





BLANCA DESANTES FERNÁNDEZ

El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011, de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo

El 25 de noviembre de 2011 se publica en el BOE el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, *por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso*. La aprobación del citado RD tiene lugar en el último Consejo de Ministros de la legislatura de José Luis Rodríguez Zapatero, a propuesta del Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Cultura.

El RD se desarrolla en 32 artículos que se estructuran en cuatro Capítulos: Capítulo I sobre Disposiciones Generales; Capítulo II donde se establece el Sistema Español de Archivos; Capítulo III que regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y el Capítulo IV en el que se establece el procedimiento de acceso a documentos y archivos¹.

La importancia de la promulgación del RD 1708/2011 es indudable debido al vacío normativo estatal en materia de archivos, denunciado reiteradamente por juristas y profesionales. Antes de su aprobación seguía vigente el Reglamento de Archivos aprobado en 1901 y no se había producido el deseable desarrollo de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, previsto en su art. 66. España era el único Estado de la UE que carecía de una norma estatal de archivos².

En los últimos años, las diferentes Comunidades Autónomas han legislado profusamente en relación a los archivos y documentos alcanzando en muchos casos su techo competencial en esta materia. Era quizá el momento de hacer una labor de síntesis por parte del Estado, una vez transcurridos más de 30 años del proceso descentralizador y el desarrollo del Estado de las Autonomías.

Por otra parte, se han creado normas sectoriales como la legislación en materia de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico a los servicios públicos y toda su normativa de desarrollo) que hay que integrar en un nuevo marco jurídico para los archivos.

En este sentido, el RD 1708/2011, de 18 de noviembre, pretende crear ese nuevo marco jurídico y establecer pautas básicas que permitan la adecuada regulación y modulación de responsabilidades en la materia:

- Regular el Sistema Español de Archivos, aplicando el principio de voluntariedad y estableciendo los cauces de cooperación con comunidades autónomas, ayuntamientos y particulares a través del Consejo de Cooperación Archivística presidido por el Ministerio de Cultura³.
- Crear el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, basado en los principios de participación, colaboración y autonomía de los diferentes departamentos ministeriales a través de la Comisión de Archivos de la AGE, bajo la responsabilidad del Ministerio de la Presidencia.

Desde nuestro punto de vista, las cualidades y **puntos fuertes** del RD analizado son:

- Que es una norma respetuosa con las competencias de las CCAA y de los otros departamentos ministeriales.
- Establece los mecanismos para trabajar en cooperación y coordinación.
- Afronta la necesidad de modernización de las administraciones públicas y regula en sinergia con la normativa de documento y administración electrónica.
- Cimenta un Sistema Español de Archivos flexible en el ámbito del sector público y privado⁴.
- Crea el Sistema de Archivos de la AGE. El vacío normativo en este sentido era *clamoroso*.
- Es coherente con la regulación de las otras áreas de la antigua Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas.

- Es una norma programática y participativa, que no desciende a regular profusamente pero que establece las bases y el marco para que se regule, en el seno de sus órganos de colaboración y coordinación, los retos derivados de la gestión documental; la transparencia y el acceso de los ciudadanos a los documentos; la gestión integral del ciclo de vida de los documentos; la calidad, normalización, armonización y buenas prácticas; la elaboración de normas y terminología archivística, etc.

También, y desde nuestro punto de vista, los **puntos débiles** de la citada norma, son:

- El Capítulo IV, elaborado por el Ministerio de la Presidencia, en el que se establece el procedimiento de acceso a documentos y archivos, se considera confuso y no supone un avance en la interpretación del derecho de acceso existente, como veremos a continuación.
- Han quedado sin regulación específica los Archivos Históricos Generales o Nacionales dependientes de la actual Secretaría de Estado de Cultura, y apenas mencionados los Archivos Históricos Provinciales y otros Archivos Históricos como los de los antiguos Reinos, de titularidad estatal y gestión transferida. Este aspecto se puede subsanar mediante la elaboración de una norma de desarrollo con rango de Orden Ministerial que regule el Sistema archivístico de la actual Secretaría de Estado de Cultura⁵.
- Aunque al principio se apostó por una norma con rango de ley, se terminó elaborando un Real Decreto por criterios de oportunidad política (debilidad parlamentaria del Gobierno durante la última legislatura; complejidad de la organización archivística; especial sensibilidad de las CCAA en relación a la gestión de los documentos de archivo).
- Si bien el Ministerio de la Presidencia es coproponente junto con el Ministerio de Cultura, en el momento de la tramitación de la norma ya no era competente para regular aspectos relativos a la organización de la administración.
- Es una norma de fin de legislatura que hay que materializar y desarrollar (puesta en funcionamiento del Consejo de Cooperación Archivística y de la Comisión de Archivos de la AGE), por lo que es necesario que el nuevo Gobierno se implique activamente en su desarrollo y aplicación⁶.

Los **escollos y problemas** en la tramitación han sido numerosos y difíciles de enumerar, abordar y resolver. De hecho, todos los responsables de los Archivos Estatales desde José Manuel Mata Castellón sin excepción, y pasando por

todos los cambios políticos habidos en nuestra democracia, han intentado elaborar una norma de archivos de ámbito nacional, sin éxito. Entre los problemas en el desarrollo de la tramitación de este Real Decreto, podemos destacar:

- El complejo esquema competencial que concurre en la materia.
- Las continuas interferencias con la normativa sobre acceso y transparencia que estaba en proceso de elaboración por parte del Ministerio de la Presidencia.
- Ni el Ministerio de la Presidencia ni el entonces Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas querían asumir el liderazgo en la coordinación del Sistema de Archivos de la AGE⁷.
- El RD 776/2011, de 3 de junio, *por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos* supuso la desaparición de muchas comisiones calificadoras de diferentes departamentos ministeriales y casi la desaparición de la Comisión Superior Calificadora⁸ de Documentos Administrativos y significó un *handicap* en la creación de los nuevos órganos de cooperación y coordinación. Se recibieron varios informes negativos por supuestas duplicidades de órganos⁹.
- La oposición radical por parte de algunos departamentos ministeriales a que se produjese una regulación en el ámbito de la AGE apelando a los principios de autoorganización de los mismos¹⁰. El vacío normativo existente ha propiciado que algunos ministerios se resistan a la creación de órganos de coordinación que establezcan las bases de un Sistema de Archivos de la AGE homogéneo y armónico y que se puedan cuestionar algunas malas prácticas desarrolladas y ya consolidadas.
- Armonizar el RD con la normativa que sobre documento electrónico se estaba produciendo desde la Dirección General para el Impulso de la Administración Electrónica¹¹.
- Desconocimiento del Ministerio de la Presidencia y del Ministerio de Administraciones Públicas sobre la legislación existente en materia de archivos y documentos y de la práctica y procedimientos desarrollados para el tratamiento archivístico (concepto de sistema archivístico, repartos competenciales¹², derogaciones de normativa todavía necesaria, etc.).

El Real Decreto de Archivos y la normativa sobre acceso y transparencia impulsada por el Ministerio de la Presidencia

Como ya hemos apuntado, el principal problema en el proceso de elaboración del Real Decreto de Archivos ha sido las continuas interferencias con la normativa sobre acceso y transparencia que estaba en proceso de elaboración por parte del Ministerio de la Presidencia y, más concretamente, de la Dirección General de Coordinación Jurídica, dependiente de la Secretaría de Estado de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios del Ministerio de la Presidencia. Se pretende precisamente en esta ponencia, hacer un análisis pormenorizado y dejar constancia del complejo y poco afortunado proceso de inclusión, en el Real Decreto, del capítulo relativo al *Procedimiento de acceso a los documentos y archivos*.

Anteproyecto de Ley de Acceso y Transparencia del Ministerio de la Presidencia

El primer proyecto de Real Decreto de Archivos (después de numerosas versiones, cambios de orientación y de rango normativo) había pasado todos los trámites de audiencia con CCAA y departamentos ministeriales y contaba con el informe favorable del Ministerio de Política Territorial, solicitado en cumplimiento del artículo 24.3 de la Ley del Gobierno, así como con dictamen favorable del Consejo de Estado, emitido el 3 de diciembre de 2009. En él únicamente se formularon consideraciones formales, de contenido no esencial, que fueron incorporadas al texto (dictamen n° 1.738/2009).

Tras su sometimiento a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios el 22 de diciembre de 2009 y el 22 de marzo de 2010, se modificaron distintos artículos. Se aceptaron observaciones de distintos Ministerios (especialmente del Ministerio de Economía y Hacienda) y se razonó adecuadamente la no inclusión de otras. El texto fue modificado tras distintas consideraciones del Ministerio de la Presidencia, en orden a su adecuada armonización con una futura normativa en materia de acceso a la información de las administraciones públicas así como a las competencias que ostentaba ese Departamento.

Aunque el articulado relativo a acceso de la versión del Real Decreto de Archivos de 2009, informada por el Consejo de Estado, era muy limitado¹³ a la espera de una norma del Ministerio de la Presidencia, la elaboración de la Ley de Acceso y Transparencia impulsado por el citado Ministerio, paraliza la tramitación del Real Decreto de Archivos durante casi un año. Con fecha de 16 de agosto de 2010 el borrador de Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso es circulado por los distintos ministerios para recabar observaciones. El borrador es criticado incluso en los medios de comunicación social por presentar aspectos muy discutibles para la mayoría.

Cabe destacar, entre otras cuestiones, que la Agencia Española de Protección de Datos pasaba a denominarse **Agencia Española de Protección de Datos y Acceso a la Información**, y asumía competencias para resolver las reclamaciones contra resoluciones en materia de acceso. Una Agencia que precisamente se ha caracterizado por una interpretación muy restrictiva del derecho de acceso.

Por otra parte, la disposición adicional segunda mantenía las regulaciones especiales de acceso previstas en el art. 37 de la Ley 30/1992, y señalaba que el acceso a la información obrante en archivos históricos se regirá por su normativa reguladora y, en lo no previsto en esta, por lo dispuesto en el Anteproyecto, añadiendo más confusión a un régimen ya confuso y plagado de normativa, en ocasiones, contradictoria. El Anteproyecto tampoco tenía en cuenta a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, órgano con competencias en materia de acceso a documentos de la Administración General del Estado, y no contaba con este órgano para incluir a un representante en el Consejo Consultivo que asesora al Director de la Agencia citada, previsto en el art. 38 de la Ley 15/1999 (el texto sí preveía la incorporación de un representante de “archiveros y documentalistas, propuesto por la Federación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Arqueólogos, Museólogos y Documentalistas”).

Además, el procedimiento establecido para el acceso en el capítulo III del Anteproyecto fue criticado por permitir la ampliación del plazo para resolver hasta dos meses, y, sobre todo, por exigir, ante la resolución por silencio de una petición de información, una “solicitud confirmatoria de la pretensión”, en un plazo de 10 días, ante el mismo órgano. El procedimiento era complicado y la no interposición de esta solicitud confirmatoria suponía que se tenía por desistido al ciudadano en la petición.

El Anteproyecto de Ley de Acceso y Transparencia no se materializa. Las expectativas de una norma de Acceso y Transparencia, necesaria constitucionalmente en un país democrático inscrito en el ámbito de la Unión Europea, quedan nuevamente truncadas.

El Real Decreto de Archivos sigue paralizado en las altas instancias de los departamentos ministeriales implicados.

Derecho de Acceso y Ley de la Memoria Histórica

Empiezan a ser reiteradas las reivindicaciones de particulares y colectivos de investigadores sobre la imposibilidad de acceder a la documentación conservada en los archivos sobre la Guerra Civil y el franquismo, en detrimento de una correcta aplicación de la llamada Ley de la Memoria Histórica¹⁴. El Ministerio de la Presidencia llevó a cabo un estudio sobre los Archivos de la Guerra Civil y la dictadura, en el cual se pone de manifiesto que, entre otros aspectos, las personas interesadas en consultar la documentación de esa época se encuentran con obstáculos, siendo uno de ellos la carencia de unas normas de acceso homogéneas. El

Ministerio de la Presidencia se hace eco de dichas denuncias y organiza diversas reuniones con representantes de distintos Ministerios (Ministerio de Defensa, Ministerio de Cultura, Oficina de Víctimas, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia) y la Dirección General de Coordinación Jurídica del Ministerio de la Presidencia para dar una respuesta a los problemas suscitados sobre acceso a los documentos y archivos.

El Ministerio de Cultura presenta un informe elaborado en la Subdirección General de los Archivos Estatales¹⁵ en el que se recogen una serie de puntos críticos a destacar en relación a la problemática del acceso de los ciudadanos a los documentos custodiados en los archivos, de los cuales el informe destacaba:

- La dispersión normativa junto con la profusión de normas sectoriales que regulan el derecho de acceso a los documentos y archivos.
- La falta de desarrollo legislativo del artículo 105 b. de la Constitución, cuya comprensión y eficaz cumplimiento se ven dificultados por la acumulación de leyes de ámbito general y sectorial antes mencionado.
- Mientras el derecho de acceso a la información está difusamente regulado, existe una regulación contundente en relación a la protección de datos de carácter personal y la defensa del honor y la intimidad.
- Preocupación del sector de los profesionales de los archivos ante la confusión legislativa en la que se encuentran inmersos y en la que se ven obligados a desarrollar su trabajo diario y a tomar decisiones.
- Quejas y reclamaciones de investigadores, y ciudadanos en general, ante un panorama crecientemente restrictivo en el que la protección del honor, la intimidad y la protección de datos de carácter personal están limitando un derecho constitucional.
- Dificultad que afecta especialmente a los historiadores que investigan sobre las etapas más recientes de nuestra historia: Guerra Civil, franquismo e historia actual. Situación de indefensión y opacidad. Obstaculización del desarrollo de las ciencias sociales.
- Carencia de unas normas de acceso homogéneas. Significativas diferencias en el derecho de acceso vigente en unas y otras comunidades autónomas.
- Reclamación de profesionales e investigadores a favor de una legislación que regule el derecho de acceso a la documentación administrativa y a la documentación histórica desde principios clarificadores, explícitos, unificadores y aperturistas. (Inexistencia de una Ley de Archivos o de una reglamentación precisa que garantice el acceso a los documentos custodiados en los archivos; inexistencia de una Ley de Transparencia y Acceso a la Información, marco e instrumento fundamental para un Estado democrático).

Ya se ponía de manifiesto en dicho informe que se consideraba pertinente delimitar el derecho de acceso a los documentos por parte de los investigadores, pero también diferenciar, por una parte, lo que es el derecho de acceso a la información y, por otra, lo que es la divulgación de los datos y la denominada difusión universal de los datos (mediante publicaciones o en Internet)¹⁶.

En siguientes reuniones convocadas por el Ministerio de la Presidencia (de febrero a mayo de 2011) con distintos departamentos ministeriales, se debate sobre el ámbito de aplicación de la normativa que se quiere desarrollar. Mientras la mayor parte de los representantes de los ministerios consideran que el trabajo debe centrarse en la aplicación de la Ley de la Memoria Histórica, el Ministerio de Cultura y el Ministerio del Interior defienden que la normativa planteada debe ser de aplicación para archivos y documentos afectados por dicha Ley, pero con una voluntad clara de trascendencia a otros ámbitos y que no debe perderse la oportunidad de elaborar unas normas que clarifiquen el derecho de acceso en nuestro país¹⁷.

En la misma reunión se señala por parte del Ministerio de Cultura la necesidad de una Ley de Acceso y Transparencia y, ante la ausencia de la misma, la necesidad de ofrecer una norma con una interpretación lo más favorable posible para el ciudadano e investigador de la normativa ya existente en materia de acceso así como aprovechar órganos colegiados existentes como la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, que tiene entre sus funciones la de dictaminar en cuestiones de acceso y que puede servir de plataforma y de mínimo marco legal para el desarrollo de esa normativa.

En una nueva reunión convocada por el Ministerio de la Presidencia, el citado Ministerio estructura diferentes ámbitos de estudio para abordar y clarificar el proyecto. Se encarga al Ministerio del Interior liderar el estudio relativo a la desclasificación de documentos y al Ministerio de Cultura se le encomienda coordinar el estudio sobre el desarrollo de un procedimiento de acceso común para la Administración General del Estado.

En marzo de 2011 el Ministerio de Cultura eleva al Ministerio de la Presidencia el informe “*Bases para la unificación de Criterios de gestión y de procedimientos para el acceso a los documentos en el marco de la Administración General del Estado*”¹⁸, en el que se señala:

- Que el derecho de acceso a los datos contenidos en la documentación producida por los organismos públicos es un derecho constitucional y una obligación de las administraciones públicas democráticas.
- Que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de “*Memoria Histórica*”, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, supone un cambio sustancial en el derecho al acceso, ya que la

autorización para la consulta de documentos en principio excluidos, se garantiza en su artículo 22¹⁹.

- Que todos los ciudadanos tienen derecho a la información contenida en los expedientes administrativos finalizados, a obtener copias y certificaciones de los documentos solicitados y a que las administraciones públicas divulguen la relación de documentos depositados en los archivos y publiquen de manera activa y transparente los procedimientos de acceso.
- Que para dar cumplimiento al derecho de acceso de una manera transparente, activa, rápida y eficaz, la Administración General del Estado tiene que desarrollar mecanismos de coordinación y unificación de criterios de gestión en materia de archivos, en general, y de acceso, en particular.
- Que actualmente la AGE cuenta con la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos (CSCDA)²⁰ que tiene entre sus funciones:
 - el estudio y dictamen del régimen de acceso de los documentos de la AGE y de sus organismos públicos,
 - la creación en su seno de cuantas subcomisiones y grupos de trabajo considere necesarias, determinando su composición y cometidos.
- Que las comisiones calificadoras de documentos administrativos de los distintos departamentos ministeriales y organismos públicos desarrollan estas funciones en su ámbito de actuación. Entre sus cometidos está el informar a la CSCDA de las denegaciones de acceso a documentos.
- Que, por lo tanto, existe ya una infraestructura consolidada en el seno de la AGE que viene desarrollando funciones de estudio y dictamen en materia de acceso desde el año 2003. Que de hecho, en las peticiones de dictamen presentadas por las comisiones calificadoras se incluye la información sobre plazos de acceso y la CSCDA se pronuncia en sus dictámenes sobre este aspecto.
- Que en el marco de esta infraestructura sería conveniente potenciar, sistematizar y materializar las funciones que en materia de acceso se vienen desarrollando de una manera parcial en las citadas comisiones calificadoras.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Ministerio de Cultura realiza una serie de propuestas concretas, en el informe remitido, encaminadas a coordinar y unificar criterios y procedimientos en materia de acceso a los documentos de la AGE y de sus organismos públicos:

- a. **La creación de un Grupo de Trabajo de expertos**, específico y con carácter temporal, para el estudio y elaboración de un documento técnico con criterios y procedimientos comunes de acceso en la AGE.

- b. **Creación de una Subcomisión Permanente en materia de acceso** en el marco de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos que dictamine de manera rápida y eficaz en las peticiones de acceso y las reclamaciones.

En cuanto a la creación de un Grupo de Trabajo de estudio, el informe establece su Objeto (elaborar un documento que establezca unos cauces y procedimientos reglados que, posteriormente, serán consensuados y refrendados por el Pleno de la propia CSCDA) y Composición²¹.

Asimismo, se establece que el Grupo de Trabajo sobre Acceso en el seno de la CSCDA tendrá entre sus objetivos la elaboración de un documento técnico que estudie y recoja los siguientes aspectos:

- un procedimiento común para el ejercicio del derecho de acceso;
- una interpretación aperturista de las normas existentes, que garantice el derecho de acceso de la manera más amplia y sencilla posible para el ciudadano;
- la definición de los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos generados y conservados por la Administración General del Estado;
- la distinción entre acceso, consulta y difusión pública;
- el establecimiento de criterios comunes a todos los departamentos ministeriales, como:
 - resolución motivada de las denegaciones de acceso,
 - plazo breve de respuesta al ciudadano,
 - recurso frente a la denegación de acceso,
 - procedimientos para la disociación de datos²²
- la tramitación electrónica del procedimiento de acceso.

Para la consecución de los objetivos, este Grupo de Trabajo contará con una recopilación de normas de ámbito estatal, sectorial, autonómico y europeo, así como de prácticas y procedimientos adoptados en distintos ámbitos de actuación administrativa.

Además, señala que sería conveniente que el documento técnico resultante contemplara un estudio y análisis de:

- la problemática del acceso suscitada tras la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria Histórica;
- el procedimiento de recurso contra la denegación de acceso y la posibilidad de que previamente a este, la Subcomisión de Acceso emita dictamen preceptivo, como organismo especializado;

- armonización con otras normas a nivel estatal y de la AGE;
- las propuestas de plazos de acceso que ya se han ratificado en el seno de la CSCDA en las peticiones de dictamen de valoración presentadas a la Comisión;
- series documentales con datos especialmente sensibles.

El informe diseña y establece, además, unas actuaciones resultantes ambiciosas y concretas:

- elaborar un documento técnico, fruto del trabajo realizado por dicho Grupo, que establezca un conjunto de procedimientos que garanticen la efectividad del derecho de acceso de los ciudadanos a la información;
- que el documento técnico establezca normas de fácil cumplimiento para gestores y profesionales de archivo, no interpretables y que resuelva de manera clara y eficaz los problemas de acceso que puedan plantearse;
- remitir dicho documento a los representantes en la CSCDA de la Abogacía del Estado y de la Agencia Española de Protección de Datos para recabar comentarios;
- estudio y aprobación en el Pleno de la CSCDA del documento;
- difusión del documento técnico por los miembros del Pleno de la CSCDA con competencias sobre los archivos departamentales, a sus Secretarías Generales Técnicas (responsables del acceso dentro de cada ministerio);
- posibilidad de que el documento consensuado llegue a adoptarse como norma reglamentaria para la totalidad de la AGE o se refrende normativamente por el Ministerio de la Presidencia, en virtud de sus competencias transversales en materia de acceso.

En cuanto al otro punto clave del informe, la creación de una Subcomisión Permanente en materia de acceso como órgano consultivo de ágil y rápida respuesta en materia de acceso de la Administración General del Estado, que funcionará en el marco de la CSCDA, se esboza su objeto:

- emitir dictamen previo y preceptivo a las resoluciones de denegación de acceso de la AGE²³;
- atender las consultas sobre acceso que se le eleven, aplicando los criterios y procedimientos que previamente se han establecido de manera consensuada;
- atender las consultas sobre acceso que se le eleven en el marco de la Ley de Memoria Histórica;

- trabajar en colaboración con las comisiones calificadoras de documentos administrativos de los departamentos ministeriales, con los secretarios generales técnicos y con los responsables de los archivos de la AGE.

En el informe se delimita su composición que se determinará en el Pleno de la CSCDA²⁴ y sus actuaciones y funciones en el seno de la AGE:

- recepción y respuesta ágil a cualquier consulta que se le eleve en materia de acceso;
- emisión de dictamen previo y preceptivo a la resolución de denegación de acceso de manera rápida y eficaz;
- garantizar la coordinación en materia de acceso con los secretarios generales técnicos o responsables de los archivos;
- recibir las denegaciones de acceso de las comisiones calificadoras de documentos administrativos de los distintos departamentos ministeriales y organismos públicos;
- seguimiento de los recursos presentados contra las denegaciones de acceso;
- difundir anualmente un informe relativo al año precedente en el que figure el número de casos en los que se ha denegado el acceso a los documentos, las razones de esas denegaciones y el número de recursos que se han presentado por este motivo;
- publicitar de manera activa los criterios de las actuaciones (dictámenes resoluciones, directivas, instrucciones, circulares, respuestas etc.) así como las desclasificaciones, cuando las haya;
- promover buenas prácticas administrativas y establecer criterios de calidad en los procedimientos sobre el ejercicio del derecho de acceso a los documentos y archivos;
- impulsar la actualización de los criterios en materia de acceso, si fuese necesario;
- y todas aquellas funciones que se determinen en el Pleno de la CSCDA.

Se establece que el Pleno de la CSCDA determinará la periodicidad de las reuniones, de forma que se garantice al menos una reunión trimestral y siempre que sea necesario para la rápida y eficaz resolución de las cuestiones que tiene encomendadas. La Subcomisión de Acceso adoptará un reglamento de funcionamiento interno con el fin de desarrollar sus funciones de forma rápida y eficaz dentro de la AGE.

El informe planteaba una propuesta de calendario con cronograma y un diagrama de los procesos a seguir²⁵ que debía culminar con la aprobación del

Documento Técnico elaborado por el Grupo de Trabajo *ad hoc*, la disolución del citado Grupo de Trabajo y la puesta en funcionamiento, de una manera inmediata, de la Subcomisión Permanente de Acceso.

Con el plan diseñado en el informe, la Administración General del Estado podría contar con un procedimiento y un órgano colegiado para dictaminar en materia de acceso como paso previo a la resolución de denegación de acceso antes del verano de 2011, utilizando la infraestructura ya existente en la AGE, de las comisiones calificadoras ministeriales y de la propia Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, así como de las funciones que en materia de acceso ya tenía encomendadas y la posibilidad legal de creación de subcomisiones en su seno.

Se señalaba también que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, establece los recursos administrativos existentes, los responsables en la resolución de los mismos y que estos recursos solo se pueden modificar por Ley. Y que, por lo tanto, no se podía sustituir el recurso de alzada y generar mecanismos de resolución más rápidos y ágiles en el ejercicio del derecho de acceso, si no es con una norma de rango de ley. Pero en el procedimiento que se había diseñado se hacían avances cualitativos en el ejercicio del derecho de acceso dentro del marco de la AGE, ya que:

- Se creaba un procedimiento común, aperturista, transparente y consensuado para el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, que puede convertirse en norma reglamentaria de la AGE (mediante Real Decreto).
- El dictamen emitido por la Subcomisión Permanente de Acceso, previo y preceptivo a la resolución de denegación de acceso (recurso de alzada), podía matizar la resolución firme previa al contencioso administrativo.
- El ciudadano podía asimismo aportar un dictamen favorable al acceso de la citada Subcomisión Permanente de Acceso, en el recurso contencioso administrativo.
- Este órgano colegiado, con funciones consultivas y de dictamen, no debería ser la Agencia Española de Protección de Datos que normalmente interpreta el acceso de forma unilateral y sin tener en cuenta los aspectos relacionados con la investigación histórica y social.
- El ciudadano contaría con un mecanismo de protección añadido para el ejercicio de su derecho de acceso y con un procedimiento común para todos los departamentos ministeriales y organismos autónomos de la AGE.
- Se facilitaría el acceso a los documentos en el marco de la Ley de Memoria Histórica.

Grupo de trabajo ad hoc y propuesta

En el Pleno de la CSCDA de 19 de abril de 2011, tal y como se recoge en el acta correspondiente, se acuerda *“La constitución de un grupo de trabajo ad hoc, para la elaboración de un documento que permita la unificación de criterios en materia de acceso, de forma global y, en particular, en lo que se refiere a documentos de la Guerra Civil y la dictadura afectados por la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura. El grupo de trabajo se reunirá durante el mes de mayo y estará compuesto por representantes de los Ministerios de Cultura, Defensa, Justicia, Presidencia, Trabajo e Inmigración y Economía y Hacienda, con la participación de D. Ricardo Rivero, y la participación de la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos) y la Abogacía del Estado como revisores del texto que resulte de las reuniones del grupo de trabajo”*.

Las reuniones de trabajo se materializan los días 4, 5 y 6 de mayo en el Ministerio de Cultura.²⁶ La primera jornada de trabajo es presentada por el Subdirector General de los Archivos Estatales y la coordinación de la misma corre a cargo de personal de la citada Subdirección General.

El documento resultante se denomina *Propuesta del grupo de trabajo ad hoc de la CSCDA sobre normalización del procedimiento en materia de acceso, en desarrollo de la Ley de Memoria Histórica*.

Se trabaja intensamente y se tiene en cuenta:

1. Que la norma que se va a desarrollar no es una norma con rango de ley, por lo tanto no puede modificar lo dispuesto sobre acceso en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (art. 37); la Ley 16/1985, de 25 de junio, de (art. 57); la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre; la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y el art. 22 de la 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria Histórica.
2. Que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria Histórica establece en su artículo 22 que se garantizará el derecho de acceso a los fondos documentales depositados en los archivos públicos y la obtención de las copias que se soliciten. Además, la disposición final primera de la citada Ley habilita al Gobierno y sus miembros a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para su desarrollo y aplicación.
3. A su vez, la Ley 16/1985, dispone en su art.57.2 que reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos obrantes en los archivos, así como para la obtención de reproducciones de los mismos.

Se intenta, por lo tanto, aprovechar el marco legal existente y dar una interpretación lo más favorable posible del mismo para el acceso de ciudadanos e investigadores.

4. Se tienen en cuenta los artículos 105.b. 18 y 20 de la Constitución Española, pero también el art. 2 y 8.1 de la LO 1/1982. Este último establece expresamente que *“No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”*.
5. También, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal en su art. 9 relativo al tratamiento con fines estadísticos, históricos o científicos, establece que *“no se considerará incompatible, a los efectos previstos en el apartado 3 del artículo anterior, el tratamiento de los datos de carácter personal con fines históricos, estadísticos o científicos”*²⁷.
6. El ámbito de aplicación de la norma se establece para los documentos generados, reunidos y conservados por la Administración General del Estado con una antigüedad superior a 25 años²⁸, independientemente del archivo o dependencia en que se encuentren custodiados los documentos.
7. Se establece un régimen general de acceso y de consulta de documentos de la AGE con una antigüedad superior a 25 años (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 49.2 de la LPHE (Ley del Patrimonio Histórico Español) que se regirá según lo dispuesto y en los plazos establecidos en el art. 57.1 a. y c. de la citada LPHE.²⁹
8. Se establece un procedimiento general para la consulta de los documentos, con solicitud de consulta por escrito y sin necesidad de motivación expresa, con respuesta en un plazo máximo de treinta días, indicando si los documentos son de libre consulta o están excluidos de la misma y si, en su caso, cabe pedir autorización especial.
9. Denegación motivada con indicación expresa de los recursos que contra la misma procedan. Previamente a la resolución del recurso que ponga fin a la vía administrativa, la autoridad competente de cada departamento ministerial solicitará informe preceptivo y no vinculante ante la Subcomisión de Acceso de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos. La solicitud de este informe suspenderá el plazo para resolver. Los informes serán objeto de publicación para que puedan ser alegados por los particulares en sus relaciones con la administración, y en su caso, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Publicidad también de los informes sobre denegación de acceso recibidos de las comisiones calificadoras de los distintos departamentos ministeriales.

10. Se diseña un procedimiento para la solicitud de consulta de documentos con datos sensibles o protegidos por los interesados o sus causahabientes. En estos casos el derecho de consulta conlleva el derecho de obtención de copia. Si el documento contiene datos personales que afecten al honor, intimidad o propia imagen de terceros, se dará copia con los datos que así lo requieran desagregados o, en su caso, certificación.
11. Se diseña también un procedimiento para la solicitud de autorización para la consulta de documentos con datos sensibles o protegidos con fines de investigación³⁰. La autorización podrá ser concedida o denegada de forma motivada. La resolución será emitida en el plazo de treinta días y siguiendo lo ya mencionado en el punto 9.
12. Una vez concedida esta, se requerirá al solicitante declaración responsable (se adjuntaban modelos elaborados por el Grupo de Trabajo para su aplicación) por la que se compromete a no utilizar la información contenida en los documentos ni a difundir las copias suministradas de forma que puedan afectar al derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen de las personas que puedan aparecer mencionados en los documentos, así como otros derechos reconocidos por la legislación reguladora de la propiedad intelectual, comercial e industrial. La autorización emitida expresará las condiciones del acceso y si es posible o no la obtención de copias y el uso o condiciones de las mismas. Las citadas copias se entregarán con fines exclusivamente de investigación; siendo también el solicitante responsable del uso que haga de las mismas. La unidad responsable podrá ponderar, en cada caso, la posibilidad de entregar copia de los documentos con los datos especialmente sensibles desagregados, y también, cuando existan terceros dignos de ser protegidos.
13. El autorizado será el responsable exclusivo de recabar el consentimiento previo de dichas personas físicas y jurídicas o, en su caso, de sus familiares o sucesores, para la divulgación, difusión o publicación de datos que puedan afectar a su intimidad, honor o propia imagen.

Se adaptan, por lo tanto, muchas de las propuestas que ya aparecían en el informe elaborado por la Subdirección General de los Archivos *Relativo a la situación legal sobre el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos e investigadores en los Archivos de titularidad y gestión estatal dependientes del Ministerio de Cultura* antes mencionado que se circuló a todo el Grupo de Trabajo y, fundamentalmente, la diferencia entre consulta y difusión, la declaración responsable del investigador para el uso de la información contenida en los documentos y la excepción que la finalidad de investigación histórica, estadística o científica, puede suponer para el acceso a documentos con datos especialmente protegidos o sensibles.

El borrador de norma se envía a la Abogacía del Estado del Ministerio de Cultura, que realiza observaciones no sustanciales al texto. A su vez, se remitió el 1 de junio de 2011 al Ministerio de la Presidencia para que este por su parte, lo enviase para recabar observaciones de la Agencia Española de Protección de Datos. En el correo de remisión se señala que puede ser un buen documento de base ya que recoge las cuestiones candentes, se ajusta al marco de la Ley de la Memoria Histórica, además resulta aplicable a otros ámbitos y no habría que modificar la legislación existente.

No hay respuesta a la propuesta coordinada por el Ministerio de Cultura según lo dispuesto en las reuniones con el Ministerio de la Presidencia. Entre tanto, el Real Decreto de Archivos sigue paralizado por el entonces Ministerio de Política Territorial y Administraciones Públicas y por el propio Ministerio de la Presidencia.

Borrador de Real Decreto de Acceso elaborado en el Ministerio de la Presidencia

El 3 de octubre de 2011, se recibe en el Ministerio de Cultura un borrador de Real Decreto de Acceso a los Archivos elaborado en el Ministerio de la Presidencia. El texto no es valorado positivamente en la Subdirección General de los Archivos Estatales que informa:

1. Que el Real Decreto de acceso tiene un fallo estructural en el sentido de que es más restrictivo que la interpretación de la legislación vigente y vuelve a dejar muchos espacios para la arbitrariedad y la interpretación subjetiva, es decir, no aborda algunos problemas clave.
2. Que existen dos normas y plazos de acceso (aparte de leyes sectoriales): la contemplada en la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español y la contemplada en la Ley 30/1992. Esta última fue calificada por los expertos como una Ley que no supo abordar y solventar las expectativas en materia de acceso y que es más restrictiva que la Ley 16/1985. Que el ámbito de aplicación de una y otra es confuso porque la Ley 30/1992 en su art. 37³¹ deja fuera de su ámbito de aplicación a los archivos históricos.
3. Que la propuesta elaborada por el Grupo de Trabajo *ad hoc* interministerial, arbitró una solución interesante: considerar documentación histórica toda documentación de la AGE con una antigüedad superior a 25 años, independientemente del lugar en que se encontrasen los documentos (estén depositados tanto en un archivo central, de oficina o intermedio, que no haya transferido por una mala práctica dichos documentos).
4. Que la normativa actual vigente establece en 25 años el plazo para que los documentos integrantes del Patrimonio Documental se transfieran a un archivo histórico, siendo esta solución interesante porque:

- Sobre la documentación de más de 25 años se aplicaría la Ley 16/1985 de PHE y no la Ley 30/1992, (*ni la Ley de Protección de Datos en todo su esplendor*)³².
 - El plazo de 25 años cubre los documentos de interés para la Ley de la Memoria Histórica que quedarían en este ámbito de aplicación.
 - A su vez, podría aplicarse a todos los documentos con más de 25 años y de esta forma no se crea otra norma sectorial. Esto es, hay una voluntad de reglamentar de forma general.
 - La Ley 16/1985 sería el marco legal de acceso y el Real Decreto su desarrollo. La Ley 16/1985 puede desarrollarse por Real Decreto. Art.57.
 - La Ley de Memoria Histórica también le sería de aplicación.
5. Que el borrador presentado por el Ministerio de la Presidencia se considere confuso en cuanto al **ámbito de aplicación** (quedan excluidos los archivos de oficina y, en una adicional, también los históricos, por lo que se limita a los archivos centrales e intermedios).
6. Que, en lo relativo al **título competencial**, vuelve a caer en la ambigüedad de qué ley se aplica: la 30/1992; la Ley 16/1985 o la Ley de la Memoria Histórica.

De hecho, y tal y como hemos comentado en la propuesta del Grupo de Trabajo *ad hoc*, el ámbito de aplicación es la documentación con más de 25 años de antigüedad, independientemente del tipo de archivo en el que se encuentren los documentos (hay archivos centrales que custodian todavía documentación medieval), y el título competencial la Ley 16/1985 y Ley de la Memoria Histórica. Por lo tanto, se regularía el acceso de forma más amplia para los documentos de fecha anterior a 1985.

7. Que otro aspecto estructural que no se había tenido en cuenta en el borrador del Ministerio de la Presidencia es diferenciar claramente (se diferencia pero de una manera un tanto confusa) entre:
- Acceso por parte de interesados y derechohabientes. No necesitan autorización para la consulta de documentos excluidos.
 - Acceso por parte de investigadores (entendido en el sentido más amplio como ya vimos) y medios de comunicación.

Este aspecto es importante porque precisamente sobre los plazos (de 25 años desde la muerte o 50 si no es conocida de la Ley 16/1985 de PHE, que pretendíamos aplicar) se pueden hacer excepciones y se puede pedir autorización cuando prime un interés científico o histórico (también en el art.37 punto 7 de la Ley 30/1992). Estas autorizaciones quedan, además, previstas en otras leyes más restrictivas para el acceso (el artículo 8.1

de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; lo dispuesto en el art. 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre; y en el artículo 9 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la anterior).

8. Que tampoco se tiene en cuenta la diferencia, por una parte, de lo que es el derecho de acceso a la información y, por otra, de lo que es la divulgación de los datos y la denominada difusión universal de los datos (publicaciones o en Internet). En la propuesta del Ministerio de la Presidencia esta diferenciación no se aborda y desde nuestro punto de vista era fundamental.
9. Que la autorización a la consulta de los documentos no implica el permiso para la difusión y/o divulgación de los datos conocidos, aspecto que es responsabilidad exclusiva del investigador. Por eso, se incluyen formularios en los que los mencionados investigadores asumen esta responsabilidad.

La Subdirección General de los Archivos Estatales ofrece un texto alternativo conjunto intentando aprovechar lo “mejor” de cada propuesta en aras de liberalizar el acceso y establecer un procedimiento para el mismo.

El núcleo duro de restricciones, según la LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal) y la Ley 30/1992, planteado en el borrador del Ministerio de la Presidencia, se podría aplicar a los documentos con edad inferior a 25 años.

Se materializa una nueva reunión bilateral del Ministerio de la Presidencia y el Ministerio de Cultura el 6 de octubre de 2011. Este último intenta explicar las contradicciones del texto elaborado. Durante los días posteriores, se envía un nuevo borrador por parte de Cultura y se señalan como puntos importantes la necesidad de ponderar las restricciones puestas de manifiesto por la Agencia Española de Protección de Datos, ya que es un punto de vista no compensado por una legislación democrática en materia de acceso y transparencia; que la propuesta elaborada por el Grupo de Trabajo *ad hoc*, fue revisada por la Abogacía del Estado del entonces Ministerio de Cultura con un conocimiento especialmente profundo de la aplicación de la Ley de Patrimonio Histórico Español; y que no tiene ningún sentido excluir a los archivos históricos de la regulación (un archivo histórico no es exclusivamente un archivo medieval).

Se envían a los representantes del Ministerio de la Presidencia, como base para un estudio comparado en materia de acceso democrático, las normas de acceso de los Archivos de la Stasi³³, que custodian documentación especialmente sensible y más reciente que nuestra Guerra Civil y dictadura como ejemplo de acceso en el contexto de un país como Alemania que tiene una Agencia de Protección de Datos pero también una Ley de Acceso democrática, por lo que el difícil equilibrio entre protección de datos y acceso queda compensado.

Pese a todos los esfuerzos de los técnicos de archivos del Ministerio de Cultura, los borradores remitidos con posterioridad no recogen prácticamente ninguna de las propuestas planteadas por Cultura.

El 13 y 14 de octubre se recibe en el entonces Ministerio de Cultura un nuevo borrador de *Real Decreto por el que se regula el procedimiento común para el acceso a documentos conservados en determinados archivos de la Administración General del Estado*, así como una Memoria de Impacto Normativo (MAIN) para recabar comentarios del Departamento ministerial. El 18 de octubre, la Subdirección General de los Archivos Estatales eleva informe sobre el borrador y la MAIN a través de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de Cultura.

En la MAIN, se recoge: “*Se constituyó un Grupo de Trabajo ad hoc en el seno de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos. Como resultado de lo anterior, se ha elaborado un borrador de Real Decreto que ha sido remitido para informe a los siguientes órganos y entidades...*”. La Subdirección solicita que se revise este texto, toda vez que el texto del Proyecto de Real Decreto enviado para informar poco tiene en común con el texto elaborado como resultado de las reuniones del Grupo de Trabajo *ad hoc* citado.

Además se incluyen diversas observaciones, entre ellas:

1. Sobre la consulta directa de documentos originales en los depósitos, se insiste en que no es una práctica acertada y se vuelven a remitir los reglamentos de los Archivos Militares y del Ministerio del Interior³⁴, ya mencionados en la reunión.
2. Se incluyen restricciones actualmente inexistentes, como la acreditación de una finalidad científica, histórica o cultural relevante para la consulta directa de los documentos. Los particulares pueden consultar los documentos originales sin necesidad de acreditar finalidad alguna.
3. Se hace referencia a la solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por razones de seguridad y defensa del Estado, pero solo se ciñen a documentos clasificados o con marcas de reserva o confidencialidad, dejando al margen aquellos documentos de acceso restringido por razones de seguridad y defensa del Estado. Se les recuerda lo dispuesto en el Reglamento de Archivos Militares³⁵.
4. Se reiteran nuevamente las excepciones contenidas en las leyes para la investigación histórica, científica, estadística y cultural³⁶ ya expuestas en informes anteriores.
5. Se observa que se incluyen cautelas añadidas a las recogidas actualmente en la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español que, en su artículo 57 establece que después de transcurridos los 50 años, el acceso para todos los documentos es libre.

6. Se considera que no quedan bien diferenciadas las categorías relativas a la protección de datos y, además, se entiende que si los documentos contienen datos personales nominativos o neutrales, serán de libre acceso sin necesidad de pedir autorización o estaríamos dando las mismas restricciones para datos neutros y datos no neutrales³⁷.
7. Se solicita la modificación del artículo relativo a la obtención de copias en el sentido que había sido redactado por el Grupo de Trabajo *ad hoc*.

Se concluye el informe observando que el conflicto entre el derecho a la libertad científica del investigador (inserta en la libertad de producción y creación científica que reconoce el art. 20. 1.b. de la CE) y el derecho al honor, intimidad y propia imagen de los terceros cuyos datos se reflejan en los documentos, no surge de la consulta de los documentos en el archivo, sino de su divulgación o difusión.

En este sentido, la divulgación o difusión universal de los datos podría, en ciertos casos, ser considerada como una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de las personas, incluso en el caso de que estas hayan fallecido.

Es el investigador quien debe asegurar responsablemente, antes de la publicación, difusión o divulgación de los datos, que:

- no se dan circunstancias que puedan suponer una intromisión ilegítima en los derechos de los afectados, o
- se cuenta con la preceptiva autorización para la difusión de los datos por parte del afectado o sus herederos, o se emplean los datos sin mención de la identidad de las personas citadas.

Proceso de fusión del Real Decreto de Archivos y del Real Decreto de Acceso

Ante la falta de respuesta positiva a propuestas, comentarios y observaciones remitidas por el entonces Ministerio de Cultura y por otros departamentos ministeriales y la férrea protección de los datos de carácter personal que se observa en los textos recibidos desde el Ministerio de la Presidencia, se intuye que nuevamente la protección de datos de carácter personal está ganando sobre el acceso y la consulta responsable.

El 25 de octubre y previa solicitud del Ministerio de Cultura se recibe el informe elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos el 24 de octubre. No se tenía constancia de informes anteriores pero sí de reuniones bilaterales con la citada Agencia para la elaboración de los distintos borradores del Real Decreto de Acceso recibidos.

Analizando el citado informe de la AEPD, se observa que realmente se estaban aceptando la mayoría de las propuestas de la Agencia, y se infiere del texto la influencia de este informe y de la opinión o doctrina de este organismo³⁸. En este contexto, se entiende el rechazo de propuestas más aperturistas planteadas por diferentes departamentos ministeriales.

Uno de los puntos más criticables del informe de la AEPD, desde mi punto de vista, es la continua confusión entre tratamiento y acceso a datos incluidos en ficheros y acceso a los propios documentos, como si fuera lo mismo sin evidentemente serlo. Además, la Agencia propone cambiar el sentido del silencio, pasando a ser negativo, esto es, ante la falta de contestación en tiempo planteaban que se entendiera desestimada la petición (propuesta que no se aceptó en el texto final, como ya veremos). Por otra parte, se aplica una restricción absoluta para los datos personales: solo los documentos con datos personales nominativos pueden ser consultados con fines de investigación.

No obstante, es curioso que la LOPD planteara en el citado informe una serie de aspectos razonables y pertinentes que, o no se entendieron, o no se incluyeron en el borrador por la celeridad de la tramitación:

1. Que no se había incluido en el texto remitido para informe Exposición de Motivos ni Memoria de Impacto Normativo, por lo que se había deducido que el borrador tenía como objeto el desarrollo de lo establecido en el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
2. Que la LOPD no es aplicable a las personas fallecidas, y el acceso a los documentos de estas se rige por la Ley 16/1985.
3. Que, lógicamente, estas reglas se complementarían con las que se han ido examinando a lo largo de su informe, en lo que respecta la aplicación de las normas de protección de datos de carácter personal, y a las informaciones referidas a personas fallecidas y a las que regulan el acceso al patrimonio documental, contenidas estas en la Ley de Patrimonio Histórico Español.
4. En cuanto al acceso a los documentos por el propio interesado, la AEPD destaca que al determinar que se regirá por la normativa de protección de datos, lo que puede generar confusión, proponiendo aclarar el alcance, ya que el concepto de “acceso” que aparece en la referida Ley, no es el concepto de acceso previsto en la Ley 30/1992.
5. Que el acceso con fines históricos, científicos y estadísticos se encuentra efectivamente amparado por el artículo 11.2a de la Ley Orgánica 15/1999, en conexión con el artículo 37.7 de la Ley 30/1992, pero que debe tenerse en cuenta que el citado precepto prevé que el acceso con estas finalidades quedará reservado a quienes ostenten la condición de investigadores,

sin que los fines históricos, científicos o culturales relevantes puedan ser invocados por quienes no ostenten dicha condición³⁹.

Por lo tanto, las propuestas de la AEPD, casi en su totalidad aceptadas como hemos mencionado anteriormente, se enmarcan en la aplicación sobre acceso de la Ley 30/1992 y la normativa sobre protección de datos de carácter personal. El Ministerio de la Presidencia no incorporó las sugerencias sobre la posible aplicación de la LPHE apuntadas en el informe de la citada Agencia.

El mismo 24 de octubre, y directamente desde el Gabinete del entonces presidente del Gobierno, se adopta la decisión de fusionar, en un solo Real Decreto, el Borrador del Real Decreto de Archivos liderado por el entonces Ministerio de Cultura y el Real Decreto de Acceso propuesto por el Ministerio de la Presidencia.

Se hace un nuevo esfuerzo de fusión de las propuestas de la AEPD, del Ministerio de la Presidencia y del Ministerio de Cultura, sin éxito. Las propuestas de la AEPD quedan consolidadas en los sucesivos borradores.

Se trabaja contra reloj durante la primera semana de noviembre, pues la incorporación en el Real Decreto de un Capítulo IV relativo a un procedimiento de acceso para los documentos de la AGE requiere nuevo trámite de audiencia, con la elaboración de una nueva Memoria de Impacto Normativo y un nuevo dictamen del Consejo de Estado, así como la aprobación posterior en Consejo de Ministros.

Se pierde el control por parte de los técnicos de archivo de la Subdirección General de los Archivos Estatales de los sucesivos borradores. El proceso final del nuevo Real Decreto ya fusionado se coordina desde las Subsecretarías de los Ministerios implicados.

El 17 de noviembre de 2011, y en trámite de urgencia, el Consejo de Estado emite dictamen nº 1.868/2011 sobre el *Real Decreto por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso*⁴⁰.

El dictamen deja constancia en los epígrafes I y II, relativos a Antecedentes y Tramitación, de una serie de aspectos muy significativos:

1. Que el capítulo IV, sobre el derecho de acceso a los documentos, se ha incorporado al texto final en el último momento, tras una breve y rápida tramitación.
2. Que solo se ha recabado opinión, y por corto plazo, de algunos de los órganos de los que habían informado el proyecto anterior. Que, entre otros, no se ha recabado nuevo informe de la Federación Española de Municipios y Provincias, ni de las Comunidades Autónomas (muchas de ellas intervinieron activamente al alegar sobre el proyecto anterior).

3. Que de los antecedentes que obran en el expediente parece deducirse que ese capítulo IV debió tramitarse como proyecto reglamentario diferente (si bien el texto no fue remitido a ese Consejo).
4. Que los informes emitidos son del Ministerio de Defensa, del Ministerio del Interior⁴¹ y de la Agencia Española de Protección de Datos⁴². Nada se menciona de los reiterados informes enviados por el Ministerio de Cultura; estos debieron quedar obviados al ser el citado Departamento ministerial coproponente del proyecto, solo se citan *algunas observaciones puntuales de redacción o precisión efectuadas por el Ministerio de Cultura el 11 de febrero de 2011*.
5. Que el proyecto se ha tramitado en dos fases, una primera que concluyó con el dictamen de ese Consejo n° 1.738/2009; y una segunda, en la que a la mayor parte del texto ya dictaminado (con inclusión de las observaciones hechas por ese Consejo) se añade una parte nueva que es la que realmente motiva la nueva consulta. Tal parte desarrolla el derecho al acceso a los archivos con mayor profundidad de lo que hacía el artículo 29 del proyecto inicial, remitido a ese Consejo y ya entonces dictaminado.
6. Que la celeridad con que se ha tramitado el nuevo expediente y el plazo breve de siete días para informar los distintos Ministerios a los que se ha consultado, impide que se haya podido profundizar en un texto tan importante y recibir buena parte de los informes solicitados.
7. Que la memoria es insuficiente e incorrecta, pues no describe ni aborda con rigor el análisis de la incidencia que esta nueva norma tendrá sobre las cargas económicas y organizativas, obviando la parte novedosa del texto sobre el procedimiento de acceso a los archivos.
8. Que, habida cuenta de las serias discrepancias que ha objetado el Ministerio del Interior (muchas de ellas en la misma línea que las manifestadas por el Ministerio de Cultura en los informes anteriormente mencionados y analizados, pero no presentadas al Consejo de Estado), no obran en los antecedentes el exigible análisis de las observaciones y la explicación de las razones por que las mismas se acogen o rechazan en el texto final. Se aprecia sin embargo que se han acabado recogiendo casi todas las observaciones propuestas por la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo en el epígrafe IV, relativo a Consideraciones, el dictamen citado recoge entre otras, las siguientes puntualizaciones:

1. Que, respecto al título competencial, la disposición final primera del anterior proyecto invocaba el artículo 149.2 y el artículo 149.1.28 mientras que en la actual disposición primera debería en definitiva añadir la mención

del artículo 149.1.28 de la Constitución, y con más motivo ahora que se desarrolla pormenorizadamente el procedimiento para el acceso a los archivos y el artículo 149.1.18⁴³.

2. Que, en lo relativo al derecho de acceso a los archivos, el texto proyectado denota un encomiable esfuerzo al desarrollar reglamentariamente una materia que presenta una gran complejidad derivada del hecho de tratar de coordinar tantas leyes confluyentes⁴⁴.
3. Que convendría elaborar una norma con rango de ley que articulara debidamente la materia.
4. Que aunque la AEPD en su informe sostenía aplicar un régimen de silencio negativo, no hay una norma con rango de Ley que establezca que en estos casos el silencio será negativo.
5. Que el plazo de un mes previsto para el silencio que se configura como positivo parece excesivamente corto dada la materia. Pero se puede considerar acertada la opción adoptada en el sentido de que el plazo de resolución de estos expedientes no avanzará sino desde que se recabe la opinión de las otras personas afectadas cuya intervención deberá configurarse como esencial para que la solicitud deba entenderse como completa.
6. Que debería sopesarse la conveniencia de incorporar un anexo –como se hacía en el proyecto anterior- en el que se recojan los distintos archivos de titularidad y gestión estatal⁴⁵.

Capítulo IV relativo al Procedimiento de acceso a documentos y archivos del RD 1708/2011, de 18 de noviembre

El 18 de noviembre, tal y como hemos mencionado, el RD 1708/2011 es aprobado en el Consejo de Ministros. Los días previos se reciben comentarios de otros departamentos ministeriales para la reunión de subsecretarios que tuvo lugar el día 17. En concreto, enviaron nuevos comentarios el Ministerio de Economía y Hacienda⁴⁶; Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación⁴⁷, este último especialmente crítico y acertado en sus comentarios sobre el procedimiento de acceso.

El Capítulo IV del RD 1708/2011 desarrolla en los artículos 23 a 32 el Procedimiento de acceso a documentos y archivos. Además las disposiciones adicionales cuarta, quinta, sexta, séptima y octava también inciden en aspectos relativos a acceso.

Desde una visión general, y recogiendo aspectos anteriormente mencionados, la valoración del Capítulo IV no es positiva y se pueden señalar ciertas inconsistencias. De una manera general:

- Hay una influencia clara de la doctrina de la AEPD sin que en nuestra legislación exista doctrina emanada de una necesaria Ley de Transparencia y Acceso que sirva de contrapunto. Por lo tanto, ha primado la protección de los datos de carácter personal sobre el derecho de acceso. La redacción del art. 28 recoge literalmente lo expuesto por la AEPD en el informe antes mencionado.
- Las posibilidades de liberalizar el acceso, interpretando y desarrollando la LPHE y la Ley de la Memoria Histórica, no se han aprovechado ni ponderado suficientemente, pese a los informes del entonces Ministerio de Cultura, pero también de otros departamentos ministeriales como el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y el Ministerio del Interior. Además, se modifican mediante un Real Decreto plazos de acceso establecidos en una norma con rango de Ley como es la LPHE.
- El ámbito de aplicación es al menos llamativo, ya que se aplica sobre los archivos de la Administración General del Estado, así como de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes, pero se exceptúan los archivos de oficina o gestión y, según la disposición adicional sexta, los archivos históricos de titularidad y gestión estatal, en razón de su carácter de archivos abiertos al público podrán aplicar reglas específicas de acceso siempre que resulten más favorables al derecho de acceso⁴⁸.
- La interpretación de los plazos y normas de acceso desarrolladas son más restrictivas que el procedimiento de acceso que se estaba aplicando *de hecho* en muchos archivos de la AGE, interpretando la LPHE⁴⁹ y, más recientemente, la propia Ley de la Memoria Histórica.
- No se diferencia entre acceso, consulta y difusión de los datos contenidos en los documentos ni se regula la utilización responsable por parte de los ciudadanos o investigadores de los datos mediante declaración expresa, tal y como se estaba realizando en muchos archivos mediante diversos formularios de confidencialidad.
- Se vuelve a dejar espacio para la arbitrariedad⁵⁰.
- Inexplicablemente, quienes acrediten un interés histórico, científico, estadístico o cultural relevante podrán solicitar al responsable del archivo autorización de entrada en los depósitos para el examen de la documentación obrante.
- Queda sin regular la solicitud de consulta de documentos que afecten a la seguridad y defensa del Estado que no estén clasificados o con marcas de reserva o confidencialidad. Solo se abordan los documentos clasificados o con marcas.

- La Ley 16/1985 (art. 57.1 b), permite solicitar del órgano competente el acceso a documentos secretos o reservados, con las limitaciones que eso implica, pero no exige que se solicite su completa desclasificación tal y como aparece en el texto actual. Por lo tanto y paradójicamente el RD 1708/2011 en su art. 27 es más restrictivo que la LPHE.
- Las excepciones a la consulta con una finalidad histórica, científica y estadística, recogida en las leyes anteriormente analizadas, y que abrían la posibilidad a la investigación, quedan limitadas solamente a los documentos con datos nominativos o meramente identificativos de las personas que no afecten a su seguridad o su intimidad y además, queda restringida su consulta exclusivamente a los investigadores⁵¹ y previa solicitud de autorización. Por lo tanto, las citadas leyes se interpretan de la manera más restrictiva posible.
- Se establece que serán accesibles los documentos con datos personales que puedan afectar a la seguridad o intimidad de las personas cuando hayan transcurrido veinticinco años desde el fallecimiento de los afectados, cuando la normativa sobre protección de datos de carácter personal no se aplica sobre personas ya fallecidas. Por lo tanto, no se armonizan correctamente la LPHE y la normativa sobre datos de carácter personal. En este caso, se aplica también la norma que puede ser más limitadora en relación a la consulta de documentos con datos de carácter personal.
- El acceso a documentos que contengan datos de carácter personal cuando no medie el consentimiento expreso de sus titulares, solo se concederá si se procede previamente a la oportuna disociación de los datos. Sin tener en cuenta que, en solicitudes muy amplias de documentación, la disociación de los datos muchas veces no es posible por los medios técnicos de los que se dispone⁵².
- En relación con el acceso a los documentos que contienen datos personales que puedan afectar a la seguridad o intimidad de las personas, se incluyen cautelas añadidas a las contempladas en el art. 57.1c. de la LPHE, ya que en esta el acceso por el transcurso de los plazos de 25 ó 50 años no se condiciona *a que se entienda razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar del afectado*.
- Existe una disfunción, ya señalada en el informe de la AEPD, que no se solventó en el texto final del real decreto, en relación al acceso a los documentos por el propio interesado (art. 28.1). La AEPD destaca que al determinar que se regirá por la normativa de protección de datos, ello puede generar confusión, proponiendo aclarar el alcance, ya que el concepto de “acceso” que aparece en la Ley de Protección de Datos, no es el concepto de

acceso previsto en la Ley 30/1992. Por lo tanto, tampoco se armoniza correctamente la Ley 30/1992 y la normativa sobre protección de datos de carácter personal.

- Lamentablemente, no se genera un sistema de apelación a un órgano independiente previo al judicial.

En conclusión, falta una correcta armonización normativa, lo que produce confusión en cuanto a qué leyes se aplican y en qué momento, si la Ley 30/1992, la LPHE o la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Por otra parte, la Ley de Memoria Histórica, que había servido de impulso del proyecto, se borra totalmente del texto. Algunos de sus artículos restringen o modifican lo establecido en normas de rango superior, y lo que es más incomprensible, las modifican e interpretan de manera más restrictiva.

Aspectos positivos:

1. Se ha realizado un esfuerzo para desarrollar un procedimiento de acceso común para la AGE que fija los trámites, plazos de resolución y sentido del silencio así como el régimen de impugnaciones, que antes no estaban específicamente regulados⁵³.
2. No se ha elaborado una norma sectorial limitada a los documentos afectados por la Ley de la Memoria Histórica.
3. La solicitud de acceso no tiene que ser motivada⁵⁴.
4. El sentido del silencio es positivo.
5. El plazo máximo para resolver una solicitud de consulta será de un mes desde la recepción por el órgano competente para tramitarla.
6. Las resoluciones se notificarán por escrito al solicitante con indicación de los recursos que procedan contra las mismas. Se limitan a los recursos administrativos (reposición y alzada) y al contencioso administrativo.
7. Las resoluciones denegatorias serán motivadas.
8. Se regula asimismo la obtención de copias.
9. En todos los archivos debe existir un modelo normalizado de solicitud a disposición de los interesados, también disponible en la sede electrónica del correspondiente departamento o entidad de derecho público.
10. Toda alteración en el régimen de acceso a documentos deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, que informará previamente. Se empieza a contar en materia de acceso con la CSCDA, aunque de una manera muy parcial.

A pesar del posible avance que el RD 1708/2011 ha supuesto en la normalización del procedimiento de acceso a documentos y archivos, ahora es preciso abordar los nuevos problemas derivados de su interpretación y aplicación. En relación a los archivos y centros de titularidad y gestión estatal adscritos a la actual Secretaría de Estado de Cultura, estamos trabajando, en colaboración estrecha con la Abogacía del Estado⁵⁵, para estudiar el nuevo régimen de acceso y actualizar las instrucciones y reglas específicas que serán de aplicación en los archivos históricos, según lo dispuesto en la disposición adicional sexta ya mencionada. De la misma manera, se están diseñando instrucciones de aplicación de la nueva norma para su utilización en los archivos centrales del departamento ministerial y en el Archivo General de la Administración, archivo intermedio de la AGE adscrito a la citada Secretaría de Estado de Cultura. Por otra parte, hay que evaluar adecuadamente otros impactos técnicos que algunos aspectos del procedimiento, como por ejemplo el de la disociación de los datos de carácter personal o la necesidad de aportar los correspondientes certificados de fallecimiento expedidos por el Registro Civil, pueden tener para los propios centros y también para el ciudadano.

Entre la realidad y el deseo

Como se ha explicado detalladamente, y pese a los reiterados esfuerzos de los profesionales de los archivos que hemos analizado anteriormente, el Real Decreto 1708/2011 no armoniza correctamente la legislación vigente en materia de acceso y mucho menos ha llenado el vacío legal existente. Tampoco ha conseguido colmar las expectativas relativas a esta materia. Incluso, podemos afirmar que supone un retroceso proteccionista en la interpretación de las normas ya existentes y también en las prácticas e instrucciones que se estaban aplicando en muchos archivos de titularidad estatal y en los archivos adscritos a la actual Secretaría de Estado de Cultura, en particular.

Consideramos, por nuestra experiencia en la participación en el proceso de elaboración, y compartimos lo señalado por el Consejo de Estado en su dictamen en relación a los trámites de audiencia, que la celeridad en la tramitación no permitió profundizar en un texto que aborda una materia tan importante, se observa cierta falta de reflexión y quizá de síntesis. Tampoco desde el Ministerio de la Presidencia lograron arbitrar medidas para el consenso. Las reuniones con la AEPD fueron bilaterales y se desoyeron muchos comentarios muy pertinentes de diversos departamentos ministeriales.

Se ha perdido otra oportunidad normativa para avanzar en el ejercicio del derecho de acceso a los documentos y archivos de la Administración General del Estado y consideramos que sigue siendo necesaria la elaboración de un marco legal

(así lo estima también el Consejo de Estado en su dictamen) y, si es posible, con rango de Ley Orgánica, que regule el derecho de acceso y la transparencia de la información en todo el ámbito nacional y que sirva para unificar y jerarquizar la dispersión de normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico y también, si es pertinente, modificar las normas ahora vigentes.

Como hemos mencionado anteriormente, mientras el derecho de acceso a la información está difusamente regulado, existe una regulación contundente (y en algunos casos invasiva) en relación a la protección de datos de carácter personal y la defensa del honor y la intimidad. Además, se han articulado mecanismos sólidos y necesarios para materializar y verificar el cumplimiento del derecho constitucional a la protección de los datos de carácter personal, mediante la creación y funcionamiento de la Agencia Española de Protección de Datos.

No se cuenta, sin embargo, con el marco legal necesario en relación al derecho, también constitucional, de los ciudadanos al acceso y transparencia de la información. Tampoco se ha articulado una entidad a nivel estatal que vele por la correcta aplicación de este derecho⁵⁶. En este aspecto, un estudio comparado también puede ser muy útil. Ya se ha mencionado anteriormente la Comisión Francesa de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) como órgano consultivo interdisciplinar e independiente que coordina dentro del procedimiento administrativo las discrepancias que en materia de acceso pueda surgir entre los ciudadanos y la administración⁵⁷.

Por otra parte, la norma elaborada es tan limitada que no permite adherirse al Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, adoptado por el Consejo de Ministros del citado Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008⁵⁸. Aunque se estructura un procedimiento para el acceso a los documentos, no se cumplen todos los requisitos necesarios ya que el ámbito de aplicación de la norma aprobada no es nacional sino que se circunscribe a la Administración General del Estado⁵⁹.

No habremos culminado nuestra transición democrática mientras no se hayan articulado legalmente los principios democráticos y constitucionales de transparencia y libertad de información e investigación. Los legisladores deben mirar a Europa y también a novedosas leyes promulgadas en Iberoamérica y realizar estudios comparados. Recordemos que, lamentablemente, somos uno de los pocos países de la UE que todavía no cuenta con una ley de acceso y transparencia⁶⁰.

Notas

¹ Por su parte el Capítulo III relativo al Sistema de Archivos de la AGE, se organiza en una Sección 1ª de Disposiciones Generales; una Sección 2ª sobre Tratamiento Archivístico; una Sección 3ª de Disposiciones específicas sobre archivos históricos y patrimonio documental y una Sección 4ª relativa a Documentos electrónicos y preservación digital. La norma se completa con nueve disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

² Tanto los museos como las bibliotecas contaban ya con un marco legal en sus respectivos ámbitos de actuación. El Sistema Español de Museos fue regulado por el Real Decreto 620/1987 y el Sistema Español de Bibliotecas por el Real Decreto 582/1989, de 19 de mayo y modificado por la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura del Libro y las Bibliotecas y el Real Decreto 1573/2007, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Cooperación Bibliotecaria.

³ Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Art. 10. 2 e) adscribe nuevamente la ejecución de la función de coordinación del Sistema Español de Archivos a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas de la Secretaría de Estado de Cultura, y dentro de esta a la Subdirección General de Archivos Estatales.

⁴ Aunque la norma elaborada ha dejado fuera al poder legislativo y judicial, los sistemas archivísticos de los mismos, cuando se articulen, pueden adherirse voluntariamente al Sistema Español de Archivos y se pueden buscar, en el seno de su órgano de cooperación, cauces de representación. Las peculiaridades de los poderes mencionados (legislativo y judicial) desaconsejaron su inclusión automática en el texto del proyecto, sin prejuzgar la posibilidad de una ulterior incorporación mediante otro instrumento normativo, pero siempre a propuesta de las autoridades competentes.

⁵ Por parte del anterior Ministerio de Cultura y desde la Subdirección General de los Archivos Estatales, se apostó en todo momento por conservar un Capítulo o Título en el RD, que regulara el Sistema Archivístico del Ministerio de Cultura, por la especial relevancia de los Archivos Nacionales y Generales dependientes de este Departamento ministerial y las funciones del mismo en materia de protección del Patrimonio Documental y también de asesoramiento sobre archivos estatales de otros departamentos ministeriales.

⁶ Otros aspectos que hay que desarrollar y que quedan recogidos en el RD, son la creación del Archivo Histórico de la Nobleza y la adaptación de los diferentes departamentos ministeriales a lo dispuesto en el citado RD, incluida la creación de los respectivos archivos centrales, en los departamentos que no dispongan de ellos.

⁷ La reestructuración orgánica operada por Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre, por el que se reestructuraron los departamentos ministeriales, determinó que la Secretaría de Estado para la Función Pública, de la que depende la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos, pasara a depender del entonces Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Sin embargo, este Departamento se negó a articular y coordinar el Sistema Archivístico de la AGE, aunque entre sus competencias se encontraba la organización administrativa de la AGE. El grupo de trabajo implicado en la elaboración del Real Decreto de Archivos éramos muy conscientes de que los archivos y los documentos tienen dos dimensiones claras: la patrimonial y la de gestión, y que la norma, debería regular aspectos relativos a la organización de la administración y la gestión documental.

⁸ Ésta ha quedado adscrita a la Comisión de Archivos de la AGE, como su órgano consultivo superior y desarrollando las mismas funciones, siguiendo vigente el RD 1401/2007, de 29 de octubre que lo regula. (Art. 13. 6 y Disposición Transitoria segunda del RD 1708/2011).

⁹ La creación de la Comisión de Archivos de la Administración General del Estado, tal y como se argumentó, lo que hace es sustituir a la Junta Superior de Archivos, que queda derogada. En el nuevo órgano se modernizan sus funciones y se integra a los otros departamentos ministeriales. Por lo tanto, no hay una creación de nuevo órgano sino sustitución, modernización y participación. La existencia de 2 comisiones en este Sistema es esencial para el desarrollo posterior del mismo. A pesar de las alegaciones de duplicidad de órganos y de las necesidades de contención del gasto público, la defensa de las dos comisiones se basa en los siguientes argumentos:

Para la Comisión de Archivos de la AGE: tanto el Patrimonio Bibliográfico como el Documental, custodiado en los departamentos ministeriales, exigen la normalización y coordinación de bibliotecas y archivos de la Administración General del Estado; se establece dentro de un sistema coherente y coordinado, dentro del marco de los Sistemas Españoles de Bibliotecas y Archivos; justifica su existencia por las disposiciones de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español; sustituye a la Junta Superior de Archivos; sus objetivo es coordinar y promover el desarrollo normativo y la unificación de criterios sobre archivos de la

AGE. Por su parte, la Comisión Superior Calificador de Documentos Administrativos: el procedimiento de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos está ampliamente consensuado y consolidado; sus objetivos vienen estando dirigidos exclusivamente a la valoración, eliminación, transferencias y acceso de los documentos administrativos; sus integrantes provienen de sectores interdisciplinares, directa o indirectamente interesados en sus resoluciones y no exclusivamente de la AGE; es el instrumento para hacer realidad un derecho constitucional de los ciudadanos como es el derecho de acceso a los archivos y registros.

¹⁰ Apelando a lo dispuesto en el art. 65 de la Ley 16/1985, relativo a la autonomía y potestad autoorganizativa de los departamentos ministeriales.

¹¹ El texto fue consensuado con la Dirección General para el Impulso de la Administración Electrónica. Las referencias incluidas son plenamente respetuosas con la legislación sectorial en materia de administración electrónica y no supondrán obligaciones adicionales para la documentación transferida al Archivo Intermedio de la AGE por los distintos departamentos ministeriales y organismos dependientes.

¹² Título competencial art. 149.1.28 de la Constitución Española. Sin embargo, para los dos primeros Capítulos se limitó el Título competencial al art. 149.2.

¹³ Era limitado también en contenidos y en ámbito de aplicación, ya que se restringía al Sistema Archivístico del Ministerio de Cultura. El texto era el siguiente:

“Artículo 29. Acceso, consulta, comunicación pública y difusión.

1. Los archivos de oficina o de gestión y centrales del Ministerio de Cultura se rigen en cuanto se refiere al acceso, consulta, comunicación pública y difusión por lo dispuesto en el Título II de este real decreto y por cuantas normas técnicas, acuerdos e instrucciones se dicten para los archivos que integran el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado. 2. Toda persona física o jurídica tiene derecho a acceder a los documentos custodiados en los archivos de titularidad y gestión estatal integrados en el Sistema de Archivos del Ministerio de Cultura, cualquiera que sea su fecha, soporte y ubicación. Las demandas y solicitudes de consulta de los ciudadanos se resolverán aplicando la legislación más favorable al libre acceso de los documentos, siempre que queden garantizados los derechos constitucionales y la reserva de los datos protegidos por la Ley en los aspectos referidos a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, y respetando cualquier otra limitación legalmente establecida al derecho de acceso. 3. En relación con los documentos relativos a la Guerra Civil y la dictadura será de aplicación lo establecido en el artículo 22 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de la Memoria Histórica, que reconoce y amplía derechos y establece medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. 4. La clasificación de documentos que limite el ejercicio del derecho constitucional de acceso, deberá ser motivada, limitada en el tiempo y comunicada mediante acto expreso. El Ministerio de Cultura impulsará la aplicación de las medidas y normas adoptadas en el seno del Sistema de Archivos de la Administración General del Estado, que faciliten la desclasificación de documentos con el fin de facilitar el derecho de los ciudadanos a la información. 5. En los casos de documentos y expedientes parcialmente reservados, y siempre que resulte viable técnicamente, el órgano en cuestión por sí o a través del archivo correspondiente permitirá el acceso a los documentos, mediante copias en las que se cancelen los datos reservados, o mediante la disociación o desagregación de los mismos en los documentos y ficheros de datos. 6. El Ministerio de Cultura garantizará el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos y expedientes electrónicos en el marco de los derechos reconocidos en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y normativa de desarrollo. 7. El derecho de acceso a archivos y documentos custodiados por el Ministerio de Cultura en virtud de compra, comodato, depósito, donación o cualquier otra figura jurídica, se someterá a las condiciones establecidas en el título en el que se materialice dicho negocio jurídico. 8. Para hacer efectivo el derecho constitucional de acceso a los documentos, los archivos integrantes del Sistema de Archivos del Ministerio de Cultura estarán obligados a poner a disposición de los ciudadanos los instrumentos de comunicación adecuados que les permitan la consulta y el conocimiento de los documentos y expedientes de su interés. 9. La comunicación pública y difusión de los documentos de los archivos integrantes del Sistema de Archivos del Ministerio de Cultura se realizará fundamentalmente mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a través del Portal de Archivos Españoles, así como de los sistemas integrados de información archivística de otras administraciones que formen parte del Sistema Español de Archivos mediante los convenios que se suscriban con

las mismas y de los recolectores de recursos digitales auspiciados por el Ministerio de Cultura. 10. Los sistemas de información archivística deberán garantizar la diversidad cultural y el uso de las lenguas cooficiales del Estado en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la normativa que resulte de aplicación. El Ministerio de Cultura determinará el calendario para el cumplimiento progresivo de lo previsto en esta disposición. El Ministerio de Cultura desarrollará, mediante la aprobación de órdenes ministeriales e instrucciones internas, las condiciones y procedimientos de acceso, comunicación y difusión pública de los documentos en fase no activa custodiados en los archivos intermedios e históricos del Sistema del Ministerio de Cultura. Igualmente, se determinarán las circunstancias y procedimientos para la concesión de autorizaciones de acceso a documentos excluidos del derecho de acceso público, previa acreditación de un interés histórico, científico o cultural relevante, diferenciando entre el derecho de consulta, el de investigación y comunicación científica y la divulgación pública de los datos”.

¹⁴ Entre ellos se puede destacar el comunicado sobre *El acceso a los archivos y la investigación histórica* elaborado por la Asociación de Historia Contemporánea <<http://www.ahistcon.org/>> a la que se remitió informes elaborados en la Subdirección General de los Archivos Estatales sobre la problemática, interpretación, y aplicación legal de esta materia.

¹⁵ *Informe relativo a la situación legal sobre el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos e investigadores en los Archivos de titularidad y gestión estatal dependientes del Ministerio de Cultura*. Subdirección General de los Archivos Estatales. Elaborado por Isabel González Corral y Blanca Desantes Fernández bajo la coordinación de Severiano Hernández Vicente. El informe, presentado en febrero de 2011, se basa en un estudio anterior elaborado en la citada Subdirección General para dar unas normas y orientaciones comunes de acceso a los archivos y centros dependientes de la misma.

¹⁶ El informe se estructura en diversos puntos: 1.- Documentos de libre acceso; 2.- Documentos afectados por la Ley de Secretos Oficiales; 3. Documentos con restricciones para su acceso: 3.1.- Autorización para el acceso directo a la consulta de los investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante; 3.2.- Documentos que contengan datos referentes a la intimidad personal y familiar, el honor y a la propia imagen; 3.3.- Documentos afectados por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, que incluye las disposiciones normativas de la Unión Europea; 4.- Regímenes de acceso específicos. En una serie de Anexos recopilaba la normativa estatal y autonómica en materia de acceso; jurisprudencia sobre el derecho de acceso; informes de la Agencia de Protección de datos; informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia etc.

¹⁷ Precisamente uno de los problemas señalado por el entonces Ministerio de Cultura, en sus informes, era el de la dispersión normativa junto con la profusión de normas sectoriales que regulan el derecho de acceso a los documentos y archivos en nuestro país. Desde nuestro punto de vista no era lo más adecuado crear otra norma sectorial para los documentos afectados por la Ley de la Memoria Histórica.

¹⁸ Informe elaborado por Isabel González Corral, Beatriz Franco Espiño y Blanca Desantes Fernández bajo la coordinación de Severiano Hernández Vicente.

¹⁹ En este sentido, el Ministerio de Justicia ha adoptado normas específicas para garantizar la aplicación de la mencionada Ley: Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre acceso a la consulta de los libros de defunciones de los Registros Civiles, dictada en desarrollo de la disposición adicional octava de la Ley 52/2007.

²⁰ Real Decreto 1401/2007, de 29 de octubre, por el que se regula la composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos. “Artículo 1 la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos tiene como finalidad el estudio y dictamen sobre las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, así como su integración en los archivos y el régimen de acceso e inutilidad administrativa de tales documentos”. En el artículo 6 del mismo Real Decreto, que trata de la relación con otras comisiones calificadoras de documentos, se establece que “Las Comisiones Calificadoras creadas conforme a lo previsto en el artículo 58 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, a través del Secretariado Permanente, elevarán sus propuestas a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos a la que también informarán de las denegaciones de acceso a documentos y series documentales que se hayan producido en sus respectivos ámbitos”.

El artículo 3 establece que “el Pleno podrá crear en su seno cuantas subcomisiones considere necesarias, determinando su composición y cometidos. Podrán asesorar a dichas subcomisiones archiveros que desarrollen sus funciones en cualesquiera de los archivos de titularidad estatal y representantes técnicos de los organismos relacionados con la documentación a estudiar que, por su función, conozcan el carácter de los fondos sometidos a consideración”.

²¹ Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, Ministerio de Asuntos Exteriores, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Presidencia y Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, todos aquellos expertos que se considere pertinente su participación, y necesariamente un administrativista.

²² Ley 15/1999, LOPD, Art. 3.f) “Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable”.

²³ En Francia la CADA (Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos) es un órgano consultivo independiente y su dictamen es previo y obligatorio antes de recurrir a la vía Contencioso Administrativa. Coordina dentro del procedimiento administrativo las discrepancias que en materia de acceso puedan surgir entre los ciudadanos y la Administración.

²⁴ Se estima conveniente la participación como vocales de la Abogacía del Estado, un representante de la SGT del Ministerio de Justicia o la Directora de la Oficina de Víctimas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Secretario General Técnico del Ministerio de la Presidencia, un representante del ámbito de la investigación histórica contemporánea, profesionales de archivo que tengan entre sus funciones el estudio del acceso (Jefe de Sección de Accesibilidad del AGA). La Secretaría corresponderá al Jefe de Servicio de Valoración y Tratamiento Documental de la Subdirección de Archivos Estatales (Ministerio de Cultura).

²⁵ De hecho, el proyecto se presentó en la Comisión Permanente de la CSCDA el 24 de marzo de 2011 y en el Pleno de la citada Comisión en su reunión de 19 de abril de 2011 a la que asistió D. Carlos García de Andoín, Director Adjunto del Gabinete del Ministro de la Presidencia, para avalar el proyecto.

²⁶ Los asistentes en representación de los diferentes ministerios: por el Ministerio de la Presidencia (Isabel Goicoechea Aranguren, María Isabel Barrio Martín); por el Ministerio de Economía y Hacienda (D. Agustín Torreblanca López, D.^a Rosa Martín Rey); Ministerio de Defensa (D.^a Victoria Arias Roca); Ministerio de Trabajo e Inmigración (D.^a M.^a Carmen Concepción Saiz Gómez; D.^a Lilian Fuentes Piaget); Ministerio de Justicia (D.^a Carmen Sañudo Sánchez-Garnica); Ministerio de Cultura (Archivo General de la Administración): D. Francisco Fernández Cuesta; D. Ricardo Rivero de la Universidad de Salamanca no pudo asistir presencialmente a la reunión pero envió algún comentario sobre el borrador del texto. Como coordinadoras del Grupo de Trabajo actuaron Blanca Desantes Fernández e Isabel González Corral, de la Subdirección General de los Archivos Estatales.

²⁷ Además se establece que: “Para la determinación de los fines a los que se refiere el párrafo anterior se estará a la legislación que en cada caso resulte aplicable y, en particular, a lo dispuesto en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, Reguladora de la función estadística pública, la Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio histórico español y la Ley 13/1986, de 14 de abril de Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica, y sus respectivas disposiciones de desarrollo, así como a la normativa autonómica en estas materias. 2. Por vía de excepción a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades de control de las comunidades autónomas podrán, previa solicitud del responsable del tratamiento y conforme al procedimiento establecido en la sección segunda del capítulo VII del título IX del presente reglamento, acordar el mantenimiento íntegro de determinados datos, atendidos sus valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con las normas a las que se refiere el apartado anterior”.

²⁸ Según lo dispuesto en el Decreto 914/1969, de 8 de mayo, de creación del Archivo General de la Administración Civil, se puede aplicar el plazo de 25 años como la antigüedad pertinente para que un documento ingrese en el AHN. Para los Archivos Militares, el Reglamento de Archivos incluye el plazo de 20 años para el ingreso de los documentos en un Archivo Histórico. El plazo máximo de prescripción para Hacienda también es de 25 años. El grupo de trabajo *ad hoc* se inclinó por el plazo de 25 años.

²⁹ Según recoge el art. 62 de la LPHE, se considera acceso como el derecho de toda persona a acceder a los archivos, en tanto que la consulta se define como el “examen directo de la documentación por parte de los

usuarios (investigadores. Administración, etc.), sin que ello implique necesariamente la autorización para que estos reproduzcan y/o divulguen total o parcialmente los datos contenidos en los documentos”. Esta distinción aparece en la LPHE (arts. 62 y 57). En el documento se tiene en cuenta también la distinción entre consulta y divulgación, que se deriva de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982 (art. 8) y la jurisprudencia.

³⁰ La autorización podrá ser solicitada por: a) Personal investigador perteneciente a instituciones comprendidas en los planes nacionales de investigación científica, así como a las reales academias; b) Medios de comunicación social; c) Titulares de investigaciones o miembros de proyectos de investigación que hayan recibido cualquier tipo de apoyo institucional; d) Cualquier persona física siempre que manifieste de forma explícita que el fin de su consulta es la investigación.

³¹ “Se plantea aquí el problema de determinar cuándo un documento, recogido en un archivo, debe someterse al régimen previsto por la LPHE quedando excluida, por lo tanto, la aplicación del régimen previsto por la LRJAP”. “Grave problema causado por el posible solapamiento entre dos regímenes jurídicos distintos de acceso”. Pág. 441 y ss. *El Derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Leonor Rams Ramos. Madrid, 2008.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, 43/2004, de 23 de marzo. “La investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica”. “Se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos. Por lo demás, solo de esta manera se hace posible la investigación histórica”.

³³ En relación a los datos especialmente sensibles, se permite la consulta con los datos sensibles disociados o sin disociar, comprometiéndose el investigador a no hacer una difusión que pueda afectar a datos protegidos. Asimismo se remitió un ejemplo de impreso de confidencialidad utilizado para la consulta de documentos de Archivos de Cataluña cuyo sentido es el mismo que el defendido por esta unidad, la posibilidad de consulta por parte de investigadores con fines históricos y científicos pero con un compromiso firmado de confidencialidad.

³⁴ Reglamento de Archivos Militares, RD 2598/1998, de 4 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares.

Artículo 72. Salas de investigadores.

1. La investigación y consulta de documentos se realizará en salas o dependencias especialmente acondicionadas para ello, de acuerdo con lo que dispongan las correspondientes directrices técnicas que formule el Ministro de Defensa. Cuando las características del archivo lo aconsejen o permitan, se dispondrán salas adecuadas para la instalación y manejo de los instrumentos de consulta (sala de referencia), para investigación en grupo y para la utilización de aparatos que requieran condiciones especiales de instalación.

2. Solo podrán acceder a las salas de investigación y consulta las personas que estén provistas de las acreditaciones que se recogen en el presente Reglamento.

3. No se permitirá la entrada al público en los locales de acondicionamiento y depósito de los documentos, salvo en los casos de visitas previamente autorizadas por el Director del archivo y en las condiciones de dicha autorización.

4. El acceso del público a los laboratorios y talleres de los servicios técnicos del archivo y demás locales de tratamiento de los documentos deberá ser igualmente autorizado por el Director.

Instrucción de 12 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se dictan normas sobre el acceso y la consulta de documentos en los archivos dependientes del Ministerio del Interior:

No se permitirá la entrada a los usuarios en los locales de depósito de los documentos, salvo en los casos de visitas previamente autorizadas por los responsables. Cuando las características del archivo o la unidad lo permitan o aconsejen, estos espacios dispondrán de lugares adecuados para la instalación y manejo de los instrumentos de consulta.

³⁵ Artículo 65. Restricciones por razón de Seguridad del Estado y Defensa Nacional.

El Ministro de Defensa, o el órgano en quien este delegue, podrá acordar la exclusión de la consulta pública de aquellas series documentales o de aquellos documentos que, sin estar clasificados de acuerdo con la legislación de secretos oficiales, contengan información cuya difusión pueda afectar a la defensa nacional o a la seguridad del Estado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización para el acceso a tales documentos o series documentales. Dicha autorización podrá ser concedida por el Ministro de Defensa, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa. La denegación de autorización deberá ser motivada.

³⁶ Art. 37 punto 7 de la Ley 30/1992; art. 57 de la LPHE; art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, art. 9 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre y art. 22 de la Ley 52/2007.

³⁷ El Ministerio de Cultura había defendido esta postura en reuniones e informes anteriores y aparecía también recogido en el documento elaborado por el Grupo de Trabajo *ad hoc*, el concepto de datos nominativos o neutrales (Literalmente: *A los efectos de la presente norma no se refutan como datos susceptibles de ser protegidos aquellos que sean exclusivamente nominativos o neutrales*). Nos habíamos basado en el Informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia de 27 de septiembre de 2010 en relación a los expedientes y documentación del Tribunal de Orden Público. El Informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia, sobre difusión en Internet de los datos del proyecto del Mapa de fosas menciona los datos neutrales y señala que *“en consecuencia de todo lo antedicho, datos como la identificación personal, el domicilio, lugar de fallecimiento u otros similares, aparecen en esta ponderación de derecho (por difícil que esta sea con carácter general) como neutrales, en el sentido de no poder llevar a que se sostenga, con razonables perspectivas de éxito una acción judicial por protección de los derechos tantas veces reseñados”*.

La Base de datos de Víctimas *“Todos los Nombres”*, financiada por el propio Ministerio de la Presidencia, con datos personales neutrales que pueden además ser consultados por todos los ciudadanos, constituye un buen ejemplo. No consideramos que se necesite autorización especial para la consulta de los documentos, ni tampoco que haya que acreditar una finalidad científica, histórica o cultural relevante. Los ejemplos de proyectos financiados por el Ministerio de Presidencia que podrían citarse son varios.

³⁸ A modo de ejemplo, se aceptó la propuesta de la Agencia de eliminar el concepto de *“interés cultural relevante”*, que no aparece en la LOPD, dejando únicamente, como fundamento para justificar el acceso a los documentos y solo los que contengan datos personales neutros, los previstos en la normativa de protección de datos: los *“fines históricos, científicos o estadísticos”* del artículo 4.2., 11.2.e) y 21.1 de la Ley 15/1999.

³⁹ Proponen la redacción: *“A estos efectos se entenderá que poseen interés legítimo quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística”*. Ha quedado literalmente recogida en el art. 28. 3.

⁴⁰ En la pág. 9 del Dictamen se hace mención expresa al Dictamen emitido en 2009 para el Real Decreto de Archivos, literalmente: *“El expediente remitido ha sido tramitado por el Ministerio de la Presidencia a partir de un texto elaborado ya en su día y que fue objeto del dictamen n.º 1.738/2009 de este Consejo de Estado, lo que ha dado lugar al nuevo texto sobre el que ahora se consulta, que reordena y sistematiza puntualmente el proyecto inicial y que incorpora la regulación contenida en el capítulo IV antes descrito sobre el derecho de acceso a los archivos”*.

⁴¹ Según el dictamen del Consejo de Estado, el Ministerio del Interior puso de manifiesto que el proyecto se dicta en aparente desarrollo de la Ley 30/1992, pero que en realidad el acceso a archivos ya está regulado en la LPHE, en su art. 57, norma a la que remite también el art. 21 de la Ley de la Memoria Histórica, como lo hace asimismo indirectamente el art. 37.6g de la Ley 30/1992. También señala el citado Departamento que hay aspectos novedosos que podrían colisionar con lo establecido en el art. 57 de la citada LPHE e incluso extralimitar el ámbito de la potestad reglamentaria. Añade observaciones puntuales al articulado y critica diversos aspectos como por ejemplo que no se distinga entre consulta y acceso. Considera asimismo que deben hacerse públicos los informes de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos y entiende como muy breve el plazo de un mes previsto para resolver los expedientes sobre acceso a los archivos.

⁴² El Consejo de Estado, expone que la AEPD se muestra conforme con el proyecto según informe de 24 de octubre de 2011 (informe solicitado y conocido por el entonces Ministerio de Cultura, como hemos señalado anteriormente) pero también se mencionan informes de 22 de marzo de 2000 y de 24 de octubre

de 2008 y 19 de abril de 2011 desconocidos para el Departamento de Cultura. Asimismo se señala que se han solicitado informes por plazo de siete días –que no constan hayan sido emitidos- a los Ministerios de Economía y Hacienda, de Política Territorial y Administraciones Públicas, de Asuntos Exteriores y Cooperación, y de Justicia.

⁴³ El primer borrador de Real Decreto de Archivos dictaminado en su momento por el Consejo de Estado, sí contemplaba este título competencial.

⁴⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 37); la Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico Español (art. 57); la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal; aparte de la incidencia directa de las Leyes 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, y 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria Histórica (sobre fondos de la guerra civil y la dictadura –artículo 22-).

⁴⁵ El anterior borrador de Real Decreto de Archivos dictaminado en 2009 incluía un Título III sobre el Sistema Archivístico del Ministerio de Cultura como ya se ha mencionado y un Anexo que incorporaba una relación de los archivos de titularidad y gestión estatal dependientes del citado Ministerio.

⁴⁶ En lo relativo al procedimiento de acceso señalan significativamente: “*En relación con la regulación del procedimiento de acceso a documentos y archivos, se reiteran, en lo que sean de aplicación, las observaciones realizadas al anterior proyecto en esta materia, la mayor parte de las cuales no han sido objeto de consideración en la nueva redacción del proyecto*”. La mayor parte de los comentarios, sin embargo, se dirigieron a los otros Capítulos alegando que no se había tenido en cuenta las normas que sobre administración y documento electrónico se estaban dictando, el Ministerio de Economía y Hacienda intentó en todo momento bloquear el Real Decreto de archivos.

⁴⁷ El informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de 4 de noviembre sobre un borrador anterior del Real Decreto de Acceso, que sin embargo no fue remitido al Consejo de Estado es especialmente relevante. Señala la necesidad de incluir el título competencial recogido en el art. 149.1.28 de la Constitución Española; cuestiona la autorización de acceso a los depósitos, previa acreditación del interés histórico, científico o cultural que lo justifique por cuestiones de seguridad; estima contradictorio el actual art.24.3; considera que el texto no se ajusta a la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales y la Ley 9/1985, de 25 de junio, que limitan claramente los órganos competentes para la declaración de las materias clasificadas, por lo que no puede hacerse recaer en el responsable del archivo la competencia para determinar qué ha de ser reservado y qué público; igualmente es contrario a la LPHE lo dispuesto en el art.27.1; el Art.28 es más restrictivo que lo establecido en la LPHE.

⁴⁸ Esta adicional nos abre la posibilidad de aplicar normas más abiertas, específicas y que resulten más favorables al derecho de acceso que las establecidas en el RD 1708/2011 pero solo para los archivos históricos de titularidad y gestión estatal. Sin embargo, sigue siendo clave definir qué es un archivo histórico y un documento histórico. Hay archivos centrales de los ministerios que conservan documentación medieval como ya se planteó en el documento del Grupo de Trabajo *ad hoc*. Podríamos aplicar la primera acepción de archivo recogida en la LPHE, artículo 59. 1. “*Son archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa*” y considerar archivo histórico los conjuntos orgánicos de documentos o la reunión de varios de ellos con una antigüedad superior a 25 años (Decreto 914/1969) para la administración civil y arbitrar normas técnicas en el seno de la AGE para materializar las transferencias.

⁴⁹ Se puede interpretar que los documentos que están en archivos centrales al ser Patrimonio Documental, se rigen, en cuanto al acceso por la LPHE (art. 49.2) y no por la LEY 30/1992. (art. 57).

⁵⁰ Por ejemplo el art. 26. 4: “*Con carácter excepcional, el responsable del archivo podrá restringir cautelarmente el acceso a aquellos documentos o series documentales que, sin haber sido objeto de exclusión de consulta pública, pudiera incurrir, a su juicio y a la vista de su contenido, en algunas de las limitaciones previstas en las leyes.*”; art. 28.2: “*Cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos*”.

⁵¹ Se recoge literalmente lo expuesto en el informe de la AEPD: “Por último, y a fin de lograr la plena congruencia entre el régimen establecido en el artículo 37.7 de la Ley 30/1992 y el proyecto sometido a informe, de modo que el acceso con los fines descritos se encuentre efectivamente amparado por el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 en conexión con el citado artículo 37.7, debe tenerse en cuenta que el citado precepto prevé que el acceso con estas finalidades quedará reservado a quienes ostenten la condición de investigadores, sin que los fines históricos, científicos o culturales relevantes a los que se refiere el artículo 37.7 puedan ser invocados por quienes no ostentan la condición de investigador”. En todas nuestras propuestas los fines de investigación no quedaban limitados a quienes ostentasen la condición de investigadores, sino a cualquier ciudadano e incluso a los medios de comunicación social. Se abre otra puerta a la arbitrariedad: ¿cómo se establece la condición de investigador? Además, se produce una nueva disfunción, no hay sintonía con el RD 1266/2006, de 8 de noviembre, por el que se deroga la expedición de la tarjeta nacional de investigador por considerarse que los fondos documentales custodiados en los archivos son únicos y que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos el acceso a la información y a la cultura.

⁵² En este sentido es significativo el art. 11 del RD 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal, que se hace eco de esta dificultad: “No obstante, siempre y cuando los medios técnicos y económicos lo permitan, deberá procederse a la disociación de los datos personales”.

⁵³ De hecho el procedimiento, aunque limitado a la AGE, cumple muchos de los requisitos contenidos en el articulado del Convenio de Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos adoptado el 27 de noviembre de 2008: solicitud no motivada (art. 4.1); remisión de la petición del solicitante a la autoridad pública que pueda custodiar el documento (art. 5.2); prontitud en la respuesta (art.5.4); denegación motivada y por escrito (art.5.6), etc. No recoge otros requisitos, como veremos más adelante.

⁵⁴ Aunque el solicitante podrá exponer los motivos de su petición, que se tendrán en cuenta en la tramitación y resolución de la solicitud (art. 24.3). Nuevo campo para la arbitrariedad.

⁵⁵ Agradecer sinceramente desde estas páginas, la ayuda, disponibilidad y calidad técnica que las Abogadas del Estado del Servicio Jurídico de la actual Secretaría del Estado de Cultura, han proporcionado siempre a todas nuestras consultas e iniciativas.

⁵⁶ El Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos establece en su art. 8 que el solicitante, ante la denegación de acceso, tendrá derecho a un procedimiento de reclamación antes de la apelación ante un tribunal u otra institución independiente e imparcial establecida por la ley. Asimismo el solicitante tendrá siempre acceso a un procedimiento de apelación rápido y barato, que implique la reconsideración por una autoridad pública o la revisión de acuerdo con el párrafo anterior.

⁵⁷ Sobre su composición y funciones: <http://www.cada.fr/>. Somos conscientes que nuestra CSCDA, no puede asumir estas competencias ni por su composición ni por su ámbito de actuación que se limita a la AGE.

⁵⁸ Los estados firmantes del Convenio del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=205&CM=1&DF=&CL=ENG>

⁵⁹ Art. 2 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a Documentos Públicos.

⁶⁰ En 2009 sólo siete de los 47 países del Consejo de Europa, no contaban con una ley específica sobre acceso (España, Grecia, Malta, Luxemburgo, Mónaco, Chipre y San Marino).