

Documentación y participación administrativa

J. M. DESANTES GUANTER

Catedrático de Derecho de la Información

El tema de la participación política constituye un argumento insondable, siempre susceptible de una progresiva profundización. Pero no cabe duda de que ha sido objeto de un tratamiento cuantitativa y cualitativamente notable. No lo ha sido tanto el de la participación administrativa que, aunque puede considerarse integrado en el tópico genérico de la participación política, tiene su específica importancia y sus modulaciones en cuanto a su eficacia práctica. Los párrafos que siguen pretenden ofrecer una mínima aportación al descuidado tema, en la medida en que señalan una posibilidad constitucional de apertura a la participación administrativa, al tiempo que una experiencia próxima a nosotros, geográfica e institucionalmente, que es la francesa.

Entre los principios que en el artículo 103.1, señala la Constitución como rectores del régimen administrativo —eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al Derecho— no aparece el de participación. Esta laguna de la Constitución debe considerarse colmada, dado que es una laguna legal —por cuspidal que consideremos a la Ley constitucional—; pero no puede ser una laguna jurídica en un régimen democrático que implica un Estado de Derecho o de sometimiento pleno al Derecho.

La propia Constitución en su artículo 9.2 ordena a los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». En los espacios entre estos adjetivos parece que queda prendida la vida administrativa.

Junto a este mandato general, existe un precepto en la propia Constitución

que abre una vida efectiva, concreta, pero importante para la participación administrativa: el párrafo b) del artículo 105.

En efecto, el artículo 105, en su totalidad, ordena:

«La ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.»

Los apartados a) y c) se refieren paladinamente al procedimiento administrativo, sea a una fase de un procedimiento especial, conforme a la sistemática de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958¹; sea al procedimiento en general². Entre una y otra referencia, el apartado b), aun cuando puede también tener lugar en el procedimiento administrativo, trasciende de él para configurarse como un derecho autónomo de acceso a las fuentes documentales administrativas.

La circunscripción del derecho reconocido por el apartado b) entre otros dos textos homogéneos entre sí y, en gran medida, heterogéneos con él, puede ser una de las razones de que no fuera objeto de discusión en el *iter* parlamentario, hasta el punto de que la norma, en su texto vigente definitivamente aprobado, no difiere del que figuraba en el Anteproyecto constitucional³. Pero la falta de interés y atención por los legisladores puede tener también como concausa la falta de sensibilidad de nuestros parlamentarios constituyentes para apreciar su alcance y trascendencia. Por el momento, cabe señalar que, en las Constituciones que parece que los representantes de ambas Cámaras tuvieron más a mano, no existe un precepto equivalente⁴. Lo que no quiere decir que, a niveles legislativos

¹ Su Exposición de motivos dice «que permite conocer la opinión de los administrados a través del trámite de información que, con las naturales cautelas, prevé». Véase GONZALEZ PEREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimientos administrativo*. Madrid, 1977, pp. 865-867.

² Véase SERRANO GUIRADO, M.: «El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo». En *Revista de Administración Pública*, 4, 1951, pp. 129-190.

³ Véanse los diferentes textos en los volúmenes *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, editado por las Cortes Españolas, Madrid, 1980. En el Anteproyecto publicado en el BOE, n.º 4 del 5 de enero de 1978, figura con el número 103 y el mismo párrafo b).

⁴ Véase ESTEBAN, J. de, y LOPEZ GUERRA, L.: *El régimen constitucional español*. Madrid, 1980, pp. 43 a 48; ALZAGA, O.: *La Constitución española de 1978 (Comentario siste-*

inferiores a la Ley fundamental, el tema no tenga una creciente importancia en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros de perfil democrático.

La ausencia de precedentes constitucionales y la inmadurez jurídico-doctrinal en que el tema se desenvuelve ha dividido a los comentaristas de la Constitución en torno al precepto. En posiciones extremas, se le ha considerado regulador de un tema de «muy dudosa relevancia constitucional»⁵; o «disposición progresista... con lo que nos podemos situar a la cabeza de los países más avanzados en esa materia»⁶. Entre ambos extremos, además de las actitudes de indiferencia⁷, se la considera como reiteración del «principio de publicidad»⁸; como «principio básico de cualquier política de verdadera transparencia»⁹; como faceta activa de la protección de la intimidad y de la vida privada, que incluye «el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a acceder a los datos que sobre ellos se posean, así como a fiscalizar su legalidad y veracidad»¹⁰; o como prueba indirecta —junto con el derecho de petición del artículo 29 del propio texto constitucional— de la «voluntad de acercamiento al ciudadano»¹¹. No ha faltado el diagnóstico de su naturaleza e importancia del que se ha deducido el pronóstico de la dificultad en su desarrollo legislativo: «No hay duda de que una participación ciudadana

mático). Madrid, 1978, p. 649, dice: «De ordinario el Constitucionalismo extranjero ha soslayado el tratamiento de estas cuestiones. No obstante, cabe citar los artículos 268 y 269 de la Constitución portuguesa.» Los artículos portugueses citados tienen más semejanza con los apartado a) y c) que con el b) del artículo 105. El más próximo, que es el párrafo 1) del artículo 269 dice: «Los ciudadanos tienen el derecho, si lo piden, a ser informados por la Administración acerca del desarrollo de los asuntos que los conciernan y de ser puestos al corriente de las decisiones definitivas tomadas a su respecto.» El supuesto de hecho, como se ve, es distinto al nuestro.

⁵ ALZAGA, O.: *Op. cit.*, p. 649.

⁶ PECES-BARBA, G.: *La Constitución española de 1978*. Valencia, 1981, p. 92; GONZALEZ PEREZ, J., había dicho, muchos años antes, que elaboradas las Constituciones bajo la influencia de que lo esencial eran los derechos políticos tradicionales, las garantías que incluían para los administrados eran mínimas, al revés de lo que había que hacer como base constitucional para un estatuto jurídico del administrado, en *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 12-13.

⁷ BELMONTE, J.: *La Constitución. Texto y contexto*. Madrid, 1979, no comenta el artículo 105, párrafo b), transcrito en su p. 253.

⁸ CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES: *Constitución española. Edición comentada*. Madrid, 1979, p. 229.

⁹ TAMAMES, R.: *Introducción a la Constitución Española*. Madrid, 1980.

¹⁰ ESTEBAN, J. de, y LOPEZ GUERRA, L.: *Op. cit.*, pp. 104-105.

¹¹ BAENA DEL ALCAZAR, M.: «La ordenación de la Administración central y periférica y la actividad administrativa». En el volumen *La Administración en la Constitución*. Madrid, 1980, p. 91. El autor, en el trabajo colectivo *La Administración en la Constitución*. Madrid, 1980, anuncia la publicación de otro trabajo con «una amplia alusión al tema», que no ha aparecido a la hora de redactar esta nota.

responsable exige una adecuada información... Así que el precepto que ahora se comenta abre una rica problemática que habrá de ser convenientemente abordada por la legislación que la desarrolle»¹². El autor acierta al considerar el derecho del artículo 105 b) de naturaleza informativa, imperada, como toda información fáctica¹³, por el derecho a participar responsablemente en la vida de la comunidad. La idea comunitaria y la idea comunicacional¹⁴ dan al precepto objeto de nuestro trabajo un relieve insólito, inadvertido probablemente, como ya he puesto de manifiesto, por el propio legislador constitucional.

No se puede decir que la cuestión planteada por el texto del apartado b) del artículo 105 sea rigurosamente inédita en nuestro ordenamiento jurídico, si bien lo es en calidad de norma constitucional. Esta diferencia de nivel en el tratamiento legal puede suponer, empero, la superación de las deficiencias que presenta el Derecho español vigente, si la ley de desarrollo prevista en la Constitución acierta a afrontar radicalmente los problemas planteados¹⁵. La normativa anterior a la Constitución vigente puede caracterizarse por las siguientes notas: 1.ª La dispersión de las disposiciones reguladoras, entendida tanto en cuanto a su número y su distinta jerarquía normativa como en orden a los distintos archivos o registros que regulan¹⁶; 2.ª La falta de unos principios reguladores unitarios. La unificación de criterios que pudo suponer la calendada Ley de Procedimiento Administrativo, dado su carácter general y supletorio¹⁷, quedó más que neutralizada, por la limitación prevista para la legitimación subjetiva de solicitud de datos¹⁸; 3.ª La declaración de público de algún registro, es decir, el establecimiento de un registro para cumplir una función de publicidad que, por axioma, lo destina a ser consultado, lejos de facilitar el acceso al mismo de cualquier ciudadano, ha supuesto un obstáculo para el conocimiento de sus datos; y ello, además de por la típica inercia del funcionario administrativo, porque tal

¹² GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución española*. Dirigidos por el mismo autor, Madrid, 1980.

¹³ Véase mi libro *La información como derecho*. Madrid, 1974, pp. 28 a 32.

¹⁴ La relación entre comunidad y comunicación se estudia por GONZALEZ CASANOVA, J. A., en su trabajo *Comunidad humana y comunidad política*. Madrid, 1968.

¹⁵ Véase ALZAGA, O.: *O. c.*, pp. 650-651. Criterios radicalmente diferentes en GORDON, A. C., y HEINZ, J. P.: *Public acces to Information*. Northwestern University, 1979; y templados en el volumen *La Administración y el público en España*. Estudio dirigido por ANSON OLIART, F., y R., Madrid, 1965, pp. 32 a 36.

¹⁶ Por citar un supuesto tan concreto como la documentación de buques de guerra, hay no menos de treinta y cinco disposiciones vigentes que la regulan.

¹⁷ Artículo 1.º de la Ley.

¹⁸ Artículo 62 de la Ley. Véase GONZALEZ PEREZ, J.: *O. c.*, pp. 389 a 396.

declaración solamente ha supuesto la cobertura que justificase una intervención administrativa en ocasiones más política que técnica¹⁹; 4.ª Incluso en los supuestos de personas directamente afectadas o interesadas por documentos o datos obrantes en archivos o registros, la Administración se reserva «el derecho de concederlos o negarlos, según la naturaleza o carácter de los documentos que se le pidan»²⁰; 5.ª La Ley de Secretos Oficiales, Ley 9/1968 de 5 de abril, aún con la modificación de la Ley 48/1978 de 7 de octubre, supone siempre una limitación potencial a la facultad de solicitar el conocimiento de datos que, de un modo u otro, obran en poder de la Administración.

Estos escasos precedentes legislativos no han sido suficientes para cambiar el signo de nuestros autores favorable a la dirección administrativa. El párrafo ha resultado innovador y no se han recatado de mostrar su sorpresa y sus temores. «En todo caso se ha de advertir que no es éste uno de los temas que puedan resolverse frívolamente. Téngase en cuenta que, incluso en cuestiones no secretas, la reserva profesional es la que garantiza la imparcialidad que debe exigirse a los funcionarios al redactar sus informes y propuestas. Está claro que desde el instante mismo en que exista el peligro de que un informe sobre educación, sanidad o economía pueda ser conocido y publicado al día siguiente en la prensa, el funcionario escribirá pensando en el “público”, no en el “interés público”... que no es lo mismo»²¹.

Dos salvedades puede hacerse al texto anterior citado. La primera, que hay que distinguir la facultad de investigación, que es la que, como facultad de «acceso» el texto reconoce; y la de difusión que, aunque acompañará a aquella frecuentemente como consecuencia, puede tener motivos de excepción diferentes a los de la facultad de investigación. Una y otra —como veremos— forman parte del derecho a la información, pero son separables teórica y prácticamente. La segunda que, si obviamente son distintas las ideas de «público» y de «interés público», este último no puede ser confundido con el «interés del sector público»,

¹⁹ Así ocurrió con el Registro de Empresas Periodísticas a pesar del «carácter público» con que lo creó el artículo 26 de la Ley 14/1966 de 18 de marzo. Véase CONESA, F.: *La libertad de la empresa periodística*. Pamplona, 1987, pp. 635 a 638.

²⁰ Real Orden Circular de 5 de noviembre de 1907, que regula el derecho de los particulares a obtener copias del Archivo General Militar, artículo 2.º. Otras disposiciones son, al menos formalmente, de sentido contrario, ejemplo: la Orden de 25 de febrero de 1971 por la que se dispone sea gratuito el acceso a todos los Archivos y Bibliotecas del Estado. Puede comprobarse esta tensión en el Decreto de 24 de julio de 1947 sobre ordenación de los Archivos y Bibliotecas y del Tesoro histórico-documental y bibliográfico; o en el Decreto de 22 de noviembre de 1901 que aprueba el Reglamento de los Archivos del Estado.

²¹ GARRIDO FALLA, F.: *O. c.*, pp. 1056-1057.

ni puede ser distinto del «interés del público». No obstante estas observaciones, el problema existe, tal como está planteado; y se agrava frente al horizonte de la práctica en un ambiente administrativo no habituado a trabajar de cara al público o, con más precisión, de cara al ciudadano, como se desprende de este amenazante comentario: «En todo caso, esta publicidad total de la actividad administrativa, con las salvedades antes expuestas, debe ser objeto de una regulación muy meditada, pues puede ocasionar un serio obstáculo para el normal funcionamiento de la Administración y una fuente de problemas derivados del mal uso de la información obtenida»²².

Esta posición, señalada a título de ejemplo, es consecuencia de una tradición cuya pretensión de ruptura hace un cuarto de siglo, además de poco ambiciosa, fue más aparente que real²³. Lo que llevaba a una situación esquematizada en estas palabras: «Visto el problema desde el ángulo del público, del ciudadano, del administrado, resultará que si el hombre tiene “participación” en la zona política del poder y no en la zona administrativa, su soberanía la estará ejerciendo en un terreno en el que abundan las abstracciones y las entelequias, y no en aquel donde de hecho se encuentra las condensaciones más positivas y concretas del vivir de la nación, en el terreno donde las instituciones tienen mayor peso específico social. Si el poder del ciudadano se detiene ante las murallas de lo administrativo, es un poder hueco, es casi una burla del poder»²⁴.

Todas estas reacciones tienen una cierta lógica en el contexto histórico en que se producen. En el artículo 105, b) se ordena que la ley regule este derecho de acceso o facultad de investigación, una de las integrantes del derecho a la información. La futura ley puede ser consecuente con la importancia y amplitud de este derecho o truncar una expectativa constitucional potenciada por la naturaleza misma del derecho que va a hacer efectivo y por la realidad de su objeto, que es la información. Aun situándonos en el más optimista de los supuestos, la mentalidad media del funcionario, el esfuerzo complementario que la transparencia administrativa le va a exigir, y la propia deficiencia estructura

²² HERVAS CUARTERO, E.: *Ley de Reforma del Procedimiento Administrativo*. Madrid, 1980, p. 28. En términos parecidos ALZAGA, O.: *O. c.*, pp. 650-651.

²³ Véase, como ejemplo, uno de los trabajos más avanzados de la época: SIGUAN, M.: «La Administración y el Público». En *Revista de Administración Pública*, 41, 1963, pp. 9 a 27. Aunque con formulaciones tajantes en favor de los ciudadanos, tampoco se llega a avizorar el derecho a la documentación en GONZALEZ PEREZ, J.: *El administrado*. Madrid, 1966; ni, poco antes, en un trabajo empírico: ANSON OLIART, F. y R.: *La Administración y el público en España*. Madrid, 1965.

²⁴ MONTIEL, F.: «El ciudadano y el administrado». En *Revista de Administración Pública*, 40, 1965, p. 135.

de los servicios de documentación y archivo van a permitir que la ley tenga efectividad. Es útil fijarse en los precedentes comparados de otros ordenamientos.

En casi todos los países en los que existe, reconocido y desarrollado por Ley, el derecho a la documentación administrativa y el correlativo deber de la Administración de proporcionarlo, ha habido una preparación doctrinal de una reforma que suponía cambiar por completo los principios por los que estos fenómenos jurídicos se regían. En concreto, supuso pasar del principio del secreto, con escasas excepciones, al de la transparencia, con excepciones tasadas legalmente. La motivación de este cambio no tenía tan sólo trascendencia legal, sino también psicológica: era necesario que mudasen los hábitos de discreción de los funcionarios y de abstención en la duda, cobertura las más de las veces de la comodidad; y era necesario, también, que germinase en los administrados el sentido de su derecho a la documentación. Estas mutaciones psicológico-jurídicas en los términos personales de las relaciones administrativas vendrían a sanearlas. «Por encima de los textos, el derecho a la comunicación no será verdadera realidad más que cuando las relaciones a menudo antagonistas entre Administración y administrados sean menos patológicas»²⁵. Las razones oportunistas que trajeron la secular reforma sueca, la imitación de Suecia por los otros tres países nórdicos y el distinto sistema jurídico de los Estados Unidos, hace aconsejable que, por eliminación, nos fijemos en el esfuerzo doctrinal francés. Tres razones más abonan la oportunidad de este acantonamiento: la vecindad; la semejanza de lo que en Francia fue punto de partida y, entre nosotros, situación actual, aunque con la ventaja de que queda apuntada su reforma precisamente en el texto constitucional que abre este apartado; y el que la doctrina gala supo aderezar los argumentos jurídicos con los documentarios, con lo que resultó de gran realismo.

El esfuerzo doctrinal por cambiar en Francia la mentalidad de los funcionarios y los principios que regían la información documental informativa tuvieron que ser grandes. Se trataba de mudar las concepciones informativas de la Administración. En la sociedad del secreto la Administración se presenta como una institución de un «misterio total»²⁶. La Administración quiere tener su «vida privada»²⁷. «La manía del secreto es un estado de ánimo que no puede durar»²⁸.

²⁵ DIBOUT, P.: «Pour un droit a la communication des documents administratifs». En *La Revue Administrative*, 173, 1976, p. 510.

²⁶ LEMASURIER, J.: «Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'entre informé». En *Revue du Droit Public*, 5, 1980, p. 1242.

²⁷ AUBAGNON, Th., y JANICOT, D.: «La communication entre Administration et administré». En *La Revue Administrative*, 1975, p. 311.

²⁸ Cita de un editorial de la «La Nation» de 11 de febrero de 1974, en *La Documentation française*, 306, 1977, p. 8.

Es una especie de «terrorismo intelectual»²⁹. El secreto de la Administración solamente se justifica cuando asegura la protección del secreto del administrado, no cuando hace opaco el servicio público³⁰. Los razonamientos diversos precursores de las disposiciones legales que reconocieron el derecho a la información administrativa fueron, no obstante, convergentes.

Tuvieron que partir de la realidad de que la no difusión de los documentos administrativos constituía la regla general y su comunicación la excepción. Y esto aunque no aparece establecido en ninguna disposición formal: «el secreto es tan esencial a la Administración que ha parecido inútil establecerlo a nivel de principio en un texto general»³¹. Lo que, por otra parte, ocurría en la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa³². En primer lugar, porque la Administración no tenía el deber de difundir los documentos, fuera de los contados supuestos previstos por las leyes o impuestos por la jurisprudencia. En segundo término, porque la falta de inventarios y de clasificaciones documentaristas hacía imposible proporcionar no sólo los documentos, sino la referencia de su misma existencia o localización. Los documentos no sometidos a secreto estaban ocultos por el olvido³³.

La confidencialidad administrativa no había sido nunca definida, no sólo en el sentido de proveerla de una noción legal o jurisprudencial, sino en el de señalarle unos límites objetivos: variaba según los Departamentos, los Servicios o los funcionarios. La actitud de la Administración «es más bien una especie de paternalismo. La Administración actúa por el bien de los administrados, pero tiende a considerarlos como menores respecto de los cuales las explicaciones están de más»³⁴. No a todos los grupos sociales, ni en todo momento, les molestaba la reserva administrativa³⁵. Pero no había razones que fundamentasen el principio del secreto. En cambio, se fue considerando por los autores que sus efectos eran nefastos.

²⁹ BOLO, A.: *Administration et information du public*. En la misma publicación, p. 35.

³⁰ *La Documentation française, ibid.*

³¹ AUBY, J. M.: «Hacia la «transparencia» de la Administración en Francia». En *Revista de Administración Pública*, 95, 1981, p. 316.

³² DEWIS, M.: *Explanatory Memorandum* al Proyecto de directiva presentado por la Comisión Jurídica del Consejo de Europa, Doc. 4195, Estrasburgo, 1979, p. 3.

³³ Segundo informe de la *Commission de coordination de la documentation administrative*, presidida por F. de BAECQUE, que da nombre a la Comisión, elevado al Primer Ministro en mayo de 1974 con el título *L'accès du public aux documents administratifs*, p. 8.

³⁴ AUBY, J. M.: *O. c.*, p. 316.

³⁵ Se cita como ejemplos los impedimentos puestos por la industria turística a las informaciones meteorológicas, cuando son adversas; o de la industria a los datos que posee el Instituto Nacional del Consumo. *Ibid.*, p. 9.

No existía, empero, reconocido legalmente un derecho a la información administrativa que se pudiese oponer a la práctica del secreto. El Derecho positivo francés, que tradicionalmente garantizaba las facultades de recibir y difundir informaciones, se detenía ante la facultad de investigar. La jurisprudencia administrativa había tomado estribo en esta falta de apoyo legal para negar el deber de informar documentalmente por parte de la Administración³⁶.

A favor de la no comunicación de documentos operaba la amenaza penal que suponía la tipificación de los delitos de secreto profesional³⁷; el Estatuto general de los funcionarios que les imponía el deber de discreción profesional en lo que respecta a los hechos e informaciones de los que tuviesen conocimiento en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus funciones³⁸; y la facilidad que encontraría las potencias extranjeras para obtener información³⁹. Las motivaciones de este principio de confidencialidad aparecían frágiles; pero tuvieron que ser contestadas.

Una primera serie de argumentos en favor de la absoluta discreción administrativa apelaba a la eficacia administrativa: la confidencialidad de los expedientes garantiza la autonomía de la decisión ya que su conocimiento suscitaría presiones que amenazasen el éxito de los proyectos, que se asegura mejor con el efecto sorpresa. La respuesta a este argumento es que la Administración debe convencer, no sorprender⁴⁰. Si la presión está justificada en contra del proyecto es benemérita y debe actuar antes y no después de que se adopten las decisiones. Si no está justificada, la Administración debe fortalecer sus razones en favor del proyecto. En realidad, un proyecto viable sale así reforzado por el control y la crítica concomitante de los ciudadanos⁴¹. «La buena política, la buena justicia y los buenos negocios se hacen siempre a la luz del día»⁴².

³⁶ «Si Francia es un País de democracia política, no es un País de democracia administrativa». LEMASURIER, J.: *O. c.*, p. 1240.

³⁷ Véase, de la misma Comisión DE BAECQUE, el Primer informe presentado en mayo de 1973 bajo el título *Administration et Documentation* referido al secreto profesional del artículo 378 del *Code pénal* y su artículo 72 que protege las informaciones de orden militar, diplomático, económico o industrial.

³⁸ Artículo 10 del Estatuto de 4 de febrero de 1959. Véase LEMASURIER, J.: *O. c.*, pp. 1241-1242.

³⁹ LEWIS, M.: *O. c.*, p. 4.

⁴⁰ RIVERO, J.: «*Démocratie et Administration*». En el volumen *Melanges Savatier*. París, 1965, p. 828; AUBY, J. M.: *O. c.*, p. 317; BOLO, A.: *O. c.*, p. 35.

⁴¹ COTTIER, B.: *La publicité des documents administratifs*, cit., p. 5; CONSEJO DE EUROPA: *Recomendación 854 (1978)*, Exposición de motivos, § 2.

⁴² VOYENNE, B.: *Le droit à l'information*. París, 1970, p. 44.

Una segunda gama de motivos que intentaban justificar la confidencialidad se centraba en la salvaguarda de la independencia de los funcionarios, quienes se pronunciarán con menos libertad si saben que sus dictámenes son comunicables. Se contesta que ocurre lo contrario: la confidencialidad fomenta la irresponsabilidad del funcionario y la irresponsabilidad no se concilia nunca con la libertad. Los pareceres de los funcionarios estarán más pensados y ponderados si saben que existe la posibilidad de que se conozcan alguna vez. Esta sola posibilidad es garantía de un autocontrol del agente administrativo. La difusión, al menos potencial, de los documentos despierta la confianza en las autoridades y en la Administración. El ciudadano tiene, cada vez más, necesidad de ver garantizado su derecho a la información frente a las tentaciones autoritarias de una administración unipersonal y tecnocrática⁴³. La transparencia administrativa hace perder a la Administración su anonimato: «Los funcionarios no son elementos invisibles de una gran máquina, son personas cuya actitud y forma de pensar aparecen a plena luz»⁴⁴. Menos importancia tiene el argumento de la falta de tiempo de los funcionarios⁴⁵.

Por el contrario, la práctica de la confidencialidad —salvo en los casos en que el secreto esté justificado por el interés general— puede, a menudo, volverse contra la propia Administración ya que abre las vías de la sospecha: cuando el administrado no conoce la información, supone que el secreto encubre la inseguridad, el error o la corrupción administrativa. Las filtraciones que puedan producirse, parciales o deformadas, agravan todavía la reacción de los ciudadanos frente a la Administración. Esta actitud llega al máximo cuando ciertos grupos que disponen de conexiones internas obtienen informaciones que la Administración niega a otros, con lo que se produce la discriminación, que llega a tener consecuencias injustas cuando los grupos privilegiados explotan en su provecho la información obtenida⁴⁶.

El derecho a la información parece a los autores tan evidente que no necesita demostración⁴⁷. Son argumentos más políticos que jurídicos: permitir a la

⁴³ BOLO, A.: *O. c.*, p. 35.

⁴⁴ HERLITZ, N.: «Le Droit administratif suédois». En *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1953, p. 548.

⁴⁵ LEWIS, M.: *O. c.*, p. 4.

⁴⁶ Sobre todo, determinados medios de comunicación y sociedades de estudio que revenden a la Administración o a otros clientes el producto de expoliar los datos confidenciales financiados por la Administración misma. Así se crea lo que el Segundo informe citado llama «situaciones de provecho», p. 11.

⁴⁷ Menos todavía en países con tradición de transparencia administrativa donde aparece como evidente: así Suecia; HERLITZ, N.: «Charakteristische füge des schwedischen öffentlichen Rechts». En *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1933, p. 95.

población controlar a las autoridades públicas a fin de prevenir o denunciar toda decisión arbitraria o inoportuna; contribuir a la formación de la opinión pública permitiendo al público discutir las grandes opciones políticas, como instrumento de participación⁴⁸. «Sólo una sociedad informada puede ser democrática»⁴⁹. «La democratización no es eficaz más que si existe en todos los aspectos y en todo momento»⁵⁰. «La manía del secreto constituye una injuria a la democracia»⁵¹. «Estamos en una democracia política, pero nuestra Administración no es democrática»⁵². Mucho más evidente cuando no se trata de instaurarlo de nuevo, sino de generalizar y sistematizar el derecho reconocido en disposiciones sueltas⁵³. No consiste en innovar sino en extender. No obstante, se ponen de relieve las evidencias. La difundibilidad de la acción administrativa garantiza mejor su rectitud; al contrario que el secreto que propicia las tentaciones de injusticia y tiende a institucionalizar las presiones. La publicidad de los concursos administrativos es buena prueba de ello. El principio de difusión refuerza las posibilidades de defensa de los individuos frente a las potestades administrativas y ofrece elementos para el diálogo, la crítica y la oposición. En resumen, permite contrapesar las prerrogativas clásicas de la Administración.

Otra razón de que no se pueda mantener hoy el principio de confidencialidad es que esteriliza la documentación e impide la información que contiene y que puede ser útiles a la comunidad no sólo por las razones políticas expuestas, sino también por otras exigencias económicas y sociales en las que, cada vez más, los intereses de los ciudadanos convergen con los de la Administración. Los progresos técnicos y jurídicos de la información han de ponerse al servicio de estas aspiraciones coincidentes⁵⁴.

No se considera necesario recordar —aunque se recuerda con esta consideración— que no puede existir una Administración eficaz sin control externo y no se puede controlar realmente sin información. El control interno es el jerárquico,

⁴⁸ COTTIER, B.: *O. c.*, pp. 4-5.

⁴⁹ LEWIS, M.: *O. c.*, p. 6.

⁵⁰ DIVIER, P.-F, y otros: «Pour une administration transparente», en *La Gazette du Palais*, 6, 1977, p. 3.

⁵¹ PAQUET, A.: «Le mediateur et le droit à l'information». En *La Documentation Française*, 306, 1977, p. 30.

⁵² FOUGERE, L.: «Le Colleague de Graz sur l'accès à l'information». *La Documentation Française*, 306, 1977, p. 33.

⁵³ Así los afectados por un expediente de expropiación, los informes de la *Cour des Comptes* o los debates y las cuentas de los Ayuntamientos, estas últimas en virtud del artículo 58 de la Ley municipal. Véase más ejemplos en LEMASURIER, J.: *O. c.*, pp. 1248 a 1252.

⁵⁴ *Cfr.* la exposición de motivos del Decreto francés, n.º 77-127 de 11 de febrero de 1977.

ampliando al ámbito del Estado el parlamentario; pero en el momento actual es necesario fomentar el control de los usuarios de los servicios⁵⁵ y del público en general. El conocimiento no sólo de las decisiones, sino también de los motivos y de los fundamentos de la actividad administrativa aparecen como la mejor garantía contra la inercia y la arbitrariedad, que encuentran en el secreto de los legajos el clima favorable a su desarrollo⁵⁶.

El derecho a la información en su modalidad de derecho a la documentación administrativa es una consecuencia del derecho de ciudadanía⁵⁷. En efecto, la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, es su artículo 15, sancionó que «la sociedad tiene el derecho de exigir cuentas a todo agente público de la Administración». Este principio, que ha tenido poco éxito en su aplicación debe desarrollarse en el futuro: la condición de ciudadano da derecho a obtener la comunicación de todos los documentos que sean necesarios o útiles para su ejercicio. «La razón más importante es el derecho del público a saber»⁵⁸. Se reconoce un derecho a saber como consecuencia del derecho a la información⁵⁹ que ha de ir acompañado de un derecho al diálogo⁶⁰. Las cargas impuestas por el Estado a las personas físicas o jurídicas privadas, cada vez más numerosas, en cuanto a información, en favor de la Administración misma (declaraciones, encuestas, sondeos) o en favor de terceros (consumidores, accionistas, público) debe aplicárselas a sí mismo, haciendo de la actividad informativa una actividad de intercambio. Es, por el contrario, el crecimiento del poder reglamentario el que ha empobrecido la información, mucho más fluida en el poder legislativo. Si el principio de confidencialidad fue tolerable cuando la Administración tan sólo prestaba servicios tradicionales, es insoportable cuando la acción administrativa se extiende a toda la vida económica y social, no sólo pública, sino también privada. Sobre todo cuando la informática invade los

⁵⁵ Es de notar que los grupos de usuarios han conseguido constituirse en asociaciones cuya presión es cada vez más eficaz. «El hombre moderno desea recibir la más amplia información posible, no tan sólo objetiva, sino útil, eficaz, encaminada a instruirlo y a guiarlo. Esta necesidad se manifiesta especialmente en el ámbito del consumo». AUBY, J. M.: *O. c.*, p. 317.

⁵⁶ CONSEJO DE EUROPA: *Recomendación 854 (1978)*. Exposición de motivos §§ 5 a 7.

⁵⁷ «El derecho a la información forma parte de aquello que el Consejo BRAIBANT, secretario general del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, denomina la tercera generación de los derechos humanos, después de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos.» AUBY, J. M.: *O. c.*, p. 317.

⁵⁸ LEWIS, M.: *O. c.*, p. 6.

⁵⁹ WENNERGREN, B.: «Le droit de savoir, l'approche scandinave». En *La Documentation française*, 306, 1977, pp. 50-53.; COT, J.-P.: *Le droit de savoir*, en la misma publicación, pp. 33-34.

⁶⁰ FOUGERE, L.: *O. c.*, p. 33.

negociados, la automatización de los datos permite componer «los perfiles de los administrados» y los ordenadores —con riesgo de error— pueden convertirse en «peligrosas máquinas sociales de discriminar a los hombres»⁶¹. Lo que justifica, por sí solo, el acceso a los documentos que tiene valor de garantía fundamental de las libertades públicas⁶². El interés público es, al menos, el mismo en uno y otro caso y, en consecuencia, la misma debe ser la información.

Más que profundizar en el fundamento del derecho a la información —expresión utilizada en Francia, precisamente, a propósito del derecho a la documentación— la doctrina gala ha insistido en las posibilidades de su ejercicio por medio de un abanico de modalidades que no están exentas de problemas, entre ellos el de que la eficacia de un deseable derecho a la información exige una mejor circulación documentaria en el seno mismo de la Administración debida a varias causas, entre ellas las autorizaciones jerárquicas y la regresión de las fijaciones escritas de los actos, resueltos por teléfono o por medio de procedimientos verbales, lo que reduce en proporciones importantes el contenido documental de los expedientes.

Aparte esta reducción, una condición elemental para que los documentos circulen es que no se pierdan. A nivel ministerial los cambios de titulares llevan consigo el expolio de los archivos: una parte de los documentos se destruye, otra se retira por la autoridad cesante que tiende a considerar los documentos como objeto de su propiedad. Los cambios de régimen han producido destrucciones masivas⁶³. Y a todos los niveles de la Administración existe una cierta resistencia a conservar los estudios y dictámenes que han servido de base a la toma de decisiones.

Otra forma de pérdida es el olvido que produce la falta de información sobre la información. Faltas de medios, de tiempo o de conciencia de la importancia de la información, huérfana de un tratamiento sistemático que reseñe, clasifique, ordene y conserve los documentos. Y si se hace, de una manera poco técnica, no trasciende del propio servicio que lo intenta. El análisis bien hecho de la documentación facilitaría la información acerca de los documentos cuando lo que se pretende en muchos casos es su retención y, para salvaguardarla, el que se ignore. La difusión documental «es el medio de asegurar la conservación y la consulta de los documentos»⁶⁴. En manos exclusivamente de un funcionario o de

⁶¹ GUALLOUEDEC-GENNUYS, F., y MAISL, H.: *Le secret des fichiers*. París, 1974, p. 36.

⁶² LEMASURIER, J.: *O. c.*, p. 1258. Sin que el derecho a investigar los expedientes personales oculte el de investigar los generales. LEWIS, M.: *O. c.*, pp. 13-14.

⁶³ Se señala, como ejemplo, la destrucción en 1945 de la documentación relativa a la ocupación alemana, por orden del Ministro del Interior. Segundo Informe citado, p. 13.

⁶⁴ *Cfr.* la exposición de motivos del Decreto francés de 13 de julio de 1971.

un servicio la exclusiva en la posesión de determinados datos o informaciones es fuente de poder o de prestigio o baza que jugar en las frecuentes rivalidades administrativas entre personas o entre servicios. En el mejor de los casos, no existen medios técnicos ni garantías de que el mínimo de documentos que circula tenga una utilización óptima. Entre otras razones porque la circulación se orienta en vertical y, con más frecuencia en sentido ascendente que descendente; pero apenas se conocen supuestos de circulación horizontal, a no ser por amistad personal de los funcionarios y, a veces, por solidaridad entre los del mismo cuerpo.

Todos estos inconvenientes deben ser superados si se quiere que el derecho a la información documentaria que se proclama no quede en un simple deseo. En primer lugar es necesario potenciar el deber de conservación de los documentos por parte de los funcionarios. Ya un antiguo Decreto⁶⁵ prohibía la destrucción de todo documento sin el previo estudio de su utilidad presente o futura. Aun cuando sería recomendable, dentro de las posibilidades, que fueran conservados en el mismo expediente y servicio de que proceden, nunca debería destruirse un documento administrativo sin antes haberlo ofrecido a los archivos públicos o privados o a los centros de investigación que puedan estar interesados en depositarlos.

En aras de la conservación, se pide un riguroso cumplimiento de las reglas relativas al depósito legal⁶⁶. Todas las publicaciones administrativas impresas o multicopiadas por cualquier procedimiento gráfico y cualquiera que sea su destino o las relaciones jurídicas en que vayan a entrar como objeto, aunque fueran de circulación restringida, deberían ser legalmente depositadas.

De nada sirve la conservación si no provee a dotar a los archivos de un buen sistema de clasificación, aunque sea caro. Entre otras razones, porque exige un personal cualificado profesionalmente o la formación de funcionarios por este personal cualificado, lo que tendría la ventaja de no separarlos del mismo servicio en que los documentos se encuentran⁶⁷.

De poco vale formar al personal y establecer unos eficientes servicios de archivo si no se saben o se quieren integrar en los demás servicios o si, con respecto a ellos, se les da una posición marginal. Las experiencias llevadas a cabo en algún Ministerio indican que la función administrativa documentaria está

⁶⁵ De 21 de julio de 1936.

⁶⁶ Regulado en Francia por la Ley de 21 de junio de 1943, una Circular del Jefe del Gobierno de 4 de noviembre del mismo año precisa las condiciones de su cumplimiento para la Administración. Una y otra propone la Comisión DE BAECQUE, en su Segundo Informe, que sean puestas al día, p. 14.

⁶⁷ PAQUET, A.: *O. c.*, p. 31.

condicionada por la sensibilidad del personal directivo y porque las funciones de reproducción y difusión estén unidas a las de conservación y clasificación, todas ellas capacitadas para el tratamiento de cualquier mensaje en cualquier soporte.

Descartadas las soluciones de que toda la Administración reciba todos los documentos de interés o la puesta, en cierto modo, de que se reúna en un solo archivo toda la documentación administrativa, la solución que se propone es la de desarrollar al máximo la información acerca de la información existente. Para ello es necesario, además de unos buenos ficheros mantenidos siempre al día, una clasificación homogénea de la importancia objetiva de los documentos para que los boletines que publiquen las unidades administrativas del nivel que se señale, utilicen las mismas claves clasificatorias y los mismos criterios de clasificación. Esta doble unidad exigirá el establecimiento de servicios y redes de evaluación de los documentos para la que tiene que tomarse como núcleo el interés del público, no el de la Administración. Todo criterio de ordenación e información de los documentos existentes será inútil e incluso contraproducente si no se endereza al servicio de la eficacia del derecho a la información⁶⁸. No hay que olvidar en esta nueva estructuración la documentación parlamentaria que muchas veces puede servir de elemento de síntesis cuando nos conoce las preguntas o interpelaciones y las respuestas que provocan.

Todo el equipamiento humano y material que la puesta en práctica de todas estas propuestas exige, sería inútil sin la instauración de un derecho del público a la documentación que vaya consiguiendo transformar mentalidades y usos administrativos cómodamente instalados en el principio de confidencialidad⁶⁹. Por supuesto, exige una buena regulación positiva modificable a medida que la experiencia lo aconseje⁷⁰. En un principio parece que la futura ley debería distinguir la amplitud de tal derecho en función de la naturaleza del documento, de su fecha y de la cualidad del que solicita su conocimiento. El Informe de la «Comisión de Baecque» distingue, por ejemplo, los documentos que recogen todo tipo de decisiones y órdenes administrativas, los estudios que la Administración encarga por contrato, los informes de las grandes Comisiones a que tan

⁶⁸ FOUGERE, L.: *Liberté d'information et communication aux administrés des documents publics dans la théorie et la pratique françaises*. Estrasburgo, 1976, p. 28.

⁶⁹ Entre nosotros se ha dicho recientemente que cuando la Administración se acerca a los destinatarios de su actividad, «se quebrantan los mecanismos de autodefensa burocrática con los que los funcionarios tienden a desviar hacia sus propios intereses o hacia comodidades de gestión para ellos, y no obstante, objetivamente disfuncionales, la acción administrativa». GARCIA DE ENTERRIA, E.: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid, 1983, p. 38-39.

⁷⁰ Véase LEMASURIER, J: *O. c.*, p. 1260.

aficionados son los países europeos, incluidos sus anexos documentales, los dictámenes de los órganos consultivos, las memorias de la actividad administrativa, los informes de los servicios de inspección y control y los trabajos preparativos de todo tipo de decisiones, incluso de disposiciones generales⁷¹.

Es necesario, además, lo que se ha llamado «organizar la transparencia»⁷². Si es fundamental desarrollar el principio de un acceso sin restricciones a los documentos administrativos, es igualmente necesario que el administrado esté en condiciones de identificarlos y de comprender su contenido: el desarrollo de la información sobre los documentos y el perfeccionamiento del lenguaje y vocabulario administrativos constituyen así dos corolarios indispensables para que se pueda satisfacer el derecho de los administrados.

Pero no basta con tener los archivos abiertos ni siquiera con publicar los documentos que contienen si el ciudadano ignora que existen. Tan importante como el documento mismo, dado que constituye un requisito previo, es la información que permite obtener el documento o las referencias diversas que permiten su identificación y localización. La cuestión no es fácil y exige, en primer lugar, el esfuerzo de información acerca de los archivos de cada unidad administrativa y, después, la integración de todo el material fragmentado por Departamentos en un solo Índice consolidado.

La ley que reconozca el derecho a la documentación ha de tener como efecto invertir la carga de la prueba: no es el administrado a quien corresponderá probar su interés y la comunicabilidad del documento, sino a la Administración probar que un determinado documento es reservado. La ley deberá proclamar claramente el principio de accesibilidad, salvo lo dispuesto en el Código Penal y las excepciones que taxativamente se establezcan en su mismo texto, atendiendo tanto a la naturaleza del documento cuanto a las circunstancias excepcionales y temporales que puedan surgir. Y sin necesidad de intermediarios que complicarían y encarecerían el procedimiento⁷³.

El derecho a la información administrativa o a la documentación debe canalizarse a través de tres vías: la publicación general sistemática, la comunicación individualizada a los que puedan estar interesados y la comunicación como respuesta a una demanda concreta de los administrados, incluida la posibilidad de reproducción de los documentos solicitados, con todas las garantías razonables de conservación del documento-fuente, sea o no original. Sola-

⁷¹ *Ibid.*, p. 16-20.

⁷² DIBOUT, P.: *O. c.*, p. 503.

⁷³ COT, J.-P.: *O. c.*, p. 33.

mente los gastos de esta reproducción deberán correr a cargo del solicitante⁷⁴. Con carácter excepcional deberá preverse también la venta de documentos, de colecciones o de archivos originales o reproducidos, cuyo coste deberá responder al valor del mercado.

La ley, finalmente, deberá garantizar el derecho de acceso contra la negativa de la documentación. La solución, para Francia, es doble: un procedimiento administrativo precontencioso, que deberá desarrollarse sumariamente, seguido de un procedimiento judicial urgente⁷⁵; y, alternativa o simultáneamente, confiar al *Mediateur* u *Ombudsman* francés dar su opinión vinculante.

Todas estas medidas, que pueden parecer ambiciosas, son, por el contrario, modestas. Deberán ser mucho más extensas y profundas en el futuro⁷⁶. «Las reformas, si bien recientes, no transforman aún los servicios públicos en *maisons de verre*, como decimos en Francia, sin embargo, dan a la Administración cierta transparencia»⁷⁷. «No todo ha terminado, sin embargo, a este nivel y la transparencia debe extenderse a otros ámbitos»⁷⁸.

El acceso a los archivos y registros administrativos, a pesar de la colocación sistemática del párrafo b) del artículo 105, no puede reducirse a un simple problema o conjunto de problemas administrativos. Es necesario conectarlos con un derecho más amplio: el derecho a la documentación, que constituye una de las vías de realización del derecho a la información. Es el derecho a la documentación proclamado, aún sin así llamarle, el que puede dar la verdadera dimensión constitucional a un texto aislado que es necesario conectar —en su regla general y en sus excepciones, una y otras comunes a todo tipo de mensajes informativos— con otros textos de la propia Constitución.

Uno de ellos el artículo 46, inspirado en el 45 de la Constitución republicana, aunque más conciso y depurado en su redacción, que se refiere a la conservación y enriquecimiento del «patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran»⁷⁹. Otro el artículo 20 en el que se

⁷⁴ Según la fórmula de la Comisión DE BAECQUES podría sufragarse con timbres fiscales. Véase LEMASURIER, J.: *O. c.*, p. 1260.

⁷⁵ LEMASURIER, J.: *O. c.*, pp. 1260 a 1263.

⁷⁶ De aquí el carácter permanente de la *Commission de coordination de la documentation administrative*.

⁷⁷ AUBY: *O. c.*, p. 315.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 322.

⁷⁹ Véase en el volumen *Patrimonio artístico, archivos y museos*. Madrid, 1982, una recopilación legislativa en torno a esta protección. Ley del Patrimonio Artístico incluye la del patrimonio documental y bibliográfico.

describe el derecho a la información⁸⁰. En otros lugares⁸¹, razoné el aserto de que el derecho a la documentación, como inscrito en el derecho a la información, es un derecho humano. Los textos de la Constitución vigente que aluden a la documentación proporcionan una base legal positiva para abundar en la argumentación.

Por otra parte las excepciones que el artículo 105, b) enumera están en concordancia con la legislación comparada; con otros artículos de la propia Constitución, como el 18, en su reconocimiento del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen; y, en general, con la posible colisión del derecho a la documentación con otros derechos humanos. Siempre que la futura ley de desarrollo del precepto constitucional no las utilice como escabel para convertirlos en limitaciones artificiosas y excesivas⁸².

⁸⁰ Véase SORIA SAIZ, C.: «El artículo 20 de la Constitución». En *Persona y Derecho*, 1984.

⁸¹ Especialmente en *La documentación, derecho humano*. Madrid, 1976.

⁸² Véase, por ejemplo, SORIA SAIZ, C.: *Derecho a la información y derecho a la honra*. Barcelona, 1982; y mis trabajos «Derecho a la información y necesidades de la Defensa». En *Reconquista*, 341, 1978, p. 5; *La función de informar*. Pamplona, 1976, pp. 127 a 136; «Intimidad e información derechos excluyentes». En *Nuestro Tiempo*, 213, 1972, pp. 15 a 31.