

EL CONTROL JUDICIAL DEL ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

Alfonso J. Villagómez Cebrián

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo
Letrado del Tribunal Constitucional

1. El acceso a los archivos y registros administrativos es un derecho de configuración legal estrechamente vinculado a algunos derechos fundamentales y, en especial, al derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos está establecido en el artículo 105 de la Constitución que ordena 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*» (apartado b). Por tanto, este precepto constitucional ha remitido expresamente a la ley las posibilidades para el ejercicio efectivo por parte de los ciudadanos del acceso a los archivos y registros administrativos.

Este precepto constitucional ha sido desarrollado por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJAPC). Por lo que podemos afirmar que si en dicho precepto legal se encuentra establecido, hoy en día, el régimen jurídico del derecho de acceso a archivos y registros en nuestro ordenamiento.

No hay duda, por tanto, de que en el acceso a archivos y registros estamos en presencia de un derecho de *configuración legal*, que es como precisamente es denominado por la doctrina. En consecuencia, nos encontramos ante un derecho «no» fundamental, aunque estrechamente relacionado con otros derechos que sí gozan, en cambio, de esta categoría jurídica: los derechos fundamentales de participación política (artículo 23 de la Constitución), o la libertad de expresión (artículo 20). En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, se dice que el derecho de acceso a los archivos y registros públicos:

«Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder político acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de *permitir con más eficacia el control de su actuación por la Jurisdicción contencioso-administrativa*)» (fundamento jurídico 3º).

El derecho de acceso a archivos y registros públicos puede servir, por otra parte, también de barómetro para determinar el grado real de fiscalización jurisdiccional del poder administrativo y situarse, así, en el mismo centro neurálgico de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, la Constitución establece en el art. 105 una nítida diferenciación entre derechos que pudieran resultar en principio cercanos, aunque son realmente diferentes: la participación en la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, el derecho de audiencia de los interesados y el derecho de acceso. Sin olvidar que la vulneración de alguno de estos dos primeros puede determinar, en su caso, una violación, finalmente, del derecho a la tutela judicial efectiva o una producción de indefensión, también vetada por el artículo 24 de la Constitución, sin embargo, no son éstos los aspectos que ahora nos interesan.

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 al estricto derecho de audiencia.

Lo que sucede es que con motivo de la denegación –o del reconocimiento– 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 de acceder sin trabas injustificadas a la jurisdicción, y, eventualmente (si

se observan los presupuestos y requisitos procesales de admisibilidad), el de 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 («*contradictio est regula veri, no contradictio falsi*»)- puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la jurisdicción.

Sin embargo, esta conexión profunda del derecho de acceso a los archivos con otros derechos fundamentales no hace que se comunique el carácter fundamental de estos otros derechos al de acceso a archivos y registros. Lo único que sucede en el plano de la práctica es que en muchos casos la articulación procesal de la discusión en el litigio sobre el acceso a los documentos se fundamenta, sustancialmente, sobre el derecho de participación política o la libertad de expresión. De este modo, los demandantes pretenden incrementar las posibilidades de garantía jurisdiccional, y, por ello, el derecho de acceso se configura en las demandas, y en los fundamentos de las sentencias, como un elemento auxiliar del proceso del discurso jurídico en general. Y es este carácter auxiliar el que puede llegar a hacer pensar en algún momento en la conexión de la naturaleza que pudiera producir el derecho fundamental sobre el de acceso a los registros.

La consecuencia práctica de todo ello es que la *petición jurisdiccional* de acceso a los archivos públicos no es susceptible de solicitarse por los cauces procesales de la Ley 627/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989, se desestimó la demanda precisamente por este motivo, y, así, en su fundamento tercero, se puede leer:

«(...), porque para poder reclamar los bienes, derechos, archivos públicos y fuentes documentales que le fueron incautados precisa realizar una investigación en los archivos públicos; así planteada la cuestión está claramente excluida en resolución del cauce de la Ley 62/78, pues el derecho a la devolución de su patrimonio está regulado por ley ordinaria, desarrollada en reglamento, y el derecho al acceso a los archivos y registros administrativos, que es la petición denegada, no está incluida en los preceptos constitucionales que abarca este precepto preferente y sumario, sino en el art.105.2 CE, derecho que habrá de ser regulado por ley, por lo que habría de ser desestimado dado el cauce procesal elegido por la recurrente, para hacer valer su derecho».

Es la ley, entonces, la que configura y ofrece, como se ha dicho, las posibilidades de realización efectiva de este derecho. No es discutible que el art. 105 b) de la Constitución haya dispuesto un concreto mandato al legislador para que adoptara las decisiones precisas para obtener y garantizar la efectividad del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos: el empleo del imperativo («*la ley regulará*») no ofrece dudas a estos efectos.

Ahora bien, ya de entrada, el propio precepto constitucional imponía una norma de comportamiento a la Administración pública, según resulta de una interpretación sistemática del título IV de la Constitución («Del Gobierno y de la Administración»), en que se integra el art.105, y en donde se regulan principios de actuación de la Administración (artículo 103), reservas legales en relación a la creación de órganos, el estatuto de los funcionarios públicos, la audiencia de los ciudadanos o el procedimiento administrativo común (artículos 103.2 y 3 y 105 a) y c)), los principios del control judicial de la Administración (art.106.1) y de su responsabilidad (art.106.2), así como referencias básicas a instituciones (fuerzas y cuerpos de seguridad –artículo 104–, Consejo de Estado –artículo 107–). El acceso a los archivos y registros se situó, por tanto, dentro del marco que configuró la posición constitucional de la Administración.

El contenido del precepto servía, pues, para entender la imagen constitucional de la Administración como poder inmerso en un mandato general de transparencia, pero, al mismo tiempo, la referencia a los ciudadanos fundaba un derecho subjetivo cuya naturaleza no quedaba, en cambio, clara en cuanto a su capacidad de desplegar cierta fuerza normativa durante el período en el cual el legislador todavía no había desarrollado la ordenación de acceso a archivos y registros administrativos.

Bien es cierto que esta cuestión parece tener menor importancia, pues como se ha dicho ya la Ley 30/1992 ha afrontado, con carácter general, la regulación del derecho de acceso. Sin embargo, creo que conviene recordar que durante el tiempo en que no ha existido tal regulación general no dejaron de suscitarse dudas sobre la eficacia directa e inmediata del referido precepto constitucional, que llevaron a una cierta vacilación en nuestra jurisprudencia.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979, se llegó a decir que el artículo 105 b) de la Constitución era una simple declaración de principios básicos, que, por tanto, no podían ser de aplicación inmediata hasta que por la ley se regulara el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Ahora bien este criterio jurisprudencial sería expresamente modificado por el propio Tribunal Supremo; su Sala de Revisión, en Sentencia de 19 de mayo de 1988, nos proporcionó una nueva interpretación del significado de la reserva de ley que contiene el artículo 105 de la Constitución, y en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1990 se decantó con total claridad porque el derecho que se consagra en aquel precepto constitucional «nace con la Constitución y es de aplicación directa».

Por ello, soy de la opinión de que este extremo no debe pasar nunca desapercibido aunque sólo sea para reiterar la eficacia normativa directamente vinculante de la Constitución. Pero es que al lado de este carác-

ter de norma jurídica de nuestro texto fundamental, parece un contrasentido vaciar de contenido este derecho de acceso a los archivos durante los prácticamente quince años en que estuvo huérfano de regulación de carácter general. Quizá se había olvidado que también la norma constitucional era un límite a las previsiones que podía en este sentido adoptar el legislador –que ni le estaba permitido dejar sin contenido el derecho constitucionalmente reconocido, ni tampoco desfigurarlos de tal forma que lo hiciera, por las restricciones que incorpore, irreconocible– y que, sobre todo, la norma constitucional servía de criterio fundamental interpretativo por los poderes públicos. Y que, en fin, que su eficacia inmediata, como es natural, determinó los límites infranqueables para el titular de la potestad reglamentaria a la hora de emprender la tarea de efectuar el correspondiente desarrollo de las previsiones legales en esta materia que ahora nos ocupa.

2. La plasmación procesal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros públicos se realiza a través del contencioso-administrativo. Apartado en donde se tratan los problemas de legitimación y el caso especial del ejercicio del derecho de acceso por parte de las administraciones y los poderes públicos

Pues bien, hechas las anteriores consideraciones, es el momento de comenzar el análisis de la plasmación procesal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. La doctrina ha dedicado ya valiosas páginas al estudio, podríamos decir abstracto e intemporal, de dicho derecho, según ha quedado sucintamente expuesto. No obstante, en los términos en que se configura el derecho de acceso a los archivos y registros, la realización material y formal de su ejercicio adopta la forma de un *procedimiento administrativo*, que culmina con la producción de un acto, que, sin ningún género de dudas, debe ser motivado en caso de denegar la petición de acceder a la información administrativa.

Estamos, por tanto, en presencia de actuaciones de la Administración pública, sujetas a derecho administrativo, que son plenamente revisables por la Jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la cláusula general de enjuiciamiento que consagran los arts.106.1 de la Constitución y 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA).

En este sentido la idea de que, finalmente, las resoluciones producidas con motivo del ejercicio del derecho de acceso a los registros administrativos son susceptibles de ser residenciadas en la jurisdicción con-

tencioso-administrativa no admite discusión desde la observancia de los mandatos constitucionales (arts. 24.1 y 117.1). La eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la existencia de una llamada «reserva de jurisdicción» –tal como lo ha expresado algún autor– constituyen sus dos soportes fundamentales.

En la medida en que no existe previsión expresa en contrario, resulta preciso agotar la vía administrativa previa para poder acudir a la protección jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo. El titular del derecho debe así haber formulado con anterioridad una petición «individualizada» (art. 37.7 LRJAPC), en la que deberá «identificar» el documento o documentos que pretendía consultar, y aunque no se dice si esa petición es por escrito, podría presumirse que así debe ser. No existe, como contenido de este derecho, la previsión de que la consulta pueda estar referida a la petición indefinida de documentos, por lo que no cabe formular, según dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1998, solicitud «genérica» sobre una materia o conjunto de materias; limitación que lógicamente se extiende al derecho de obtener copias o certificados de los documentos a que alude el apartado 8 del artículo 37 LRJAPC.

La configuración jurídica del derecho de acceso desde esta perspectiva procesal en la que estamos situados, presupone, por tanto, que no existe una proximidad física entre el titular del derecho y el documento cuya exhibición solicita a la Administración. Se pide así la consulta y se supone que los servicios administrativos correspondientes, previo el examen de los archivos y registros solicitados, muestran al demandante el documento o documentos.

La Administración requerida deberá responder a la solicitud del particular y hacerlo, lógicamente, en coherencia con el marco jurídico. Puede, por tanto, haber una *negativa* al requerimiento del solicitante, pero dicha negativa no puede estar exenta de *motivación* aun cuando la ley exija solamente motivación específica para el caso en que la Administración aprecie la existencia de un interés público que impida la consulta, o que, también, según la Administración, existan intereses de terceros más dignos de protección, o, en fin, cuando así lo disponga una ley (art. 34 LRJAPC).

Y es que, al margen de esta determinación formal, las exigencias institucionales del derecho subjetivo y de la misma ley, exigen la motivación de cualquier negativa de una solicitud de acceso a un documento o a un archivo de la Administración, pues con ello no se deja de estar limitando un derecho subjetivo (art. 54.1 a) LRJAPC).

Sin embargo, no existe un plazo expresamente regulado en la Ley 30/92 para la resolución de las solicitudes. Lo que en pura lógica de interpretación jurídica nos conduce a entender que es de aplicación el

plazo para resolver los procedimientos administrativos que con carácter general está establecido en el de seis meses, según lo dispone el art. 42.2 LRJAPC (en la redacción dada, como es sabido, por la Ley 4/1999). No obstante esta solución que, en principio, parece que es la única imaginable, la singularidad de este procedimiento, su misma simplicidad, al menos en apariencia, haría deseable la fijación de un plazo específico y quizá también que fuera más reducido (sobre todo si pensamos en el plazo general de tres meses para resolver que se había establecido en la redacción original de aquel precepto por la Ley 30/92).

Paradójicamente al lado de esa ausencia de plazo específico, existe, en cambio, una referencia expresa en la ley a una cuestión objetivamente de menor importancia, pero también relacionada con el tiempo en que se hace efectivo este derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Dice, así, el art. 48.6 (LRJAPC):

«La declaración de un día como hábil o inhábil a efectos de cómputo de plazos no determina por sí solo el funcionamiento de los centros de trabajo de las administraciones públicas, la organización del tiempo de trabajo ni el acceso de los ciudadanos a los registros.»

Estamos, pues, ante un derecho especialmente protegido desde este específico punto de vista también.

Por otra parte, es claro, que el contenido de la pretensión que se intenta sostener ante la jurisdicción deba estar vinculada exclusivamente al acceso de un documento o registro administrativo y, por lo general, a la denegación del mismo por parte de la Administración.

Los problemas que de ordinario se suscitan, por tanto, en esta materia afectan básicamente a dos tipos de cuestiones: a la simple denegación (por silencio o irrazonadamente) de la petición, y a la delegación sobre la base de la concurrencia de alguna causa de exclusión. En este sentido, las exclusiones pueden estar específicamente contempladas en la LRJAPC (son los casos de la normativa sobre materias clasificadas, del acceso a datos sanitarios, a los archivos regulados por la legislación electoral, a los establecidos con fines estadísticos, el régimen de acceso a documentos por parte de parlamentarios, de miembros de entidades locales, del Defensor del Pueblo y de los comisionados parlamentarios autonómicos, y, por último, el del acceso a los documentos existentes en los archivos históricos). O bien puede tratarse de otros supuestos que están excluidos en razón de las previsiones contempladas en otras partes del ordenamiento jurídico (acceso a los ficheros de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento automatizado, o sobre acceso a datos personales de parlamentarios y otros políticos).

Pocas dudas puede haber de que tras algunas de estas cuestiones subyace el problema del alcance de las facultades revisoras de la jurisdicción

y la posible oposición de algún tercero en que no se facilite el acceso. Sin embargo, no admite realmente discusión que la Jurisdicción contencioso-administrativa tenga competencia para el conocimiento de todas ellas, aplicando los criterios generales que suministra nuestra Constitución.

Ahora bien, es difícilmente discutible, apreciando la normativa vigente, que la Administración pueda negarse a facilitar a los jueces los documentos que custodia, incluso en el supuesto de que se trate de aquellos de difusión restringida o limitada, porque de ordinario la legislación exime a los jueces de las limitaciones que pudieran establecerse con carácter general. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, reguladora del régimen electoral general, cuando 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».

La única peculiaridad que podría extraerse es la referida al control judicial de las excepciones derivadas de la seguridad y defensa del Estado, y en la medida en que pueda ser preciso determinar esos «conceptos» por parte de los órganos jurisdiccionales.

Es decir, si la inclusión de una determinada información en el ámbito de las tradicionalmente llamadas «materias reservadas» o «secretas», es o no correcta. En estos casos, no cabe duda alguna de que la tensión que se produce entre una presunta merma injustificada del derecho de acceso y la necesidad de que efectivamente la información quede al margen del principio de publicidad es, realmente, intensa. Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, sobre los llamados «papeles del CESID», son el más claro ejemplo en nuestro derecho de dicha tensión.

Por otro lado, la titularidad del derecho de acceso viene otorgada por la simple posesión de la cualidad de ciudadano-administrado (recordemos que el acceso a los archivos y registros administrativos es uno de los derechos proclamados en el art. 35 LRJAPC que ha venido a establecer el *estatuto del administrado*, según se ha convenido en calificar).

Sin embargo, en supuestos concretos, no basta la simple titularidad del derecho, sino que es preciso un requisito específico de legitimación. En este sentido, se pueden distinguir dos supuestos diferentes:

a) *El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas (art. 37.2 Ley 30/92)*. Aquí la expresión «intimidad» debe entenderse como una directa traslación de la referencia que también aparece en el propio art. 105 b) CE. En ese supuesto, los sujetos legitimados para el acceso no sólo las personas respecto a las que se poseen esos datos y quienes, también, pueden pedir la rectificación de menciones incompletas o inexactas, salvo que figuren en expedientes que por el tiempo ya estén caducados. El problema está, sin duda, en la extensión del concepto de intimidad, problema en el que, de forma ge-

neral y sistemática, no puedo entrar ahora pues es, precisamente, objeto específico de una de las sesiones de este curso.

b) *El acceso a los documentos nominativos en los que se haga referencia a la intimidad (art. 37.3 Ley 30/92)*. En este supuesto el primer problema jurídico a plantear es el del concepto de documento de carácter nominativo. Podemos decir que, en términos generales, lo sería todo aquél que permite, de forma directa o indirecta, la identificación de las personas.

En este segundo supuesto el ejercicio del derecho puede hacerse valer por sus titulares y, además, por los terceros que acrediten un interés legítimo y directo, expresión ciertamente algo alambicada, y que, en algunos casos, habría que juzgar como contradictoria con la recepción en nuestro ordenamiento jurídico del derecho comunitario europeo. Así, por ejemplo, la Directiva del Consejo de 31 de diciembre de 1992 sobre medio ambiente (art. 3.1: «los estados miembros harán lo necesario para que las autoridades públicas estén obligadas a poner la información relativa al medio ambiente a disposición de cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado»). En todo caso, tampoco puede ejercerse el derecho por terceros en relación a los procedimientos de carácter sancionador o disciplinario que no les afecten.

Ahora bien, desde una estricta perspectiva procesal, en el art. 19.1 a) LJCA se habla de que están legitimados ante el orden contencioso-administrativo los que, precisamente, *ostenten un derecho o interés legítimo*. La legitimación es, por tanto, la aptitud para ser parte en un proceso contencioso-administrativo. Y, como es bien sabido, tal situación procesal se manifiesta desde la vertiente activa, para demandar, como desde la pasiva, para ser demandado.

Así las cosas, legitimado activamente está quien puede acceder a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para, ejercer así su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución).

En la jurisprudencia constitucional que interpreta el derecho fundamental que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución, encontramos abundantísimas declaraciones en el sentido de que dicho derecho reconoce a todas las personas la obtención de una tutela efectiva de los jueces y tribunales, «en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, derecho cuyo primer contenido, en un orden lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (STC 115/1984).

Plantear una demanda contra cualquiera de las administraciones públicas con el fin de conseguir uno de los objetivos que la nueva ley regu-

ladora de esta jurisdicción ha abierto frente a las administraciones es, así, una posibilidad que además han aumentado espectacularmente en relación con el pasado. Ahora, los demandantes pueden exigir, no sólo la anulación de un acto o un acuerdo administrativo, expreso o tácito, o de una disposición de carácter general de rango inferior a la ley, en ambos casos, sea en todo o en parte, y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, con la declaración de responsabilidad por los daños y consiguiente compensación, sino también plantear una cuestión de ilegalidad, solicitar una condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones o el cese de actuaciones constitutivas de «vía de hecho», lograr una medida «cautelar» de carácter positivo e incluso pedir que se declaren inválidos acuerdos de los gobiernos –estatal y autonómicos– de naturaleza no estrictamente administrativa.

En definitiva, al ampliarse extraordinariamente las posibilidades de control por parte de los *jueces administrativos* respecto de cualesquiera acciones o inactividades de los poderes públicos, con la superación definitiva del esquema «revisor» de la jurisdicción, debemos considerar automáticamente expandido el alcance de las facultades o aptitudes del administrado en orden al planteamiento de demandas contra cualesquiera administraciones y entidades públicas. En este sentido en la novísima Ley de la jurisdicción de 1998, y desde la perspectiva del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, se puede destacar, sintetizando, lo siguiente:

1) La generalización del interés legítimo, como elemento suficiente para que cualquier persona física o jurídica que lo invoque pueda acceder al orden jurisdiccional.

2) La utilización de la «afectación» para justificar el acceso a la jurisdicción de las organizaciones de todo tipo, incluidos los grupos sin personalidad, con invocación del interés legítimo colectivo a defender.

3) La universalización de la posibilidad de plantear conflictos jurídicos entre las propias administraciones y demás entidades públicas.

4) La habilitación general de las entidades públicas personificadas dependientes de las administraciones públicas para impugnar decisiones que «afecten al ámbito de sus propios fines»; y

5) La facultad de las administraciones para optar directamente por el recurso judicial en la anulación de sus propios actos, por motivos de levedad para el interés público.

Cabe llamar la atención que la sustitución de la necesidad de ostentar un interés «directo» por la actual de interés «legítimo» se produce a partir de una traslación literal de la fórmula del artículo 24.1 de nuestra Constitución, incorporada a la reforma del procedimiento administrativo a través de la Ley 30/92, y, mucho antes, a la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985. Aunque no deja de ser curioso que para explicar la le-

gitimación sea preciso recurrir al interés «legítimo», lo que puede constituir una problemática redundancia.

No ofrece, por tanto, especiales dificultades sostener que una de las peculiaridades del derecho de acceso es su titularidad, atribuida constitucionalmente a los ciudadanos, con independencia de que en ellos concurra o no un elemento añadido de interés legítimo en relación con el contenido de la información administrativa en cuestión (que además es el criterio constitucional para reconocer legitimación activa a los ciudadanos). Porque, en definitiva, en estos casos es el hecho de ser ciudadanos el que rellena de contenido a la relevancia que la Constitución atribuye el principio de transparencia administrativa.

Pero nada obsta a que quien ejerza este derecho posea, además, una cualificación específica de su interés respecto al objeto de la información a la que pretende acceder. Pues en estos casos, el derecho de acceso cumple una *función instrumental* al servicio del derecho a la plena defensa y, en su caso, a la tutela judicial efectiva, en la medida en que, con independencia del trámite de audiencia, el conocimiento de lo actuado puede ser de utilidad para conocer si es procedente o no promover la actividad jurisdiccional o para determinar incluso la posición jurídico-procesal que realmente puede ocuparse, y, en fin, los criterios que, en última instancia, y en atención a los mismos, pueda configurarse el sentido de la tutela judicial efectiva en el orden administrativo.

Un supuesto especial de legitimación sobre el que quiero llamar la atención es el que se plantea en relación a la posibilidad del ejercicio del derecho de acceso por parte de las administraciones o los poderes públicos. El problema a enunciar es si las administraciones públicas o los poderes públicos en general pueden ser *titulares* del derecho para poder acceder así a los documentos que estén en los archivos de otras administraciones públicas. Para dar respuesta a dicha cuestión hay que distinguir entre dos formas distintas de actuación de la Administración pública que pretendiera, en su caso, ejercer este derecho de acceso: que lo hiciera para propiciar o facilitar el ejercicio de sus propias competencias como poder público o que, por el contrario, la pretensión a ejercitar estuviera en relación con el ejercicio de las competencias de la Administración poseedora de los archivos frente a la que la Administración actora ha tenido –o podría tener– una actuación semejante a la de un particular. Por ejemplo, ha sido expropiada u objeto de cualquier otra medida propia del derecho administrativo que entra dentro de las competencias de la primera.

En este segundo caso, no hay duda de que también las administraciones públicas son titulares del derecho de acceso a los archivos y registros de otras administraciones, y no habría, por tanto, motivos para conferir a la Administración, en este caso, una posición jurídicamente más

débil que la que tendría en el mismo supuesto el ciudadano. Y todo ello, sin olvidar que el Tribunal Constitucional ha declarado que las administraciones públicas pueden ser titulares de derechos fundamentales.

En el caso, sin embargo, de que se pretendiera ejercitar competencias propias de las distintas administraciones reconocidas por el derecho público, difícilmente podríamos llegar a la misma conclusión, sin forzar la naturaleza y encaje de la institución de que estamos hablando. En estos otros supuestos, hay que llevar la cuestión al deber genérico de colaboración que en nuestro ordenamiento jurídico es un presupuesto de la actividad relacional entre todas las administraciones públicas, según ordena el art. 4.1º c) y d) Ley 30/92. A estos efectos en dicho precepto legal se establece que las administraciones «podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud» (apartado 2º). La negativa a dicho requerimiento podrá existir sólo «cuando el ente del que se solicita no esté facultado para prestarla o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a sus intereses o al cumplimiento de sus propias funciones (apartado 3º).

Naturalmente que este planteamiento deja, en el fondo, a merced de la Administración solicitada el cumplimiento del requerimiento. Es claro que frente a una negativa expresa o presunta cabría teóricamente el recurso contencioso-administrativo, y que, en su caso, conduciría a que los tribunales pudieran corregir las negativas de acceso injustificadas. Sin embargo, no se puede desconocer que, al contrario de lo que sucede en la relación Administración-ciudadanos, las relaciones interadministrativas están marcadas por una serie de principios de derecho público que deben, necesariamente, marcar límites y condiciones de esas relaciones para preservar otro tipo de valores que también merecen la protección del ordenamiento jurídico. Así, algún ejemplo encontramos en la legislación y que marca ya el campo de juego que, a partir del deber de colaboración, es exigible a la comunicación documental interadministrativa: en el art.6 de la Ley de la función estadística pública se permite el traspase de datos estadísticos pero dentro de las pormenorizadas condiciones que luego son reguladas por el art. 15 de ese mismo texto legal.

No cabe duda de que en estos supuestos la Administración pública de que se trate goza de legitimación procesal (la Administración del Estado para impugnar los actos en este sentido que puedan producirse en las administraciones de las comunidades autónomas, de los entes locales, o de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización; la Administración de las comunidades autónomas, y la de los entes locales para impugnar los actos que puedan afectar al ámbito de su autonomía respectiva). Y es que la nueva Ley jurisdiccional parece apostar decididamente por la universalización de la fórmula de conflictos entre las administraciones, lo que, no obstante, parece coherente con los principios

que vertebran la distribución competencial en nuestra organización territorial.

Por último, las administraciones pueden acudir a la técnica de la declaración de lesividad, cuyo sentido no es necesario precisar aquí, para impugnar sus propios actos; una medida relativamente novedosa, porque faculta a las administraciones para el acceso directo de sus propios actos ante la jurisdicción, sin atenerse obligadamente a la fórmula de revocación o revisión de oficio.

3. Particularidades sobre el derecho de acceso a los archivos y registros públicos en el desarrollo de la fiscalización judicial en el contencioso-administrativo y la tutela judicial de naturaleza cautelar

No sería necesario recordar que la intervención judicial será siempre un remedio *ex post* con origen en la infracción legal del deber a cargo de la Administración de facilitar el acceso a los archivos y registros. De ahí que sólo con dificultad pueda desempeñar fines preventivos, sin perjuicio del disuasorio o propedéutico, limitándose a poner fin a la actitud obstruccionista de la Administración, si ésta es contraria a derecho. En relación con este aspecto de la utilidad material del control judicial que desde la Constitución sabemos que se exige que sea efectivo, siempre estarán en juego, como dijimos más atrás, el problema de la extensión y contenido de los poderes del juez ante la Administración.

Adentrados ya en la mecánica de los presupuestos procesales, la primera cuestión que surge es si en los términos generales de la Ley de la jurisdicción (art. 48) la Administración debe remitir el expediente administrativo completo al órgano jurisdiccional. La regulación de este trámite ha experimentado notables variaciones en la nueva ley que ha intentado establecer las garantías para lograr la pronta y completa remisión del expediente administrativo al órgano judicial que conoce del recurso contencioso. Las novedades se refieren, sobre todo, a la forma de remitir los expedientes y al contenido de éstos, introduciéndose las reglas precisas, algunas de las cuales son más propias de la legislación de procedimiento administrativo que de la Ley jurisdiccional.

En lo que más directamente nos atañe ahora habría que preguntar si se debe incluir la documentación cuyo conocimiento es, precisamente, el objeto material del proceso. O, planteado en términos de interrogación: ¿el juez debe decidir si puede o no conocerse la información pretendida sin saber en qué consiste la misma?

A mi juicio, que el juez pueda conocer de los documentos me parece fuera de toda duda.

Ello no obstante, es posible que existan limitaciones a esta cláusula general de enjuiciamiento, derivados del mantenimiento rígido del régimen establecido de secreto en relación a determinados documentos, con lo que se produce una peculiar limitación del ámbito efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, justificado en el mantenimiento de otras finalidades dignas de protección. En este sentido debe hacerse notar que en el número 6 del art. 48 de la Ley jurisdiccional, se señala que «se excluirán del expediente, mediante resolución motivada, los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontraran los documentos excluidos».

Regla específica ésta que no se ajusta bien con la función de control judicial al no haber previsto excepción de ningún tipo para aquellos casos en que se trate, precisamente, de revisar la propia decisión administrativa de excluirlos del régimen ordinario de la publicidad.

En nuestro Derecho, la Ley orgánica del Tribunal Constitucional incorpora una previsión realmente sugerente a estos efectos, que no conoce parangón en la ordenación de las facultades y competencias de los órganos judiciales. Pues bien, con la finalidad sin duda de permitir una decisión plenamente fundada del asunto que se somete al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, el artículo 88.2 establece que «el tribunal dispondrá de las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones». Con lo que nuestro legislador ha estimado conveniente que el Tribunal Constitucional tenga un conocimiento pleno del supuesto de hecho –el tribunal puede recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional–, intentando garantizar, a la par, el respeto al secreto legal. Una previsión de la que el tribunal no ha hecho uso en estos veinte años de justicia constitucional, quizá consciente de que su ejecución es realmente dificultosa, aunque sea previsible que, frente al incumplimiento de tal garantía, se habilite en favor del perjudicado la oportuna acción de responsabilidad.

A similares conclusiones puede llegarse en el análisis de las facultades del Defensor del Pueblo, que, como es sabido, tiene competencias para supervisar la actividad de la Administración, según dispone el art. 1 de la Ley orgánica 3/1981, que regula a esta institución. Para el cumplimiento de las finalidades atribuidas, la ley orgánica establece que el Defensor podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, los cuales no pueden negarle el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que esté relacionada con la actividad o servicio objeto de investi-

gación. El régimen de actuación de él incluye también los supuestos en que fuera preciso también que el Defensor del Pueblo acceda a archivos o registros en los que se contengan documentos declarados secretos de acuerdo con la ley.

En este último supuesto, la ley ha optado porque prevalezca la finalidad encomendada al Defensor, abatiendo el régimen propio de los documentos secretos, bien que pretendiendo que existan ciertas garantías. En efecto, el Defensor del Pueblo tiene siempre la posibilidad de inspeccionar tal documentación, salvo en el caso de que el Gobierno la deniegue. En este caso, la no remisión de los documentos que haya solicitado el Defensor del Pueblo deberá ser acordada por el Consejo de Ministros «y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio» (art. 22 Ley orgánica 3/1981). A todo ello se añade la obligación, tanto para el Defensor del Pueblo como para el personal adscrito a dicha institución, de verificar los trámites procedentes «dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos».

Podría manejarse, finalmente, la cuestión de si la revisión jurisdiccional alcanza a la clasificación de un documento como excluido de la publicidad; esta cuestión no parece que ofrezca dudas respecto al ámbito que constituye el derecho de intimidad o la averiguación de los delitos, ya que el órgano jurisdiccional puede valorar tales extremos. Y no otros son, precisamente, los que constituyen la esencia del control judicial frente a acuerdos que resuelven peticiones en ejercicio del derecho que contempla el art. 105.b) de la Constitución.

Porque cuando el control judicial se extiende al enjuiciamiento de una denegación administrativa de información, para valorar si la restricción es o no correcta, parece razonable que se haga preciso analizar la información. A este extremo, por tanto, deberían alcanzar las facultades judiciales, y sin perjuicio de que para salvar el carácter contradictorio del proceso, que exige la comunicación a todas las partes de las actuaciones producidas, no se permita a la otra parte –por lo general, a la demandante– la vista de tal documentación en lo que se refiere a los documentos, cuya denegación de comunicación constituye el objeto del recurso.

Por otra parte, en la nueva Ley de la jurisdicción de 1998 se caracterizan las medidas cautelares como un instrumento de garantía de la efectividad de la resolución judicial que definitivamente ponga fin al proceso. En este sentido la ley no ha limitado la posibilidad ni la identidad

de dichas medidas, y, así, se habla de «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (art. 129.1 LJCA). Por ello se puede afirmar que ha consagrado una cláusula general de medidas innominadas (salvo para los reglamentos, que parece prever solamente la suspensión). Resulta, por tanto, que el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista. Las circunstancias, elementos del conflicto y la índole de la pretensión a decidir en la sentencia, serán los que puedan concretar la medida adecuada al caso.

A diferencia de lo que ocurre en el recurso administrativo, donde la suspensión puede acordarse de oficio o a instancia de parte (art. 111.2 Ley 30/11992), en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares se adoptan sólo a instancia de parte. Rige, pues, como sucede en el proceso civil, el principio dispositivo y no cabe, por tanto, que el órgano judicial pueda de oficio adoptar dicha medida en un procedimiento en el que esté en juego el acceso a un registro o archivo administrativo. Si, como acaba de decirse, la adopción de medidas cautelares se rige por el principio dispositivo, es lógico pensar que, como consecuencia de ello, la decisión del órgano judicial queda sujeta al principio de congruencia. Ya que el recurrente puede ahora solicitar cuantas medidas sirvan para asegurar la efectividad de la sentencia, parece razonable que la medida provisional a adoptar por el juez tenga que ser alguna de las que hubieran sido solicitadas por las partes.

Ahora bien, que el principio de congruencia resulte aplicable a la resolución provisional –como, por lo demás, vienen aceptando nuestros tribunales– no significa que su alcance sea el mismo que el que despliega en relación con la sentencia, dadas las singulares características de la tutela cautelar. La especial urgencia con la que, en muchos casos, han de solicitarse; la provisionalidad que por definición las caracteriza; la posibilidad de que sean modificadas o revocadas si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se adoptaron (*rebus sic stantibus*); y, sobre todo, la dificultad de conciliar, en tales circunstancias, intereses claramente contrapuestos (el interés del demandante; el interés público que, en principio, reclama la del acto impugnado; y, en su caso, los intereses de terceros) hacen de estas específicas medidas y, sobre todo, del juicio cautelar, una decisión especialmente difícil de adoptar que reclama, en consecuencia, una aplicación flexible del principio de congruencia.

Pero no es sólo eso, es sobre todo la naturaleza *funcional* de las medidas cautelares lo que determina que el principio de congruencia tenga un alcance distinto –en el sentido de más reducido– en el juicio cautelar que en el juicio principal. Ello es así porque mientras que las pretensiones de las partes en relación con el fondo del asunto pueden ser de contenido muy diverso, las pretensiones de tutela cautelar van a ir siempre a remolque de las ejercidas con carácter principal, respecto de las cuales

carecen de autonomía por constituir un mero instrumento al servicio de su efectividad. Con ello quiere decirse que tanto en su solicitud, como en su adopción, las medidas se encuentran constreñidas por su relación de dependencia de la pretensión principal, todo lo cual implica, en definitiva, que cualesquiera que fuesen los términos literales en los que se formula una solicitud de tutela cautelar, *la sustancia de lo pedido*, que, es, a lo que ha de atenerse, según el Tribunal Supremo (STS de 25 de mayo de 1995), el órgano judicial, siempre será la necesidad de preservar, asegurándola, la efectividad de la sentencia, con lo cual siempre que la medida adoptada cumpla esa finalidad, el órgano judicial estaría respetando el principio de congruencia, ya que, en último término, se habría atendido a la sustancia de lo solicitado, aunque en sentido estricto no haya respetado su literalidad.

Por consiguiente, el juicio cautelar despliega toda su virtualidad, y a la resolución que se dicte sólo se le impone una racional adecuación de lo dispuesto a las pretensiones de las partes, no exigiendo otra cosa sino que, según la Sentencia de 18 de julio de 1997, «el tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad». Además, las mismas circunstancias que justifican la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* (arts. 135 y 136 LJCA) o, incluso, antes de la interposición del recurso (art. 136), permiten, a mi juicio, que el órgano judicial pueda adoptar una medida distinta de la solicitada si la considera más adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia, en este caso, la que condene a la Administración a la exhibición del documento requerido o que proceda a remover los obstáculos que impiden el acceso del particular al archivo o registro correspondiente.

La especial urgencia de la petición de tutela judicial cautelar se manifiesta en aquellos casos en que el particular se halla en el trance previo de reunir la información administrativa necesaria para tomar conocimiento de su situación y derechos frente a los poderes públicos, o frente a otros terceros. En este sentido, se ha previsto en la Ley jurisdiccional de 1998 que a diferencia del régimen común donde, como es sabido, la adopción de las medidas cautelares se concibe como una excepción a la regla general de la ejecutividad («...la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando...» (art. 130 LJ), en este régimen especial la adopción de la medida cautelar constituye la regla («el juez o tribunal (...) adoptará la medida...» (art. 136 LJ). Para ello es presupuesto que concurran en el caso «circunstancias de especial urgencia», adoptándose la medida «sin oír a la parte contraria», y sin que contra el auto judicial que la resuelve quepa recurso alguno. No obstante, en esa misma resolución el juez o tribunal deberá convocar a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes; «vistilla» que tendrá así por objeto el levantamiento, mantenimiento o modificación de

la medida cautelar que hubiera sido acordada. Y esta resolución sí que es recurrible de conformidad a las reglas generales.

Pero, la ley ha contemplado también un marco singular para la adopción de medidas cautelares precisamente en los supuestos de inactividad administrativa en sus distintas manifestaciones (art. 29 LJ) y vía de hecho (art. 30 LJ). En estos casos la adopción de medidas provisionales no responde a la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia, evitando que la ejecutividad de lo impugnado –la no ejecutividad, en los supuestos del art. 29 LJ– haga perder al recurso su finalidad, sino que basta simplemente con que se den los supuestos descritos en los artículos 29 y 30 de la Ley de la jurisdicción.

Sin embargo, la fórmula elegida por el artículo 136.1 LJ para definir el presupuesto de la adopción de las medidas cautelares en los casos de inactividad y vía de hecho no parece muy afortunada. Porque tratándose de supuestos en los que la adopción de las medidas cautelares –que es, además la regla– se basa sólo y exclusivamente en la «apariencia de buen derecho» (*fumus boni iuris*), no sería mucho pedir que el que las solicita aporte los elementos de hecho y de derecho necesarios para demostrar la apariencia, y sólo la apariencia, de ilegalidad administrativa.

El artículo 136.1 LJ añade otra excepción, y es la de que la medida solicitada pueda ocasionar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En contra de lo que podría parecer a primera vista, el mecanismo de funcionamiento de esta excepción es el mismo que el previsto en el régimen general de las medidas cautelares (art. 130.3 LJ). Es decir, el hecho de que se den las circunstancias mencionadas –posibilidad de que los intereses generales o de tercero puedan sufrir una perturbación grave como consecuencia de la adopción de la medida cautelar peticionada–, no implica necesariamente que tenga que denegarse la medida en cuestión, sino simplemente que *puede* denegarse. El artículo 136.1 no dice que las medidas cautelares se adoptarán salvo que se produzca una perturbación de las citadas características, en cuyo caso no se adoptarán, sino que remite al juez la decisión de adoptarlas o no, una vez ponderados todos los intereses en presencia, y siempre, eso sí, que se dé el requisito de la apariencia de ilegalidad en la actuación administrativa. 