

EL DERECHO DE ACCESO A LA DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA EN LA ACTUALIDAD

JOSE MANUEL CASTELLS

I. EL CONTEXTO DEL DERECHO

1. El mandato constitucional

Es fácil situar en el artículo 105 b) del texto constitucional, el contenido esencial y directo del derecho analizado en las presentes líneas. El precepto no puede ser más terminante: "La Ley regulará ... 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". Artículo que en igual materia, es preciso poner en estrecha relación con otros artículos de la propia Constitución, que de forma negativa o positiva en relación al mencionado derecho, explican su alcance y concretan sus posibilidades operativas.

Desde el plano de la restricción en el libre ejercicio del derecho de acceso, debe mencionarse por su especial pertinencia, el artículo 18.4 ("La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"), que presenta su propia legislación específica, regulador del derecho de acceso en su vertiente de conexión con el igual derecho —esta vez fundamental—, al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Pensando en una perspectiva positiva, de reafirmación del derecho de acceso a través de sus relaciones, mediatas o inmediatas, con otros derechos y libertades públicas de expresa mención constitucional, partiendo del pleno reconocimiento

de la afirmación de la democracia como poder público en público¹, puede aludirse en primer lugar, a la premisa que implica que para participar activamente en las decisiones públicas, el estar suficientemente informado; derecho de participación de los ciudadanos derivado de los propios postulados del Estado asistencial, que en el interior de "la euforia participativa" propia de la Constitución, supone la eclosión de una serie de técnicas y declaraciones, tales como indicativamente, las expuestas en los artículos 9.2 y 23.1 de la Constitución. La progresiva "desafectación" participativa ulterior, no impide perfilar la muy estrecha dependencia del derecho de acceso y de la consiguiente información, con la subsiguiente participación orgánica o funcional en las tareas públicas.

Es claro que el derecho de información, reconocido en el artículo 20 del texto constitucional, justifica y legitima el derecho de conocer los documentos obrantes en los archivos y registros administrativos, en cuanto fuente y posibilidad misma para ejercitar el citado derecho, lo que presupone el estar informado y obrar en consecuencia, esta vez en manifestación de la libertad de expresión.

No sólo en conexión con derechos constitucionales. Como señala EMBID IRUJO², este acceso a archivos y registros públicos "es un principio objetivo, básico para entender la imagen constitucional de la Administración como poder inmerso en un mandato general de transparencia". Desde una u otra perspectiva, estaba por lo tanto claro, que existían suficientes exigencias de relieve constitucional, para hacer viable, operativo y eficiente, el derecho de acceso a los archivos y registros públicos, en mayor medida ante los intrínsecos requerimientos del Estado Social³.

2. Las contradicciones de la Administración Pública

Dicho lo anterior, es preciso ser conscientes de las importantes trabas históricas a cualquier planteamiento de transparencia administrativa; hasta el punto de llegarse a formular una auténtica relación dialéctica entre el derecho de acceso a su documentación y la postura tradicional de secreto y opacidad en las instancias

1. En L.A. POMED SANCHEZ: *El derecho de Acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid, 1989, pág. 45.

2. Artículo titulado *El Derecho de Acceso a los Archivos y Registros Administrativos* en la obra colectiva *La nueva ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, 1993, pág. 103.

3. Roberto TONIATTI: *Libertad informática y Derecho a la protección de datos personales: principios de legislación comparada*, artículo publicado en el n.º 29 de la "Revista Vasca de Administración Pública", señala (pág. 141) que dado que toda prestación de servicios por parte de los entes públicos implica la previa comunicación por parte del ciudadano de una multitud de informaciones y datos de carácter personal, que por lo demás, resultan (al menos a menudo) indispensables para una eficaz prestación del servicio.

administrativas; entre el deber de informar y, en ocasiones, el legítimo deber de callar⁴. Puesto que efectivamente existen razones suficientes, para salvaguardar ocasionalmente el secreto administrativo.

Siguiendo a SAINZ MORENO⁵, el referido secreto se justificaría en dos tipos de razones: por causa de interés público y por razón de interés privado. En cuanto a la primera motivación, se han alegado razones tales como el buen funcionamiento de la Administración pública, en tanto que instrumento de eficacia y al servicio del poder; el posible daño ocasionado a las tareas públicas, perceptible en materias como la defensa o las relaciones internacionales; el abuso realizado desde las informaciones privilegiadas, aunque también se haya denotado que lo mejor para impedir tan nefanda práctica, consiste precisamente en aumentar la información ...

En cuanto a las razones de interés privado que impulsarían del mismo modo el secretismo administrativo, se alega el constitucionalmente garantizado derecho al honor y a la intimidad, o el más amplio (tal como expone la ley orgánica 5/1992 en su exposición de motivos) de la defensa de la "privacidad", en cuanto "se trata de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservada".

Particularmente activo ha sido el deber de discreción y reserva de los funcionarios públicos, concretado en el "sigilo" como deber personal de discreción y secreto referido a concretos asuntos que tienen declarada naturaleza secreta, y cuya transgresión por el funcionario público, puede ser considerada como falta muy grave (art. 31.1 e) de la ley 30/1984, de 2 de agosto). Del mismo modo que han abundado, en épocas pasadas con relativa intensidad, los secretos sectoriales en materias tales como seguridad y defensa, secretos oficiales, comunicaciones, estadística, y datos censales, en materia tributaria y económica, sanitaria, etc.

La difícil cohesión de perentorios requerimientos constitucionales, propugnadores de la más amplia transparencia administrativa, en cuanto se consideraba que el secreto del poder era incompatible con la libertad, con no menos finalistas deseos de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos con su connatural pretensión de reserva y cautela en los asuntos públicos, planteaban la necesidad de un ordenamiento que resolviera, sintéticamente y flexiblemente, el especio de confrontación abierto; para lo que parecía exigencia apremiante una normativa de desarrollo constitucional en este concreto aspecto.

4. Sobre esta relación, el trabajo de Fernando SAINZ MORENO: *Secreto e Información en el Derecho Público* en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCIA DE ENTERRIA*. Volumen III. Madrid, 1991, págs. 2863 y sts.

5. Artículo cit. págs. 2869 y sts.

3. Las exigencias del derecho europeo

El ordenamiento de las instituciones comunitarias europeas estaban lanzando apremiantes llamadas a la urgente normatividad de los Estados miembros, en esta peculiar materia. Desde el tan mentado y ejemplar Convenio 108 del Consejo de Europa, formulado en Estrasburgo en enero de 1981, sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (tardíamente ratificado por España en 1984), pasando por la propuesta modificada de Directiva 92/c y 311/04 del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, así como la propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con las redes públicas digitales de telecomunicación y, en particular, la red digital de servicios integrados y las redes móviles digitales públicas, son numerosas las normas europeas en esta dirección. Esencial es el Acuerdo firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, que posee un abanico de preceptos que además de forzar expresamente a reaccionar al inactivo legislador español, establecía un sistema de información que resultaba igualmente apremiante para su adaptación a la legislación interna; así, su art. 104 proclamaba el derecho de toda persona a acceder a los datos policiales que se refieran a ella; o la exigencia, en el 114, de una autoridad al respecto de control interno en los Estados firmantes⁶.

Finalmente, el Tratado de Maastricht realiza una proclamación de transferencia en el proceso de decisión pública, y recomienda a la Comisión para que a más tardar en 1993 —fecha ya superada— presentara un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las instituciones.

Es sin embargo, en la materia medio ambiental donde la Unión Europea ha demostrado una mayor preocupación. La Directiva del Consejo de 7 de junio de 1990, trató sobre la libertad de acceso a la información en el medio ambiente, recalando el derecho de la persona a conocer la información medio ambiental, a disposición de los poderes públicos, y de los beneficios derivados de la comunicación de esta información. En la cuestión de las aguas residuales urbanas, se insiste, en la Directiva 91/271 C.E.E. del Consejo de 21 de mayo de 1991, en el acceso a la documentación existente en esta materia, incrementando las obligaciones de las Administraciones públicas⁷.

Como una muestra, ciertamente paradigmática, del Derecho interno de un Estado europeo, sobre esta singular temática, sigue siendo citable la ley italiana

6. Normativa que aparece recogida, total o parcialmente en el volumen *Legislación Informática* en edición preparada por HEREDERO y ALVAREZ. Madrid, 1993.

7. Al respecto el *Código de aguas continentales* (Madrid, 1992) de EMBID, FANLO y DOMPER.

241 de 7 de agosto de 1990, sobre nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos⁸, que servirá de modelo a textos legales de similar orientación.

II. LA LEGISLACION DE DESARROLLO SECTORIAL. LA NORMATIVA DE 1985

1. El retraso en la opción

El expreso mandamiento constitucional del art. 105 b) podía cumplimentarse de dos maneras: a través y por medio de una ley general que contemplara el derecho de acceso respecto de todas las Administraciones públicas, dejando en todo caso abierta la espita a una legislación sectorial que regulase, de forma particularizada, los diferentes supuestos especiales; o bien, utilizando la también prevista constitucionalmente ley reguladora del procedimiento administrativo común; no en balde, para esta segunda opción, la materia de los archivos administrativos puede considerarse como una de las bases de las Administraciones públicas y en su condición de infraestructura, determinante de dicho procedimiento administrativo común⁹.

Sin embargo, tanto una opción como la otra se aplazan en el tiempo. La ley reguladora del procedimiento administrativo común se convierte en una de esas normas Guadianas que aparecen, caducan, vuelven a reaparecer, con arreglo a esporádicas preocupaciones de los correspondientes gobiernos. El Defensor del Pueblo en sus informes anuales, insiste una y otra vez, en la denuncia de los perniciosos efectos producidos en los derechos de los ciudadanos, en especial en el de acceso, ante este retraso. Luego la consecuencia es que se va a permitir que una normativa sectorial dispersa, avance por su cuenta y riesgo en la regulación específica del derecho de acceso. Lo que de impreciso, incluso de confuso, presentaba esta normativa no coordinada, se suplía con la generosidad de unas disposiciones que respondían a planteamientos evidentemente progresistas, de añadida acomodación a exigencias puramente constitucionales. Cuando efectivamente la opción de la ley ordenadora del procedimiento administrativo común aparezca a la luz pública, el camino estará desbrozado por esta profusa normativa, que en su conjunto se promulga a lo largo y ancho de 1985.

8. Sobre esta norma, la traducción comentada de Antonio FANLO en la "Revista de Administración Pública" nº 124, págs. 461 y sts.

9. A este respecto, el artículo de Angel SANCHEZ BLANCO: *El sistema de archivos: De las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas* en el núm. 67 de la "Revista Española de Derecho Administrativo", 1990.

2. La ordenación del régimen local

Una vez más en el Derecho administrativo, la normativa del régimen local se presenta como una avanzada flexible y abierta, cara a la retardataria regulación general en una determinada materia; aunque también y de forma expresa, se hace depender dicha regulación de la posterior legislación de desarrollo del art. 105 b), que lógicamente corresponde a las instancias centrales.

La ley reguladora de las bases de régimen local, de 2 de abril de 1985, enuncia como un principio general (art. 69.1) que "las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local". El precepto esencial en esta materia, es con todo el art. 70.3, que por su notoria claridad, requiere su reproducción textual: "Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105 letra b) de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada". Los vecinos por su parte, tienen el derecho a "ser informados, previa petición razonable, de todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el art. 105 C.E."¹⁰.

En síntesis, como indica SAINZ MORENO¹¹, la información podía obtenerse: a) por la vía de la consulta de los archivos y registros; b) por la vía de la obtención de copias y certificados, y c) por la vía de la petición de aclaraciones sobre las actuaciones municipales. Siendo pertinentes para realizar esta función, las oficinas de información que prevé el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales (R. Decreto de 28 de noviembre de 1986).

Este mismo Reglamento establece un cuidado sistema de protección de los expedientes. Para garantizar su integridad, dado que deben archivarlos completos y con sus documentos originales, sólo podían salir de las oficinas por las siguientes causas: a) Que soliciten su desglose, mediante escrito, quienes lo hubieren presentado, una vez que hayan surtido los efectos consiguientes; b) que hayan de enviarse a un organismo público en cumplimiento de trámites reglamentarios o para que recaiga resolución definitiva; c) que sean reclamados por los Tribunales

10. Al respecto la ponencia de J. CARDELLACH y TAPIOLAS: *L'accés a la Documentació Municipal* en la "Revista Catalana d'Arxivística", 1991.3.

11. *Secreto e Información* ..., pág. 2927.

de justicia. En todo caso, de los documentos originales que se remitan se dejará fotocopia o copia autorizada en el archivo¹², enviándose el expediente al archivo "periódicamente" una vez terminados.

Se percibe de este modo, como lo ha indicado SAINZ MORENO¹³, que quedan indeterminados los presupuestos de la obligación de ingresar los expedientes en el archivo, lo que disminuye la garantía que el ingreso de un expediente supone para su integridad, creando el riesgo de eventuales alteraciones (desaparición de originales, adición de otros, sustituciones, etc.). Lo que no es óbice, para resaltar el acierto y oportunidad de esta normativa, auténtica isla en su momento, en la plena explayación del derecho de acceso a la documentación administrativa.

3. La ley orgánica del Poder judicial (1 de julio de 1985)

Esta ley posee una declaración de gran amplitud y generosidad en la cuestión analizada, a tono por otra parte, con la legislación de este mismo año. En el artículo 235 de la ley orgánica, se establecía que "los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testamento o certificación que establezca la ley". Afirmación que sin embargo, en la práctica ha resultado controvertida, tanto por el juego lucrativo que ha proporcionado la informatización de los datos entresacados de las sentencias judiciales, a determinadas entidades privadas, como por la delimitación de la figura clave del "interesado", objeto de contradictorias interpretaciones.

He tenido ocasión de entrar en esta controversia¹⁴, que originó sendas interpretaciones del propio Consejo general del poder judicial, sin que la reciente ley orgánica 5/1992 haya sabido, o querido, poner un punto final a los notables aspectos deficientes o insuficientes. Por lo que parece aplazarse a una prevista reforma de la ley orgánica del poder judicial, la solución definitiva al problema de casar la terminante manifestación de la Constitución (art. 120.1: "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento ...), y las exigencias de otros valores, igualmente constitucionales, fuente y causa del actual debate.

12. Art. 171 del Reglamento mencionado.

13. *Secreto e Información ...*, pág. 2928.

14. En un trabajo titulado *Derecho a la Privacidad y Procesos informáticos: Análisis de la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)* publicado en el número 39 de la "Revista Vasca de Administración Pública" y ponencia de un curso de formación del Consejo General del Poder Judicial.

4. La ley del Patrimonio histórico español (de 25 de junio de 1985)

La disposición que más intensamente ha incidido en la regulación del derecho de acceso ha sido la que encabeza el presente epígrafe. Dotada, todo hay que decirlo, de una visión "culturalista" o al servicio del investigador, con marginación de la estricta problemática de los archivos administrativos¹⁵. Norma importante también por las conceptualizaciones y descripciones que realiza de los distintos aspectos del Derecho, que serán reseñados al examinar más precisamente la legislación general.

Una vez más nos hallamos ante un precepto clave y ciertamente rotundo; el art. 57 determina el principio de libre consulta del patrimonio documental: "con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidas por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad del Estado o la averiguación de los delitos".

No obstante lo anterior, cabía solicitar autorización administrativa, incluso para el acceso a los documentos excluidos de consulta pública, autorización que podía ser concedida, en los supuestos 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 (art. 57 1.a).

Igualmente, no pueden ser consultados 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, a su propia imagen, a no ser que medie consentimiento expreso de los afectados, o haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte, si esa fecha es conocida, o en otro caso, de 50 años a partir de la fecha de los documentos.

En precisión ulterior realizada por el Reglamento de desarrollo de la ley (Real Decreto 111/1986), no se permitía la consulta pública de los datos relativos a la situación jurídica, localización y valoración económica de los bienes incluidos en el inventario general de bienes inmuebles del Patrimonio histórico español sin el consentimiento expreso del titular¹⁶.

15. En opinión de SANCHEZ BLANCO: *El sistema de archivos ...*

16. El art. 14.3 de la ley 91/1990, de 3 de julio, de Patrimonio cultural vasco especifica que "el acceso al registro es público en cuanto a las anotaciones contenidas en el mismo, salvo en lo referente a aquellas informaciones que hayan de ser salvaguardadas en función de la seguridad y el orden público, la vida privada y la intimidad de las personas y los secretos comerciales y científicos protegidos por la ley".

En conclusión, derivada de forma directa de esta ley, pero predicable sin esfuerzo de la generación de leyes que aparecen a la luz pública en 1985, es destacable la amplitud registrada en el derecho de acceso a la documentación obrante en registros públicos o privados, solamente limitada en el aspecto material a apartados citados expresamente en el artículo 105 letra b) de la Constitución, ateniéndose así, rígidamente, a su estricto contenido. Incluso en este mismo apartado, se permite el acceso mediante la correspondiente solicitud y la subsiguiente autorización previa. Publicidad que la ley examinada va a perfilar, con adelanto a otra ley posterior de referencia expresa a esta igual materia, en relación a los documentos de datos personales, permitiendo su consulta mediante consentimiento de los afectados o el mero transcurso de unos concretos plazos.

Amplitud en el reconocimiento del derecho que puede explicarse por la pretendida "inocuidad" de la propia ley reguladora, más inclinada a establecer la protección de los fondos públicos y privados y a facilitar la tarea del investigador, que a defender intereses estrictamente administrativos, aunque "la gestión administrativa" sea también objeto de medidas de salvaguarda.

Las pautas estaban, por lo tanto, suficientemente claras en el año 1985, en esa porfiada espera de la normativa general del derecho de acceso. Pautas inteligibles en parámetros de generosidad en su reconocimiento y de restricción en el ámbito de sus limitaciones materiales, delimitadas en torno a las causas tasadas del art. 105 b) de la Constitución.

III. EL CAMBIO DE RUMBO : LA LEY ORGANICA 5/1992 (LORTAD)

La ley orgánica 5/1992, de 1992, de regulación de tratamientos de los datos de carácter personal (LORTAD), estaba llamada, en tan importante ámbito, a establecer una ordenación armonizadora de una normativa sectorial (función pública estadística, sanidad, deberes tributarios, etc.) dispersa y difusa. En igual dirección de exigencia de una norma urgente, venía a configurarse el ya mentado Convenio 108 del Consejo de Europa, dado para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, pasando por los requerimientos, también ya mencionados, del Acuerdo de Schengen; a esta urgencia ordenadora, contribuía también la aparición de una red de tráfico de datos personales obrantes en los registros públicos a comienzos de la presente década, que reveló los peligros de una ausencia normativa que estableciera caute-las en esta peliaguda cuestión.

Una importante razón añadida en igual perspectiva, la ocasionaba un recurso de amparo planteado ante el Tribunal Constitucional, dada la denegación presunta realizada en 1986 por parte del Gobernador civil de Gipuzkoa y del Ministerio del Interior, sobre una solicitud de información relativa a los datos existentes en ficheros automatizados de la Administración del Estado, planteada por el concejal

Francisco Javier OLAVERRI; confirmada dicha denegación en vía contencioso-administrativa, el recurso, que se basará esencialmente en el art. 18.4 de la Constitución y en aplicación directa del Convenio 108 del Consejo de Europa, suponía que su resolución por el Tribunal Constitucional debía clarificar las dudas existentes y no despejadas de manera suficiente en el acceso a los datos personales. Siendo también más que presumible, que dicha decisión había de suponer una reconversión al legislador estatal, dada la ausencia de reconocimiento de un derecho fundamental relativo al honor y a la intimidad personal y familiar.

La sentencia del Tribunal, estimatoria del recurso de amparo, se dictará con posterioridad a la promulgación de la LORTAD, el 20 de julio de 1993¹⁷, reconociendo la vulneración de aquellos derechos fundamentales y basándose en las garantías del Convenio 108, que se juzgaba de aplicación directa. Tras señalarse que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones, la parte substancial de la Sentencia, tratará de la aplicación directa, en la línea garantista, del citado Convenio en ausencia de una ley interna. Reconocimiento de aplicación que originará un voto particular contrario a esta doctrina, del propio presidente del Tribunal, RODRIGUEZ PIÑERO. Sentencia que si posterior en su emergencia a la LORTAD, y por lo tanto manifestando de forma expresa las virtualidades aplicativas de esta norma, que rellenaba el denunciado vacío, obligará con la mera sombra de su previsible pronta aparición pública, a un aceleramiento en la promulgación de la norma, ante la previsible respuesta jurisprudencial, en el sentido que efectivamente tuvo lugar.

De esta manera y en este contexto, se promulga la LORTAD, de rango de orgánica por regular el pleno desarrollo de los derechos a la intimidad y a la propia imagen. De inmediatas reacciones contrarias, puesto que interpondrán recursos ante el Tribunal Constitucional, el Consejo ejecutivo, el Parlamento de Cataluña, el Defensor del Pueblo y finalmente, diputados del grupo parlamentario popular.

En lo que nos interesa en el presente trabajo, el derecho de acceso a la documentación administrativa, la propia LORTAD indicará expresivamente la importancia de este derecho, en su misma exposición de motivos: "en concreto, los derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación, se constituyen como piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la ley. El primero de ellos ha cobrado en nuestro país, incluso, plasmación constitucional

17. Texto sintetizado y completo en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* número 148-149, págs. 263 y sts. Sobre esta Sentencia, ARROYO YANES: *El Derecho de Autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas (comentario a la STS 254/1993, de 20 de julio)* en el número 16 de "Administración de Andalucía" y GONZALEZ MURUA: *Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al art. 18.4 de la Constitución y la protección de datos personales*, en el número 37 de la "Revista Vasca de Administración Pública" (1994).

en lo que se refiere a los datos que obran en poder de las Administraciones públicas (art. 105 b). En consonancia con ello queda recogido en la ley en términos rotundos ...”.

La ley efectivamente reconocerá, sin embargo, el derecho de acceso a su art. 14. Derecho que exigía en tanto cuestión previa y como requisito para su ejercicio, que dichos datos personales sean almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado (art. 4.6).

El Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio¹⁸ por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley orgánica 5/1992, establece en los artículos 12 y siguientes, diversas reglas reguladoras del derecho de acceso, cumpliéndose así con la remisión que realiza la propia ley orgánica a un reglamento para concretar el procedimiento de acceso, una vez sentado la no exigencia de contraprestación alguna por la rectificación o cancelación de los datos de carácter personal que fueran inexactos (art. 16).

El Real Decreto, tras declarar el carácter personalísimo de los derechos de acceso, rectificación o cancelación, —aunque puede actuarse por representante legal del afectado cuando éste se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de los mismos—, determina (art. 12), que el derecho de acceso se ejercerá mediante petición o solicitud dirigida al responsable del fichero, formulada por cualquier medio que garantice la identificación del afectado y en la que conste el fichero a consultar. Dicho afectado podrá optar por uno o varios de los siguientes sistemas de consulta del fichero, siempre que la configuración e implantación material del fichero lo permita: a) visualización en pantalla; b) escrito, copia o fotocopia remitida por correo; c) telecopia y d) cualquier otro procedimiento que sea adecuado a la configuración e implantación material del fichero, ofrecido por el responsable del mismo.

Este responsable del fichero deberá resolver sobre la petición en el plazo máximo de un mes, a contar de la recepción de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que de forma expresa se responda a la petición de acceso, ésta podrá entenderse desestimada a los efectos de la interposición de una reclamación ante la creada por la ley, Agencia de protección de datos. Ejemplo de silencio negativo, de difícil justificación en el presente ámbito.

Si la resolución fuera estimatoria, el acceso se hará efectivo en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de aquélla. Dicha información, se dará en forma legible e inteligible, previa transcripción en claro de los datos del fichero en su caso (art. 13.1) debiendo contener los datos de base del afectado y los resultantes de cualquier elaboración o proceso informático, así como el origen de los datos, los cesionarios de los mismos y la especificación de los concretos usos y finalidades para los que se almacenaron los datos.

18. Boletín Oficial del Estado de 21 de junio.

Es en el ámbito de la limitación o de las excepciones al ejercicio del derecho, donde se ha agudizado el nivel de cautela del derecho de acceso, y precisamente debe situarse el previsible futuro nivel de confrontación; dejando claro que este margen limitativo se refiere en exclusiva a los ficheros de titularidad pública, pues tratándose de datos de carácter personal registrados en ficheros de titularidad privada, únicamente se denegará el acceso cuando la solicitud sea formulada por persona distinta del afectado (art. 14.2 del Real Decreto).

Se inicia este espacio por una inusitada restricción temporal, prevista en el art. 14.3 de la ley orgánica: "el derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso, podrá ejercitarlo antes". La doctrina ha criticado con razón, la reducción no justificada a este plazo, aunque también señala¹⁹ que la propia salvedad que introduce este precepto disipa la preocupación, pues basta un interés legítimo para acogerse a ella y no es necesario acreditarlo de forma específica.

Es sin embargo en el volumen de las excepciones o negativas al ejercicio de este derecho, donde se han centrado la más firme crítica a su contenido. El precepto clave es el art. 22.2 de la ley orgánica: "lo dispuesto en el art. 14 (el derecho de acceso) y en el apartado 1 del art. 15 (derechos de rectificación y cancelación) 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".

Artículo que será analizado más estrictamente con ocasión de su similar precepto en la ley 30/1992, pero que en todo caso, revela un trasfondo de reserva para el ejercicio real del derecho, que no hubiera quedado tan comprometido de haberse mantenido en la línea denegatoria del art. 105 b) de la Constitución, tal como con cierto alcance extensivo, y con relación a los ficheros policiales, proclama el art. 21.1 de la ley orgánica ("los responsables de los ficheros (de las fuerzas y cuerpos de seguridad) ... podrán denegar el acceso, la rectificación o la cancelación, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando").

Aspecto limitativo que se extiende hasta extremos insospechados en esta materia de los ficheros policiales y tributarios, ámbito en el que se ha plasmado "un máximo de euforia de excepciones y limitaciones"²⁰. Desbordando el análisis de

19. Así LUCAS MURILLO, en su volumen *Informática y Protección de datos personales (estudio sobre la ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*. Madrid, 1993, pág. 77.

20. Así lo señala DAVARA: LORTAD *¿Una limitación al uso de la Informática para garantizar la Intimidad?* en "Actualidad Jurídica ARANZADI" número 76.

estos ficheros y su salvaguarda el presente trabajo²¹, resta hacer notar la importante dimensión de las facultades obstativas a disposición del responsable del fichero para denegar el derecho de acceso; con todo y como contrapartida, también es preciso referirse escuetamente a la consideración como falta muy grave (art. 43.3 e) de la ley orgánica), “del impedimento o la obstaculización del ejercicio del derecho de acceso y la negativa a facilitar la información que sea solicitada”. Consideración, que junto con la legalmente necesaria motivación de la denegación, hará reflexionar muy seriamente al funcionario correspondiente, antes de embarcarse en esa operación denegatoria.

Derecho de acceso que tiene un claro presupuesto posibilitante y unas consecuencias lógicas derivadas. En cuanto al primero, consiste en la materialización del derecho de información plenamente explicitado en los artículos 5 y 13 de la misma ley orgánica. Es notorio —se ha hecho ya constar— que si no funciona el derecho de información sobre la existencia de un fichero automatizado de datos personales, de las consecuencias de la obtención de éstos, de la identidad y dirección del responsable del fichero, difícilmente podrá llevarse a cabo el subsiguiente derecho de acceso. Derecho de información que ha comenzado a virtualizarse²², que sin embargo queda exceptuado, en una muy discutible y discutida decisión legal (art. 22.1), cuando se trate de recogida de datos en los que la información al afectado, impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas, o cuando afecte a la defensa nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas.

En cuanto a las consecuencias del derecho de acceso, éstas se sitúan en el derecho de rectificación o cancelación, cuando los datos del afectado se revelen como inexactos, incompletos, inadecuados o excesivos. El art. 15 del R. Decreto de desarrollo, establece que esta rectificación o cancelación se deberá hacer efectiva por el responsable del fichero dentro de los cinco días siguientes al de la recepción de la solicitud. En el supuesto, al que hemos hecho referencia al tratar de las razones denegatorias para el derecho de acceso, que el responsable del fichero considere que no procede acceder a lo solicitado por el afectado, se le comunicará motivadamente y dentro de igual plazo de 5 días, a fin de que dicho afectado pueda interponer la pertinente reclamación, cuyo procedimiento ante la Agencia de protección de datos, se regule en el propio Real Decreto (art. 17).

Transcurrido el plazo de 5 días, sin que de forma expresa se hubiera respondido a la solicitud de rectificación o cancelación, ésta podrá entenderse desestimada, a los efectos de la interposición de la subsiguiente reclamación.

21. He incidido en esta materia en mi trabajo citado en la nota 14.

22. El Boletín Oficial del Estado de 27 de julio de 1944 aporta un largo elenco de ficheros de distintas Administraciones públicas, con datos relevantes sobre los mismos. En el mes de agosto ha continuado igual operación (véase el B.O.E. de 5 de agosto).

El art. 16 del Real Decreto prevé una “salvaguarda” más de los intereses presuntamente públicos. En aquellos casos, en que siendo procedente la cancelación de los datos, no sea posible su extinción física, tanto por razones técnicas como por causa del procedimiento o soporte utilizado, el responsable del fichero procederá al bloqueo de los datos, con el fin de impedir su ulterior proceso o utilización. Se exceptúa, no obstante, el supuesto en el que se demuestre que los datos han sido recogidos o registrados por medios fraudulentos, desleales o ilícitos, en cuyo caso la cancelación de los mismos comportará siempre la destrucción del soporte en el que aquéllos figuren.

Sorprende finalmente, la no mención en la LORTAD a un espacio de prohibiciones o de remisión a una normativa específica en cuanto a este derecho de acceso, similar al que existe en el art. 37, apartados 5º y 6º de la ley 30/1992. Puede entenderse tal no alusión, a partir del propio ámbito de aplicación de la LORTAD —naturalmente de su no aplicación o remisión a disposiciones específicas— establecido en el art. 2, así como por las reglas singulares en cuanto a determinados ficheros que existen en la propia ley (policiales y tributarios singularmente)²³.

Sorprende por último, la evidente desconexión de esta ley orgánica con el apartado material que sobre el mismo derecho posee la ley 30/1992, promulgada prácticamente en las mismas fechas. La diferencia del objeto perseguido por ambas disposiciones, o el carácter global y general de la segunda, no impide afirmar que el mutuo desconocimiento resulta no ya solo sorprendente, sino incluso paradójico. Entramos así, en el contenido concreto de la mencionada ley.

IV. LA REGULACION GENERAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA: LA LEY 30/1992

1. Su consideración como un derecho del ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública

La ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de 26 de noviembre de 1992, supone la opción por la inclusión en una norma general reguladora del procedimiento administra-

23. Resaltar en este mismo plano, que la ley de policía del País Vasco (17 de julio de 1992), creó un Centro de elaboración de datos para el servicio policial (art. 12), como órgano administrativo para la recogida, depósito, elaboración, clasificación y conservación en ficheros automatizados con soporte físico, de datos que sean precisos a los servicios policiales, con expresa sujeción a la ley orgánica que regule el tratamiento de datos de carácter personal y a la legislación que para la regulación de los ficheros públicos dicten las instituciones del País Vasco. En el art. 15 de la ley se crea una Comisión del Parlamento vasco para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre este centro y emitir las autorizaciones e instrucciones pertinentes, realizar verificaciones periódicas de los programas, pudiendo ordenar la cancelación, corrección e integración de los datos que sean incorrectos o cuyo registro viole las previsiones reguladoras de los derechos fundamentales.

tivo, frente a otras opciones posibles, de una disposición específica ordenadora de este derecho²⁴. Prima por lo tanto, la consideración de los archivos administrativos como bases de las Administraciones Públicas y además infraestructura determinante del procedimiento administrativo, que defendía SANCHEZ BLANCO, para incluir este derecho en la ley general, reguladora de estas cuestiones.

La ley 30/1992 parte de la consideración como derecho de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 35), el de “conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado, y obtener copias de documentos contenidos en ellos” (letra a)), que se corresponde a un procedimiento en tramitación, derecho reducido a los “interesados”, en cuanto concepto técnico, en dicho procedimiento, de la letra h) del mismo artículo, en el que se proclama el derecho “al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes”.

De este último precepto clave cabe deducir: que establece una cláusula general abierta (“otras leyes”), lo que plantea el problema de interpretación y de aplicación preferente, con la consiguiente confusión²⁵; la amplitud del mismo, que se confirmará en la prolija, aunque no exhaustiva regulación del derecho en el art. 37 de la ley; en aplicación a un procedimiento terminado, según los módulos de los artículos 87 y 88 de la propia ley 30/1992, tal como especifica el art. 37.1. Finalmente indicar que esta regulación se desgaja del procedimiento administrativo común, para aparecer incluida en el Título IV, denominado “de la actividad de las Administraciones Públicas”.

Efectividad de inclusión de este derecho en el amplio catálogo de los derechos ciudadanos, que sin embargo un mínimo de realismo obliga a confirmar la afirmación de BAÑO LEON²⁶, consistente en que difícilmente transcenderá (ese catálogo) a los ciudadanos en forma de una mejora de la gestión de los servicios públicos, si las buenas intenciones del legislador no se acompañan de reformas organizativas y de un cambio de la mentalidad administrativa tradicional.

24. Que la vía a seguir no estaba clara hasta fechas recientes, lo revela la comparecencia del Ministro para las Administraciones públicas en una comisión parlamentaria y en marzo de 1990; cuando, tras declarar prioritaria la reforma de la ley de Procedimiento Administrativo, se decantaba en lo concerniente al derecho de acceso, por presentar un proyecto de ley sobre esta materia (al respecto, la ponencia de Josep MATAS, “*El Dret d'accés a la documentació pública: una proposta de regulació*” en la “*Revista Catalana d'Arxivística*”. 1991.3, págs. 107 y sts.

25. Véase al respecto las consideraciones de EMBID IRUJO: *El Derecho de acceso* ..., pág. 106.

26. *Los Interesados y los Derechos y Deberes de los Ciudadanos ante la Administración* en la obra colectiva ya citada *La nueva ley de Régimen jurídico* ..., pág. 84.

2. La delimitación subjetiva del derecho de acceso

Según el art. 105 b) de la Constitución y el apartado inicial del art. 37 de la ley 30/1992, el titular del derecho tiene un nombre: ciudadano. Concepto equidistante entre el más restringido “interesado” y el más amplio “administrado”, ha supuesto ya una primera controversia por su posible aplicación a los extranjeros; creo, con POMED²⁷, que el derecho corresponde a aquellas personas físicas a quienes se refiere la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, con el sólo requisito de la mayoría de edad civil, por lo que en este plano los extranjeros dispondrían del derecho en las mismas condiciones que los españoles. Tal como ocurre en la ley orgánica 6/1992, con el omnicompresivo y no excluyente, en manera alguna, concepto del “afectado”.

En todo caso pueden mencionarse la existencia de “sujetos privilegiados”, por fuerza de su propia legislación, en el acceso a la documentación administrativa. En este capítulo pueden incluirse a los diputados (art. 7.1 del Reglamento del Congreso) y al Defensor del Pueblo, que posee plenas facultades sobre este derecho, hasta el punto que únicamente el Consejo de Ministros puede acordar la no remisión al Defensor de documentos declarados secretos.

Sin embargo, el propio artículo 37 establece reglas singulares respecto a la legitimación para el acceso de determinados documentos: a) en relación a aquellos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas, que se reservará en exclusiva a éstas, en el supuesto de observar que esos datos son inexactos o incompletos, para exigir su rectificación o completamiento, salvo que figuren en expedientes caducados por el paso del tiempo (37.2); y b) el acceso a documentos de carácter nominativo.

En este segundo punto, puede entenderse, con la ley francesa de 17 de julio de 1978, como tales documentos nominativos, a aquellos que contienen una apreciación o juicio de valor sobre una persona física, designada nominalmente o bien fácilmente identificable, o incluyendo una descripción de un comportamiento personal, posibilitando que de una u otra manera, con la divulgación de este comportamiento se pueda llegar a producir un perjuicio a la persona a la que se hace referencia; o más sintéticamente, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”²⁸. Pues bien, en estos documentos que en todo supuesto no incluyan datos pertenecientes a la intimidad, podrá ejercerse el derecho además de por sus titulares, por terceros que acreditan un interés legítimo y directo (art. 37.3).

Aparecen así los ciudadanos, interesados personales, afectados y terceros legítimos, como titulares del derecho de acceso, según el tipo de documento.

27. *El Derecho ...*, págs. 152 y sts.

28. Art. 3 a) de la LORTAD.

Hubiera sido, aparentemente más sencillo atribuirlo como un derecho de las personas, tanto físicas como jurídicas²⁹, aunque la claridad de esta formulación entraría en abierta confrontación con otros valores de reconocimiento constitucional, y no el de menor entidad, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

En todo caso, el derecho puede predicarse respecto de los representantes de las personas jurídicas, que también pueden ser titulares de derechos fundamentales³⁰ y tener un interés acreditado en el ejercicio del derecho.

3. El objeto del Derecho

El derecho de acceso se centra en los registros y en los documentos, que formando parte de un expediente, obran en los archivos administrativos (37.1); conllevando el igual derecho a obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas (37.8).

Objeto que requiere una cierta precisión de los conceptos aludidos, tarea que poco es cumplimentada en la ley 30/1992. Así, el concepto de “documento” es resuelto de un plumazo en el art. 46.4 con la fácil formulación siguiente: “Tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas”. En este concepto, como en muchos otros, es preciso acudir a la ley del patrimonio histórico, para encontrar un mayor rigor. Siguiendo con la conceptualización del “documento”, esta última ley (art. 49.1) lo refiere a “toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquiera otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos”³¹.

En cuanto a la definición de registros y archivos, una primera interpretación³², los diferenciaba en cuanto que los archivos eran centros donde se conservaban los documentos, mientras que los registros eran instrumentos de control de dichos documentos cuando entraban, circulaban o salían de las oficinas públicas. Las leyes han ido perfilando esta primera aproximación; en este sentido la ley del patrimonio histórico (art. 59) declara que son archivos “los conjuntos orgánicos

29. Así lo defiende MATAS: “El Dret d'accés ...”, pág. 112.

30. Al respecto CRUZ VILLALON: *Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, número 35 (1992).

31. El art. 37.1 hace una genérica mención a “cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren”.

32. ALVAREZ RICO: *El acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos* en el número 182 de “Documentación Administrativa” (1979).

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”.

Los registros públicos, profusamente regulados en el art. 38 de la ley 30/1992, son aquellos que confieren efectos jurídicos a los actos, pactos o simples datos que a ellos se incorporan³³; caracterizándose por lo tanto, por la atribución de consecuencias jurídicas al asiento o entrada en ellos, que van desde el simple comienzo o interrupción de plazo, hasta el efecto constitutivo de derechos.

En cuanto al término, tan utilizado, de “expediente”, no existen definiciones precisas en la normativa de la Administración central, aunque sí se da una caracterización en el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales; en su artículo 164 se señala: “1º. Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y argumento 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 deben integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación”.

Es denotable también que, la ley 30/1992 no entra en la crucial cuestión del interés en la conservación del documento o incluso de un expediente completo, para su inclusión en un archivo. Se ha mencionado la indeterminación existente en esta materia en la regulación del régimen local, por lo que una vez más, es la ley del Patrimonio histórico donde se halla la normativa más precisa y extensa. En esta ley, el art. 55 determina que la exclusión o eliminación de documentos de titularidad pública debe ser autorizada por la Administración competente, sin que se puedan destruir en ningún caso en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o de los entes públicos. Con tal finalidad se creaba una Comisión superior calificadora de documentos administrativos del Estado para regular el acceso, la integración en archivos o su inutilidad administrativa³⁴.

Un régimen peculiar³⁵ presentan los registros públicos sometidos al derecho privado (registro civil, de propiedad, etc.), en los que se ha instaurado una regulación de accesibilidad basado en la confianza que el legislador deposita en los funcionarios encargados de la llevanza del Registro, así como por la búsqueda,

33. SAINZ MORENO: *Secreto e Información* ..., pág. 2943.

34. Las leyes de determinadas Comunidades Autónomas sobre archivos (así las de Andalucía, Cataluña, Aragón), establecen igualmente normas que limitan la destrucción o eliminación de documentos, con el requisito de que no posean interés administrativo o histórico.

35. Al respecto, POMED: *El Derecho de acceso* ...

encomendada igualmente a los mismos, de un equilibrio entre los diversos elementos que coadyuvan a la protección de la seguridad en el tráfico jurídico, lo que en ocasiones requiere preservar ciertas zonas de confidencialidad³⁶.

Lamentar por último, la concepción restringida que presupone la mención exclusiva a los documentos obrantes en archivos administrativos. Existían otras fórmulas más abiertas y omnicomprensivas como la declaración sueca referida a “toda autoridad pública”. Puede preguntarse, con fácil respuesta afirmativa, si con la fórmula legal española se excluyen otros poderes públicos que no sean las Administraciones públicas. La deducción positiva supone que faltan reglas garantistas en buen número de archivos y registros no encuadrables estrictamente en una determinada Administración Pública. Lo que en ocasiones puede suponer una clara situación de indefensión en los particulares, ante un archivo público de funcionamiento incontrolado, o al menos, de acceso no contemplado.

4. Las limitaciones y exclusiones al ejercicio del derecho

a) Los obstáculos técnicos

Con el indudable conocimiento de causa propio de un archivero profesional, recientemente se enunciaban los principales obstáculos al libre acceso a la documentación administrativa, desde esa particular perspectiva práctica³⁷. En esta dirección se citaban los siguientes apartados: la problemática de los locales; los horarios de la apertura de los archivos y otros condicionantes de la consulta; la falta de instrumentos de descripción; la necesidad de mantener la integridad física de la documentación; las posibilidades y las limitaciones de las nuevas tecnologías; los documentos audiovisuales e informáticos... Naturalmente y desde la misma tribuna, se perfilaban unas condiciones mínimas imprescindibles, desde igual perspectiva previa, para permitir el ejercicio del derecho de acceso.

La ley 30/1992 es ciertamente parca en aportar soluciones a esta prosaica y sin embargo, relevante problemática. Sí se dan algunas referencias puntuales, cuando al tratar exhaustivamente de los Registros (art. 38), se determina tajantemente que “las Administraciones Públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas de registro propias o concertadas, sus sistemas de acceso y comunicación, así como los horarios de funcionamiento” (7); o

36. Mencionar la regulación —ciertamente amplia— de que dispone la Iglesia Católica en cuanto a sus archivos y registros. Por el Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, se garantiza la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia episcopal española, a las curias episcopales, a las curias de los superiores mayores de las órdenes y congregaciones religiosas, a las parroquias y a otras instituciones y entidades eclesíásticas.

37. Así, Sebastià RIERA: *Els obstacles tècnics i materials que dificulten l'accés a la Documentació* en la “Revista Catalana d'Arxivística”, 1991.3, págs. 97 y sts.

cuando indica que “cada Administración Pública establecerá los días y el horario en que deban permanecer abiertos sus registros, garantizando el derecho de los ciudadanos a la presentación de documentos previsto en el art. 35” (5).

En similar dirección y con igual propósito, ciertamente benemérito pero de dudosa realización en la vida real —baste señalar el nulo cumplimiento de las preceptivas tablas de vigencia en toda disposición general— pueden reseñarse dos reglas (la 9ª y 10ª del art. 37), que forzaban a la Administración a una periódica publicación de la relación de documentos obrantes en poder de esas Administraciones, sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto, así como cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares; además, la publicación regular de 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 alegados por los particulares en sus relaciones con la Administración.

Parece, en todo caso, que para que el catálogo de derechos del art. 35 sea efectivo, depende más de la buena fe en el obrar de las Administraciones públicas, que de la expresión pura y simple de mandatos legales, tal como la experiencia diaria corrobora.

b) La limitación o exclusión material del derecho

Es en este ámbito donde se virtualiza la carga crítica esencial en la regulación del derecho de acceso. Existía, como es notorio, unos supuestos excluyentes o limitativos, tres en concreto, en el art. 105 b) de la Constitución. El art. 37 de la ley 30/1992, en menor medida y la ley orgánica 5/1992, suponen un desbordamiento de los límites constitucionales en pluriformes direcciones. Siendo, como no podía ser menos, la cláusula general, en principio, el libre acceso a la documentación pública, el extremado ámbito de las limitaciones legales, conturba la aparente tranquilidad de la mencionada cláusula, dando pie a formular una regla general de sentido inverso.

El interrogante de si puede la regulación legal ordinaria, cuando se trata del ejercicio de un derecho, añadir causas de exclusión de su ejercicio no previstas por la Constitución, tal como sucede en el presente caso, puede responderse positivamente de negarse el carácter constitucional del derecho en cuestión (el de acceso), siempre y cuando la norma legal y sus exclusiones tengan una “justificación objetiva que no conduzca, en sus propios términos, a la negación de la realidad garantizada constitucionalmente”³⁸, posibilidad ésta última que no es de absoluto rechazo a la vista del amplísimo elenco limitativo, que paso a describir.

38. Tal como señala EMBID: *El Derecho de acceso ...*, pág. 115.

Este régimen de excepción puede agruparse en tres apartados: a) Razones finalistas para denegar el derecho. b) Prohibición de su ejercicio. c) Remisión a la normativa específica.

Comenzando por el primer punto, el art. 37.4 de la ley justifica la negativa de la Administración al ejercicio del derecho, “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”.

La apelación al “interés público”, o incluso a “intereses de terceros más dignos de protección”, introduce la peligrosa brecha de la discrecionalidad administrativa, por más que nos encontramos ante auténticos conceptos jurídicos indeterminados, a extramuros por ello a la citada discrecionalidad, en cuanto conceptos susceptibles siempre de determinación, sin libertad de opción a la propia Administración³⁹. Sin embargo, esta prevalencia del interés público sobre el derecho de acceso, la ausencia de garantías salvo la precaria de la motivación, la interpretación que corresponde realizar a la propia Administración de ese interés, permiten afirmar que esta situación puede ser el principal disolvente del derecho examinado, al concederse la llave al correspondiente funcionario responsable, para abrir o cerrar la puerta, con la confianza que le proporciona la prosecución del interés general en su decisión, avalada con un indudable respaldo legal.

En cuanto al segundo apartado, las causas de exclusión del derecho y de paralela prohibición del ejercicio del mismo en cuanto a determinados expedientes, el art. 37.5 especifica un extensivo repertorio de supuestos, en los que los tres citados en el art. 105 b), se disipan ante una mayor variedad de casos previstos. Así, el referente a 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 cuestión está, hoy por hoy y no existente una proyectada ley de Gobierno, en determinar esas competencias constitucionales; mientras tanto, nos topamos con un cheque en blanco para la Administración, cuya interpretación debe ser en todo caso, restrictiva.

Más lógica es la excepción relativa a los expedientes que contengan información sobre la Defensa nacional o la Seguridad del Estado, interpretando⁴⁰ a la seguridad nacional, como instrumento de salvaguarda de las notas de soberanía en el ámbito exterior y a la protección de las grandes instituciones constitucionales frente a todo intento de hacer perecer las mismas por medios ilegítimos; afir-

39. Al respecto el volumen de Fernando SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, 1976.

40. En este sentido POMED: *Derecho de Acceso* ...

mación que no puede menos de confrontarse con interpretaciones expansivas de la actual ley de secretos oficiales, prevaliéndose del secreto para cubrir a genéricas actividades militares, tal como aconteció por acuerdo del Consejo de ministros de 28 de noviembre de 1986.

Igualmente de alusión constitucional es la referencia a 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; en este caso, el plus de garantía sobre la mención de la simple averiguación de los delitos, que supone la limitación causal para su alegación, es un aspecto que puede reputarse de positivo.

Novedosos en relación al tantas veces mentado 105 b) de la Constitución, aunque su mención aparece frecuentemente en textos del derecho comparado, son los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial y los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

En el apartado, ciertamente amplio, a las disposiciones específicas, remisión se entiende realizada a un régimen más restrictivo para este derecho que el general de la ley, que rijan en materias tales como:

— Materias clasificadas (ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la ley 48/1978, de 7 de octubre, sobre secretos oficiales).

— Datos sanitarios personales de los pacientes (ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril).

— Archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública (ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función estadística pública).

— Los archivos regulados por la legislación de régimen electoral (ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general).

— El Registro civil y el Registro central de penados y rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley.

— 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. Lo que supone una acreditación del acceso privilegiado ya mencionado, sorprendiendo en todo caso, la inclusión en este punto, de los miembros de una corporación local.

— Por último, la consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos (ya conocida ley del patrimonio histórico español).

Es evidente que sobre estas remisiones, ha tenido mucho que decir la ley orgánica 5/1992, aunque sea desde su parcial perspectiva de los datos personales tratados automatizadamente. No obstante, el grueso de la normativa remitida, o bien no ha sido todavía objeto de la correspondiente regulación en esta materia, o ésta se manifiesta de forma insuficiente, una vez promulgadas las dos leyes de 1992.

c) Las cautelas legales

Desde el plano de las reservas a favor de la Administración pública o si se quiere, del valor del secreto administrativo como instrumento de eficacia⁴¹, es desde este plano como se entienden determinadas cautelas que formula el art. 37.7 de la ley; en primer lugar el condicionar el ejercicio del derecho examinado a la no afectación a la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, limitando, con este fin, el alcance de ese derecho por medio de la exigencia de una petición individualizada de los documentos que se desee consultar; sin que sea posible, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular una solicitud genérica sobre una determinada materia.

Parece excesivo para el común de los sujetos privados, el presente y exacto conocimiento de ese concreto documento del que en un momento igualmente determinado, se ha menester. De todos modos, se salva este requerimiento en cuanto a los investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, que gozarán de un acceso directo a la consulta de los expedientes, "siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas". Cuestión que retrotrae una vez más, a sendas disposiciones legales, la de patrimonio histórico y la orgánica de protección de los datos personales automatizados.

5. Los vacíos normativos

Al tratarse de una ley general y hallarse pendiente de un desarrollo normativo que se autoriza al Consejo de Ministros (disposición final), existen ámbitos de la ley carentes de una mínima ordenación. Tal como puede apreciarse en similares contornos en la ley orgánica 5/1992, más precisa en esta regulación.

Así, sorprende la no existencia de plazos de ninguna clase, tanto para la resolución administrativa como para la propia efectividad del derecho. El que rija, ante tal no regulación, el sistema general de plazos de la propia ley 30/1992 (tras meses de no existir normativa específica), no deja de revelar el evidente contrasentido de esa ausencia que supone un tiempo excesivamente dilatado⁴², sin que tampoco se aprecie plazo alguno para hacer efectivo el acceso en caso que la

41. SAINZ MORENO: *Secreto e Información ...*, pág. 2870.

42. Así lo indica EMBID IRUJO: *El Derecho de Acceso ...*, pág. 119.

resolución fuere estimatoria (recuérdese el juego de un mes y 10 días respectivamente en el Real Decreto 1332/1994).

Lo más denotable sin embargo, en igual espacio de ausencia normativa, es la falta de un organismo administrativo de control, vigilancia y atención a la legalidad, que en cuanto al derecho de acceso a los expedientes administrativos, en curso o concluídos (artículos 35 y 37 de la ley 30/1992), cumple con un objetivo similar a la francesa Comisión de acceso a los documentos administrativos o la española Agencia de protección de datos. La revisión del modo con que la Administración lleva a cabo los presentes derechos de los ciudadanos, en manos actualmente del Defensor del Pueblo o de sus homónimos autonómicos, no parece suficiente en una materia tan especializada y que requiere un conocimiento de causa acreditado. Por ello, no es en manera alguna impertinente, que de la misma manera que se hizo en cuanto al Centro de datos policial en la Ley de policía del País Vasco, se configuren unos organismos públicos, bien administrativos o bien dependientes del Parlamento, por medio de la correspondiente normativa de una Comunidad Autónoma.

Consecuencia de la no formulación de una reclamación administrativa singular, igualmente equiparable a la que formula la ley 5/1992 ante la Agencia de Protección de datos, es que nos encontramos en caso de conflicto avocados en última instancia, a un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez superada, si ha lugar, el correspondiente recurso administrativo ordinario; de darse, naturalmente, una respuesta negativa por parte de un órgano de la Administración pública ante una solicitud de ejercicio del derecho de acceso.