclusiones al derecho de acceso son de aplicación tanto a los archivos como a los registros administrativos. Los límites previstos por la propia Constitución, y desarrollados después la LRJAP, no plantean ningún problema; en cambio, sí cabe plantearse la constitucionalidad de otras limitaciones introducidas por la Ley. Al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador goza de una cierta libertad para su regulación, y puede introducir nuevas excepciones –como así se ha hecho, aparte de las previstas por el art. 105 b) CE-, siempre que éstas se refieran a derechos y bienes jurídicos de carácter constitucional. Su aplicación deberá ser objeto de interpretación estricta –en cuanto que limitaciones a un derecho constitucional- y objeto de un análisis individualizado, en el que se lleve a cabo un juicio de ponderación –como el realizado en el ámbito de la Unión Europea- entre los intereses que se derivan de los derechos y bienes jurídicos constitucionales que cada excepción protege, de un lado, y de otro, tanto los intereses generales que tutela el derecho de acceso –derivados de los principios de transparencia y participación-, como aquellos intereses particulares que puedan aducir los solicitantes de acceso, cuando el mismo coadyuve a la tutela de sus derechos e intereses legítimos.

Duodécima. Sería recomendable, por tanto, que el legislador acometiera la tarea de llevar a cabo una revisión de la regulación del derecho de acceso, tras los 16 años transcurridos desde su desarrollo legislativo por la LRJAP, previendo un procedimiento específico para el mismo, en el que se concretaran, entre otras cuestiones, los órganos encargados de la tramitación y de la resolución, el plazo para la misma y el silencio en caso de no producirse, así como una racionalización de los requisitos tanto subjetivos como objetivos para el ejercicio del derecho que, como hemos visto, suscitan numerosos problemas de interpretación y de aplicación; revisión que quizás fuera conveniente llevar a cabo a través de una específica Ley de regulación del derecho de acceso, al margen de la LRJAP, que concretara todos estos aspectos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Tomo I, Ministerio de Cultura, 1994.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, “Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, n.º 17, 2001, págs. 49 y ss.
- ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Constitución Europea, textos, antecedentes y explicaciones*, Cívitas 2005.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo y SARMIENTO, Daniel, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Cívitas, 2006.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “El registro de penados y rebeldes y la intimidad de los ciudadanos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 409, 1999.
- ÁLVAREZ CONDE, *Acceso judicial a la obtención de datos*, dir. REVANGA SÁNCHEZ, Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 65 y ss.
- ÁLVAREZ RICO, Manuel “El derecho de acceso a los documentos administrativos” *Revista de documentación administrativa*, núm. 183, julio-septiembre, 1979, pgs. 101 a 133.
- ÁLVAREZ RICO, Manuel e Isabel, “El derecho de acceso a archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 135. septiembre-diciembre 1994, págs. 473 y ss.

- ÁLVAREZ RICO, M, *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, Dykinson, 1997 (2.^a ed.).

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María “El registro de penados y rebeldes y la intimidación de los ciudadanos”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 409, octubre 1999.

- ALZAGA VILLAMIL, O. *La Constitución Española de 1978*. Madrid, 1978.

- APFELROTH, J., “The Open Government Act: a proposed bill to ensure the efficient implementation of the Freedom of Information Act”, 58 *Administrative Law Review*, 2006.

- ARAGÓN REYES, M., “La eficacia jurídica del principio democrático”, en *REDC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 9 y ss.

- ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia” en *RVAP*, núm. 37, enero-abril 1994, págs. 9 y ss.

- ARNALDO ALCUBILLA, E. “El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales”, en *REDC*, núm. 34, enero-abril 1992, págs. 67 y ss.

- AUBY, J.M. “Hacia la transparencia de la administración en Francia” en *RAP*, núm. 95, mayo-agosto 1981, págs. 315 y ss.

- BACARIA MARTRUS, “Aproximación al marco legal de los tratamientos de datos de carácter personal con fines exclusivamente estadísticos. Protección de datos y secreto estadístico” en *La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 28-29, 2007.

- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Cívitas, 1990.

- BEATO ESPEJO, *Cauces de comunicación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos*, Tecnos, 2002.

- BERMEJO LATRE, J.L., “Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la «huida» del derecho administrativo”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo I, págs. 935 y ss, Tirant lo Blanch, 2000.

- BERMEJO VERA, J. “El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del Ordenamiento jurídico español”, en *REDA*, núm. 57, 1988, págs. 17 y ss.

- BLANTON, T., “La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de Libertad de Información: activismo del Congreso, liderazgo de los medios de comunicación y política burocrática”, en *Derecho Comparado de la Información*, núm. 2, 2003.

- BUNYAN, Tony, *Secrecy and openness in the European Union –the ongoing struggle for freedom of information*, publicado en www.statewatch.org .

- CARBONELL PORRAS y MUGA MUÑOZ, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, 1996.

- CASTELLS ARTECHE, José Manuel, “El derecho de acceso a la documentación de la administración pública”, en *RVAP*, núm. 10, vol. 1, septiembre-diciembre 1984, pgs. 135 a 153.

- CHICO Y ORTIZ, José María, “La documentación administrativa, el Registro de la propiedad y la seguridad jurídica” en *Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez, La protección jurídica del ciudadano*, Tomo I, Cívitas, 1993.

- CHICO Y ORTIZ, José María, “La publicidad efecto y la publicidad noticia”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 78, 1994, págs. 145 y ss.

- CHINCHILLA MARÍN, C., *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988.

- CHITI, E., “The right of access to Community information under the Code of practice: the implications for administrative development” en *European Public Law*, vol 2, 3, 1996.

- COBREROS MENDAZONA, E. “El «status» parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, tomo III, *op. cit* , págs. 2125 y ss.

- COHEN, D. “The public’s right of access to government information under the first amendment”, 51, *Chicago-Kent Law Review*, 1974-75.

- CROSS, H., *The peoples right to know*, 1953.

- CRUZ MUNDET y MIQUELARENA PEÑA, *Información y documentación administrativa*, Tecnos, 2006.

- CUEVAS, “La teoría jurídica del administrado”, *Revista de Derecho Público*, 1932.

- CURTIN, Deirdre, “Democracy, Transparency and Political Participation: Some Progress Post-Amsterdam”, en *Openness and Transparency in the European Union*, Deckmyn and Thomson Editores, Maastricht, 1998.

- DA SILVA OCHOA, J. C., “Derechos de los ciudadanos con especial referencia a las lenguas y acceso a registros” en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, PENDÁS GARCÍA, coord., Praxis, 1993, págs. 318 y ss.

- DAVARA RODRÍGUEZ, “El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en *RAP*, núm. 131, 1993, págs. 455 y ss.

- DAVIS, R.W., “Public access to documents: a fundamental human right?” en *European Integration online papers*, vol. 3, 1999, www.eiop.or.at/eiop/texte/1999-008a.htm

- DEBBASCH, C. (dir.), *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990.

- DESANTES GUANTER, J.M. “Documentación y participación administrativa” en la *Revista General de Información y Documentación*, Vol. 2 (2), 1992, págs. 121 y ss.

- DESANTES GUANTER, J.M., “Significado jurídico-documental del artículo 105 b) de la Constitución”, en *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, 1984, págs. 299 y ss.

- DOMÍNGUEZ LUIS, J.A., “El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa”, en *REDA*, núm. 88, abril 1995.

- DUPLÁ DEL MORAL, Ana, *Manual de Archivos de oficina para gestores. Comunidad de Madrid*. Marcial Pons, 1997.

- DYK, T. B., “Newsgathering, Press Access and the First Amendment”, *44 Stanford Law Review*, 1992.

- ELENA CÓRDOBA, A., “De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración”, en *Administraciones públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coord. ÁLVAREZ CONDE, INAP, 1998, págs. 559 y ss.

- EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la Administración (Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, INAP, 1994.

EMBID IRUJO, Antonio, “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa” en *Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez, La protección jurídica del ciudadano*, Tomo I, Cívitas, 1993.

- EMBID IRUJO “El derecho a la información del Parlamento y de los Parlamentarios. Nuevas reflexiones a la luz de las innovaciones del

ordenamiento jurídico” en el *Anuario Jurídico de la Rioja*, 1996, págs. 289 y ss..

- FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”, en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, coord. Luis MARTÍNEZ GARCÍA, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “El sistema estatal de archivos públicos: pasado, presente y futuro”, en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 22, junio 2003, págs.53 y ss.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Los concejales y el acceso a la información*, Comares, 2003.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen., *El registro mercantil. Un estudio de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 1998.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, “Inventario patrimonial y régimen registral”, en *Comentarios a la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coord. CHINCHILLA MARÍN, Cívitas, 2004.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución” en *Lecturas sobre la Constitución Española (I)*. UNED, 1978.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo” en *Gobierno y Administración en la Constitución, vol. I*, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

- FERNÁNDEZ SALMERÓN y VALERO TORRIJOS, “La publicidad de la información administrativa en internet: implicaciones para el derecho de la protección de los datos personales”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005, págs. 77 y ss.

- FOX, W. F. Jr., *Understanding Administrative Law*, 2.^a ed., Matthew Bender ed., 1992.
- GALÁN GALÁN, “La comunicación pública” en *La comunicación pública*, coor. TORNOS MAS y GALÁN GALÁN, Marcial Pons, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 11.^a edición, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA *Curso de Derecho Administrativo II*, 8.^a edición, Cívitas, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa” en el *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, Cívitas, 1989.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Los actos administrativos*, Cívitas, 2.^a Ed., 1991.
- GARCÍA-TREVIJANO, Ernesto, “El derecho de acceso a los archivos y registros” en *Administraciones públicas y ciudadanos*, PENDÁS GARCÍA, Benigno, Coord., Ed. Praxis.
- GARCÍA ORTEGA, CÓZAR MURILLO y ALMENARA BARRIOS, “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, *Revista Española de Salud Pública*, núm. 78, 2004.
- GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al art. 105 CE”, en *Comentarios a la Constitución Española*, Dir. GARRIDO FALLA, 3.^a Ed.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”, en *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 159 y ss.

- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales” en *REDA* núm. 8, enero-marzo de 1976, págs. 17 y ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Franciso, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Tomo I, segunda edición, Cívitas, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Naturaleza del procedimiento registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El administrado*, El consultor de los Ayuntamientos, 1966.
- GONZÁLEZ PÉREZ, “Artículo 28” en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.ª ed., Cívitas, 1994.
- GONZÁLEZ SALINAS, J., “Interés legitimador para tener acceso a los archivos de la Administración. Principio de transparencia administrativa en la Constitución. Inaplicabilidad directa (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1976)”, en *RCDI*, año 56, núm. 538, 1980, págs. 718 y ss.
- GUICHOT, E. “El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública”, en *RAP*, n.º 160, enero-abril, 2003.
- GUICHOT, *Datos personales y Administración Pública*, Cívitas, 2005.
- GUICHOT, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *RAP*, núm. 173, mayo-agosto 2007, págs. 407 y ss.
- GUILLÉN CARAMÉS, “La Administración Electrónica”, en *Principios de Derecho de Internet*, dir. GARCÍA MENCÍA, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 231 y ss.

- HARDEN, I., “Citizenship and Information” en *European Public Law*, vol. 7, 2. Junio, 2001.
- JIMÉNEZ PLAZA, M.^a Isabel, *El derecho de acceso a la información municipal*, Madrid, Iustel, 2006.
- JORDAN, A., “The Right of Access: Is There a Better Fit than the First Amendment”, *57 Vanderbilt Law Review*, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1956-1957.
- LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos de Derecho civil. III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, 2001. M5
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador”, en *RCDI*, 1979.
- LAFAY, F., “L’accès aux documents du Conseil de l’Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire” en *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, vol. 33, n° 1, 1997.
- LAVILLA RUBIRA; J.J. “Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría, tomo III, op. cit.* págs. 2003 y ss.
- LEYVA DE LEYVA, “Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos”, en *RCDI*, núm. 151, 1989. R11
- LÓPEZ MEDEL, “Naturaleza de la función registral”, en *RCDI*, 1980.
- LÓPEZ MEDEL, “Organización funcional de los Registros, informatización/información” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 645, 1998.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales”, en *RVAP*, núm. 59.

- MADISON, James, *Writings of James Madison*, G. Hunt ed., 1910.
- MANCISIDOR ARTARAZ, E. “El derecho de los parlamentarios a recabar información (comentario a la STC 161/1988, de 20 de septiembre)” en *RVAP*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1989, págs. 161 y ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, L., “El Sistema Español de Archivos en la Constitución: una confrontación entre teoría y realidad”, en el *Boletín ANABAD*, tomo 49, núm. 3-4, 1999.
- MARTÍNEZ GARCÍA, L. “Los principios de la descripción archivística”, en el *Boletín de la ANABAD*, tomo 49, núm. 1, 1999, págs. 51 y ss.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *La función certificante del Estado*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.
- MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas*, Aranzadi, 2006.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico*, Asamblea Regional de Cantabria, 1989
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “La participación en la Administración Pública. Principios y límites”, en *Anuari de la Facultat de Dret*, Lérida, 1985.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento”, *Revista de Administración Pública*, núm. 107, 1985.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El control parlamentario por el Tribunal Constitucional”, en el *Anuario jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La eficacia de la Carta” en *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, n.º 17, 2001, págs. 19 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. L., en *La interconexión de los sistemas jurídicos y del sistema de fuentes del derecho*, Cívitas, 2004.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Cívitas, 2007.

- MESTRE DELGADO, Juan F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (Análisis del art. 105 b) de la Constitución*. Cívitas, 1998.

- MESTRE DELGADO, Juan F., “Consideración introductoria sobre el derecho de acceso a archivos y registros administrativos” *RCDI*, Núm. 1999.

- MICHAEL, J. “Freedom of information in the United States” en *Public Access to Government-held information*, N. Marsh editor, 1987.

- MIRANDA, Jorge, *As Constituições portuguesas de 1822 ao texto actual da Constituição*, Lisboa, 1997.

- MONTIEL, F., “El ciudadano y el administrado” en *RAP*, núm. 48, septiembre-diciembre 1985, págs. 127 y ss..

- MONTORO PUERTO, “Apuntes para una Administración Registral”, en *Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó*, tomo I, Madrid, 1972, págs. 277 y ss.

- MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, 1995.

- MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración” en *RAP*, núm. 84, septiembre-diciembre 1977.

- MUÑOZ MACHADO, S. “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en el *Seminario sobre “Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas”*, organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva, 1980.

- ÖBERG, U., “Public access to documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much do about nothing?” en *European Integration online papers*, vol. 2, 1998, www.eiop.or.at/eiop/texte/1998-008a.htm

- O’BRIEN, D., “The First Amendment and the Public’s Right to Know”, *7 Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1980.

- O'NEILL, M., "The right of access to Community held documentation as a general principle of EC Law" en *European Public Law*, vol. 4, 3, 1998.

- O'REILLY, J., *Federal Information Disclosure*, vol. 1, West Group, 2000.

- OROZCO PARDO, "Problemática jurídica de la información sanitaria. La historia clínica", en *Cuadernos de Bioética*, núm. 17, 2006, págs. 43 y ss.

- PARADA VÁZQUEZ, "La actividad administrativa arbitral", en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, vol. II, Ed. Complutense, 1992, págs. 1172 y ss.

- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92)*. Marcial Pons, 1999.

- PARADA VÁZQUEZ, R. y BACIGALUPO SAGGESE, M. "Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. ALZAGA VILLAAMIL, Cortes Generales, 1996-1999.

- PARADA VÁZQUEZ, "De notarios y registradores: reflexiones sobre el sistema de seguridad jurídica preventiva y sus últimas reformas", en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, 2003, págs. 1385 y ss.

- PAREJO ALFONSO, L., "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento", en *Administraciones públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coord. ÁLVAREZ CONDE, INAP, 1998, págs. 539 y ss.

- PAU PADRÓN, Antonio, *Elementos de Derecho hipotecario*, 2.^a Ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2003.

- PAU PADRÓN, Antonio, *La publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales, 2001.
- PECES BARBA, G. *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- PEÑALVER I CABRÉ, “Derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en *Administración pública y procedimiento administrativo. La Ley 30/1992*, coord. TORNOS MAS, Bosch, 1994, pág. 165.
- PERRIT Jr., H. “Sources of Rights to Access Public Information”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 188, 1995-96.
- PESCADOR DEL HOYO, “Un problema de la Administración sin resolver”, en *Documentación Administrativa*, núm. 77, 1964.
- PIÑAR MAÑAS, “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, en *REDA*, n.º 97, 1998, págs. 37 y ss.
- PIÑAR MAÑAS, “Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas preliminares para un reflexión”, en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo. Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Aranzadi, 2007.
- POMED SÁNCHEZ, Luis A., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, INAP, 1989.
- POMED SÁNCHEZ, Luis A., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, en *RAP*, núm. 142, enero-abril 1997.
- POMED SÁNCHEZ, Luis A., “La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa”, en *Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Cívitas, 1993.

- PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2004.

- PRIETO SANCHÍS, L “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)” en *REDC* n.º 1, enero-abril, 1981, págs. 207 y ss.

- PRIETO SANCHÍS, L “Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (II)” en *REDC* n.º 2, mayo-agosto, 1981, págs. 215 y ss.

- PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Cívitas, 1992.

- DE LA QUADRA SALCEDO, “El servicio público registral entre la privacidad y la publicidad”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, Tomo I, págs. 1283 y ss, Tirant lo Blanch, 2000.

- RAGNEMALM, Hans, “Démocratie et transparence sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union Européenne aux documents détenus par les institutions communautaires” en *Diritto dell'Unione Europea*, vol. II, 1998.

- RAMS RAMOS, Leonor, “Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental (a propósito de la STJCE de 21 de abril de 2005)”, en *REDA*, núm. 128, 2005, págs. 709 y ss.

- REBOLLO PUIG, M., “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, en *RAP*, núm. 115, 1988, págs. 99 y ss.

- REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, en *REDA*, núm. 128, 2005, págs. 587 y ss.

- REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, “Las competencias estadísticas del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en *RAP*, núm. 168, 2005, págs. 57 y ss.

- RIVERO, J. “Rapport de synthèse” en *La transparence administrative en Europe*, DEBBASCH (dir.), Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, págs. 307 y ss.

- RIVERO ORTEGA, R., *El Expediente Administrativo. De los Legajos a los Soportes Electrónicos*, Aranzadi, 2007.

- ROBERTS, A., “Multilateral institutions and the right to information: experience in the European Union”, en *European Public Law*, vol. 8, 2, junio 2002.

- ROCA ROCA, E. “La audiencia de los ciudadanos en el artículo 105 a) de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en la *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 9, 1995, págs. 245 y ss.

- ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I. Bosch, 1964.

- ROYO VILLANOVA, “El procedimiento administrativo como garantía jurídica”, en la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, noviembre-diciembre 1949, págs. 55 y ss.

- SAEZ LORENZO, María Concepción, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1982.

- SAINZ MORENO, F., “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros Administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979” en *REDA*, núm. 24, 1980, págs. 118 y ss

- SAINZ MORENO, F. “Secreto e información en el Derecho Público” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III*, Cívitas, 1991.

- SAINZ MORENO, F. “La publicidad de las normas” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje a Jesús González Pérez, Tomo I*, Cívitas, 1993.

- SAINZ MORENO, F. (recopilador), *Constitución española, trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1989.
- SAINZ MORENO, F., “Secreto y transparencia”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004, págs. 165 y ss.
- SAINZ MORENO, F. “Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P.” en *Administraciones públicas y ciudadanos*, coord. PENDÁS GARCÍA, Praxis, 1993.
- SAINZ MORENO y ARAGÓN REYES, *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994.
- SAINZ MORENO “Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa” en *RAP*, núm. 115, enero-abril 1988, págs. 233 y ss.
- SALA ARQUER, J.M., “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en *REDA*, n.º 75, 1992, págs. 399 y ss.
- SALAS, Javier, en *Registros de empresas periodísticas y editoriales*, Instituto García Oviedo, 1975.
- SÁNCHEZ BELDA, “Un «lapsus» en la LPA”, *Documentación Administrativa*, núm. 62-63.
- SANCHEZ BLANCO, “El sistema de archivos de las referencias histórico culturales a las bases de las Administraciones Públicas”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a finales del s. XX, Homenaje al Profesor Garrido Falla Tomo III*, ed. Complutense, 1992.
- SANCHEZ BLANCO, “Administración local y sistema administrativo. La interrelación procedimental y telemática de registro, archivo y secretaría” en la *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, 2006.
- SANCHEZ BLANCO, “El documento administrativo y su valor (la intermediación funcional de Registros, Archivos y la dirección organizativa y del procedimiento por la función de Secretaría), en *Procedimiento*

administrativo: Ponencias del primer coloquio hispano-portugués, coord. por LÓPEZ RODÓ y FREITAS DO AMARAL, 1994.

- SÁNCHEZ BLANCO “La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho” en *RAP*, núm 119, mayo-agosto 1989, págs. 133 y ss.

- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “El sistema de archivos de las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones públicas” en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, tomo 3, Editorial Complutense, 1992.

- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “Los derechos de los ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas”, en *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre 1993.

- SÁNCHEZ MORÓN, “El principio de participación en la Constitución Española”, *RAP*, núm. 89, mayo-agosto 1979.

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, en *RAP*, núm. 137, mayo-agosto 1995.

- SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de estudios constitucionales, 1980.

- SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Carperi, 1993.

- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo* (tomos I y II), Ed. Ramón Areces, 1988.

- SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General* (tomos I y II), Iustel, 2004.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, en *REDC*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985.

- SERRANO GUIRADO, Voz “Administrado”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo II, 1983.
- SPLICHAL, S. *The impact of computer privacy concerns on access to government information*, Florida, 1993.
- SOCA, Ricardo, *La fascinante historia de las palabras*, Asociación Cultural Antonio de Nebrija, Montevideo, 2005.
- TANKERSLEY, M. “How the electronic Freedom of Information Act amendments of 1996 update public access for the information age” en *Administrative Law Review* 421, 1998.
- VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge, “El derecho de acceso a archivos y registros públicos” *Noticias Jurídicas*, septiembre 2002.
- VILLAR PALASÍ, “La «Federal Administrative Procedure Act», de Estados Unidos”, en *RAP*, núm. 1, 1950, págs. 277 y ss.
- WARREN, J, “Administrative Law, judicial review, state secrets and the Freedom of Information Act”. *South Carolina Law Review*, 332, 1971.
- WION, A., “The Definition of «Agency Records» Under the Freedom of Information Act”, 31 *Stanford Law Review*, 1978-1979.
- VV.AA. *La reutilización de la información en el sector público*, coord. GALÁN GALÁN, Comares, 2006.
- VV.AA., *The European Union and Human Rights*, Nanette A. Neuwahl and Allan Rosas Editors, 1995.
- VV.AA., *Openness and the transparency in the European Union*, V. Deckmyn and I Thomson Editors, Maastricht, 1998.
- VV.AA., “Keeping secrets: Congress, the Courts and National Security Information” en *Harvard Law Review*, 1990 (4).
- VV.AA., “Freedom of information: the statute and the regulations”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 56, 18 (1967-1968).
- The Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act.

- U.S. Department of Justice, *FOIA Guide*, 2004 edition.
- “Actas de la Ponencia Constitucional” *Revista de las Cortes Generales*, n.º 2, págs. 250 y ss.
- *El patrimonio documental y los archivos nacionales. Jornadas europeas de patrimonio (septiembre/octubre de 1994)*, Ministerio de Cultura.
- Diccionario de lengua española de la R.A.E-
- Diccionario del uso del español María Moliner.
- Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico, CORIMINAS y PASCUAL, ed. Gredos, 1991

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- | | |
|--|---|
| Sentencia 18/1981, de 8 de junio, Ar. RTC 1981\18 | Sentencia 196/1990, de 29 de noviembre, Ar. RTC 1990\196 |
| Sentencia 15/1982, de 23 de abril, Ar. RTC 1982\15 | Sentencia 17/1991, de 31 de enero, Ar. RTC 1991\17 |
| Sentencia 60/1982, de 11 de octubre, Ar. RTC 1982\60 | Sentencia 225/1992, de 14 de diciembre, Ar. RTC 1992\225 |
| Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, Ar. RTC 1983\10 | Sentencia 254/1993, de 20 de julio, Ar. RTC 1993\254 |
| Sentencia 19/1983, de 14 de marzo, Ar. RTC 1983\19 | Sentencia 31/1994, de 31 de enero, Ar. RTC 1994\31 |
| Sentencia 53/1983, de 20 de junio, Ar. RTC 1989\53 | Sentencia 34/1994, de 31 de enero, Ar. RTC 1994\34 |
| Sentencia 64/1988, de 12 de abril, Ar. RTC 1988\64 | Sentencia 102/1995, de 26 de junio, Ar. RTC 1995\102 |
| Sentencia 24/1987, de 25 de febrero, Ar. RTC 1987\24 | Sentencia 119/1995, de 17 de julio, Ar. RTC 1995\119 |
| Sentencia 103/1988, de 8 de junio, Ar. RTC 1988\103 | Sentencia 50/1998, de 2 de marzo, Ar. RTC 1998\50 |
| Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, Ar. RTC 1988\161 | Sentencia 144/1999, de 22 de julio, Ar. RTC 1999\144 |
| Sentencia 79/1989, de 27 de abril, Ar. RTC 1989\79 | Sentencia 79/1999, de 26 de abril, Ar. RTC 1999\79 |
| Sentencia 45/1990, de 15 de marzo, Ar. RTC1990\45 | Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Ar. RTC 2000\292 |

**TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO)**

| | |
|--|--|
| Sentencia de 16 de octubre de 1979, Ar. RJ 1979\3369 | Sentencia de 20 de enero de 1998, Ar. RJ 1988\1418 |
| Sentencia de 9 de octubre de 1984, Ar. RJ 1984\4919 | Sentencia de 5 de mayo de 1998, Ar. RJ 1998\4624 |
| Sentencia de 8 de mayo de 1987, Ar. RJ 1987\3318 | Sentencia de 30 de marzo de 1999, Ar. RJ 1999\3246 |
| Sentencia de 4 de julio de 1987, Ar. RJ 1987\5504 | Sentencia de 2 de junio de 2000, Ar. RJ 2000\6733 |
| Sentencia de 23 de marzo de 1988, Ar. RJ 1988\1702 | Sentencia de 31 de octubre de 2000, Ar. RJ 2000\9119 |
| Sentencia de 28 de marzo de 1989, Ar. RJ 1989\2421 | Sentencia de 14 de noviembre de 2000, Ar. RJ 2001\425 |
| Sentencia de 1 de octubre de 1990, Ar. RJ 1991\1454 | Sentencia de 13 de septiembre de 2002, Ar. RJ 2002\8021 |
| Sentencia de 12 de enero de 1990, Ar. RJ 1990\335 | Sentencia de 25 de octubre de 2002, Ar. RJ 2002\10209 |
| Sentencia de 18 de noviembre de 1993, Ar. RJ | Sentencia de 19 de mayo de 2003, Ar. RJ 2003\3834 |
| Sentencia de 8 de abril de 1994, Ar. RJ 1994\3016 | Sentencia de 4 de diciembre de 2003, Ar. RJ 2004\552 |
| Sentencia de 5 de diciembre de 1995, Ar. RJ 1995\9365 | Sentencia de 15 de septiembre de 2004, Ar. RJ 2004\5830 |
| Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Ar. RJ 1996\7942 | Sentencia de 6 de junio de 2005, Ar. RJ 2005\6711 |
| Sentencia de 4 de abril de 1997, Ar. RJ 1997\4513 | Sentencia de 23 de mayo de 2007, Ar. RJ 2007\3311 |
| Sentencia de 12 de septiembre de 1997, Ar. RJ 1997\6929 | |

**TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS**

Andalucía

Sentencia de 5 de septiembre de 2002,
Ar. JUR 2003\6994

Sentencia de 22 de enero de 2003,
Ar. JUR 2003\174215

Sentencia 724/2003, de 10 de
noviembre, Ar. JUR 2004\188

Asturias

Sentencia 1298/2000, de 14 de
noviembre, Ar. JUR 2001\49501

Sentencia 1093/2002, de 16 de
diciembre, Ar. JUR 2003\168

Cantabria

Sentencia de 18 de octubre de 2002,
Ar. JUR 2003\17812

Castilla y León

Sentencia 1088/1999, de 10 de
diciembre, Ar. JUR 1999\4230

Sentencia 8/2003, de 17 de enero,
Ar. JUR 2003\22622

Sentencia 280/2003, de 10 de octubre,
Ar. JUR 2003\265727

Sentencia 2116/2006, de 27 de
noviembre, Ar. JUR 2007\90

Comunidad Valenciana

Sentencia 839/1995, de 7 de
noviembre, Ar. JT 1995\1400

Sentencia 32/2001, de 2 de enero,
Ar. JT 2001\1519

Sentencia 1067/2004, de 23 de
diciembre, Ar. JUR 2005\100

Sentencia 787/2005, de 17 de octubre,
Ar. JUR 2006\107744

Cataluña

Sentencia 346/1996, de 14 de mayo,
Ar. JUR 1996\797

Sentencia 1081/1999, de 22 de
noviembre, Ar. JUR 1999\3807

Sentencia 142/2003, de 30 de enero,
Ar. JUR 2003\676

Sentencia 196/2005, de 4 de marzo,
Ar. JUR 2005\116832

Extremadura

Sentencia 42/2003, de 21 de enero,
Ar. JUR 2003\65816

Sentencia 115/2007, de 30 de abril,
Ar. JUR 2007\227967

Galicia

Sentencia 271/1998, de 28 de abril,
Ar. RJCA 1998\1717

Sentencia 1293/2002, de 31 de
octubre, Ar. JUR 2003\112932

Islas Canarias

Sentencia 106/2003, de 3 de febrero,
Ar. JUR 2003\243605

Sentencia 336/2004, de 16 de julio,
Ar. JUR 2004\266497

La Rioja

Sentencia 35/2003, de 31 de enero,
Ar. JUR 2003\84188

Madrid

Sentencia de 3 de junio de 1992,
Ar. JUR

Sentencia de 6 de mayo de 2000,
Ar. JUR 2001\35602

Sentencia 443/2001, de 17 de abril,
Ar. JUR 2001\320148

Sentencia 373/2003, de 11 de marzo,
Ar. JUR 2003\223742

Sentencia 79/2004, de 27 de enero,
Ar. JUR 2004\918

Sentencia 491/2004, de 4 de junio,
Ar. JUR 2004\299606

Sentencia 682/2005, de 27 de abril,
Ar. JUR 2006\201222

Sentencia 1180/2005, de 13 de
diciembre, Ar. JUR 2006\106707

Sentencia 471/2006, de 24 de mayo,
Ar. JUR 2006\201175

Murcia

Sentencia 107/2000, de 14 de febrero,
Ar. JUR 2000\266

Sentencia 642/2001, de 2 de
noviembre, Ar. JUR 2002\26764

Sentencia 909/2002, de 31 de
octubre, Ar. JUR 2002\285966

Sentencia 210/2003, de 20 de junio
Ar. JUR 2003\211973

Sentencia 92/2003, de 26 de febrero,
Ar. JUR 2003\94323

Sentencia 196/2004, de 30 de marzo,
Ar. JUR 2004\171056

Navarra

Sentencia 166/2003, de 14 de febrero,
Ar. JUR 2004\34028

Sentencia 921/2003, de 12 de
septiembre, Ar. JUR 2004\3139

País Vasco

Sentencia 37/2000, de 20 de enero,
Ar. JUR 2000\1918

Sentencia 233/2003, de 28 de marzo,
Ar. JUR 2003\142506

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de de 10 de febrero de 1999, Ar. RJCA 1999\3433

Sentencia de 4 de abril de 2001, Ar. RJCA 2001\1231

TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS

- Sentencia *Burr*, 1807.
- Sentencia *Panama Refining Co. v. Ryan*, 1935.
- Sentencia *Grosjean v. American Press co.*, 1936.
- Sentencia *Zemel v. Rusk*, 1965.
- Sentencia *Branzburg v. Hayes*, 1972.
- Sentencia *Environmental Protection Agency v. Mink*, 1973.
- Sentencia *Pell v. Procunier*, 1974.
- Sentencia *Saxbe v. Washington Post Co.*, 1974.
- Sentencia *FAA v. Robertson*, 1975.
- Sentencia *N.L.B.R. v. Sears, Roebuck & Co.*, 1975.
- Sentencia *Houchins v. KQED*, 1977.
- Sentencia *Forsham v. Califano*, 1978.
- Sentencia *Kissinger v. Reporters Commette for Freedom of the Press*, 1980.
- Sentencia *United States Department of State v. Washington Post Co.*, 1982.
- Sentencia *Public Citizen Health Research Group v. Food and Drug Administration*, 1983.
- Sentencia *Tax Analysis v. United States Department of Justice*, 1989.
- Sentencia *Lacy v. US Department of the Navy*, 1998.

TRIBUNALES DEL CIRCUITO FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

- Sentencia *Nichols v. United States*, (10th Circuit), 1972.
- Sentencia *Hawkes v. Internal Revenue Service*, (6th Circuit), 1973.
- Sentencia *SDC Development Corp. v. Mathews*, (9th Circuit) 1976.
- Sentencia *Goland v. CIA*, (D.C. Circuit), 1979.
- Sentencia *Coastal States Gas Corporation v. Department of Energy* (DC circuit), 1980.
- Sentencia *Windels, Marx, Davies & Ives v. Department of Commerce*, (D.D.C.), 1983.
- Sentencia *Browde v. Department of the Navy*, (D.C. Circuit) 1983.
- Sentencia *Chapman v. National Aeronautics and Space Administration*, (5th Circuit), 1984.
- Sentencia *Peterzell v. CIA*, (D.D.C.), 1986.

TRIBUNALES SUPREMOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Sentencia *Nowack v. Fuller, Aditor General*, Tribunal Supremo de Michigan, 1929.
Sentencia *McMullan v. Wohlgenuth*, Tribunal Supremo de Pennsylvania, 1973.
Sentencia *Save the Dolphins v. US Department of State*, Tribunal Supremo de California, 1975.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Auto de 13 de julio de 1990, *Zwartveld c. Comisión* (asunto C2-88)..
Auto de 6 de diciembre de 1990, *Zwartveld c. Comisión* (asunto C2-88).
Sentencia de 30 de abril de 1996, *Países Bajos c. Comisión* (asunto C-58/94).
Sentencia 6 de diciembre de 2001, *Heidi Hautala/Consejo*, (asunto C-353/99 P).
Sentencia de 1 de febrero de 2007, *Sison c. Consejo* (asunto C-266/05P).
Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Suecia c. Comisión* (asunto C-64/05 P).

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sentencia de 19 de octubre de 1995, *Carvel y Guardian Newspaper ltd. contra el Consejo* (asunto T-194/94).
Sentencia de 5 de marzo de 1997, *World Wide Fund for Nature (WWWF UK) /Comisión* (asunto T-105/95).
Sentencia de 17 de junio de 1998, *Svenska Journalistförbundet (Unión de periodistas suecos)/Consejo*, (asunto T-174/95).
Sentencia de 19 de julio de 1999 *Heidi Hautala/Consejo*, (asunto T-14/98).
Sentencia de 19 de julio de 1999, *Rothmans International BV c. Comisión* (asunto T.188/97).
Sentencia de 12 de octubre de 2000, *JT's Corporation Ltd. c. Comisión* (asunto T-123/99).
Sentencia de 17 de septiembre de 2003, asunto *Mara Messina c. Comisión*, (T-76/02).
Sentencia de 23 de noviembre de 2004, *Turco c. Comisión* (T- 84/03).

Sentencia de 30 de noviembre de 2004, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds GmbH c. Comisión*, (asunto T-168/02).

Sentencia de 17 de marzo de 2005, *Isabella Scippacercola c. Comisión*, (asunto T-187/03).

Sentencia de 13 de abril de 2005, *Verein für Konsumenteninformation c. Comisión* (asunto T-2/03).

Sentencia de 6 de julio de 2006, *Yves Franchet y Daniel Byk c. Comisión* (asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04).

Sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Technische Glaswerke Ilmenau GMBH c. Comisión y Schott Glass* (asunto T.237/02).

Sentencia de 25 de abril de 2007, *WWF European Policy Programme c. Consejo* (asunto T-264/04).

Sentencia de 12 de septiembre de 2007, *Association de la presse internationale ASBL (API) v. Comisión* (asunto T.36/04).

Sentencia de 8 de noviembre de 2007, *The Bavarian Lager Co. Ltd. C. Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)*,(asunto T-194/04).

TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO

Sentencia *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987

Sentencia *Gaskin c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

| | |
|--------|---|
| APA | <i>Administrative Procedure Act</i> (Estados Unidos) |
| BCE | Banco Central Europeo |
| CCAA | Comunidades Autónomas |
| CE | Constitución Española |
| CECA | Comunidad Europea del Carbón y del Acero |
| CEE | Comunidad Económica Europea |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| FOIA | <i>Freedom of Information Act</i> (Estados Unidos) |
| INAP | Instituto Nacional de Administración Pública |
| LBRL | Ley de Bases de Régimen Local |
| LFEP | Ley de la Función Estadística Pública |
| LH | Ley Hipotecaria |
| LJCA | Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa |
| LOFAGE | Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. |
| LOPD | Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal |
| LOREG | Ley Orgánica de Régimen Electoral General |
| LORTAD | Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal |
| LPA | Ley de Procedimiento Administrativo |
| LPHE | Ley del Patrimonio Histórico Español |
| LRC | Ley del Registro Civil |
| LRJAP | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común |

| | |
|------|--|
| RAP | Revista de Administración Pública |
| REDC | Revista Española de Derecho Constitucional |
| REDA | Revista Española de Derecho Administrativo |
| RCDI | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario |
| RVAP | Revista Vasca de Administración Pública |
| ROF | Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TCE | Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea |
| TEDH | Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TPI | Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| TUE | Tratado de la Unión Europea |
| SEBC | Sistema Europeo de Bancos Centrales |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |