

# La transparencia administrativa

*SUMARIO:* 1. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA. 2. TRANSPARENCIA: UNA METÁFORA CON MUCHOS SIGNIFICADOS. 3. LA TRANSPARENCIA COMO «FORMA DE SER» DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. DERECHO DE ACCESO: LOS SUJETOS. 4.1. Legitimación activa. 4.2. Legitimación pasiva. 5. OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO. 6. EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO. 6.1. La iniciativa. 6.2. La instrucción. 6.3. La resolución. 6.3.1. Estimación. 6.3.2. Aplazamiento. 6.3.3. Desestimación. 7. LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO. 7.1. El secreto de Estado. 7.2. El secreto administrativo. 7.2.1. La seguridad, la defensa nacional y las relaciones internacionales. 7.2.2. La política monetaria y cambiaria. 7.2.3. El orden público y la prevención y represión de la criminalidad. 7.3. La privacidad de terceros, personas, grupos y empresas. 7.3.1. Privacidad y democracia. 7.4. Otros límites al acceso. 8. LA TUTELA DEL DERECHO DE ACCESO. 8.1. La tutela judicial. 8.2. La Comisión para el Acceso y el Defensor Cívico. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA

Revisando la historia de la Administración (así como la de la sociedad en general) se nota que cada década termina por ser caracterizada por un tema de fondo: así, en Italia, los años setenta han sido los años de la participación o, mejor, de la demanda de participación en el ejercicio del poder público. En aquellos años florecieron instituciones de participación en todos los ám-

---

Traducción: Marcos VAQUER CABALLERÍA.

bitos de la vida asociada, de las circunscripciones comunales a los órganos que habrían debido asegurar la participación de padres y alumnos en la escuela, hasta la inserción de representantes sindicales o de los usuarios en los órganos de gestión de entes y empresas públicas<sup>1</sup>.

Quizás por la desilusión provocada por el fracaso de tales instrumentos de participación, el tema de fondo en los años ochenta, la «palabra clave», por decirlo así, ha sido otra, la de la transparencia. En cierto sentido, es como si la verificación de la imposibilidad o, en todo caso, la extrema dificultad de participar realmente en el ejercicio del poder administrativo hubiera llevado en el decenio sucesivo a modificar la demanda de participación en una exigencia parcialmente diversa, la de poder controlar el ejercicio del poder.

Desde esta perspectiva, la continua, insistente demanda de mayor transparencia en la Administración, que ha caracterizado los años ochenta en Italia, parece indicar una aproximación diversa al problema puesto en los años setenta, el de la participación: es como si la denominada «sociedad civil» y sus representantes, percatándose de que la complejidad del sistema social y económico no consentía realmente coger el poder administrativo, hubiesen aceptado permanecer fuera de los lugares institucionales sede de tal poder, con tal que gracias a la transparencia administrativa les fuera consentido controlar su ejercicio.

No es por tanto un accidente que en 1990, tras años de discusiones y resistencias, el Parlamento italiano apruebe una Ley (de 7 de agosto, núm. 241) que en el artículo 1.1 identifica entre los principios cardinales de la acción administrativa el de su publicidad y que dedica un entero capítulo al derecho de acceso, en cuanto institución dirigida explícitamente a «asegurar la transparencia de la actividad administrativa» (art. 22.1). Así como no es casual, probablemente, que entre las muchas y significativas innovaciones introducidas por la Ley 241/1990, precisamente el derecho de acceso sea la institución que ha recibido quizás la mayor aplicación y sobre la que se ha desarrollado el mayor debate doctrinal y jurisprudencial. En sustancia, la demanda de transparencia que caracteriza los años ochenta recibe con la Ley 241/1990 una respuesta que constituye una suerte de divisoria entre dos épocas, porque de un lado comporta la traducción en disposiciones normativas de elaboraciones doctrinales afirmadas en aquellos años y, de otro, señala el arranque de una nueva fase,

---

<sup>1</sup> Sobre el fenómeno en general, M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, Il Mulino, 1980.

inevitablemente no breve ni fácil, de mayor apertura de la Administración a la sociedad.

Sin embargo, si bien los años ochenta pueden con todo derecho definirse como los años de la reivindicación de una mayor transparencia en todos los ámbitos de la vida asociada, en realidad de transparencia de la Administración se habla desde hace al menos un siglo y con dos significados diversos.

El primer significado, que es además aquel al que todavía hoy se hace referencia cuando se discute de transparencia administrativa, resulta claramente de la siguiente afirmación del *On. TURATI*: «Donde un interés superior, público no imponga un secreto momentáneo la casa de la Administración debería ser de vidrio»<sup>2</sup>.

El segundo significado, hoy caído en desuso, hace por su parte referencia a la transparencia de la Administración no tanto hacia los administrados, cuanto hacia los vértices políticos de la Administración misma y hacia el legislador. Esta exigencia venía expresada con claridad, en el mismo año en que *TURATI* usaba la expresión «casa de vidrio» aplicada a la Administración, por un jurista francés, según el cual: «La Administración pública no es sólo un instrumento en las manos de los gobernantes, sino también un instrumento transparente»<sup>3</sup>. En esta última acepción, por tanto, la transparencia de la Administración se refiere no tanto a su relación con el exterior como a su relación, mediada por el Gobierno, con la ley. Además, según esta impostación no había motivo por el que los ciudadanos debieran mirar dentro de la Administración, desde el momento en que esta última se limitaba a ser dócil y transparente instrumento de la voluntad del legislador. En otros términos, querer observar la acción administrativa era como querer observar el movimiento de los engranajes de una máquina: un ejercicio carente de interés o utilidad.

Hoy podemos constatar, de un lado, la perdurable validez de la metáfora de la «casa de vidrio» aplicada a una Administración de cuyo proceso decisorio se pide, desde el exterior, una mayor visibilidad; de otro, por el contrario, la obsolescencia de la idea de transparencia administrativa conectada con una imagen de la Administración pública entendida como aparato neutral y meramente instrumental.

---

<sup>2</sup> F. *TURATI*, en *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati*, ses. 1904-1908, 17 junio 1908, pág. 22962.

<sup>3</sup> H. *CHARDON*, *L'Administration de la France, les fonctionnaires*, París, 1908, pág. VI (cit. en S. A. *MESCHERIAKOFF*, «Legality, efficiency and equity: the vagaries of administrative legitimacy. The French experience», en *Int. Rev. of Adm. Sciences*, 1990, pág. 311).

En 1908 acaso era todavía posible ignorar la carga ideológica de tal imagen de la Administración; pero desde el inicio del siglo a hoy esta concepción de la transparencia administrativa ha declinado (aunque algunos preferirían todavía hoy que «quien está en la plaza no mirase dentro del Palacio»), por lo que hoy la concepción que se ha impuesto de la transparencia administrativa es la de TURATI, esto es, de la transparencia no toda interna y hacia abajo, sino también externa y en horizontal: de la plaza al Palacio, no sólo dentro del Palacio.

Este modo de entender la metáfora de la transparencia administrativa (que, por lo demás, es el modo disciplinado en el primer artículo de la Ley 241/1990, cuando afirma el principio de la publicidad de la acción administrativa) sí hace que hoy parezca obvio el estrecho ligamen entre transparencia administrativa y democracia. Como de hecho observa BOBBIO, «se puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder público en público»<sup>4</sup>; y esto vale también para el ejercicio del poder administrativo, que es justamente un poder público cuya autonomía respecto a la esfera de la política, hoy sobre todo, es cada vez más evidente.

Y, de hecho, la afirmación de la concepción «turatiana» de la transparencia administrativa se puede también atribuir al hecho de que desde el inicio del siglo hasta hoy, evidentemente, se ha tomado finalmente conciencia de que aquella que llamamos «la ejecución es en efecto la yuxtaposición y/o la suma de múltiples “decisiones” no percibidas como tales y a menudo no formalizadas o no legítimas que transforman la decisión inicial. La ejecución es la decisión “continuada con otros medios” y con otros decisores, por más que el discurso filosófico, político o jurídico persiste en ignorar esta mutación»<sup>5</sup>.

La Administración, en otros términos, en el desarrollo de la función administrativa no «cumple» sino que interpreta, elige, decide; lejos de ser instrumento dócil y transparente en las manos de los gobernantes, ejercita un poder largamente autónomo y cada vez más difícilmente controlable con los instrumentos tradicionales. De ahí que se imponga la interpretación «horizontal» de la metáfora de la transparencia administrativa, la que prevé una mayor visibilidad externa del proceso decisorio de la Administración<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, «La democrazia e il potere invisibile», en *El futuro de la democracia*, Torino, Einaudi, 1984, pág. 76.

<sup>5</sup> Y. MÉNY, *Istituzioni e politica*, Rimini, Maggioli, 1990 (París, 1987), pág. 413.

<sup>6</sup> Nótese que, como sugiere la misma etimología del término, la «transparencia» (*trans* +

## 2. TRANSPARENCIA: UNA METÁFORA CON MUCHOS SIGNIFICADOS

Ciertamente, la «casa de vidrio» de TURATI es una metáfora excesiva, porque supone que todo lo que ocurre en el interior de la Administración debe ser visible desde el exterior, mientras que es evidente que existen algunos intereses públicos y privados que necesitan ser protegidos mediante la imposición del secreto sobre las informaciones que les afectan. Ningún sistema administrativo puede ser totalmente transparente, ni totalmente opaco: como en todos los demás sectores, también en la decisión sobre la amplitud de la transparencia entran en juego intereses, públicos y privados, que deben ser ponderados entre sí a fin de encontrar el punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas<sup>7</sup>.

Sin embargo, la metáfora turatiana acierta en primer lugar al describir una Administración que, pese a todo, se mantiene tendencialmente separada de los administrados, gracias también al uso hecho hasta ahora del secreto administrativo<sup>8</sup>; y además

---

*apparente* = lo que aparece a través) presupone, con todo, la existencia de una barrera, de un cuerpo a través del cual, sin embargo, se puede ver; en esencia, cuando se habla de transparencia, comprendida la de la Administración, se halla implícito el que existan dos posiciones posibles, una de este lado y otra del otro de la barrera (por más que sea transparente).

En el caso de la Administración, la barrera está constituida por los caracteres distintivos indicados por Max Weber como esenciales en la existencia de una burocracia, y que de hecho sirven también para diferenciar y separar a la Administración de los administrados; en otros términos, la barrera no es física, sino psicológica, porque se basa en la pertenencia o no al aparato. Quien pertenece a un aparato está, para todos los otros miembros de la misma Administración, «de este lado» de una barrera invisible, a cuyo otro lado están los administrados, los ciudadanos, en cualquier caso los «otros».

En este sentido, la transparencia de la Administración no abole en modo alguno la separación entre el mundo de la burocracia y el resto de la sociedad: simplemente, quien se halla dentro del aparato consiente que también los «externos» puedan acceder a algunas de las informaciones que circulan en el interior de una determinada Administración (y en absoluto se da por descontado que los llamados externos, por causa de la terminología adoptada o de la falta de contexto en que colocarlas, estén en condiciones de aprehender todas sus potencialidades comunicativas).

Pero siempre subsiste, entre los ciudadanos y el mundo burocrático, una barrera sólo superable en algunos puntos y bajo determinadas condiciones, de hecho puestas por la Administración; desde este punto de vista, sin perjuicio de la importancia de las normas que reconocen también en Italia un principio general de publicidad de los documentos administrativos, la verdadera partida de la transparencia administrativa se juega, como siempre, en el terreno de la puesta en práctica administrativa no sólo de las mismas normas, sino sobre todo de los decretos y reglamentos que deben hacer efectivo tal principio.

<sup>7</sup> Es cierto que «no existe una transparencia neutra en efectos, exenta de cualificación. Actúa en general en favor de uno y al mismo tiempo en detrimento de otro», O. SEPE, *Recensione* a J. LETOWSKI, *Au carrefour de l'Administration contemporaine*, Wrocław-Warszawa, 1990, en *RTDP*, 1990, pág. 1227.

<sup>8</sup> Sobre el uso del secreto administrativo como instrumento de separación entre Administración pública y ciudadanos, v. G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padova, Cedam, 1984, II, págs. 98 y ss.

al proyectar, a través del aparente estatismo de la metáfora constructiva, una imagen dinámica de la vida de la Administración, porque deja ver que tras los muros más o menos transparentes en realidad se realizan de continuo elecciones, se interpretan normas, se reenvían decisiones: en esencia, entran en conflicto intereses.

Pero, precisamente porque la transparencia administrativa es una metáfora pueden darse acepciones diversas, que a su vez señalan diversos modos de entender las relaciones de la Administración con los ciudadanos.

En consecuencia, si, retomando y parafraseando a MÉNY, «la ejecución (administrativa) es la decisión (política), continuada con otros medios y otros decisores», la demanda de transparencia administrativa se refiere necesariamente en primer lugar al proceso decisorio durante su desarrollo y sólo sucesivamente a los resultados de tal proceso. En otros términos, la demanda de transparencia tiene por objeto el ejercicio del poder administrativo, no sólo los documentos administrativos que contienen la información sobre las decisiones adoptadas, porque la exigencia primaria es la de hacer visible el ejercicio del poder administrativo.

El problema es que el poder administrativo puede ser ejercido de modos ampliamente diversos entre sí, cada uno de los cuales tiene su particular «estrategia de ocultamiento»; así que también las modalidades de realización de la transparencia deben adecuarse a una realidad multiforme y mutable, sin cristalizar en modelos de transparencia administrativa que arriesgan resultar pronto superados o poco eficaces frente a un poder que tiende por naturaleza a la opacidad.

Y aquí emerge entonces otro significado posible de la demanda de mayor transparencia administrativa.

La Administración pública no es un sujeto monolítico, uniforme, homogéneo: cambian las dimensiones, los ámbitos de intervención, los intereses tutelados, los modelos organizativos, etcétera, hasta el punto de que sería más correcto hablar de «poderes públicos» que de «Administración» (si bien se continúa utilizando este término por comodidad de síntesis). Por lo demás, en el «archipiélago» de los poderes públicos las posibilidades de hacer visible el ejercicio del poder administrativo están estrechamente condicionadas por la opacidad de diversos factores, porque en el interior de cada sujeto público es necesario tener en cuenta las interacciones entre todos los elementos que lo componen: las funciones, la organización, el personal, los procedimientos, los

medios, cada uno de los cuales tiene su forma particular de ser poco transparente<sup>9</sup>.

Son, por decirlo así, opacas las funciones ejercidas por los poderes públicos, porque existen frecuentes superposiciones de competencias, atribuciones de funciones poco claras, ausencia de coordinación, etc.; son opacos los modelos organizativos, a menudo irracionales, todavía más a menudo basados en estratificaciones sucesivas de aparatos según el criterio por el cual en la Administración todo se añade, nada se destruye; es opaco el elemento constituido por el personal, al que durante generaciones ha sido impuesto un secreto administrativo subjetivo, en el que la calidad de la persona conocedora de determinadas informaciones prevalecía, a los fines de la imposición del secreto, sobre la calidad de las informaciones retenidas<sup>10</sup>; son opaquíssimos los procedimientos, farragosos, lentos, inútilmente complicados; en fin, son a menudo opacas las modalidades de utilización de los medios (no sólo de los financieros), las verdaderas finalidades y los verdaderos resultados de ciertos gastos.

Como se puede constatar, en estas últimas acepciones el concepto de transparencia asume otro significado, ulterior respecto a aquellos analizados más arriba: aquí la demanda de transparencia señala, junto con la exigencia de ser informados de las formalidades de ejercicio del poder administrativo, también la necesidad de simplificación, de racionalidad, de claridad, de certeza en la relación con la Administración. En algunos casos las dos exigencias coinciden y se superponen, por lo que pueden ser satisfechas mediante los mismos instrumentos (p. ej., gracias al derecho de acceso a los documentos administrativos, o al derecho de participación en el procedimiento administrativo); pero en otros casos (piénsese en la organización o en las funciones) la demanda de transparencia sólo puede ser satisfecha con reformas que remuevan su misma causa que, aun siendo percibida como opacidad, de hecho es el síntoma de un problema organizativo o funcional.

<sup>9</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1990, págs. 5 y ss.

<sup>10</sup> En el texto se ha utilizado el pasado porque con la entrada en vigor de la Ley 241/1990 también el concepto de secreto administrativo ha cambiado (para mayores profundizaciones, v. a continuación).

### 3. LA TRANSPARENCIA COMO «FORMA DE SER» DE LA ADMINISTRACIÓN

Como se ha visto, también del modo de entender la transparencia administrativa emerge una mutación radical de la relación entre la Administración y la sociedad en que opera<sup>11</sup>. Observa en efecto NIGRO que «si en el modelo clásico de Administración ésta es una estructura separada, cuyas relaciones con la sociedad civil se producen sólo por el trámite del sistema político... la Administración actual tiende cada día más a establecer relaciones directas e “institucionales” con la sociedad. Es más, tiende a constituirse como una de las formas de organización y de expresión de esta sociedad»; más aún, «es lícito hablar de las organizaciones administrativas como de una de las formas de ejercicio de la soberanía popular (art. 2 Const.), lo que es un reconocimiento idóneo para conferir legitimación a la Administración, y por tanto para acrecer su fuerza y penetrabilidad, pero también para poner las condiciones y definir los límites de la legitimación misma (sabido es que el problema de la legitimación de los poderes públicos y, en particular, de la Administración es uno de los problemas más graves de las sociedades contemporáneas)». Evidentemente, los modos de establecer tales relaciones «directas y institucionales» entre la sociedad y la Administración pueden ser múltiples: pero está claro que «la “nacionalización” del Estado exige el máximo de publicidad de la vida administrativa y que ni la representación ni la participación tienen valor efectivo sin la más plena publicidad no sólo de los actos, sino de las informaciones en poder de los poderes públicos»<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva, algunos de los cambios más relevantes en el modo en que nuestra Administración pública se relaciona con el resto de la sociedad italiana se deben sin duda a la ya citada Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, primera ley general de principios sobre la actividad administrativa. Por tanto, el punto de partida para una definición jurídicamente precisa del concepto de transparencia administrativa no puede ser otro que la idea de Administración que está en la base de la Ley 241/1990 (así como de las otras leyes que han completado el diseño en el plano de

<sup>11</sup> Esto confirma que «hablar de transparencia equivale a hablar de uno de los valores esenciales de la Administración pública», como observa J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Trasparenza nella pubblica amministrazione», en *Problemi di amm. pubb.*, 2/1995, pág. 187.

<sup>12</sup> M. NIGRO, «Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell)», en *Enc. giur.*, Roma, Enc. It., 1988, II, págs. 5 y ss.; v. también S. CASSESE, «Burocrazia, democrazia e partecipazione», en *Jus*, 1985, págs. 81 y ss., sobre una mutación de la posición de los ciudadanos frente a la Administración pública.



la organización, en particular la Ley de 23 de octubre de 1992, núm. 421 y el Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29)<sup>13</sup>.

La afirmación contenida en el artículo 1.1 de la Ley 241/1990, según la cual «La actividad administrativa persigue los fines determinados por la ley y se rige por criterios de economicidad, de eficacia y de publicidad» no es en absoluto tan obvia como puede parecer, sino que señala «el paso consciente y explícito de la concepción subjetivo-institucional a una concepción objetivo-funcional»<sup>14</sup>, en la cual la Administración es considerada como una actividad en sí, distinta de la actividad política de gobierno, dirigida a satisfacer no tanto intereses subjetivamente identificados por las instituciones de gobierno, cuanto a perseguir fines y objetivos cuyo interés público deriva de estar cualificados como tales por leyes que reciben una exigencia colectiva de tutela de tales intereses.

En su acción, la Administración funcional y objetivada dispone la prelación de los intereses privados en el procedimiento a la vista del fin público a perseguir; pero, mientras «dos intereses privados son los únicos intereses en sentido sustancial, tanto más si se tiene presente cómo forman en la mayor parte de los casos el contenido de derechos fundamentales, constitucionales de los individuos,... las finalidades públicas constituyen el criterio discriminador o la regla “arbitral” entre los intereses privados, que competirá a la Administración aplicar»<sup>15</sup>. En la Ley 241/1990, el procedimiento administrativo es por tanto y sobre todo el «lugar» donde, desarrollándose según criterios de economicidad, eficacia y publicidad una serie de relaciones intersubjetivas entre las posiciones de más sujetos, públicos y privados, la Administración actuante contribuye a definir por aproximaciones sucesivas el fin público perseguido; al mismo tiempo, mientras se va precisando, tal fin constituye también el criterio sobre cuya base la Administración dispone el orden de los intereses implicados.

Esta «construcción» del equilibrio entre intereses representa la esencia del proceso decisorio administrativo y, al mismo tiempo, también el presupuesto para poder finalmente tener una Administración cuya legitimación (como se decía más arriba) esté fundada sobre el resultado y, por tanto, sobre la satisfacción de los intereses afectados, y no únicamente sobre el respeto a menudo sólo formal y exterior de las normas; está claro que en

<sup>13</sup> G. PASTORI, «Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione», en *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, págs. 1304 y ss.

<sup>14</sup> G. PASTORI, «Interesse pubblico e interessi privati», *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>15</sup> G. PASTORI, «Interesse pubblico e interessi privati», *op. cit.*, *ibidem*.

tal delicada actividad son igualmente relevantes los tres criterios en los que debe inspirarse la actividad administrativa según el artículo 1.1 de la Ley 241/1990, pero, desde esta perspectiva, lo es sobre todo el criterio por el que la acción administrativa debe ser «pública» (no en el sentido de contrapuesto a privado, sino en el sentido de visible), que viene luego desarrollado y precisado en sus contenidos por muchas de las disposiciones de la Ley 241/1990, y, en particular, por aquella que reconoce el derecho de acceso a los documentos administrativos para asegurar «la transparencia de la actividad administrativa y favorecer su desarrollo imparcial» (art. 22.1 Ley 241/1990).

Considerando el papel «arbitral» pero no neutral ejercido por la Administración durante la definición del fin público en el ámbito del procedimiento se comprende mejor por qué el legislador ha puesto la transparencia de la actividad que se desarrolla durante dicho procedimiento como fin primario del derecho de acceso (sin distinguir entre acceso intra y extraprocedimental), aclarando al mismo tiempo que el objetivo secundario al que se aspira con la transparencia es el «desarrollo imparcial» de la actividad procedimental.

Disponer el orden de los intereses en vista a la persecución de un fin público que se viene precisando y definiendo durante el procedimiento mismo es en efecto una actividad que, si se produce en condiciones que no garanticen su imparcialidad, puede dar lugar a peligrosas distorsiones en la definición del fin público y en la disposición del orden relativo de intereses, con efectos dañosos para todos los sujetos implicados, públicos y privados.

Pues bien, la experiencia demuestra que hay varias formas de garantizar la imparcialidad en la Administración (por ej., cuidando la selección y la formación de los empleados públicos y garantizando su independencia del poder político y económico, o bien asegurando iguales oportunidades de participación a todos los sujetos interesados en la terminación del procedimiento) pero una de los más eficientes consiste sin duda en hacer visible a todos los interesados el proceso decisorio mediante el que la Administración ordena los intereses y define el fin público en el caso concreto, porque la consciencia de ser potencialmente observados durante tal actividad constituye el mejor disuasor de comportamientos incorrectos.

En definitiva, existen acciones incorrectas o ilícitas que son ejecutadas justamente porque el autor tiene la seguridad de que nunca serán hechas públicas; tanto es así que KANT define sin más como «concepto trascendental del Derecho público» aquel

según el cual «todas las acciones relativas al derecho de otros hombres, cuya máxima no es susceptible de publicidad, son injustas»<sup>16</sup>.

Sobre la base de cuanto se ha dicho hasta ahora resulta que jurídicamente puede haber dos acepciones del concepto de transparencia administrativa, una bastante amplia, que comprende prácticamente toda la actividad administrativa, y una más estricta, en cuanto que estrechamente conexas con el dato textual del artículo 22.1 Ley 241/1990.

En la primera acepción la «transparencia de la acción administrativa aparece como el resultado para cuya consecución conspiran y concurren diversos instrumentos, desde la posibilidad del destinatario, o de otros sujetos, de asistir al dictado del acto y de participar en el procedimiento administrativo, a las formalidades de desarrollo de la reunión del órgano colegial, desde la cognoscibilidad de los actos a través de la configuración de un derecho al acceso, a las varias formas de publicidad; y tampoco asume una importancia secundaria la misma motivación de la resolución administrativa»<sup>17</sup>.

Otros instrumentos para la realización, directa o indirecta, de una Administración más transparente son la circulación de las informaciones dentro del mismo sistema administrativo [art. 5.1., letra b), D. Leg. 29/1993; art. 18.2 y 3 Ley 241/1990]; la previsión de la figura del responsable del procedimiento como interlocutor único para cada procedimiento, sea hacia el interior o el exterior de la Administración [Cap. II Ley 241/1990; art. 5.1., letra c), D. Leg. 29/1993]; la obligación de comunicar la iniciación del procedimiento (art. 7 Ley 241/1990) y la obligación de concluirlo dentro de un plazo prefijado (art. 2 Ley 241/1990); la predeterminación de los criterios y formalidades para la concesión de subvenciones, contribuciones, etc., (art. 12 Ley 241/1990); el establecimiento en todas las Administraciones de las oficinas para las relaciones con el público (art. 12 D. Leg. 29/1993); el establecimiento de una comunicación pública de «servicio», esto es, dirigida a informar a los ciudadanos acerca de las reglas y las formalidades para el mejor uso de los servicios públicos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> E. KANT, cit. en N. BOBBIO, «La democrazia e il potere invisibile», en *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, pág. 82.

<sup>17</sup> R. VILLATA, «La trasparenza dell'azione amministrativa», en *Dir. proc. amm.*, 1987, págs. 528 y ss.; v. también sobre la transparencia como principio inspirador de la entera acción administrativa, R. CHIEPPA, «La trasparenza come regola della pubblica amministrazione», en *Dir. econ.*, 1994, págs. 613 y ss.

<sup>18</sup> G. ARENA (ed.), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995.

Se podrían identificar todavía otras modalidades de transparencia de la Administración entendida en este sentido; pero los ejemplos puestos hasta ahora deberían ser suficientes para mostrar cómo esta concepción de la transparencia administrativa, relacionada prácticamente con todos los aspectos de la vida de la Administración, no puede ser objeto de examen profundo en esta sede. En su caso, tal concepción podría constituir el elemento «transversal», por decirlo así, que justificaría el examen de instituciones muy diversas entre sí pero emparentadas por ser, de formas diversas, factores de mayor transparencia administrativa.

Por ello, en las siguientes páginas se acometerá el examen de la segunda y más restringida acepción de transparencia de la actividad administrativa, aquella que se verifica a través del derecho de acceso a los documentos administrativos y que halla en el Capítulo V de la Ley 241/1990 su disciplina detallada.

#### 4. DERECHO DE ACCESO: LOS SUJETOS

Como se ha dicho, el artículo 22.1 de la Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, dispone que, «a fin de asegurar la transparencia de la actividad administrativa y de favorecer su desarrollo imparcial, se reconoce a cualquiera que tenga interés para la tutela de situaciones jurídicamente relevantes el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las formalidades establecidas por la presente Ley».

##### 4.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Según lo previsto en el artículo 22.1, son titulares del derecho de acceso a los documentos administrativos los ciudadanos italianos, individuales<sup>19</sup> o asociados<sup>20</sup>, las Administraciones públicas (art. 9 DPR de 27 de junio de 1992, núm. 352), las empresas<sup>21</sup> y los ciudadanos extranjeros y los apátridas cuya solicitud de acceso esté motivada en la exigencia de tutelar una «situación jurídicamente relevante» (art. 25.2 Ley 241/1990)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sec. VI, 19 de julio de 1994, núm. 1243, en *Foro amm.*, 1994, I, págs. 1813 y ss.

<sup>20</sup> TAR Toscana, Sec. II, 26 de mayo de 1994, núm. 191, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, págs. 2629 y ss.; TAR Toscana, Sec. I, 21 de julio de 1994, núm. 443, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, págs. 3697 y ss.

<sup>21</sup> TAR Lazio, Sec. III, 17 de noviembre de 1994, núm. 1959, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, pág. 4353.

<sup>22</sup> Cons. Stato, Sec. IV, 6 de mayo de 1996, núm. 570, inédita, reconoce a una cabecera periodística la titularidad de una posición diferenciada y cualificada para el conocimiento de los

Por lo que se refiere en particular a las Administraciones municipales y provinciales, sus actos son todos públicos y el derecho de acceso frente a ellos se reconoce a todos los ciudadanos, singulares y asociados, independientemente del interés que motiva la solicitud de acceso (art. 7.3 y 4 Ley de 8 de junio de 1990, núm. 142)<sup>23</sup>.

El derecho de acceso de los artículos 10 y 22.1 Ley 241/1990, se configura como un derecho subjetivo<sup>24</sup> a obtener de los sujetos del artículo 23 Ley 241/1990, así como de las Administraciones municipales, provinciales y regionales (art. 7.3 Ley de 8 de junio de 1990, núm. 142; art. 29 Ley 241/1990) una prestación, consistente en poner a disposición de los titulares del derecho documentos administrativos para su examen y extracción de copia (art. 25.1 Ley 241/1990), sea por solicitud (arts. 10 y 25.1 Ley 241/1990; arts. 3, 4 y 5 DPR 352/1992), sea mediante la publicación de los actos del artículo 26.1 Ley 241/1990, y del artículo 2.3 DPR 352/1992 (la obligación a la prestación arriba mencionada sólo decae en los casos previstos por el legislador como excepciones al derecho de acceso)<sup>25</sup>.

actos (no reservados) de la Administración pública que puedan interesar a sus lectores, en nombre del particular valor constitucional que la libertad de información asume en nuestro ordenamiento, como en todo ordenamiento democrático cuyo reconocimiento implica necesariamente, junto a la libertad de informar, también la de acceder a las noticias.

<sup>23</sup> Sobre los complejos problemas planteados en esta materia por la relación entre la Ley 142/1990 y la Ley 241/1990, v. V. ITALIA, «Procedimento e accesso agli atti e documenti amministrativi negli statuti e nei regolamenti comunali e provinciali», en *I rapporti fra cittadini e istituzioni*, Milano, 1992, págs. 35 y ss.; G. SCIULLO, «Sintonie e dissonanze fra le L. 8.6.1990, n. 142 e 7.8.1990, n. 241: riflessi sull'autonomia normativa locale», en *Foro amm.*, II, págs. 2198 y ss. En particular, por lo que concierne a la jurisprudencia, Cons. Stato., Sec. V, 8 de febrero de 1994, núm. 570, núm. 78, en *Foro it.*, 1994, II, pág. 363, afirma que la Ley 241/90, cit., contiene en materia de derecho de acceso principios a considerar como generales y fundamentales, es decir, aplicables a todos los tipos de procedimiento administrativo, comprendidos los de la competencia de los entes locales.

<sup>24</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, «Il procedimento amministrativo», en *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLI (ed.) et al., II, Bologna, 1993, págs. 993 y ss.; F. FIGORILLI, «Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi», en *Dir. proc. amm.*, 1994, págs. 206 y ss.; M. CLARICH, «Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale», en *Dir. Proc. Amm.* 1996, págs. 437; S. TARULLO, «Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto», en *Jus*, 1-2/1996, págs. 209 y ss. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, v. en el sentido indicado en el texto Cons. Stato, Sec. IV, 12 de mayo de 1993, núm. 530, en *Cons. St.*, 1993, I, págs. 609; Cons. Stato, Sec. IV, 20 de febrero de 1995, núm. 71, en *Cons. St.*, 1995, I, págs. 163 y ss.; Cons. Stato, Sec. IV, 20 de septiembre de 1994, núm. 728, en *Cons. St.*, 1994, I, pág. 1199; Cons. Stato, Sec. IV, 30 de julio de 1994, núm. 650, en *Foro amm.*, 1994, I, págs. 1720 s.; Cons. St., Sec. IV, 7 de marzo de 1994, núm. 216, en *Cons. St.*, 1994, I, pág. 326; TAR Sicilia, Catania, Sec. III, 1 de diciembre de 1993, núm. 842, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, págs. 918 y ss.; TAR Lombardia, Brescia, 6 de noviembre de 1992, núm. 1198, en *Trib. amm. reg.*, 1993, I, págs. 93 y ss.

<sup>25</sup> P. CARNEVALE, «Note e considerazioni sulla disciplina del procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi», en *Trib. amm. reg.*, 1990, II, págs. 322 y ss.

## 4.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

Según lo dispuesto en el artículo 23 Ley 241/1990, el derecho de acceso del artículo 22 de la misma se ejercita frente a todas las Administraciones del Estado, comprendidos los organismos autónomos, los entes públicos (incluidos los entes públicos económicos, de forma limitada a su actividad de carácter publicístico)<sup>26</sup> y los concesionarios de servicios públicos (entre ellos los servicios postales y de telecomunicaciones, los de transmisiones radiotelevisivas, los servicios de autopistas y el ejercicio de líneas ferroviarias privadas, etc.)<sup>27</sup>. Además, el derecho se ejercita también frente a las Administraciones municipales y provinciales (art. 7.3 Ley de 8 de junio de 1990, núm. 142) y a las Administraciones regionales (art. 29 Ley 241/1990). En síntesis, «el derecho de acceso a los documentos administrativos se ejercita frente a todas las Administraciones públicas» (art. 2.1 DPR 352/1992)<sup>28</sup>.

## 5. OBJETO DEL DERECHO DE ACCESO

El derecho en cuestión permite ver y obtener copia de los documentos administrativos, definidos como la «representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética o de cualquier otra especie del contenido de actos, también internos, formados por Administraciones públicas o, en cualquier caso, utilizados para los fines de la actividad administrativa» (art. 22.2 Ley 241/1990); tratándose de una definición de carácter general, se aplica a los documentos de todas las Administraciones públicas, comprendidas las de los entes<sup>29</sup>. No pueden formar parte del objeto del derecho de acceso documentos ya no o todavía no existentes en la Administración destinataria de la solicitud de acceso<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> T. MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, Torino, 1995; TAR Lazio, Sec. III, 20 de septiembre de 1994, núm. 1693, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I. pág. 3608.

<sup>27</sup> F. CUOCOLO, «Accesso ai documenti amministrativi», en *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, V. ITALIA, M. BASSANI, Milano, 1991, págs. 406 y ss.; TAR Lazio, Sec. III, 8 de julio de 1993, núm. 1301, en *Trib. amm. reg.*, 1993, I. pág. 2972.

<sup>28</sup> TAR Liguria, Sec. II, 28 de junio de 1994, núm. 263, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I. págs. 3130 y s.

<sup>29</sup> Sobre el concepto de documento, pero antes de la Ley 241/90, v. A. M. SANDULLI, «Documento (diritto amministrativo)» en *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, págs. 607 y ss.; I. F. CARAMAZZA, «Documentazione e documento», en *EGI*, XI, Roma, 1989.

<sup>30</sup> TAR Lombardia, Milano, Sec. I, 11 de febrero de 1994, núm. 99, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I. pág. 1399; TAR Puglia, Bari, Sec. II, 28 de julio de 1993, núm. 286, en *Trib. amm. reg.*, 1993, I. pág. 3755.

El objeto del derecho de acceso es por tanto un documento: pero no porque el documento en cuanto tal sea útil para la tutela de la situación jurídicamente relevante del artículo 22.1 Ley 241/1990, sino en cuanto que constituye, como dice la misma Ley, la «representación» del contenido de un acto, utilizado para el desarrollo de una actividad administrativa, cuyo conocimiento se considera que puede ser utilizado para la tutela de la mencionada situación.

En la práctica, por tanto, cuando se ejercita el derecho de «acceder» a un documento administrativo se realiza un perfil particular del más general derecho a la información frente a la Administración pública<sup>31</sup>; es ciertamente verdad que el objeto inmediato del derecho de acceso son los documentos, pero sólo porque no hay otro modo para acceder a las informaciones que están en ellos «representadas» y, en consecuencia, para trabar el conocimiento que el solicitante de acceso estima que pueda permitirle tutelar una situación jurídicamente relevante, propia o ajena<sup>32</sup>.

Siendo las informaciones el verdadero objeto del derecho de acceso, no tiene importancia la forma material adoptada por el documento que las representa (v. art. 22.2 Ley 241/1990: «toda representación... de cualquier especie»), ni el tipo de actos de que forman el contenido.

También pueden ser objeto de solicitudes de acceso los «actos internos»: están incluidos en tal categoría, entre otros, los actos referidos a relaciones entre órganos de una misma persona jurídica, las órdenes de servicio, los actos organizativos, las notas, los acuerdos internos entre varias dependencias, los pareceres<sup>33</sup>, así como «las directrices, los programas, las instrucciones, las circulares y todo acto que dispone en general sobre la organización, sobre las funciones, sobre los objetivos, sobre procedimientos de una Administración pública o bien en el cual se determina la interpretación de normas jurídicas o se dictan disposiciones para su aplicación» (art. 26.1 Ley 241/1990); es más, en lo relativo a los actos del artículo 26, el acceso puede realizarse de dos formas: gracias a su publicación integral en las formas previstas

<sup>31</sup> C. CHIOLA, «Informazione (diritto alla)», en *EGI*, XVI, Roma, 1989; Cons. Stato, Sec. IV, 30 de julio de 1994, núm. 650, en *Foro amm.*, 1994, I, págs. 1720 s.; TAR Sicilia, Catania, Sec. III, 1 de diciembre de 1993, núm. 842, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, págs. 918 y ss.

<sup>32</sup> TAR Piemonte, Sec. II, 13 de octubre de 1994, núm. 464, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, pág. 4379; TAR Piemonte, Sec. I, 5 de agosto de 1994, núm. 418, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, págs. 3616 s.; TAR Lazio, Sec. III, 27 de julio de 1994, núm. 1434, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, pág. 3011; Cons. Stato, Sec. VI, 19 de julio de 1994, núm. 1243, en *Foro amm.*, 1994, I, págs. 1813 y ss.

<sup>33</sup> P. VIRGA, *Diritto amministrativo (Atti e ricorsi)*, Milano, 1995, III ed.

por los ordenamientos particulares o bien cuando no haya tenido lugar tal publicación o no sea integral, mediante la solicitud de acceso en los sentidos del artículo 22 (art. 26.1 y 3, Ley 241/1990).

De cuanto se ha expuesto se sigue que al derecho de acceso no pueden ser puestos límites fundados en la naturaleza del documento cuya consulta se solicita, sino sólo límites fundados en la naturaleza de las informaciones contenidas en dicho documento: en efecto, porque el verdadero objeto de tal derecho son las informaciones y no los documentos que constituyen su soporte, las únicas limitaciones previstas por el legislador para el derecho que examinamos son las derivadas de la necesidad de evitar el acceso a determinadas informaciones, cualquiera que sea su soporte material, cuando de ahí pueda derivarse una lesión a intereses públicos y privados identificados por la ley (art. 24 Ley 241/1990).

Por tanto, a la luz de tales consideraciones parece injustificable la limitación introducida por el legislador en el artículo 24.6 Ley 241/1990, donde prevé que no se consienta el acceso «a los actos preparatorios en el curso de la formación de las resoluciones del artículo 13», de la Ley 241/1990, en cuanto se trata de una limitación fundada de manera totalmente apodíptica y genérica sobre la naturaleza de los documentos, antes que en la relación entre las singulares informaciones de que son el soporte y los intereses del artículo 24 Ley 241/1990.

## 6. EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO

### 6.1. LA INICIATIVA

Allí donde el derecho de acceso no se realiza autónomamente gracias a la publicación, el depósito u otra forma de publicidad (art. 26.1 y 3 Ley 241/1990 y art. 2.3 DPR 352/1992)<sup>34</sup>; su ejercicio en el sentido de los artículos 22 y 10 Ley 241/1990, comporta la presentación de una solicitud motivada «dirigida a la Administración que ha formado el documento y que lo custodia establemente» (art. 25.2 Ley 241/1990)<sup>35</sup>. En caso de

<sup>34</sup> Cfr., para el análisis de los varios perfiles de tal «presunción de transparencia», V. ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi (Regolamento 27 giugno 1992, n. 352)*, Milano, 1994, II ed.

<sup>35</sup> TAR Lazio, Sec. II, 25 de noviembre de 1992, núm. 2202, en *Trib. amm. reg.*, 1992, I, pág. 4680; pero en los casos de acceso previstos en el artículo 10 Ley 241/90, cit. la motivación del solicitante está implícita en la cualidad de interesado en el procedimiento en el sentido de los artículos 7.1 y 9 Ley 241/90.



que la solicitud haga referencia a los actos de un procedimiento en curso, va dirigida a la autoridad «que es competente para dictar el acto de terminación o para custodiarlo establemente» (art. 2.2 DPR 352/1992).

Por lo demás, puesto que las Administraciones deberían estar dotadas de una unidad para las relaciones con el público (art. 12 D. Leg. de 3 de febrero de 1993, núm. 29) o, en todo caso, de una unidad que cumplimente todas las informaciones sobre las formas de ejercicio del derecho de acceso (art. 6.2 DPR 352/1992), sería oportuno que las diversas Administraciones previeran la posibilidad de presentar la solicitud ante tales unidades, dejando a éstas la obligación de transmitirla en el interior de la Administración a la unidad organizativa competente.

La solicitud de acceso puede ser verbal o escrita, en cuanto el acceso puede ser «informal» o «formal» (arts. 3.1 y 4.1 y 2 DPR 352/1992); pero incluso cuando es escrita, es decir, «formal» no está sujeta a impuesto del timbre<sup>36</sup>.

La solicitud de acceso puede presentarse, según lo dispuesto en el artículo 2.1 DPR 352/1992, por cualquiera que tenga «un interés personal y concreto en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes»: cabe observar que la referencia al hecho de que el interés deba ser «personal y concreto» constituye un añadido de bastante dudosa legitimidad al derecho de acceso previsto por el artículo 22.1 Ley 241/1990<sup>37</sup>. En efecto, el artículo 24 Ley 241/1990 autorizaba al Gobierno a dictar decretos con el objeto de disciplinar las «modalidades de ejercicio» de tal derecho, no a definir ulteriormente (tanto menos en sentido restrictivo) la titularidad de la posición subjetiva del solicitante de acceso. Por tanto, tal añadidura reclama una interpretación que sea lo más coherente posible con la voluntad del legislador de hacer más transparente la acción administrativa, expresada no sólo en el Capítulo V, sino en todas las disposiciones de la Ley 241/1990, y en particular en aquel artículo 1.1 que sienta entre los principios fundamentales de la Ley el de la publicidad de la acción administrativa.

A tal fin, resulta oportuno interpretar sistemáticamente la disposición del artículo 2.1 DPR 352/1992, según la cual el derecho de acceso es ejercitable por cualquiera que ostente un

<sup>36</sup> Directiva de 28 de febrero de 1994, núm. UCA 27720/1749 de la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, en *Accesso (L') ai documenti amministrativi (Testi, norme, documenti, opinioni)*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1, 1994.

<sup>37</sup> R. SCARCIGLIA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Rimini, 1994.

«interés personal y concreto en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes».

El interés del sujeto que presenta la solicitud de acceso consiste en consultar determinados documentos administrativos, porque el conocimiento de las informaciones de que son soporte puede permitirles tutelar una situación jurídicamente relevante: se trata de un interés suyo y no de otros («personal»), no hipotético ni futuro, sino tangible y bien precisable («concreto») <sup>38</sup>.

Para que la solicitud pueda ser estimada deben verificarse dos condiciones: 1) el solicitante tiene derecho a consultar los documentos solicitados en cuanto que está personal y concretamente interesado en tutelar (mediante las informaciones así obtenidas) una determinada situación, la cual (no el interés del solicitante) es relevante jurídicamente; 2) las informaciones contenidas en los documentos solicitados no deben estar excluidas (en todo o en parte) del acceso para tutelar los intereses del artículo 24 Ley 241/1990 <sup>39</sup>.

Se pasa ahora a examinar la primera condición, remitiendo para cuanto se refiere a la segunda al examen de las excepciones al derecho de acceso.

En primer lugar, debe existir un nexo entre el interés (personal y concreto) del solicitante en tutelar una situación jurídicamente relevante y el acceso del mismo a determinados documentos administrativos: si este ligamen no existe o no es demostrable, no subsiste la titularidad del derecho de acceso. Esto explica también por qué a los fines del derecho de acceso la posición de los extranjeros y de los apátridas es equiparada a la de los ciudadanos: en efecto, lo relevante no es la relación entre el solicitante y el Estado, sino la relación de tal sujeto con determinadas informaciones a fin de proteger una situación que nuestro ordenamiento jurídico considera relevante en cualquier caso, prescindiendo de quién se haga cargo de su tutela <sup>40</sup>.

En segundo lugar, la situación que se pretende tutelar mediante el ejercicio del derecho de acceso debe ser calificable como relevante para el ordenamiento jurídico, recordando que la finalidad del legislador al limitar la legitimación activa sólo a la tutela de situaciones jurídicamente relevantes era esencialmente evitar la utilización del derecho de acceso (cuya satisfacción comporta

<sup>38</sup> V. ITALIA, *L'accesso ai documenti amministrativi (Regolamento 27 giugno 1992, n. 352)*, Milano, 1994, II ed.

<sup>39</sup> TAR Piemonte, Sec. II, 13 de octubre de 1994, núm. 464, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, pág. 4379.

<sup>40</sup> F. CUOCOLO, «Accesso ai documenti amministrativi», en *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, V. ITALI, M. BASSANI, eds., Milano, 1991, págs. 406 y ss.

la utilización de recursos públicos) para fines no relevantes o, sin más, incompatibles con el ordenamiento jurídico <sup>41</sup>.

Se subraya que lo que el artículo 22.1 Ley 241/1990 califica como jurídicamente relevante es la situación para cuya tutela se ejercita el derecho de acceso, no el interés en la tutela de la mencionada situación; en efecto, este último interés (que puede también ser de hecho) únicamente tiene relevancia para el ordenamiento como condición para poder atribuir al solicitante la titularidad de un derecho de acceso que puede ser ejercitado por cualquiera, con tal que el conocimiento que persiga tenga por objeto la tutela de una situación jurídicamente relevante.

Por tanto, «seguramente titular del derecho de acceso será quienquiera que pueda ostentar un interés en vía jurisdiccional ordinaria o administrativa» o «quien tenga por ley título para ejercer una acción popular en sede judicial, por ejemplo en materia electoral y de tutela ambiental» <sup>42</sup>. Pero, si bien éste es el caso más simple y evidente, las situaciones jurídicamente relevantes que pueden ser protegidas mediante el acceso a determinadas informaciones en poder de la Administración no son sólo aquellas tutelables con medios de acción judicial, en cuanto que el concepto de tutela conlleva un carácter no sólo defensivo sino también expansivo; por eso debe entenderse que el solicitante está legitimado al acceso también en aquellos casos en que el conocimiento de las informaciones solicitadas está dirigido a la posibilidad de «hacer valer situaciones de ventaja de otro modo no utilizadas o no utilizables» <sup>43</sup>.

En esencia, un sujeto tiene derecho de acceso a los documentos solicitados cuando el conocimiento que pretende así obtener está dirigido a «tutelar», en el sentido más amplio del término, una situación calificada como jurídicamente relevante (con tal, naturalmente, que las informaciones contenidas en los documentos no estén excluidas del acceso para tutelar los intereses del art. 24 Ley 241/1990).

---

<sup>41</sup> G. ARENA, «La trasparenza amministrativa, ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi», en G. ARENA (ed.), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, págs. 15 y ss.

<sup>42</sup> F. CUOCOLO, «Accesso ai documenti amministrativi», en *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, V. ITALI, M. BASSANI, eds., Milano, 1991, págs. 406 y ss.

<sup>43</sup> F. CUOCOLO, «Accesso ai documenti amministrativi», *op. cit.*, *ibidem*. Según el TAR Lazio, Sec. III, 15 de septiembre de 1993, núm. 1534, en *Trib. amm. reg.*, 1993, pág. 3561, el acceso tiene una función instrumental y propedéutica para la tutela de cualquier situación capaz de comportar repercusiones positivas o negativas sobre la esfera jurídica del solicitante, mientras que TAR Lazio, Sec. I, 1 de marzo de 1995, núm. 378, en *Trib. amm. reg.*, 1995, pág. 1444, califica el derecho de acceso como interés primario y autónomo tutelado, para permitir al interesado un conocimiento personal y directo de documentos administrativos, prescindiendo de su eventual utilización en sede judicial, sea de forma actual o potencial.

Resulta en consecuencia que para que una solicitud de acceso sea estimada debe existir una relación directa entre el interés de un sujeto en tutelar una situación jurídicamente relevante y su solicitud de acceso a determinados documentos administrativos <sup>44</sup>; pero la previsión según la cual pueden ser titulares del derecho de acceso también «Administraciones, asociaciones y comisiones portadoras de intereses públicos o difusos» (art. 9 DPR 352/1992) induce a considerar que el solicitante puede estar movido por un interés (personal y concreto) en tutelar una situación jurídicamente relevante que no se refiere sólo al solicitante mismo, sino también a otros sujetos. Lo esencial, según lo dispuesto en el artículo 22.1 Ley 241/1990, es que la situación, incluso si está referida a sujetos diversos del solicitante, tenga un relieve jurídico y que el conocimiento de las informaciones solicitadas esté dirigido a la tutela de tales situaciones.

## 6.2. LA INSTRUCCIÓN

La solicitud de acceso es examinada por la unidad que «ha formado el documento o que lo conserva establemente» cuando se trate de documentos inherentes a un procedimiento ya concluido (art. 25.2 Ley 241/1990) o bien por la autoridad que «es competente para formar el acto de terminación o a conservarlo establemente», cuando se trate de documentos utilizados en un procedimiento en curso (art. 2.2 DPR 352/1992).

En ambos casos el responsable del procedimiento de acceso es el dirigente o, por designación del mismo, otro empleado adscrito a la unidad organizativa competente para formar el acto o para conservarlo establemente (o bien, en el caso de actos intraprocedimentales, la competente para la adopción del acto de terminación, art. 4.7 DPR 352/1992).

El responsable del procedimiento de acceso verifica las condiciones de admisibilidad y los requisitos de legitimación del solicitante (arts. 3.2 y 4.1 y 6, DPR 352/1992); decide, en el plazo de treinta días contados desde la presentación de la solicitud a la unidad competente, la evacuación de la solicitud misma (art. 4.5 DPR 352/1992; transcurrido el plazo la solicitud se entiende rechazada, art. 25.4 Ley 241/1990); en caso de estimación total o parcial de la solicitud, pone a disposición del

---

<sup>44</sup> Cons. Stato, Sec. IV, 13 de enero de 1995, núm. 5, en *Cons. St.*, 1995, I, pág. 2: basta con que el solicitante sea titular de una posición jurídicamente relevante y que su interés en la solicitud se funde sobre tal posición.

interesado los documentos solicitados, según las modalidades del artículo 5 DPR 352/1992; en los casos previstos por el artículo 24 Ley 241/1990 y por los artículos 7 y 8 DPR 352/1992, da cumplimiento a la desestimación, al aplazamiento o a la limitación del acceso solicitado.

### 6.3. LA RESOLUCIÓN

La decisión sobre la solicitud de acceso puede consistir en la estimación (total o parcial), el aplazamiento o la desestimación (expresa o tácita, total o parcial).

#### 6.3.1. *Estimación*

Examinada la solicitud y verificado que las informaciones cuyo conocimiento se solicita pueden ser divulgadas (en todo o en parte) sin menoscabo para los intereses del artículo 24 Ley 241/1990, el responsable del procedimiento de acceso comunica al solicitante la resolución dada a la solicitud dentro de los treinta días desde la presentación de la misma en la unidad competente (art. 4.5 DPR 352/1992), indicando además las modalidades por las que puede ser ejercitado el derecho de acceso (art. 5 DPR 352/1992). En el caso del acceso denominado «informal» la solicitud es examinada en el mismo momento de la presentación y, si es estimada, permite un ejercicio inmediato del acceso (art. 3.3 DPR 352/1992).

Ya sea en el caso de acceso «informal», ya sea en el más habitual de acceso «formal», el derecho en cuestión se ejercita mediante examen y extracción de copia de los documentos administrativos solicitados; el examen de los documentos es gratuito, mientras que la expedición de copias está sólo subordinado al reembolso de los costes de reproducción, fijado por cada Administración [art. 25.1 Ley 241/1990; art. 6.1 letra c) DPR 352/1992]. Las copias de los documentos objeto del derecho de acceso son siempre simples, a menos que a solicitud del interesado sean autenticadas por la Administración que las expide, en cuyo caso se aplican las disposiciones vigentes en materia de timbre (art. 5.7 DPR 352/1992). Las copias de las informaciones contenidas en documentos informáticos pueden ser expedidas en sus soportes particulares o bien, si existente, mediante conexión en red [art. 6.1, letra d) DPR 352/1992].

La estimación de la solicitud de acceso a un documento comporta también la facultad de acceso a los conexos con él y a los demás documentos a que remita y que pertenezcan al mismo procedimiento, con tal, naturalmente, que no estén excluidos del acceso en el sentido del artículo 24 Ley 241/1990 (art. 5.3 DPR 352/1992)<sup>45</sup>.

Al contrario, es posible que la solicitud de acceso sea estimada sólo para una parte de las informaciones contenidas en los documentos solicitados: en tal caso existe una limitación del acceso debida a la necesidad de salvaguardar los intereses del artículo 24 Ley 241/1990, imponiendo el secreto sobre algunas de las informaciones objeto de la solicitud<sup>46</sup>. Tal limitación, tratándose en todo caso de una forma (aunque sea parcial) de rechazo del acceso, debe ser motivada por el responsable del procedimiento de acceso con referencia específica a la normativa en la materia, a la identificación de las categorías del artículo 24.4 Ley 241/1990, así como a las circunstancias de hecho por las que la solicitud de acceso debe ser estimada sólo parcialmente (art. 25.3 Ley 241/1990; art. 7.1 DPR 352/1992).

### 6.3.2. *Aplazamiento*

El artículo 24.6 Ley 241/1990, prevé que la Administración a que está dirigida la solicitud de acceso tiene la facultad de diferir el acceso a los documentos solicitados mientras el conocimiento de las informaciones de que son soporte pueda «impedir o obstaculizar gravemente el desarrollo de la acción administrativa. En todo caso, no se admite el acceso a los actos preparatorios en el curso de la formación de las resoluciones del artículo 13, salvo que la ley disponga lo contrario».

Examinando ahora la primera parte de tal disposición, la referida al aplazamiento facultativo del acceso por parte de las Administraciones (mientras la segunda se refiere a una hipótesis de aplazamiento prevista por ley) resulta evidente que, siendo el aplazamiento una forma de rechazo (aunque sea temporal) del

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sec. VI, 25 de noviembre de 1994, núm. 1715, en *Cons. St.*, 1994, I, pág. 1644; TAR Puglia, Bari, Sec. I, 22 de octubre de 1994, núm. 1143, en *Trib. amm. reg.*, I, pág. 4590; TAR Emilia Romagna, Parma, 5 de septiembre de 1995, núm. 275, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, pág. 4067; TAR Veneto, Sec. II, 25 de mayo de 1994, núm. 337, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, págs. 1961 y ss.; TAR Lazio, Sec. III, 25 de mayo de 1994, núm. 1166, en *Trib. amm. reg.*, 1994, pág. 2386; TAR Puglia, Bari, Sec. I, 3 de marzo de 1993, núm. 71, en *Trib. amm. reg.*, 1993, págs. 2077 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. Cons. Stato, Sec. IV, 11 de enero de 1994, núm. 21, en *Cons. St.*, 1994, I, pág. 8; Cons. Stato, Sec. IV, 11 de enero de 1994, núm. 22, en *Cons. St.*, 1994, I, pág. 8.

acceso, también debe ser motivado (art. 25.3 Ley 241/1990), debe indicarse su duración (art. 7.3 DPR 352/1992) y frente a él cabe recurso en sede jurisdiccional (art. 25.5 Ley 241/1990).

Respecto a la previsión legislativa, el artículo 7.2 DPR 352/1992 ha introducido una especificación de los motivos de aplazamiento que sólo en parte es compartible: prevé en efecto que el aplazamiento es dispuesto «cuando sea necesario asegurar una tutela temporal a los intereses del artículo 24.2 Ley 241/1990, o para salvaguardar exigencias de reserva\* de la Administración, especialmente en la fase preparatoria de las resoluciones, en relación a documentos cuyo conocimiento pueda comprometer el buen funcionamiento de la acción administrativa».

La primera parte de tal disposición, que hace referencia a los intereses del artículo 24, identifica correctamente los motivos que pueden legitimar el uso del aplazamiento: como se ha señalado, este último constituye en esencia una forma de secreto temporal y por tanto también él, como los demás secretos que representan una excepción a la regla de la publicidad, debe ser utilizado únicamente para tutelar los intereses previstos por el legislador en el artículo 24 Ley 241/1990.

Por el contrario, la segunda parte de la disposición en examen permite el uso del aplazamiento para tutelar genéricas «exigencias de reserva de la Administración» de las que no hay huella en la Ley 241/1990; las únicas formas de reserva que según el legislador pueden justificar una excepción al derecho de acceso son en efecto las previstas en el artículo 24.2, letra d), Ley 241/1990, esto es, la privacidad de terceros, personas, grupos y empresas.

Si este desarrollo operado por el Reglamento introdujese realmente una nueva excepción a la regla de la publicidad se ampliaría notablemente (e ilegítimamente) la esfera de informaciones que pueden ser sustraídas al acceso, por más que sea sólo temporalmente: pero debe subrayarse que en muchos casos la tempestividad en el acceso a determinadas informaciones es un factor crucial para los fines de la tutela de aquellas situaciones jurídicamente relevantes a que mira el ejercicio del derecho de acceso.

Por otro lado, no se ve cómo el Reglamento pueda prever que una pretendida exigencia de reserva de la Administración sea un motivo legítimo para diferir el acceso, cuando el legislador en el artículo 24.2 Ley 241/1990, dispone que uno o más

---

\* N. del T.: traducimos aquí *riservatezza*, referida a la Administración, como «reserva», sin perjuicio de que después, en relación con los particulares, utilicemos el término «privacidad» por los motivos que en su momento se expondrán.

Decretos del Gobierno disciplinen las «modalidades de ejercicio del derecho de acceso y los otros casos de exclusión del derecho de acceso en relación con la exigencia de salvaguardar» algunos intereses, entre los que no se hace mención de un interés de la Administración en la propia reserva.

El texto del dictado legislativo es por el contrario clarísimo al subordinar el aplazamiento del acceso únicamente a la posibilidad de que se verifiquen dos hipótesis negativas, consistentes en *impedir* o en *obstaculizar gravemente* la acción administrativa; según la Ley 241/1990, el acceso puede por tanto ser diferido sólo cuando la Administración que está utilizando para la propia actividad los documentos solicitados puede demostrar, mediante la motivación de la resolución de aplazamiento, que el conocimiento de las informaciones en ellos contenidas puede hacer del todo imposible el desarrollo de la acción administrativa («impedir»), o bien comportar notables dificultades en llevar adelante tal actividad («obstaculizar gravemente»).

En otros términos, la Ley reconoce a las Administraciones la facultad de diferir el acceso sólo cuando, en el balance entre el interés general de la transparencia de la acción administrativa y el interés (también general) en el desarrollo de la misma acción, la eficiencia y la imparcialidad de tal acción reclama la imposición de un secreto temporal sobre algunas informaciones.

Siendo por tanto en conjunto bastante clara la voluntad del legislador, no es posible que el Reglamento haya introducido otra excepción al derecho de acceso. Y, en efecto, releyendo el artículo 7.2 DPR 352/1992, a la luz de cuanto se ha dicho, resulta que también para el Reglamento el balance es en realidad entre los dos intereses arriba citados (y no entre intereses en la transparencia de la acción administrativa e intereses en la reserva de tal Administración): las exigencias de reserva de la Administración están tuteladas «especialmente en la fase preparatoria de las resoluciones», no porque en cuanto tales relevantes, sino «en relación con documentos cuyo conocimiento pueda comprometer el buen funcionamiento de la acción administrativa» (art. 7.2 DPR 352/1992).

En esencia, la entera disposición que disciplina el aplazamiento del acceso en el DPR 352/1992, debe ser interpretada teniendo en cuenta que también en el Reglamento, así como en la Ley, el fin del aplazamiento es tutelar no una hipotética reserva de la Administración que la Ley no prevé, sino la eficiencia de la acción administrativa, por lo que la expresión «exigencias de reserva de la Administración», no pudiendo la Administración ser equiparada a una persona física, no puede referirse a un derecho de la



Administración a la reserva para proteger una propia e inexistente «esfera íntima». Más bien, debe entenderse que en el Reglamento con tal disposición se ha querido repetir con palabras diversas cuanto ya ha afirmado el legislador, esto es, que la Administración puede tener la necesidad, para no comprometer la eficiencia de la propia acción, de hacer temporalmente secretas determinadas informaciones: en la práctica, la que viene definida como «exigencia de reserva de la Administración» no es otra cosa que la exigencia de la Administración de usar el secreto administrativo.

Pero ¿cuáles pueden ser, concretamente, los documentos objeto del aplazamiento del acceso? En primer lugar, aquellos cuya exclusión del acceso sirve para prestar una tutela temporal a los intereses del artículo 24.2 Ley 241/1990; por ejemplo, es posible diferir el acceso a los documentos que se refieren a la futura adopción de resoluciones en materia de política monetaria y cambiaria, o bien en materia de orden público, hasta que el conocimiento de las informaciones en ellos contenidas no pueda ya lesionar los intereses públicos que tales resoluciones buscaban tutelar.

En segundo lugar, aquellos documentos que, independientemente del tipo de intereses afectados, se refieren (sobre todo en la fase preparatoria de las resoluciones o en aquella que precede a las decisiones de orden público) al intercambio de notas u opiniones informales entre unidades acerca de las posibles soluciones a dar a un determinado problema, o bien acerca de las modalidades de una intervención o los contenidos de un proyecto que la Administración se disponga a realizar. En estos casos y en los otros similares a ellos, en efecto, la divulgación de las hipótesis tomadas en consideración equivale a «impedir u obstaculizar gravemente el desarrollo de la acción administrativa», en cuanto que hace imposible o bastante difícil el desplegarse de manera eficiente e imparcial del proceso decisorio político-administrativo. El aplazamiento del acceso, por el contrario, permite tutelar tal proceso decisorio sin sustraer definitivamente determinadas informaciones al acceso, como sucedería si sobre ellas viniese impuesto un secreto no temporal sino de larga duración; precisamente por este motivo el legislador ha previsto que los documentos no pueden ser sustraídos al acceso «cuando sea suficiente recurrir al poder de aplazamiento» (art. 8.3 DPR 352/1992)<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> TAR Lazio, Sec. I, 24 de marzo de 1992, núm. 399, en *Trib. amm. reg.*, 1992, I, pág. 1285; Cons. St., Sec. IV, 26 de noviembre de 1993, núm. 1036, en *Riv. amm.*, 1993, pág. 492.

Por último, como se ha visto más arriba, la segunda parte del apartado 6 del artículo 24 Ley 241/1990 se refiere a una categoría completa de actos de particular relieve para los que el aplazamiento del acceso es sustraído a la valoración de la Administración, teniendo el legislador prevista la exclusión del acceso para los «actos preparatorios en el curso de la formación de las resoluciones del artículo 13» de la citada Ley 241/1990. Es una limitación al derecho de acceso particularmente grave, pues de esta forma se impide la publicidad de la actividad administrativa dirigida «a la emanación de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación», incluso en relación con los procedimientos tributarios (art. 13). Pero tratándose de una hipótesis de aplazamiento y no de rechazo, se sigue que no son sustraídos al acceso los actos finales del artículo 13, ni los actos preparatorios de las mismas resoluciones una vez terminada la fase de su formación.

### 6.3.3. *Desestimación*

Al igual que la estimación, también la desestimación del acceso puede ser total o parcial, en diversa medida según las circunstancias: así, puede haber una resolución de la solicitud de acceso totalmente positiva, en gran parte positiva, en gran parte negativa o totalmente negativa.

El responsable del procedimiento de acceso examina la solicitud y si comprueba que las informaciones de las que se pide tomar conocimiento no pueden ser divulgadas (en todo o en parte), en tanto que su divulgación es susceptible de «acarrear un perjuicio concreto a los intereses indicados en el artículo 24 Ley 241/1990» (art. 8.2 DPR 352/1992), adopta dentro de los treinta días desde la presentación de la solicitud en la unidad competente (art. 4.5 DPR 352/1992) una resolución de desestimación del acceso (total o parcial) motivada «con referencia específica a la normativa vigente, a la identificación de las categorías del artículo 24 Ley 241/1990, a las circunstancias de hecho por las cuales la solicitud no puede ser asumida tal y como ha sido formulada» (art. 7.1 DPR 352/1992). En fin, el responsable del procedimiento de acceso impone el secreto a las informaciones objeto de la solicitud que no pueden ser divulgadas, indicando el período de tiempo durante el cual están sustraídas al acceso (art. 8.2 DPR 352/1992; v. también a continuación). En todo caso, como se ha observado, los docu-

mentos no pueden ser sustraídos al acceso «cuando sea suficiente el recurso al poder de aplazamiento» (art. 8.3 DPR 352/1992).

Cuanto se ha dicho hasta ahora se aplica a la desestimación explícita; pero se ha previsto también una forma tácita de desestimación, por la cual «transcurridos inútilmente treinta días desde la solicitud, ésta se entiende desestimada» (art. 25.4 Ley 241/1990). Si es cierto que tal modalidad del acceso evita a la Administración el cumplimiento de lo arriba descrito, no es menos cierto que si la desestimación tácita no está justificada por la exigencia de tutelar los intereses del artículo 24 Ley 241/1990, difícilmente podrá ser defendida en sede jurisdiccional, por lo cual al final el solicitante obtendrá de todos modos el acceso a los documentos solicitados. Por otro lado, si la desestimación puede ser motivada en el sentido de la normativa en examen, el principio de la transparencia de los comportamientos y de las decisiones administrativas debería inducir a la Administración a expresarse de manera explícita dentro del plazo de treinta días<sup>48</sup>.

Son perfiles importantes (ambos regulados por el art. 8.2 DPR 352/1992) de la desestimación (explícita) del acceso su limitación desde los puntos de vista del contenido y temporal.

Por lo que se refiere al contenido, la disposición citada prevé explícitamente que los documentos que contengan informaciones conexas con los intereses del artículo 24 Ley 241/1990, «son considerados secretos sólo en el ámbito y en los límites de tal conexión»; por su parte, por lo que se refiere a la duración en el tiempo aquélla prevé que «las Administraciones fijan, para cada categoría de documentos también el eventual período de tiempo durante el cual pueden ser sustraídos al acceso».

El primer aspecto es relevante en cuanto que la Ley 241/1990, admite la limitación del acceso (art. 25.3) pero no disciplina sus contenidos: el Reglamento, por el contrario, de un lado explicita que el verdadero objeto del derecho de acceso no son los documentos, sino las informaciones de las cuales aquellos documentos son el soporte material (*supra* núm. 4), del otro dispone que el secreto sobre determinadas informaciones sólo se puede imponer en el ámbito y en los límites de la conexión entre tales informaciones y los intereses del artículo 24 Ley 241/1990; por eso, así como se debe recurrir a la desestimación temporal (el aplazamiento) cuando sea suficiente para tutelar los intereses del artículo 7.2 DPR 352/1992, del mismo modo se debe recurrir a una desestimación parcial del acceso (esto es, a su limitación)

<sup>48</sup> Cons. Stato, Sec. VI, 23 de diciembre de 1994, núm. 1814, en *Cons. St.*, 1994, pág. 1817.

cuando sea suficiente para tutelar los intereses del artículo 24 Ley 241/1990.

El aspecto temporal es extremadamente relevante porque todo secreto debe tener una duración diversa según los intereses que pretende proteger. Así pues, ha hecho bien el Reglamento en prever que las Administraciones fijen, para cada una de las categorías de documentos a sustraer del acceso según lo previsto en el artículo 24.4 Ley 241/1990, también la duración del secreto impuesto sobre las informaciones en ellos contenidas<sup>49</sup>.

Esta disposición hace explícito el hecho de que el secreto que se opone al acceso es sólo un instrumento para proteger algunos intereses públicos y privados más importantes todavía que el interés general en la transparencia de la acción administrativa; como tal, una vez que no sea necesario el secreto para proteger estos intereses, aquél ya no tiene razón de ser y resulta eliminado. De ahí se sigue que, cuando las informaciones contenidas en un documento están protegidas mediante el secreto, su exclusión del acceso debe tener una fecha inicial y una final, figurando ambas en el mismo documento.

## 7. LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO

«La actividad administrativa... se rige por el criterio de publicidad» (art. 1.1 Ley 241/1990): si la regla es la publicidad, los límites al derecho de acceso se configuran entonces como excepciones dirigidas a proteger mediante la imposición del secreto algunos intereses públicos y privados considerados por el legislador de importancia mayor para el interés de la transparencia administrativa, del cual el derecho de acceso es uno de los instrumentos de realización.

Las excepciones a la regla de la publicidad están reguladas en el artículo 24 Ley 241/1990, mediante la introducción, ya sea de límites al acceso dirigidos a salvaguardar intereses bien identificados o, en cualquier caso, identificables, ya sea de límites genéricos, en los cuales no están identificados con claridad los intereses protegidos.

En esta materia resulta esencial hacer referencia a los intereses tutelados porque, siendo las informaciones el objeto del derecho en cuestión (aunque sea a través del acceso a los documentos que forman su soporte), se deriva que también los límites a tal derecho tienen en realidad por objeto las informaciones, no los

---

<sup>49</sup> V. a este propósito, entre otros, los Reglamentos adoptados por el Ministerio del Interior y por el de Asuntos Exteriores.

documentos: por lo demás, se ha visto que, bien sea la estimación, bien la desestimación del acceso pueden ser parciales precisamente en función del tipo de informaciones contenidas en los documentos solicitados. Pero, a su vez, las excepciones al derecho de acceso dependen de la relación entre determinadas informaciones y los intereses del artículo 24 Ley 241/1990.

En consecuencia, una precisa definición legislativa de los intereses protegidos, que permita identificar más fácilmente las informaciones sustraídas al acceso, deja también menos espacio a la valoración discrecional de la Administración en la decisión sobre la exclusión o no de un solicitante del acceso. Al contrario, se expande la esfera de tal valoración cuando la referencia se hace genéricamente a los «casos de secreto o de prohibición de la divulgación previstos por el Ordenamiento» o a «cualquier otra disposición actualmente vigente que limite el acceso a los documentos administrativos» (art. 24.1 y 5 Ley 241/1990), o bien, como en el caso del aplazamiento del acceso, a la exigencia de no «impedir u obstaculizar gravemente el desarrollo de la acción administrativa» (art. 24.6 Ley 241/1990).

### 7.1. EL SECRETO DE ESTADO

Un caso en el cual la relación entre informaciones e intereses es clara lo constituye la primera excepción, relativa a los «documentos cubiertos por secreto de Estado en el sentido del artículo 12 de la Ley de 24 de octubre de 1977, núm. 801» (art. 24.1 Ley 241/1990): los intereses tutelados mediante tal excepción son fácilmente identificables porque la disposición examinada reenvía a un secreto, el de Estado, que es el único cuyo contenido ha sido definido con precisión por el legislador. Por tanto, las Administraciones destinatarias de una solicitud de acceso en el balance entre intereses en que consiste la fase instructora del procedimiento de acceso, pueden referirse, en caso de duda, tanto a la definición normativa del contenido de tal secreto, como a la doctrina y a la jurisprudencia en la materia.

### 7.2. EL SECRETO ADMINISTRATIVO \*

Otra excepción al derecho de acceso en la que hay una referencia explícita a los intereses protegidos está regulada en el

---

\* N. del T.: en el original, *segreto d'ufficio*, al que en otras partes del texto el autor denomina *segreto d'ufficio o amministrativo*. La traducción utiliza este último término, por tener un equivalente exacto en español.

artículo 24.2 Ley 241/1990, que prevé que el Gobierno emane, en el plazo de seis meses desde la fecha de entrada en vigor de la Ley en cuestión, uno o más Decretos con el objeto, por un lado, de disciplinar las modalidades de ejercicio del derecho de acceso y, por otro, de identificar «los demás casos de exclusión del derecho de acceso en relación con la exigencia de salvaguardar:

- a) la seguridad, la defensa nacional y las relaciones internacionales;
- b) la política monetaria y cambiaria;
- c) el orden público y la prevención y represión de la criminalidad;
- d) la privacidad de terceros, personas, grupos y empresas...».

Pese a ser algunos de los intereses tutelados asimilables a aquellos protegidos por el secreto de Estado, en realidad la institución a que se hace referencia en este caso es el secreto administrativo, esto es, un secreto que tutela intereses ciertamente relevantes, pero no vitales para la integridad del Estado, para su independencia, para la defensa de sus instituciones, como en el caso del secreto por ello llamado de Estado.

Un aspecto a subrayar de la disposición ahora citada es el hecho de que como el artículo 12 Ley 801/1977 constituyó la primera definición legislativa del contenido del secreto de Estado, hasta aquel momento indeterminado, así también el elenco de intereses arriba enumerados representa la primera identificación legislativa del contenido de otro secreto, el administrativo, hasta entonces igualmente indefinido.

Gracias a tal indeterminación del secreto administrativo, la Administración ha podido servirse de él durante décadas de manera totalmente discrecional; ha constituido un «continente» que la Administración ha rellenado vez a vez de contenidos según las exigencias del momento, usándolo para evitar la divulgación de informaciones que no se deseaba, por diversos motivos, que llegasen a conocimiento de los ciudadanos. Pero la ausencia de identificación preventiva de las informaciones y, por tanto, también de los intereses protegidos por el secreto administrativo no ha sido casual, sino querida, en cuanto que sólo de esta forma era posible hacer desempeñar a esta institución su función principal, la de mantener a los ciudadanos separados y alejados de la Administración.

Pero, puesto que ahora la regla es que «la actividad administrativa... se rige por el criterio de publicidad» (art. 1.1 Ley 241/1990) y ya no por el de secretismo, el secreto administrativo

se ha vuelto la excepción y, como tal, ha sido regulado detalladamente por el legislador.

Tal disciplina consiste en primer lugar en la identificación de los intereses protegidos mediante este tipo de secreto y, en segundo lugar, en la predisposición de una doble barrera para su protección: la primera levantada sustrayendo al acceso las informaciones cuya divulgación podría lesionar los intereses arriba mencionados, la segunda imponiendo a los empleados públicos el deber de mantener el secreto sobre tales informaciones.

Por tanto, los sujetos externos a la Administración no pueden utilizar el derecho de acceso para obtener informaciones cuya divulgación lesionaría los intereses protegidos por el secreto administrativo; al mismo tiempo, los empleados públicos que, en el desarrollo de su propia función, tienen conocimiento de tales informaciones no pueden divulgarlas, en cuanto que ello constituiría una violación de aquel secreto administrativo que el artículo 28 Ley 241/1990 ha reordenado para hacerlo coherente con la nueva regla de la publicidad de la acción administrativa. La protección de las informaciones que no deben ser divulgadas es de esta forma completa, tanto en la vertiente externa como en la interna de la Administración.

En la vertiente interna, el nuevo artículo 15 DPR de 10 de enero de 1957, núm. 3 (T. u. imp. civ. St.), tal y como ha quedado modificado por el artículo 28 Ley 241/1990, dispone que «el empleado debe mantener el secreto administrativo. No puede transmitir a quien no tenga derecho a ellas informaciones referidas a resoluciones u operaciones administrativas, en curso o concluidas, o bien noticias de las que haya tenido conocimiento a causa de sus funciones, más allá de las hipótesis y de las modalidades previstas por las normas sobre el derecho de acceso. En el ámbito de sus propias atribuciones, el empleado encargado de una unidad expide copias y extractos de actos y documentos oficiales en los casos no prohibidos por el Ordenamiento».

En primer lugar, se reitera el deber de mantener el secreto administrativo: pero es un secreto limitado, una excepción respecto de la regla de la publicidad desde el momento en que su contenido ya no es indeterminado sino representado por las informaciones que constituyen las excepciones al derecho de acceso del artículo 24 Ley 241/1990. Se dispone a continuación que, obviamente, el empleado no puede suministrar informaciones sobre la actividad administrativa más allá de las hipótesis y de las modalidades previstas por las normas sobre el derecho de acceso: en otros términos, así como está obligado a consentir el acceso a quien tenga derecho a él cuando los documentos

solicitados no estén entre los excluidos del acceso, del mismo modo está obligado a respetar rigurosamente el secreto de las informaciones cuya divulgación lesionaría los intereses identificados por el legislador en el artículo 24 Ley 241/1990, y a rechazar el acceso cuando la solicitud sea presentada por quien no tenga la legitimación para ejercer tal derecho.

En la vertiente que mira hacia el exterior de la Administración, la disciplina legislativa del secreto administrativo se concreta, por su parte, en la determinación de algunos intereses (sustancialmente bastante similares a aquéllos que justifican las excepciones al derecho de acceso en otros ordenamientos) consistentes, por un lado, en intereses inherentes a tres delicados sectores de intervención pública y, por otro, en un interés de carácter prevalentemente privado y personal, como es la privacidad<sup>50</sup>.

#### 7.2.1. *La seguridad, la defensa nacional y las relaciones internacionales*

Pueden sustraerse al acceso los documentos administrativos que contienen informaciones que, pese a no deber ser protegidas por el secreto de Estado en el sentido del artículo 12 Ley 801/1977, deben sin embargo ser protegidas mediante el secreto administrativo con el objeto de evitar una lesión (pero que ha de ser «específica e individualizada») al interés de la seguridad y al de la defensa nacional, así como al ejercicio de la soberanía nacional en el ámbito de las relaciones internacionales [art. 8.5, letra a), DPR 352/1992; art. 2 DM Interior de 10 de mayo de 1994, núm. 415].

La previsión hecha para el secreto de Estado (art. 12.2 Ley 801/1977) según la cual «en ningún caso pueden ser objeto de secreto de Estado hechos subversivos del orden constitucional», se debe aplicar por analogía y con mayor razón también a las informaciones objeto del secreto administrativo; es más, incluso sin un explícito mandato legislativo, debe considerarse que tales informaciones no deben ser sustraídas del acceso cuando ello se oponga a la persecución de los fines del artículo 12 de la Constitución.

<sup>50</sup> TAR Lazio, Sec. I, 2 de febrero de 1994, núm. 888, en *Trib. amm. reg.*, 1994, I, pág. 2334; TAR Lombardia, Milano, Sec. I, 3 de mayo de 1993, núm. 376, en *Trib. amm. reg.*, 1993, I, pág. 2440.



### 7.2.2. *La política monetaria y cambiaria*

Como en la excepción precedente, también en ésta está presente la exigencia de tutelar intereses atinentes a relaciones con otros ordenamientos, en cuanto que las decisiones de política monetaria y cambiaria tienen efectos evidentes sobre la situación internacional del país; pero están igualmente presentes exigencias de tutela de intereses internos, no sólo públicos sino también privados, en cuanto que del conocimiento de determinadas informaciones referidas a los procesos de información, determinación y ejecución de las decisiones en materia monetaria y cambiaria pueden derivarse situaciones de ventaja injustificada o fluctuaciones del mercado cambiario [art. 8.5, letra b) DPR 352/1992].

Por lo demás, éste es un sector en el cual puede revelarse particularmente útil el uso del aplazamiento del acceso, en cuanto que cabe presumir que el daño a los intereses protegidos por tal excepción se produzca sobre todo, en la fase preparatoria de las resoluciones en la materia.

### 7.2.3. *El orden público y la prevención y represión de la criminalidad*

También esta excepción se dirige a salvaguardar intereses públicos, sin embargo esta vez prevalentemente internos. Pueden, por ello, ser sustraídos al acceso los documentos que «se refieran a las estructuras, los medios, las dotaciones, el personal y las acciones estrechamente de la tutela del orden público, a la prevención y a la represión de la criminalidad con particular referencia a las técnicas de investigación, a la identidad de las fuentes de información y a la seguridad de los bienes y de las personas involucradas, así como a la actividad de policía judicial y de conducción de las averiguaciones» [art. 8.5, letra c) DPR 352/1992; art. 3 DM Interior de 10 de mayo de 1994, núm. 415].

Las mismas razones que justifican tal excepción están también en la base del artículo 24.5 Ley 241/1990, que prevé que «se mantienen en vigor las disposiciones previstas en el artículo 9 Ley de 1 de abril de 1981, núm. 121, modificado por el artículo 26 Ley de 10 de octubre de 1986, núm. 668 y por las correspondientes normas de ejecución»: se encuentran así sustraídos del acceso los datos y las informaciones conservados en los archivos automatizados del Centro de Elaboración de Datos del Ministerio del Interior y utilizados por categorías particulares de funcionarios públicos (oficiales de policía judicial, funcionarios

de los servicios de seguridad, magistrados, etc.) para la tutela del orden público y la prevención y represión de la criminalidad.

### 7.3. LA PRIVACIDAD \* DE TERCEROS, PERSONAS, GRUPOS Y EMPRESAS

En el momento de la entrada en vigor de la Ley 241/1990, el problema fundamental puesto por esta excepción consistía en la carencia de una disciplina legislativa del derecho a la privacidad en nuestro ordenamiento; por eso los operadores de la Administración se han visto en la necesidad de hacer un balance entre dos derechos igualmente relevantes, de los cuales sin embargo uno, el de acceso, había sido disciplinado de forma general por la Ley 241/1990, mientras que no ocurría lo mismo con el otro, el de la privacidad<sup>51</sup>. Ahora esta laguna normativa ha sido colmada gracias a la Ley de 31 de diciembre de 1996, núm. 675, titulada precisamente «Tutela de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales».

Esta Ley (que se integra con la contemporánea Ley 676/1996, titulada «Delegación al Gobierno en materia de tutela de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales») disciplina por primera vez de forma general en nuestro ordenamiento el derecho a la privacidad, en cuanto garantiza que «el tratamiento de los datos personales se produzca en el respeto a los derechos, a las libertades fundamentales, así como a la dignidad de las personas físicas, con particular referencia a la privacidad y la identidad personal»; garantiza además «los derechos de las personas jurídicas y de todo otro ente o asociación» (art. 1.1).

La disciplina normativa de la privacidad introducida por la Ley 675/1996 es bastante compleja y articulada, en cuanto el legislador ha tenido que atemperar dos intereses de igual relevancia, el de la libre circulación de las informaciones y el de la tutela de la esfera de privacidad personal; en esta sede, eviden-

\* N. del T.: En el original *riservatezza*, se ha traducido aquí de acuerdo con el sentido que le da el autor, como «privacidad», a sabiendas de que se trata de un anglicismo no recogido en el *Diccionario de la Real Academia Española*. «Intimidad» es un concepto jurídico más restringido y «reserva» es más ambiguo, mientras que «privacidad» evoca la categoría anglosajona clásica de la *privacy* y es además utilizado no sólo por la doctrina científica, sino también por la exposición de motivos de la LORTAD española (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal) en este preciso sentido.

<sup>51</sup> En el mismo sentido del texto, v. Cons. Stato, Sec. IV, 7 marzo 1994, núm. 216, en *Foro amm.*, 1994, pág. 388.

temente, no es posible (ni en realidad es siquiera necesario) analizar en detalle tal normativa, si bien naturalmente presenta diversos aspectos que inciden, directa o indirectamente, sobre la realización de una mayor transparencia administrativa <sup>52</sup>.

Sin embargo, en lo que se refiere al derecho de acceso, la excepción del artículo 24.2.d) de la Ley 241/1990 encuentra finalmente en la Ley 675/1996 la definición de su contenido, tanto en positivo como en negativo. La excepción al principio de la publicidad de la acción administrativa está, en efecto, dirigida en positivo a la tutela de los «datos personales» <sup>53</sup> [en su definición del art. 1.2.c) de la Ley 657/1996] y, en particular, de los datos personales «sensibles» del artículo 22.1 de la misma Ley. En negativo, por su parte, puesto que se trata de una excepción, allí donde la Ley 675/1996 no interviene para proteger el derecho a la privacidad debe prevalecer el principio general de la máxima libertad de circulación de las informaciones y, por tanto, el ejercicio del derecho de acceso no puede ser limitado: por ejemplo, no requiriéndose el consentimiento del interesado para el tratamiento (luego tampoco para la comunicación y la difusión) de datos personales «provenientes de registros públicos, listados, actos o documentos cognoscibles por cualquiera» [art. 12.1.c) Ley 675/1996], debe deducirse que el acceso (que consiste justamente en una forma de comunicación) a documentos administrativos que contienen este tipo de informaciones no constituye una violación del derecho de privacidad.

Por el contrario, los datos personales «sensibles», esto es, aquellos que pueden ser objeto de tratamiento sólo con el consentimiento escrito del interesado y previa autorización del *Garante* y, en lo relativo a sujetos públicos, sólo si está autorizado por expresa disposición de la ley (en la que se especifiquen los datos a tratar, las operaciones que se pueden realizar y los fines relevantes de interés público que se deben perseguir) evidentemente no pueden ser objeto del derecho de acceso: en efecto, son «sensibles» los «datos personales idóneos para revelar el origen racial y étnico, las convicciones religiosas, filosóficas o de otro género, las opiniones políticas, las adhesiones a partidos, sindicatos, asociaciones u organizaciones de carácter religioso, filosófico, político o sindical, así como los datos idóneos para

<sup>52</sup> Un primer y sintético análisis de la ley sobre privacidad en G. ARENA, «La tutela della privacy informatica», en *Giornale di Diritto Amministrativo*, núm. 6/97, págs. 505. y ss.

<sup>53</sup> Por «dato personal» se entiende «cualquier información relativa a persona física, persona jurídica, ente o asociación, identificados o identificables también indirectamente, mediante referencia a cualquier otra información, incluido un número de identificación personal» [art. 1.2.c) de la Ley 675/1996].

revelar el estado de salud y la vida sexual» (art. 22.1 Ley 675/1996).

El «núcleo» central del derecho a la privacidad del artículo 24.2.d) de la Ley 241/1990 está por tanto aquí, en los datos personales sensibles protegidos por la Ley 675/1996, porque su conocimiento por parte de sujetos diferentes de los interesados constituiría una violación de su intimidad a través de la cual podría concretarse una amenaza a su libertad.

El peligro para los ciudadanos deriva, en efecto, no tanto de la intrusión ajena en la propia esfera privada (por desagradable que pueda ser), sino sobre todo de la posibilidad de que las informaciones personales obtenidas de tal modo sean utilizadas para reducir la incertidumbre acerca de las opciones futuras (políticas, sociales, de consumo, etc.) del sujeto cuya privacidad ha sido violada, para influir así sobre el sujeto en cuestión antes de que asuma determinadas decisiones: conociendo el comportamiento pasado y presente de una persona se puede en efecto prever también con un buen margen de aproximación el futuro, porque cada uno de nosotros está condicionado, conscientemente o no, por las elecciones hechas en el pasado.

Elegir significa formular juicios, realizar selecciones, dirigir las propias preferencias: y todo ello sobre la base de conocimientos, experiencias, elementos de juicio, motivaciones, etc., que, como se ha dicho, si son conocidos por extraños pueden permitirles prever cómo se orientará la elección de los sujetos investigados. Pero una libertad de elección predecible (y, por tanto, por ello mismo condicionable) sólo es un simulacro de libertad; luego garantizar la posibilidad de elegir libremente, sin condicionamientos más o menos explícitos, significa garantizar un aspecto fundamental de la libertad de la persona, porque no puede considerarse libre una persona protegida sólo frente a intrusiones o violaciones de tipo físico y no también frente a las de tipo inmaterial.

Pero para proteger tal libertad de elección es preciso proteger la privacidad, esto es, salvaguardar de intrusiones, controles y manipulaciones aquella «esfera privada» que, constituyendo por así decirlo el núcleo de la personalidad de un sujeto, es determinante al objeto del ejercicio de su libertad, en todos los campos. En efecto, la «esfera privada» de una persona, que es aquel núcleo que se quiere tutelar protegiendo la «privacidad», está constituido no tanto por hechos singulares tomados separadamente, como por las relaciones que ligan tales hechos entre sí, formando una trama que es única por definición, como única es toda persona. Por ello, el salto cualitativo operado por la informática no está

tanto en consentir mayores posibilidades de intrusión en la esfera privada de las personas, cuanto en el hecho de que tal tecnología se presta perfectamente, reorganizando las informaciones sobre un determinado sujeto, a las reducciones de incertidumbre de quienes ejercen el poder, que permite prever con suficiente precisión las opciones futuras de dicho sujeto. No por casualidad el legislador ha dispuesto que los decretos gubernativos del artículo 24.2 de la Ley 241/1990 prevean normas particulares para asegurar que el acceso a los datos recogidos mediante instrumentos informáticos no lesione los intereses del mismo apartado 2, incluido el de la tutela de la privacidad (art. 24.3 Ley 241/1990).

### 7.3.1. *Privacidad y democracia*

El derecho a la privacidad, en la óptica planteada más arriba, resulta en consecuencia no tanto un límite a la transparencia administrativa, cuanto una garantía de la autonomía de los ciudadanos respecto de los centros de poder público y privado: pero una autonomía entendida no sólo en el sentido tradicional dado hasta tiempos recientes al término *privacy*, como clausura de cada individuo en sí mismo, sino también en sentido relacional, como posibilidad de relaciones entre sujetos todos los cuales, aun estando insertos en una densa red de comunicaciones, pueden no obstante continuar siendo ellos mismos y desarrollar su propia personalidad gracias a la protección ofrecida a su esfera privada; y de este modo, por tanto, la tutela de la privacidad resulta ser una condición para la existencia misma de una sociedad pluralista basada sobre intercambios de pensamiento potencialmente originales, pero no todos uniformes y homologados.

En sustancia, para que haya democracia es necesario salvaguardar la esfera privada, que es el complemento esencial de la esfera pública: la existencia de un espacio privado es el presupuesto indispensable no sólo para proteger la integridad personal de los ciudadanos, sino también para permitir a estos últimos ejercitar de manera libre y consciente aquel poder soberano del cual deriva la legitimación de los poderes públicos.

En este contexto, la defensa de la privacidad adquiere un significado dinámico: además de ser un valor en sí, es una precondition indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y, en particular, en cuanto garantía de autonomía, es también el derecho a

desarrollar libremente, ya sea en soledad o en la vida de las formaciones sociales, la propia persona, según lo previsto en el artículo 3.2 de la Constitución.

Esta última referencia, por lo demás, tiende a introducir, en la ponderación entre intereses operada por el responsable del procedimiento de acceso, también una valoración relativa al modo en que la comunidad a que pertenece el sujeto potencialmente lesionado por el ejercicio del derecho de acceso podrá reaccionar al conocimiento de determinadas informaciones pertenecientes a su esfera privada; en otros términos, esto significa que también debe tomarse en consideración el perfil «cultural» del concepto de privacidad, puesto que muda según el momento histórico, la situación geográfica, las diversas culturas, tradiciones, etc.

#### 7.4. OTROS LÍMITES AL ACCESO

El artículo 24 Ley 241/1990 regula los límites al acceso bien haciendo referencia a intereses suficientemente bien identificados o identificables, como en el caso de las excepciones vistas más arriba, o con dos «normas de cierre» debidas sobre todo a la carencia de un cuadro completo de los secretos vigentes en nuestro Ordenamiento. La introducción del principio de la publicidad de la acción administrativa no se ha visto, en efecto, acompañada de un reexamen completo de las disposiciones vigentes en materia de secreto; por tanto, para evitar que el ejercicio del derecho de acceso pudiese lesionar intereses diversos de aquellos individualizados por la Ley 241/1990, y sin embargo considerados por el ordenamiento merecedores de tutela mediante la imposición de un secreto sobre las informaciones que les afectan, el legislador ha dispuesto la exclusión del acceso «en los casos de secreto o de prohibición de divulgación previstos en otros lugares del Ordenamiento» (art. 24.1 Ley 241/1990) y además ha previsto que se mantenga en vigor «cualquier otra disposición actualmente vigente que limite el acceso a los documentos administrativos» (art. 24.5 Ley 241/1990).

Se trata de formulaciones que, por su (inevitable) carácter genérico, ciertamente no facilitarán el ejercicio del derecho de acceso; en realidad ya ahora es evidente la necesidad de desarrollar, en paralelo con el nuevo «derecho de la transparencia», también una nueva disciplina del secreto, para alcanzar gradualmente una racionalización y un expurgo de los numerosos secretos vigentes en nuestro Ordenamiento, tanto en el sector público como en el privado.

Por lo que se refiere al primer sector se pueden citar, sin pretensión de exhaustividad, el secreto militar, el estadístico, diplomático, de policía, sanitario, epistolar, el de los inspectores de trabajo, el secreto de instrucción; por lo que se refiere, por su parte, al sector privado se pueden citar el secreto profesional (a su vez diferenciado por categorías profesionales), científico-industrial, bancario, de confesión.

Muchos (si no todos) de los intereses protegidos por los secretos del sector público deberían incluirse ya en el ámbito de la tutela ofrecida por las excepciones explícitamente previstas por el artículo 24 Ley 241/1990, también porque muchos de tales secretos se incluyen en la categoría más amplia del secreto administrativo, del cual no son sino especificaciones en el ámbito de sectores singulares de la Administración.

En cuanto a los secretos del sector privado, algunos de ellos pueden alcanzar relieve como excepciones al derecho de acceso no porque la Administración pública en cuanto tal sea titular de uno de tales secretos, sino en tanto que lo pueden ser sus empleados (v. por ejemplo el secreto profesional de un médico o de un ingeniero que actúe en el interior de una Administración); por lo demás, en algunos casos los intereses por ellos protegidos constituyen el contenido de aquella particular excepción que tiene por fin la tutela de la llamada privacidad de grupos, asociaciones o empresas.

Está también la excepción constituida por «cualquier otra disposición actualmente vigente que limite el acceso a los documentos administrativos» (art. 24.5 Ley 241/1990); la inserción de tal disposición en el mismo apartado en que se recuerda la vigencia de un particular límite al derecho de acceso, el previsto para las informaciones recogidas en el Centro de Elaboración de Datos del Ministerio del Interior, induce a considerar que también tal disposición no es otra cosa que una «norma de cierre» dirigida a mantener determinadas limitaciones en aquellos casos en que ya estén en vigor formas particulares de derecho de acceso a los documentos administrativos. Un ejemplo, en este sentido, se tiene en la normativa sobre los archivos del Estado (DPR de 30 de septiembre de 1963, núm. 1409, sobre ordenación de los archivos del Estado), en particular en el artículo 21, donde se establece que los documentos conservados en los archivos estatales son libremente consultables, excepto aquellos de carácter reservado relativos a la política exterior o interior del Estado, que pasan a ser consultables cincuenta años después de su fecha y aquellos referidos a situaciones puramente privadas, que pasan a serlo después de setenta años.

Obviamente, a todos los secretos «innominados» del artículo 24.1 y 5 Ley 241/1990 les son aplicables las disposiciones en materia de desestimación, aplazamiento y limitación del acceso, incluida la obligación de motivar y el derecho a la tutela judicial: significa esto que las Administraciones, si quieren oponer tales secretos a una solicitud de acceso, deberán identificar ya sea el secreto «previsto en otro lugar del Ordenamiento», ya los intereses que aquél tutela.

## 8. LA TUTELA DEL DERECHO DE ACCESO

### 8.1. LA TUTELA JUDICIAL

El artículo 25.5 y 6 Ley 241/1990 prevé contra las resoluciones administrativas en materia de acceso una forma de tutela judicial que se concreta en un procedimiento especial ante el juez administrativo, caracterizado por sus plazos bastante reducidos. Dentro de los treinta días desde la recepción de la comunicación de la desestimación de la limitación o del aplazamiento del acceso, el solicitante puede recurrir al Tribunal Administrativo Regional, el cual decide en sala dentro de treinta días desde el vencimiento del plazo para el depósito del recurso, oídos los defensores de las partes que hayan formulado solicitud. La decisión del TAR es apelable ante el Consejo de Estado dentro de los treinta días desde la notificación de la misma, el cual decide con las mismas formalidades y en los mismos plazos<sup>54</sup>.

En caso de estimación total o parcial del recurso el juez administrativo, si subsisten los presupuestos, ordena la exhibición de los documentos solicitados (art. 25.6 Ley 241/1990)<sup>55</sup>.

La especial tutela prestada en sede judicial al derecho de acceso se funda esencialmente sobre los plazos reducidos, así como sobre la posibilidad para el juez de ordenar la exhibición de los documentos solicitados, después de haberlos examinado y haber verificado la subsistencia de los presupuestos de hecho y de derecho que permiten la divulgación. En la disposición que se comenta no está explícitamente previsto que el juez pueda examinar los documentos objeto del recurso, sin embargo tal poder está implícito en la atribución al juez del poder de ordenar que los documentos sean puestos a disposición del solicitante,

<sup>54</sup> TAR Lazio, Sec. I, 10 de junio de 1994, núm. 949, en *Trib. amm. reg.*, 1994, pág. 2360.

<sup>55</sup> Cons. Stato, Sec. IV, 15 de septiembre de 1994, núm. 713, en *Cons. St.*, 1994, págs. 1196 y ss.



«si subsisten los presupuestos». La valoración acerca de la subsistencia de los presupuestos debe alcanzar, en efecto, necesariamente no sólo a la legitimidad de la resolución de la Administración acerca de la solicitud de acceso, sino también a la relación, esto es, la comprobación de la efectiva existencia de la conexión prevista por el legislador entre las informaciones contenidas en los documentos solicitados y los intereses a tutelar por el secreto.

Una confirmación en este sentido viene de la experiencia del *Freedom of Information Act* (USA) que prevé que el juez puede examinar de forma reservada documentos objeto del recurso, para poder valorar directamente la subsistencia o no de los motivos que justifican la exclusión del acceso a determinadas informaciones.

El ámbito de aplicación de las disposiciones que se examinan incluye todos los casos en que se solicite la tutela judicial del derecho de acceso y todas las Administraciones, luego se aplica, evidentemente, también en los casos de ejercicio del derecho de acceso del artículo 10 Ley 241/1990, así como frente a las resoluciones en materia de acceso adoptadas por las Administraciones comunales, provinciales y regionales.

En particular, por lo que se refiere a los entes locales, es cierto que la Ley de 8 de junio de 1990, núm. 142, es Ley general en materia de Ordenamiento de los Municipios y de las Provincias, que no puede ser modificada tácitamente; pero también es cierto que los principios contenidos en la Ley 241/1990 constituyen a su vez principios generales del Ordenamiento en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso (art. 29.1 Ley 241/1990).

Las disposiciones referidas a la tutela judicial del derecho de acceso de la Ley 241/1990 no inciden en modo alguno en la materia regulada por la Ley 142/1990, ni su aplicación también a la disciplina del derecho de acceso prevista para los entes locales comportaría una modificación de tal Ley sino, todo lo más, su integración en un sector sobre el que nada dispone. Esto es, por otra parte, indispensable, si se quiere que el derecho de acceso encuentre una realización efectiva también frente a los documentos conservados por las Administraciones locales.

## 8.2. LA COMISIÓN PARA EL ACCESO Y EL DEFENSOR CÍVICO

El artículo 27 Ley 241/1990 regula las funciones y la composición de una Comisión Especial para el acceso a los docu-

mentos administrativos que tiene la misión de vigilar la ejecución del principio de publicidad de la acción administrativa y de proponer al Gobierno las modificaciones de los textos normativos necesarias para la mejor realización del derecho de acceso.

No teniendo ésta poderes de intervención directa frente a las Administraciones que no adecuen su propia acción al principio de publicidad, el éxito de su acción de vigilancia depende en medida notable de su capacidad de implicar y activar a favor del derecho de acceso no sólo a las Cámaras y al Gobierno, sino sobre todo a la opinión pública, los medios de comunicación, las asociaciones y los grupos interesados en el buen funcionamiento de la Administración pública.

Pero, en parte por su pletórica composición, en parte por el hecho de ser presidida por una figura institucional ya cargada de obligaciones, como es el *sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri*, pero sobre todo por los escasos poderes a ella atribuidos, hasta ahora el papel de la Comisión en la promoción de la transparencia administrativa no ha sido particularmente incisivo.

En el plano local y regional, se señala finalmente la presencia del Defensor Cívico, una institución que, en el ámbito de la defensa más amplia de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración pública, representa una ulterior y, a menudo, bastante válida forma de tutela del derecho de acceso.

## BIBLIOGRAFÍA

(Además de las citadas en el texto, se indican también otras obras relevantes para el tema tratado)

AA. VV., «Procedimento amministrativo e diritto di accesso» (*Atti del convegno sulla l. n.241/1990*, Perugia 26 febbraio 1991), Napoli, 1991.

*Accesso (L') ai documenti amministrativi (Testi, norme, documenti, opinioni)*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1, 1994.

AGRIFOGLIO, S., «La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo», en *Dir. proc. amm.*, 1990, págs. 46 y ss.

ANZON, A., «Segreto (segreto d'ufficio-Dir. amnl)», en *EGL*, XXVIII, Roma, 1992.

APRILE, C., «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: i precedenti legislativa e la nuova disciplina contenuta nella l. 7.8.1990, n. 241», en *Trib. amm reg.*, 1991, II, págs. 389 y ss.

ARENA, G., *Il segreto amministrativo (Profili storici e sistematici)*, Padova, I, 1983.

ARENA, G., *Il segreto amministrativo (Profili teorici)*, Padova, II, 1984.

ARENA, G., «La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi», en ARENA, G., (ed.), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, págs. 15 y ss.

ARENA, G., «Trasparenza amministrativa e democrazia», en *Studi parlamentari e di diritto costituzionale*, 1992, n. 97-98, págs. 25 y ss.

ARENA, G., (ed.), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995.

BARRERA, G., «La nuova legge sul diritto di accesso ai documenti amministrativi», en *Rass. Arch. St.*, 1991, págs. 342 y ss.

CARAMAZZA, I. F., «Documentazione e documento», en *EGL*, XI, Roma, 1989.

CARNEVALE, P., «Note e considerazioni sulla disciplina del procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi», en *Trib. amm. reg.*, 1990, II, págs. 322 y ss.

CASSESE, S., «Burocrazia, democrazia e partecipazione», en *Jus*, 1985, págs. 81 y ss.

CASTIELLO, F., «La partecipazione ai procedimenti amministrativi di controllo nella prospettiva della L. 7.8.1990, n. 241», en *Scritti in onore di P. Virga*, 1, Milano, 1994, págs. 517 y ss.

CERRETO, A., «Osservazioni sul principio secondo cui l'accesso ai documenti amministrativi non é precluso dalla proposizione del ricorso ordinario al giudice amministrativo», en *Foro ammi.*, 1994, I, págs. 1470 y ss.

CHIEPPA, R., «La trasparenza come regola della pubblica amministrazione», en *Dir. econ.*, 1994, págs. 613 y ss.

CHIOLA, C., «Informazione (diritto alla)», en *EGL*, XVI, Roma, 1989.

CLARICH, M., «Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi», en *Giornale dir. amm.*, 1995, 1, págs. 132 y ss.

CLARICH, M., «Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale», en *Dir. Proc. Amm*, 1996, pág. 437.

CORSO, G.-TERESI, F., *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.

CUOCOLO, F., «Accesso ai documenti amministrativi», en *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, ITALIA, V.-BASSANI, M. (eds.), Milano, 1991, págs. 406 y ss.

D'AURIA, G., «Trasparenze e segreti nell'amministrazione italiana», en *Pol. dir.*, 1990, págs. 93 y ss.

DE ROBERTO, A., «Appunti in tema di accesso alla documentazione amministrativa», en *Scritti in onore di P. Virga*, I, Milano, 1994, págs. 805 y ss.

DI RAGO, D., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Roma, 1994.

FIGORILLI, F., «Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi», en *Dir. proc. amm*, 1994, págs. 206 y ss.

ITALIA, V., «Procedimento e accesso agli atti e documenti amministrativi negli statuti e nei regolamenti comunali e provinciali», en *I rapporti fra cittadini e istituzioni*, Milano, 1992, págs. 35 y ss.

ITALIA, V., *L'accesso ai documenti amministrativi (Regolamento 27 giugno 1992, n.352)*, Milano, 1994, II ed.

KANT, E., cit. in BOBBIO, N., «La democrazia e il potere invisibile», in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, pag. 82.

LASCHENA, R.-PAJNO, A., «Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo», in *Dir. proc. amm.*, 1990, págs. 5 y ss.

LASSERRE, B. et al., *La transparence administrative*, Parigi, 1987.

LETMRON, R., «Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire», en *RFD Adm.*, 11 (1), 1995, págs. 183 y ss.

MAMELI, B., «La legge n.241/90, l'accesso ai documenti e la specialità del procedimento introdotto ex art. 25», en *Cons. St.*, 1996, II, págs. 561 y ss.

MARRAMA, R., «La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo», en *Dir. proc. amm.*, 1989, págs. 416 y ss.

MAZZAMUTO, M., «Sul diritto di accesso nella l. n. 241 del 1990», en *Foro amm.*, 1992, II, págs. 1571 y ss.

MAZZAMUTO, M., «La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso», en *Dir. proc. amm.*, 1995, págs. 96 y ss.

MELONCELLI, A., «Pubblicità (Dir. pubbl.)», en *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, págs. 1027 y ss.

MELONCELLI, A., *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983.

MIELE, T., *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, Torino, 1995.

MORBIDELLI, «Il procedimento amministrativo», en *Diritto amministrativo*, ed. por MAZZAROLI, L. et al., II Bologna, 1993, págs. 993 y ss.

PASTORE, G., «Valutazione delle richieste di accesso e tutela della riservatezza secondo gli orientamenti della giurisprudenza», en *Regione e gov. locale*, 7/1995, págs. 1187 y ss.

PASTORI, G., «Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione», en *Scritti in onore di P. Virga*, H, Milano, 1994, págs. 1304 y ss.

PITRUZZELLA, G., «Segreto (profili costituzionali)», en *EGL*, XXVIII, Roma, 1992.

POZZATO, M., «Principio di pubblicità degli atti amministrativi e diritto di accesso alla luce della L. 241/90», en *Funzione pubbl.*, 1994, págs. 793 y ss.

PUBUSA, A., *L'attività amministrativa in trasformazione (Studi sulla L. n. 241/1990)*, Torino, 1993.

ROCCO, F., «Note in tema di segreto di Stato e di accesso ai documenti amministrativi», en *Dir.soc.*, 1992, págs. 179 y ss.

SANDULLI, A. M., «Documento (diritto amministrativo)», en *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, págs. 607 y ss.

SAVO AMODIO, A., «Il diritto di accesso agli atti degli enti locali», en *Foro amm.*, 1990, II, págs. 2974 y ss.

SCARCIGLIA, R., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Rimini, 1994.

SCIULLO, G., «Principi del procedimento e lavori pubblici», en *Dir. reg.*, 1994, págs. 1051 y ss.

SCIULLO, G., «L'accesso agli atti delle procedure di gara fra normativa comunitaria e disciplina nazionale», en *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 1994, pág. 1235.

SCIULLO, G., «Sintonie e dissonanze fra le L. 8.6.1990, n. 142 e 7.8.1990, n. 241: riflessi sull'autonomia normativa locale», en *Foro amm.*, II, págs. 2198 y ss.

TARULLO, S., «Diritto di accesso ai documenti amministrativi e diritto alla riservatezza: un difficile rapporto», en *Jus*, 1-2/1996, págs. 209 y ss.

TRAVI, A., (ed.) «Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241», en *Leggi civ. comm.*, 1995, 1, 1-147.

VANDELLI, L., *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 1990.

VESPERINI, G., «L'attuazione della legge sul procedimento amministrativo», en *Giornale dir. amm.*, 1995, 2, págs. 251 y ss.

VILLATA, R., «La trasparenza dell'azione amministrativa», en *Dir. proc. amm.*, 1987, págs. 528 y ss.

VIRGA, P., *Diritto amministrativo (Atti e ricorsi)*, Milano, 1995, III ed.

