





DANIEL DE OCAÑA LACAL

“Ser o no ser”: el archivero entre el derecho de acceso y la protección de la información

*El que no sabe de nada
no duda de nada*
George Herbert

Transparencia, esa bella palabra

En su acepción aplicada al funcionamiento de las organizaciones, importada del contexto anglosajón, la transparencia de las administraciones públicas es condición inherente a cualquier Estado democrático, como metáfora de la distribución del poder, como derecho, como resultado y como instrumento al servicio de los derechos de los ciudadanos y, en definitiva, del interés general¹. Respecto de este último, también al servicio de la cultura y de la educación. Como también lo son la protección de los intereses del Estado, que pueden verse seriamente afectados por la difusión de determinadas informaciones; y la intimidad de las personas, a proteger como elemento esencial y propio de la dignidad humana. Articular tantos y tan opuestos factores es la difícil tarea de cualquier sistema de transparencia.

Entendida como resultado, la transparencia cuenta con dos instrumentos que la garantizan: la *publicidad* y el *acceso*.

El primero implica una actuación activa y predeterminada del poder público que pone la información a disposición del conjunto de los ciudadanos, no solo por razones de transparencia, sino de eficacia: la publicación de las normas legales o de convocatorias –de subvenciones, de procedimientos de selección, etc.– son tan solo algunos ejemplos.

En cuanto al acceso, los documentos y expedientes no se publican pero son *accesibles* de acuerdo con el régimen jurídico aplicable según los casos, pues la regulación del acceso resulta inevitable ante la concurrencia de numerosos intereses, legítimos todos ellos, que se mueven en direcciones distintas, por no decir inversas.

Es frecuente que las Administraciones públicas identifiquen transparencia administrativa solo con la publicidad, un ejercicio de imagen cuya finalidad no es otra que convencer a los ciudadanos de que aquellas son cada vez más transparentes. Pero transparencia no es saber *qué* hace la Administración sino también saber *cómo* lo hace. Ni siquiera se trata ya sólo de conocer, sino de *comprender*².

La sociedad percibe de manera creciente la necesidad de transparencia de los poderes públicos. En las que gozan de una tradición democrática más consolidada, como un elemento inescindible de la propia esencia del sistema. En los países cuyo desarrollo democrático se encuentra más retrasado, la transparencia se considera un elemento fundamental en la lucha contra la corrupción³. Asociaciones y colectivos, partidos políticos, profesionales, juristas y otros muchos demandan cada vez más vivamente leyes y políticas públicas en materia de transparencia. En el entorno europeo el proceso se aprecia en el desarrollo de diversas normas y recomendaciones que avanzan hacia la configuración del derecho de acceso a los documentos como un derecho fundamental sin ambages, no solo en el ámbito de las instituciones europeas sino también en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁴.

La preocupación por la materia tiene su origen en la evolución que los sistemas políticos democráticos vienen experimentando desde el final de la II Guerra Mundial y en la necesidad de dar respuestas nuevas a problemas cuyo enquistamiento trae como consecuencia, entre otras, el distanciamiento de la ciudadanía de las instituciones democráticas, realidad fácilmente perceptible en el aumento de la abstención electoral, en el desprestigio de la actividad política y en el surgimiento de grupos marginales.

Finalmente, más por razones cuantitativas que cualitativas, el desarrollo de la e-administración o administración electrónica hace aún más evidente la necesidad de avanzar en materia de transparencia, dada la posibilidad que aquella brinda al ciudadano de interactuar electrónicamente con las Administraciones públicas de forma inmediata.

Así pues, la relación entre democracia y principio de transparencia, en general, y derecho de acceso, en particular, es íntima; y, dependiendo de la calidad

democrática más o menos extensa e intensa en cada país, la transparencia de sus Administraciones públicas es mayor o menor. Quizá sea esta la razón por la cual en España dicho principio, consagrado en el artículo 105.b de la Constitución de 1978⁵, no ha alcanzado la dimensión propia de un sistema plenamente democrático, afirmación amparada en la escasa virtud de su desarrollo legislativo y en las dificultades en su aplicación práctica.

Vaya por delante que cualquier sistema normativo que regule el acceso a la información conservada en los archivos públicos tendrá siempre críticos y defensores, pues siempre habrá beneficiados y perjudicados como resultado del ejercicio del derecho o de su denegación. Sin embargo, la manifiesta resistencia del poder, por muy democrática que sea su legitimidad de origen, a permitir el acceso a la información se evidencia especialmente en la normativa española reguladora del acceso a los documentos públicos, analizada exhaustivamente por numerosos autores. Para Montesquieu *una cosa no es justa por el hecho de ser ley sino que debe ser ley porque es justa*. No parece que la configuración legal del derecho de acceso en nuestro país haya considerado el aforismo del ilustrado^{5bis}.

Los sujetos titulares del derecho, esto es, quienes pretenden ejercerlo, presentan asimismo diferentes perfiles. Partiendo, como premisa previa, de la consideración universal del *ciudadano* en su más amplia acepción como titular del derecho que la Constitución y las leyes le reconocen, nos encontramos con diferentes tipos de usuario que, precisando acceder a ciertas informaciones para ejercer otros derechos o actividades, en ciertos casos reivindicán, más allá de sus concretos intereses –y la normativa es responsable en buena medida de ello–, una suerte de derecho preferente, distinto al de los demás, y que conceptualmente podría llegar a confundirse con el privilegio: periodistas, investigadores, ya profesionales u ocasionales...

Tampoco ayudan los sempiternos problemas de medios materiales inherentes a los archivos. Pese a las indudables mejoras que han experimentado de manera generalizada en los últimos treinta años⁶, en muchos de ellos persisten carencias y obstáculos difícilmente justificables a estas alturas: falta de organización y descripción de los fondos, instalaciones inadecuadas, horarios y servicios limitados... Sin contar con la desaparición de tan frágiles bienes, que no es ya un problema de acceso sino de conservación.

Finalmente, el ciudadano que pretende acceder a los documentos a menudo tiene como primer –y único– interlocutor al archivero, salvo que este simplemente no exista en la organización requerida o que los documentos objeto de su interés no hayan llegado al archivo y estén a cargo de otros funcionarios. En un marco normativo ciertamente obtuso sería casi milagroso no encontrarse con el desquite de muchos empleados públicos. Atrapados en una telaraña de regulaciones de ordinario contradictorias o casi ininteligibles, los responsables públicos, también los archiveros, a menudo tomamos o nos vemos obligados a tomar decisiones, ya sean

en un sentido o en otro, hinchadas de subjetividad y prejuicios y para las que carecemos de competencia. Recuerdo a un alto cargo echándose las manos a la cabeza ante la posibilidad de que “apareciera un loco” y pidiera consultar el expediente de elaboración de un reglamento ya publicado. Obviando la cuestión del prematuro diagnóstico psiquiátrico que esperaba al primero a quien se le ocurriese semejante idea, le pregunté por las razones legales que apoyarían la denegación de acceso al expediente referido y la respuesta fue: “porque eso no le importa a nadie”. La denegación del acceso a los documentos solicitados por el ciudadano muchas veces obedece bien al desconocimiento de funcionarios y responsables políticos del deber de otorgarlo o bien a la determinación arbitraria del carácter reservado de la información.

Debería ser misión del archivero informar las solicitudes, dar su opinión técnica acerca de la aplicación de las normas sobre acceso en cada caso concreto en que se puedan plantear dudas razonables –aun cuando muchas veces tales normas precisamente favorezcan dichas dudas–. Introducir criterios personalistas y, desde luego, tomar decisiones aparte de cualquier procedimiento regulado suponen la consagración de la inseguridad jurídica respecto a la naturaleza del derecho y del deber de acceso a la información.

Infelizmente, no siempre existe una conciencia clara acerca ni del papel del archivo ni respecto a nuestro cometido como profesionales. ¿Es el acceso una cuestión respecto de la cual los profesionales de los archivos presentan un perfil homogéneo? Dejando a un lado la deficiente normativa –lo cual, ciertamente, es mucho dejar–, aún encontramos responsables de archivos que se plantean si la disposición interna de la vivienda en los planos afecta a la intimidad; o si los plazos legales son adecuados y, por tanto, aplicables. La presunción, la negativa por prevención o el simple desconocimiento son enemigos de la seguridad jurídica y, en buena medida, residuo de un Estado pretérito que no se presta a un reparto de derechos y de deberes en su relación con los ciudadanos como tales, sino como simples administrados.

El perro Cerbero guardaba la puerta del Hades, el inframundo griego, con la misión de impedir la salida de los muertos y la entrada de los vivos. Quizá sea por ello que, en alguna ocasión, haya debido escuchar cómo, medio en serio, medio en broma, alguien aludía a mi profesión como “Archicerbero”. Pese a todo, tampoco parece justo el retrato un tanto tenebrista que, en este sentido, se hace de nosotros algunas veces, como cuando se alude al *contundente sistema de búnkeres y zanjas establecido para proteger el oscurantismo de los archivos y sus archiveros, bajo la supuesta defensa de la intimidad de los datos personalizados*⁷. Así las cosas, lo primero que hemos de hacer es atender a la normativa con la que contamos e intentar extraer argumentos, patrones de actuación que nos permitan enfrentarnos, hasta donde se pueda, a los problemas cotidianos que nos plantean las necesidades de los distintos usuarios. Vaya por delante que estas líneas no pretenden ser, en modo alguno, una suerte de guía en la materia.

La normativa y sus problemas (o “el problema es la normativa”)

Es cada vez más abundante la producción bibliográfica sobre transparencia y derecho a la información pública, buena parte de la cual considera muy negativamente la regulación normativa que del derecho de acceso se ha hecho en nuestro país, tanto en el ámbito estatal como, en buena medida, en el autonómico⁸. La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) es la norma básica que desarrolla el art. 105.b de la Constitución y constituye buena muestra de la distancia en ocasiones sideral entre las declaraciones de intenciones y la realidad: inseguridad jurídica, restricciones *sine die*, no limitadas por plazos temporales de reserva; o *prohibición indiscriminada de acceso a toda suerte de documentos que contengan información sobre las materias relacionadas*⁹, sin hacer la menor referencia a la posibilidad de permitir el acceso de manera siquiera parcial.

Asimismo, en contradicción con su propósito de instituir un marco general del derecho, la Ley da pie a una regulación heterogénea al remitirse a otras normas específicas de determinados ámbitos. Entre ellas, a la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE) por lo que se refiere a los *archivos históricos*. Parece lógico pensar que la documentación en estos archivos habría de ser, por definición, de libre acceso y, por lo tanto, su consulta no estaría sujeta a autorización. Sin embargo, el flujo de los documentos –las transferencias– ha sido y sigue siendo muy irregular, con las consiguientes implicaciones en cuanto al acceso a los documentos *históricos*, pese a que no se sabe bien de cuáles se predica la noción de historicidad. Así, en los archivos históricos nos encontramos con que es frecuente encontrar documentación –incluso de una misma serie– más moderna que la que se encuentra en los archivos administrativos; y que a aquellos, por hallarse repletos, no llegue desde hace años documentación que permanece en ministerios, subdelegaciones del gobierno, ayuntamientos... cuando permanece.

Además, la configuración de un nuevo derecho fundamental a la autodeterminación informativa, el derecho a los datos personales y a su protección, objeto de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPDP), plantea la necesidad de articular este y su regulación con la normativa propia del derecho de acceso a los documentos, lo que se revela ciertamente complejo, dado el indiscutible desconocimiento mutuo entre las respectivas normativas.

Así las cosas, con indeseable frecuencia es difícil para usuarios y responsables públicos –entre ellos los archiveros– saber qué norma o normas son de aplicación y cómo comprenderlas conjuntamente. No solo por la propia falta de calidad de las mismas sino por la escasez de jurisprudencia que brinde criterios para ello.

Por tanto, parece oportuno comentar siquiera brevemente varios aspectos, delimitables a partir de distintos apartados del art. 37 LRJPAC –así como contenidos en otras normas–, pues en ellos se plantean problemas capitales en materia de derecho de acceso. Me refiero, en concreto, a la problemática introducida por la interpretación de varios límites allí establecidos para el acceso a la información y, específicamente, al planteado por los denominados *datos nominativos* (art. 37.3) y por la protección de datos personales; al límite por razones de intimidad (art. 37.2); la delimitación precisa acerca de la titularidad del derecho de acceso (art. 37.1); y a la cuestión sobre la posible diferenciación respecto de las modalidades de su ejercicio (art. 37.7).

“Imposible, aquí aparece un nombre”: el conflicto entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales

En referencia a la LOPDP, no sorprende a nadie al decir que los archiveros se encuentran, como tantos otros responsables públicos, confusos ante una norma que no acaban de comprender y, por ello, atemorizados ante la posibilidad de incumplirla –lo cual hay que decirlo, ha supuesto pingües beneficios a numerosas empresas de consultoría en materia de protección de datos–. En primer lugar, por lo absoluto de su objeto. La LOPDP no se limita en exclusiva a los datos informáticos o automatizados, sino que extiende su ámbito de aplicación a los datos de carácter personal registrados *en soporte físico* (art. 2.1) y referentes, eso sí, a personas vivas¹⁰. Entendiendo *dato personal* como *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*. Explicación que, sin perjuicio de lo específicamente establecido para los denominados *datos especialmente protegidos* (que constituyen el *núcleo duro* de la intimidad, a saber, orientación sexual, ideología, creencias y origen racial) y los datos relativos a la salud¹¹, comprendería el nombre, los apellidos o la dirección (STC 292/2000, FJ 6). La alusión en la LOPDP no solo a los datos especialmente protegidos sino a los *de cualquier otra índole*, con independencia de su posible interrelación mutua, supone una expansión desmesurada del concepto, avalada por la jurisprudencia constitucional (STC 292/2000) y por la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos, máxime si consideramos que la gran mayoría de documentos obrantes en los archivos públicos contienen datos personales.

He aquí la cuestión. La LOPDP no contempla la *cesión de datos* sino en supuestos muy específicos, entre los cuales no se halla la cesión a particulares, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de su titular; que se produzca entre Administraciones públicas con fines históricos, estadísticos o científicos o que “la cesión esté autorizada en una ley” (LOPDP, art. 11.2). Tal remisión nos conduce a la LRJPAC (art. 37.3), donde nos encontramos con:

El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

Aquí la expresión *documento nominativo* parece aludir a documentos que permiten, bajo cualquier forma, directamente o no, la identificación de las personas físicas en ellos mencionadas, esto es, lo mismo que se deriva del concepto *dato personal* establecido por la LOPDP¹². Al amparo de tal situación, y por la mera circunstancia de contener nombres y apellidos, el derecho de acceso a los documentos en archivos administrativos podría limitarse hasta su práctica desaparición, salvo que quien quiera ejercerlo ostente de algún modo la condición de *interesado* en el procedimiento, pues a esos documentos que no incluyen *otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas* solo pueden acceder, *además de sus titulares, terceros que acrediten un interés legítimo y directo*¹³.

Evidentemente, esto no puede ser y, además, es imposible. Por ello cuando la comunicación tenga por destinatarios a terceros habrá de aplicarse la normativa reguladora del derecho de acceso a documentos o informaciones en poder de las Administraciones públicas y continentes de datos personales; y cuando la solicitud de acceso se plantee por el propio titular de los datos sería de aplicación directa la LOPDP lo que, por lo demás, se corresponde con el parecer de la propia Agencia de Protección de Datos¹⁴. Se clarifica así un escenario en el que, frecuentemente, las disposiciones reglamentarias que regulan el ejercicio del derecho de acceso se despachan con una remisión a normas legales *por acumulación*, al aludir simultáneamente a varias de ellas (LRJPAC, LPHE y LOPDP) sin que se sepa muy bien la incidencia específica de cada cual¹⁵. Cuando el derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso entrasen en conflicto sería menester *la ponderación* por parte de la Administración Pública, pues al ser distintos no pueden acogerse a una misma solución general que posibilitase la simple anulación del uno por el otro¹⁶. Cuestión distinta es si actualmente tal ponderación es o no posible.

Aunque en el programa electoral del PSOE para la legislatura 2004-2008 y, nuevamente, en el de la legislatura 2008-2012, se contenía el compromiso de aprobar una ley de transparencia, el borrador de la misma que pudo conocerse no pasó de tal condición a la fecha de disolución de las Cámaras el 26 de septiembre de 2011. Muy poco después se ha publicado 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* (en adelante RDSEA) y que, pese a que su ámbito se circunscribe únicamente a la Administración General del Estado, resulta interesante por

cuanto constituye un intento, como afirma su preámbulo, de *facilitar el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y documentos administrativos, mediante la clarificación de los criterios fijados en la muy diversa legislación aplicable y con la introducción de un procedimiento común*. Su artículo 28, “*Solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por contener datos personales*” intenta conciliar la legislación en materia de acceso y sobre protección de datos.

Así, en primer lugar remite a la LOPDP cuando la solicitud se refiera a *documentos que contengan datos personales referidos exclusivamente al propio solicitante* (art. 28.1). En segundo lugar (art. 28.3), condiciona el acceso a documentos continentes de datos personales *que no afecten a su seguridad o su intimidad* –“datos nominativos o meramente identificativos”– a dos supuestos:

- que el titular de los datos haya fallecido, puesto que solo los vivos ostentan el derecho a la protección de datos –a diferencia del derecho a la intimidad, como veremos más adelante–.
- que el solicitante acredite la existencia de un *interés legítimo* en el acceso, precisando a tales efectos que lo poseen 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.

El *derecho a la investigación*, como lo denominaremos en lo sucesivo, tiene varias dimensiones. Una como derecho individual, contemplado en el art. 20.2 CE, y otra como garantía institucional, establecida en el art. 44.2 CE. Se trata, junto con el derecho a la intimidad o a los datos personales, de un *derecho fundamental*, denominación con la que el texto constitucional designa a los derechos del hombre, manifestaciones inmediatas y concretas de la dignidad de la persona y que, consecuentemente, ostentan la máxima protección jurídica dispuesta en la Constitución¹⁷. La garantía institucional implica, además, una obligación de los poderes públicos de establecer las condiciones adecuadas para promover su ejercicio en tanto la actividad investigadora coadyuva al interés general¹⁸. Porque *la posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada. Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio –que solo puede abrirse en libertad– para la formación de una conciencia histórica colectiva* (STC 231/2004, FJ 3).

En este punto surge el importante problema de *quién determina el valor de la investigación y cómo lo hace*, que implica ciertamente la posibilidad de que mediante dicha valoración pudieran incluso condicionarse desde el poder público las investigaciones a realizar¹⁹. Cuando el RDSEA contempla la posibilidad de acceder a datos personales no íntimos si el solicitante motiva una finalidad

histórica, científica o estadística nos sitúa una vez más ante la problemática cuestión de *cómo se acredita tal interés* por parte del solicitante y *cómo se entiende acreditado o no por parte interés del sujeto pasivo* del derecho de acceso, asunto sobre el que volveremos más adelante.

Un ejemplo nos lo brinda la Agencia de Protección de Datos –quién *acredita* también es importante–. En respuesta a una consulta acerca de la posibilidad de que diversas universidades comuniquen a un investigador, para la elaboración de su tesis doctoral, datos personales de ciertos profesores, la Agencia, “*a efectos de valorar si nos encontramos en presencia de un auténtico estudio científico*” procede a analizar el supuesto desde dos perspectivas: que el investigador realice su investigación a título particular o en el marco de una investigación homologada por la universidad. Al considerar que en el art. 11.2 LOPDP se contempla la cesión con fines de investigación *únicamente entre Administraciones públicas* la Agencia concluye que *si el supuesto objeto de consulta, la tesis doctoral, se desarrolla por el profesor a título institucional y en el marco de un proyecto de investigación concreto* sí podría verificarse tal cesión. [...] *Por el contrario, en el supuesto de que el trabajo de investigación se desarrollase a título personal por el docente universitario, resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 11.1 de la LO 15/1999. En tal caso, solo sería posible la cesión de los datos si, con carácter previo, se hubiera recabado el consentimiento de los interesados, tanto en el caso de que los datos se soliciten a instituciones universitarias privadas o públicas.* Según parece, para la Agencia de Protección de Datos no es posible llevar a cabo un auténtico estudio científico fuera de los cauces institucionales²⁰. Me pregunto si no aparecerá de nuevo en escena la exigencia de las famosas cartas de recomendación de catedráticos, académicos y similares, ejemplo de facilitación por unos ciudadanos para el ejercicio de un derecho por otros.

Por otra parte, no parece difícil relacionar la ecuación “interés legítimo igual a finalidad histórica” y la precipitada aprobación del Real Decreto, en el último Consejo de Ministros de un Gobierno en funciones, con el objetivo de facilitar las investigaciones a que se refiere 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*, más conocida como *Ley de la Memoria Histórica*. Es menester decir, eso sí, que esta última no ha supuesto el más mínimo cambio en el sistema normativo del derecho de acceso²¹.

Límites por razón de intimidad... sea lo que sea

El concepto

El art. 37.2 LRJPAC reserva exclusivamente el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas a esas mismas personas. Es preciso, pues, determinar la existencia o no de tales datos. La primera dificultad

con que nos encontramos al examinar el límite que la intimidad supone para al derecho de acceso, tanto para quienes pretenden ejercerlo como para quienes han de resolver sobre tal pretensión, consiste en la aclaración –si ello es posible– del propio concepto. ¿Qué es intimidad? “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”, dice el diccionario de la Real Academia, en una definición un tanto circular.

El Tribunal Constitucional ha declarado que

el derecho a la intimidad personal del art. 18 C.E. está estrictamente vinculado a la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E. e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para una calidad mínima de la vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Un derecho que se extiende no solo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen». (STC 197/1991, FJ 3).

Resulta indiscutible que los ya mencionados *datos especialmente protegidos* configuran su *núcleo duro*. Otros pueden considerarse íntimos en la medida en que su conocimiento, al igual que el de los primeros, *pueda resultar más revelador de la esencia misma de una persona y, empleados en su contra, menoscabar su dignidad e impedir el libre desarrollo de su personalidad*²². A partir de ahí, un concepto en gran medida dependiente de la valoración social y con tantas acepciones como percepciones de cada individuo. Y dependiente, desde luego, de presunciones y visiones subjetivas que con frecuencia desembocan en actitudes injustificadamente obstruccionistas, presididas por un principio general de prevención frente a un hipotético daño causado por el acceso a la información²³. No es extraño, pues, que el mismo Tribunal Constitucional sea escéptico sobre la posibilidad de llegar a un concepto de intimidad²⁴.

Carácter no absoluto del derecho a la intimidad

Delimitar con precisión el concepto es premisa imprescindible para el análisis en caso de conflicto con otros derechos, pues todos ellos, por su interrelación entre sí –que no por su jerarquía, que no es tal– son limitados, no son absolutos²⁵, y pueden darse situaciones en que, realizada la adecuada ponderación entre varios en conflicto, unos hayan de ceder ante otros.

Tampoco es absoluto el derecho a la intimidad. Es doctrina del Tribunal Constitucional que

“tampoco podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). A esto se refiere nuestra doctrina cuando

alude al carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Así, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad —a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE—, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información (STC 173/2011, FJ 2).

En el caso, por ejemplo, de conflicto con el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, recogido en el art. 20.1.d²⁶ —y que, por supuesto, tampoco es un derecho ilimitado—, el Tribunal Constitucional tiene dicho (STC 197/1991, FJ 2) que en la confrontación de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor, «aquella goza, en general, de una posición preferente» y que «para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere, o por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa afirmación», de manera que el valor preferente de la libertad de información «no puede configurarse como absoluto [...]» (STC 171/1990, FJ 5). Sin embargo, la jurisprudencia también ha dejado sentado que, aunque estrechamente conectados en ocasiones, los derechos a recibir y transmitir libremente información veraz y el derecho de acceso son distintos²⁷, debiendo aplicarse, para el ejercicio de este último, la LRJPAC²⁸ o, en el caso de archivos históricos, la legislación en materia de archivos (estatal o autonómica, según la titularidad de los documentos).

La aplicación del límite por razón de intimidad

Ciñéndonos a la ley estatal, el art. 57 LPHE establece dos tipos de limitaciones al acceso a los documentos obrantes en los archivos, contenidas en el art. 105.b CE:

- Por un lado, *razones de interés público* (57.1.a) que, no obstante, no impiden una eventual autorización administrativa para acceder a los documentos, realizado el pertinente juicio de ponderación por parte de la administración requerida.
- Por otro lado (57.1.c), *razones de interés privado* y, específicamente, el honor, la intimidad de la vida privada y familiar y la propia imagen de las personas. Lo que dispone tajantemente la LPHE (ley ordinaria) en este último precepto es la aplicación de un plazo: veinticinco años desde la muerte del afectado, si su fecha es conocida o, *en otro caso*, cincuenta años desde la fecha de los documentos.

Por eso, la autorización administrativa contemplada en el art. 57.1.b LPHE solo se refiere a los límites por razón de interés público y no puede referirse a los de índole privada. La Administración no puede, ponderar aquí sino solo aplicar el plazo determinado por el legislador²⁹. La existencia de datos íntimos implica un derecho personalísimo y, por tanto, indisponible por la Administración Pública, salvo que se cumplan una serie de requisitos que [proporcionen] *”una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad”* (STC 173/2011, FJ 2) y que han de contemplarse necesariamente en la ley, pues, *“se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y jurisprudencia allí citada)”* (STC 70/2009, FJ 2). Entre aquellos requisitos se halla también el que, *como regla general*, [la injerencia] *se acuerde mediante una resolución judicial motivada* (STC 173/2011, FJ 2), preservando así el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar mediante un mecanismo de control que evite comportamientos arbitrarios de la Administración, cuya interdicción se proclama por el artículo 9.3 CE, la cual ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como explícitamente preceptúa el artículo 103.1 CE. Si bien la expresión *“como regla general”* obedece a la falta de reserva constitucional en favor del Juez, lo que implica, en consecuencia, la posibilidad de la ponderación por parte de la Administración pública cuando la ley orgánica así lo contemple³⁰.

Existen numerosos casos en que dicha ponderación sería muy conveniente, pues la demanda del acceso puede conectar directamente con otros derechos fundamentales del solicitante. Un ejemplo lo constituye la relación del derecho a la intimidad con el derecho *a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica* (art. 20.e CE), resumido parcialmente en el derecho fundamental a la investigación científica. La *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (LOPHI), dispone en su art. 8.1:

No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas [en los derechos que constituyen su objeto] las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

La excepción contemplada en el art. 8.1 LOPHI (“cuando predomine...”) o la posibilidad de que se hallen en juego otros derechos constitucionales abre la puerta a realizar el juicio de ponderación si resultara que otro interés –en este caso, el histórico, científico o cultural– predominase sobre aquel³¹.

El problema estriba en que actualmente, y conforme a la dicción literal de los artículos 37.2 LRJPAC y 57.1.c LPHE, no parece que, en presencia de datos

íntimos la ponderación por parte de la Administración sea posible. Ello acrecienta la importancia de que la ley y la jurisprudencia determinen, en lo posible, el contenido del derecho a la intimidad, además de subrayar la importancia de los plazos temporales de restricción de acceso.

Los plazos de acceso

Por su parte, el RDSEA (art. 28.2) veda el acceso a documentos que contengan informaciones que afecten a la intimidad o a la seguridad de las personas salvo que medie el consentimiento expreso y por escrito de los afectados. A falta de estos, el RDSEA remite ineludiblemente a los plazos del art. 57.1.c de la LPHE. Sin embargo, respecto del plazo de cincuenta años, el RDSEA establece que:

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.

Una cosa es intentar clarificar y otra muy distinta legislar en lugar de regular. *El principio [de reserva de ley] no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador (STC 83/1984, FJ 4).* De la redacción del art. 28.2 RDSEA cabe interpretar que o el art. 57.1.c LPHE está derogado –lo que no nos consta– o que *clarificamos* tanto que decimos que el legislador dijo lo que, en realidad, no dijo. En mi opinión, el precepto del art. 28.2 RDSEA es ilegal y bien podría ser objeto del recurso contemplado en el artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).

La redacción parece pretender dar respuesta a una duda habitual entre los profesionales de los archivos, especialmente desde la promulgación de la LOPDP: ¿qué pasaría si, a pesar de haber transcurrido el plazo de cincuenta años, el titular de los datos siguiera vivo? ¿Cómo debe interpretarse este presupuesto? Pensemos, por ejemplo, en personas desaparecidas ¿En qué medida asume el solicitante la carga de indagar sobre si se ha producido la muerte de un tercero? No tengo la respuesta a todas las preguntas planteadas, si acaso puedo aportar tan solo una primera reflexión.

La misma LOPDP, en su Disposición Adicional Tercera, considera el plazo de cincuenta años, aunque limitado a determinados *expedientes instruidos al amparo de las derogadas Leyes de Vagos y Maleantes, y de Peligrosidad y Rehabilitación Social*). Aunque se refiera solo a estos, su redacción muestra el temor a que se cedan los datos y el afectado aún esté vivo. Dejando a un lado la posibilidad que brinda la disociación de

datos, la Disposición Adicional plantea el problema de que se siguiese comunicando parcialmente el documento *sine die*, incluso superados los 50 años; pues allí se dispone que continúen suprimiéndose los datos que afecten a la intimidad *salvo constancia expresa del fallecimiento*. Constancia que, reitero, no siempre es posible determinar con precisión. Si bien la LOPDP parece insinuar que corresponde al solicitante de acceso a la información completa la carga de determinar si el afectado efectivamente ha fallecido, tal exigencia no se menciona en su Reglamento.

La LPHE, por el contrario, no parece sentar tal obligación. Así que la mayoría de nosotros, los archiveros, cuando vemos un plazo legal concreto nos aferramos a él: si el documento tiene 50 años o más se debería permitir el acceso (LPHE y 11.2.a LOPD). La misma Agencia de Protección de Datos, ya en el año 2000, no se andaba con rodeos y afirmaba en un informe intitulado “*Alcance del concepto de tratamiento de datos históricos con fines científicos o de investigación*”³² que, transcurridos los cincuenta años, el acceso es posible. Para ello, la Agencia establece como parámetro que determina la historicidad de los documentos el que los mismos hayan superado los plazos contenidos en el artículo 57.1.c³³.

Tampoco los plazos están exentos de problemas, máxime si se consideran aisladamente respecto de los bienes y derechos que intentan proteger; en este caso, de la intimidad de las personas.

Una dificultad que se plantea cotidianamente es la determinación de la fecha a partir de la cual contabilizar el plazo cuando se trata de expedientes –reglados o no– y no de documentos individuales. Lo más lógico, desde luego, es considerar la fecha de finalización de su trámite (por resolución, caducidad o por cualquiera de los modos de finalización de un procedimiento en el caso de los reglados)³⁴. Es cierto, empero, que tanto los expedientes y documentos compuestos no generados en el marco de procedimientos reglados como, en ocasiones, los que sí lo han sido (especialmente los judiciales) han podido permanecer abiertos durante años, incluso decenios³⁵. En estos casos, la jurisprudencia ha determinado que el plazo tome como referencia la fecha de los documentos que conforman el procedimiento y no necesariamente la fecha de terminación del mismo³⁶.

Ni siquiera tenemos siempre claro quiénes son las personas cuya intimidad se protege dado que, aparte de aquellas a que se refiere directamente la información, pueden aparecer en escena familiares, tutores... Pues la intimidad personal es, hasta cierto punto, inseparable de la familiar. Como el Tribunal Constitucional ha declarado:

[...] *una vez fallecido el titular [del derecho a la intimidad] y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional [que no legal], que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente* (STC 231/1988, FJ 3)³⁷.

4. [...] *debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no solo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados*

aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio, y no ajeno– a la intimidad, constitucionalmente protegible. (STC 231/1988, FJ 4).

Solo así se entiende que la LPHE establezca en su art. 57.1.c el plazo de 25 años tras la muerte del afectado al que se refiere la información contenida en los documentos que compromete la intimidad, no ya la suya –que desaparece con él– sino la de su familia. La “intimidad familiar” deviene en una suerte de derecho a la protección de la memoria del fallecido³⁸ que exigiría el análisis propuesto en la Sentencia precitada. Pues, indudablemente, no siempre pueden detallarse en la normativa todos los posibles supuestos. Por ejemplo, si la intimidad que se protege no es ya la del fallecido, por cuanto carece de ella, sino de su familia, ¿qué sucedería si aquel careciese de pariente o persona próxima alguna? ¿Qué sentido tendría, en este caso, impedir el plazo de acceso durante 25 años?

Respecto de los plazos establecidos en el art. 57.1.c LPHE, algunas veces se vierten críticas un tanto rotundas pero, aun así, discutibles. Unas, porque los consideran demasiado dilatados; otras, por todo lo contrario. Es cierto que detraen del conocimiento de los investigadores muchos documentos y puede discutirse acerca de si son o no más prolongados de lo que debieran³⁹. Sin embargo, no puede dudarse de su necesidad. A menudo no se trata ya solo de proteger bienes y derechos que pudieran verse afectados negativamente por el conocimiento público de determinada información, sino la propia existencia de esta última. La seguridad jurídica que proporcionan los plazos de restricción también beneficia la conservación de los documentos por los más proclives, en ciertos casos, a su destrucción, porque si los plazos no existen o se incumplen los temores o prevención de algunos facilitarán la eliminación encubierta de documentos (o su traslado a domicilios particulares)⁴⁰. Presentes en otros ordenamientos jurídicos, los plazos son clarificadores, ya que aportan seguridad jurídica al delimitar con precisión el momento a partir del cual puede comunicarse el documento, sin importar ya lo muy sensible que pudiera ser su contenido y previniendo frente a posibles interpretaciones restrictivas acerca de la calidad de éste.

Porque este es realmente *el problema*. ¿Pertenece a la intimidad la orientación sexual o las creencias religiosas de una persona? Es indudable que sí. Pero, ¿también su condición de militar al mando de un pelotón de fusilamiento en la Guerra Civil? ¿O su actividad pública como comisario político en el frente durante la misma? En estos casos, creo que resultaría insostenible una respuesta afirmativa⁴¹.

Ocasionalmente se argumenta, y es verdad, que ciertas informaciones no pueden conocerse no ya por razones de intimidad, sino por motivos de seguridad. Pero en ambos casos estaríamos hablando de hechos actuales y no referidos a un pasado más o menos lejano, ya que *la distancia en el tiempo diluye la condición objetiva de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20* (STC 43/2004, FJ 5)⁴². Por eso los plazos son necesarios y no han de estigmatizarse como consecuencia de su incorrecta aplicación; es esta la que ha de evitarse respecto de la información que han de proteger⁴³.

Con frecuencia –y con razón– se protesta de que numerosas informaciones contenidas en los documentos se señalan como íntimas sin un planteamiento previo mínimamente serio acerca de si realmente lo son, en pos de una simple excusa para impedir su comunicación, cuando de lo que se trata es de determinar si al acceder a la información se produce un daño o no se produce y, en caso afirmativo, si ese daño es mayor o menor que el provocado por la denegación del acceso⁴⁴. “*La normativa legal o las reglas internas son irrelevantes, lo que importa es quién las interprete*”⁴⁵. Esto es muy cierto, aunque también se reconoce que la situación ha mejorado y, normativa aparte, otras circunstancias determinan cada caso. Por una parte, la actitud de responsables y personal de los archivos públicos no es la misma ahora que en los años setenta y ochenta, por razones sociológicas obvias. *Aquellos archivos olían a un pasado remoto*, escribió quien fuera gobernador civil de Barcelona al destruir la documentación de la Jefatura Provincial del Movimiento en 1976⁴⁶. Por otra parte, empero, la situación actual respecto de la protección de datos personales ha venido a reforzar los argumentos de quienes, con razón o sin ella, ven informaciones no comunicables en casi cualquier caso. Insisto, la cuestión, en definitiva, gira en torno a la necesidad de precisar en lo posible el contenido del concepto *intimidad* –especialmente, de lo que no lo es–.

Finalmente, ha de mencionarse otra frecuente traba, equivocada a mi juicio, puesta por quienes han de permitir o denegar el acceso a los documentos y que tiene lugar, desde la perspectiva de un posible conflicto, cuando se equiparan sin más las confrontaciones “derecho de acceso-intimidad”, por un lado, y “derecho de acceso-honor” por otro. Este último, el honor, simplemente no podría vulnerarse por ejercer el acceso, sino por divulgar públicamente la información obtenida⁴⁷; y aun esto último, según en qué casos, pues *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* (STC 43/2004, FJ 5)⁴⁸. Por ello, tampoco parece muy acertado esgrimir cambios en la percepción social de comportamientos pasados para argumentar en favor de su conocimiento. Pues si algo se consideró negativo en su día y hoy ya no lo es, en el caso inverso ¿quedaría justificada la incomunicabilidad de la información?⁴⁹

La necesaria ponderación entre los derechos en juego

Hemos aludido repetidamente en el texto a la ponderación como única salida al conflicto entre publicidad y reserva y para la que se han propuesto directrices⁵⁰. La ponderación para resolver controversias o tomar decisiones es un ejercicio cotidiano en la vida de las personas y en la del mismo Estado en todas sus esferas⁵¹. Cuenta con su método y es el medio más eficaz ante la colisión de bienes y derechos, aunque comporta riesgos, entre los que destaca la inseguridad jurídica por la falta de certeza que comporta la subjetividad del ser humano al decidir sobre la mayor o menor valía de cierto principio, bien o interés. No es un simple cálculo aritmético. La discrecionalidad que conlleva ha de ser atribuida y, al mismo tiempo, tasada o limitada por la ley de forma que no mude en arbitrariedad.

En materia de derecho de acceso, en todo caso, el juicio de ponderación solo será posible si la ley lo contempla y habrá de atender a una serie de criterios, en concreto los de *contenido, finalidad y resultado*⁵², partiendo de una de las pocas seguridades con que contamos: la caracterización de los datos íntimos especialmente protegidos como límite infranqueable, salvo en supuestos muy excepcionales (en los que es el juez quien decide).

Respecto de otros datos, no cabe una exclusión total *a priori*: su carácter no absoluto ha de ponerse en relación con la finalidad perseguida con el acceso, que puede ser instrumental al servicio de otros derechos constitucionales. De ahí que, ante la existencia de datos de carácter personal, parece más operativo motivar las solicitudes⁵³, como en el caso de la acreditación de un interés histórico, por ejemplo.

En cuanto al resultado, el perjuicio o se produce o no se produce. La restricción al acceso debería apoyarse tan solo en la causa de un mal mayor *que en absoluto se puede presuponer*⁵⁴. Las convicciones personales han de evitarse en la medida de lo posible en la resolución de las demandas de acceso, a fin de evitar soluciones arbitrarias o inadecuadamente preventivas: *si no lo enseñe no meto la pata*⁵⁵. Actitud a la que sin duda contribuye la clara tendencia a la mayor sanción –administrativa, penal– por dejar ver más de la cuenta que por lo contrario.

La ponderación en materia de acceso a la información que contenga datos personales cuenta a su favor con una muy reciente sentencia. La STS de 8 de febrero de 2012 (Sala Tercera) anula el artículo 10.2.b del Real Decreto 1720/2007, por el que se aprueba el Reglamento de la LOPDP. La cuestión planteada en el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo se resume en que *el Derecho español añade al interés legítimo como presupuesto del tratamiento de los datos –y la cesión de datos lo es– sin consentimiento del titular un requisito que no está presente en la Directiva 95/46/CE –traspuesta al ordenamiento español mediante la LOPDP–: que los datos consten en fuentes accesibles al público*⁵⁶. El Tribunal Supremo falla⁵⁷ anular el artículo del reglamento asumiendo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que resuelve la cuestión prejudicial previamente planteada

por el Tribunal Supremo y que dice que, tal y como se contiene en el art. 7 de la Directiva 95/46/CE, *el tratamiento está exento de consentimiento del interesado si, y solo si, primero, hay un «interés legítimo» del responsable del fichero o del tercero a quien se comuniquen los datos, y, segundo, «no se vulneran los derechos y libertades fundamentales del interesado» [...] «el segundo de estos requisitos exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado»*. Es importante señalar que, dada la primacía del Derecho comunitario, la Sentencia del TJUE supone la inaplicabilidad del art. 6.2 de la LOPDP en lo que coincide con la norma reglamentaria anulada.

“Usted no sabe quién soy yo”. **¿Un mismo derecho de acceso para distintos tipos de usuario?**

La pregunta no deja de ser una suerte de provocación, una vez dejado atrás el Estado estamental. Y la respuesta, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho es, asimismo, obvia. Por ello, ¿qué sentido tiene plantearla? A la luz de la experiencia, quizá no esté de más recordar algunas cosas.

El hecho de que en el período predemocrático el derecho de acceso no existiera como tal sino como posibilidad, limitada y sometida a la discrecionalidad administrativa, trae a escena la figura del investigador *clásico*, no desafecto al poder establecido, que accedía a los archivos merced a autorizaciones puntuales y previa acreditación de poseer un título oficial o cursar una carrera universitaria, *ser presentado o recomendado* por alguna personalidad de relevancia⁵⁸ y dedicarse *conocidamente* a tareas de investigación histórica⁵⁹. Se establecía así una categoría de ciudadanos diferenciada del resto que, con el advenimiento de la Constitución, deja de existir, por cuanto esta reconoce la titularidad universal de los derechos allí contenidos y, consecuentemente, garantiza el derecho de acceso *de todos* los ciudadanos frente al privilegio de unos pocos –los investigadores a la usanza tradicional. Cualquier ciudadano puede, por tanto, en cualquier momento, tener un interés cultural o científico –legítimo– al acercarse a los archivos⁶⁰. En el bien entendido de que el concepto *ciudadano* ni siquiera se ve limitado a quienes ostentan la nacionalidad española⁶¹.

Hay que reconocer, empero, que la diferenciación entre usuarios se resiste a desaparecer; incluso, ocasionalmente, parece reverdecida⁶². La locución misma se percibe negativamente por algunos al lamentar la pérdida de protagonismo del investigador clásico: *Historiadores devenidos en “usuarios”, en un lenguaje falsamente gerencial*⁶³.

En conexión con la función social a que sirve el derecho a la investigación, las dificultades en el acceso a las fuentes se consideran, especialmente en el caso de los investigadores de la Historia más reciente, como un grave perjuicio a dicha función⁶⁴. Nada ha de objetarse a semejantes quejas si atendemos al deficiente entramado normativo que regula el derecho de acceso. Sin embargo, también es cierto que, de vez en cuando, el historiador –al igual que el periodista– parece querer arrogarse una suerte de franquicia total para acceder a la información. En estos tiempos, presididos por *la abrumadora exigencia de recuperar algo que se llama memoria histórica*⁶⁴, el acceso a la documentación del franquismo y de los años de la transición ha puesto de manifiesto con mayor crudeza las dificultades que plantea la legislación, así como el intento de quienes pretenden soslayar en lo posible y, también en lo imposible, los límites en ella establecidos.

Y no solo los investigadores participan de esa sensación; también algunos archiveros –cada vez menos, afortunadamente–, quienes parecen entender que el servicio de los archivos a la causa de la Historia y de los historiadores es su único propósito. De vez en cuando la relación entre algunos y algunos otros da lugar a extrañas connivencias. No es insólita la figura del investigador *favorito* con privilegio de documentos en primicia y fotocopias instantáneas; tampoco lo es la correspondiente contraprestación o agradecimiento al solícito archivero que se las proporciona, manifestado de diversas formas⁶⁶.

Lo cierto es que son frecuentes los reproches por parte de algunos investigadores por *la aplicación uniforme de las mismas normas a un público heterogéneo, [que] puede ocasionar rigideces que podrían evitarse estableciendo una mayor discriminación entre los usuarios*⁶⁷. Normas que *penalizan a los investigadores, los más conscientes del valor de los fondos*⁶⁸. Esto es, lo que no les privilegia frente al resto se explica como una *penalización*. Entiendo que estas críticas se refieren a disposiciones menores (normas de sala de lectura en los centros, de solicitud de reproducciones, etc.) que regulan *el ejercicio* del derecho de acceso. Podría interpretarse que lo que se desea es que esas normas, de forma similar a la acreditación de los profesionales de los medios de comunicación⁶⁹, establecieran un derecho *preferente* o, mejor aún, una *modalidad de ejercicio preferente* del derecho. Pero no se debe confundir la titularidad del derecho fundamental a difundir y recibir libremente información veraz con la preferencia de los periodistas acreditados para entrar a una sala de vistas con un aforo de 50 personas para cubrir un juicio, como tampoco ha de confundirse el derecho de acceso con que te den las fotocopias antes por el mero hecho de ser *investigador profesional*. Incluso dudo de que esto último fuese factible simplemente por ostentar, por ejemplo, la condición de profesor universitario. Pues su interés no me parece cualitativamente superior al del ciudadano que precisa –quizá con mucha más urgencia– una copia auténtica de un documento para justificar una solicitud de pensión indemnizatoria dirigida a la Administración Pública o para ejercer su derecho fundamental a la jurisdicción

(art. 24.1 CE). De todas formas, tampoco creo que la concurrencia de ambos tipos de usuario sea algo habitual.

En todo caso, da la impresión de que, ocasionalmente, trata de justificarse la necesidad de un *derecho de acceso diferente* en cuanto a su titularidad frente a un determinado interés legítimo que puede concurrir en cualquier persona en un momento dado. Es esta una confusión muy extendida entre los investigadores y de la que no son enteramente culpables. La redacción de las normas aplicables, principalmente del art. 37 LRJPAC es, en buena medida, la causa.

En primer lugar, *cuando predomine* el interés histórico, científico o cultural, tras realizar un juicio de ponderación adecuado, debería poder verificarse el acceso –otra cosa es que la normativa actual lo permita, pues en ninguna parte se alude a dicho juicio–. Es decir, es precisa una previa valoración de los derechos en juego en función del contenido del documento. No existe, a priori, un derecho distinto en función del sujeto titular. Sí puede darse una modalidad diferente de ejercicio directo del acceso, tal y como se contiene en el art. 37.7 LRJPAC:

El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

No se trata, pues, de un acceso materialmente privilegiado, sino *formalmente* privilegiado en cuanto a la petición *individualizada* de documentos⁷⁰, pues al investigador quizá no le interese un expediente concreto sino una *serie o fracción de serie documental* que comprenda, por ejemplo, un período cronológico amplio o relativo a una diversidad de lugares. El problema es que la condición excluyente que impone “*la garantía de la intimidad de las personas*” no es fácilmente interpretable. Entiendo que si se autoriza dicho acceso directo será porque la comunicación de los documentos no afecta a datos íntimos. También podría referirse a la posibilidad de acceder a la información previa disociación de datos personales e informaciones íntimas (en las reproducciones, se entiende), habida cuenta de que no se trata de documentos concretos sino de solicitudes genéricas sobre una o varias materias.

Sin embargo, algunos investigadores reivindican una tercera interpretación, recogida incluso en alguna disposición administrativa: que en el caso de documentos que contuvieran datos cuyo conocimiento *efectivamente* afectase a la intimidad de las personas –por qué no, datos especialmente protegidos, aunque la ponderación con el interés histórico creo que no es actualmente posible fuera del ámbito judicial–, pudiera accederse a los mismos *atendiendo a la honestidad de la*

*investigación y del investigador*⁷¹ o *previo compromiso por escrito del investigador de no utilizar esa información con fines que puedan afectar... a la intimidad*⁷². Me pregunto si, en ausencia de ponderación, esa afectación no se produce, en cualquier caso, con el acceso a la información por parte de cualquiera –también del investigador– distinto de la propia Administración Pública que la custodia. Surge aquí la aspiración al acceso absoluto por parte del investigador quien, en el ejercicio del derecho a la libertad científica, deviene en una suerte de intermediario que accede a la intimidad de los demás aunque con fines “honestos”⁷³.

La figura del investigador ha sido tradicionalmente conceptualizada como el usuario-tipo de los archivos, algo lógico si tenemos en cuenta la tradicional consideración de los archivos como instituciones culturales. Sin embargo, los archivos son algo más que “ruinas vivientes parlantes” para el ciudadano que recurre a la información en ellos contenida no por placer o por interés cultural o científico, sino porque precisa de documentos para testimoniar derechos y deberes. En ocasiones serán directamente *interesados* en el procedimiento, en cuyo caso el acceso no vendrá regulado por el régimen general sino por las normas administrativas o judiciales aplicables⁷⁴. A pesar de lo cual, el concepto de interés legítimo e incluso el de interés directo no siempre se interpretan correctamente, como cuando, por razones de protección de la intimidad, se deniega a participantes en procesos en curso para la selección de personal en las Administraciones públicas el acceso a los méritos alegados por otros participantes ante la sospecha de irregularidades.

“Pase usted y a ver si lo encuentra”: la cuestión de los medios. Los problemas prácticos

¿De qué serviría una normativa avanzada si no hay quien encuentre los papeles o si los hongos se han dado un hartón con ellos? ¿O si el archivo está cerrado porque el único funcionario que tiene la llave está de vacaciones?

Muchas veces las quejas y dificultades para el acceso tienen más relación con la escasez de medios o las rigideces en el funcionamiento de los centros que en los problemas legales para acceder a la información. Aunque ya se ha dicho que la situación general de los archivos ha mejorado sustancialmente, es cierto que persisten no pocas dificultades, unas coyunturales y otras estructurales. En tiempos de crisis, de recortes y presupuestos menguantes o inexistentes, pocos servicios públicos se libran de restricciones y limitaciones respecto de medios humanos y materiales, con la consiguiente afectación a sus actividades. Los archivos tampoco, desde luego. Hace poco yo mismo acudí a visitar una institución cultural de ámbito estatal y me encontré con que dos de sus tres plantas se hallaban cerradas por falta de personal. No es difícil comprender la indignación que,

ante una situación de este tenor, ha de sentir un investigador que acude a un centro alejado de su ciudad para trabajar allí durante una o dos semanas. O que ve como el tiempo del que dispone se desperdicia por causa de horarios exclusivamente matutinos.

Problema recurrente, asociado a la escasez de personal, es la falta de tratamiento archivístico de los fondos, aunque esto no siempre ha de constituir necesariamente coartada para las negativas eternas. Por ejemplo, en la LPHE (art. 62), al igual que en otras normas autonómicas, se contempla la restricción al acceso o a la reproducción de los documentos por razones de conservación que, obviamente, determinan los técnicos responsables. El problema surge cuando tales procesos se prevén para *algún día de estos* y no se concreta cuándo⁷⁵. En tales situaciones entiendo que ha de reclamarse algún tipo de información sobre plazos o alternativas, dado que no puede denegarse el ejercicio de su derecho al investigador *sine die* por algo que, en resumidas cuentas, es obligación de la Administración Pública, esto es, restaurar el documento que, a menudo, ha resultado deteriorado por su propia negligencia en conservarlo adecuadamente.

Claro está que pretender facilitar el acceso es bien distinto de convertir los depósitos de los archivos en un parque temático. El reconocimiento de que, en muchos casos, la situación es poco satisfactoria se atisba en uno de los preceptos contenidos en el RDSEA que, en un abrir y cerrar de ojos, demuestra que todo el conocimiento archivístico en materia de instalaciones e infraestructuras de archivo –compartimentación funcional, circuitos de la documentación, seguridad, etc.– resultaba ser pura tontería. Su artículo 25, “Autorización de entrada a los archivos y de consulta de documentos originales” se despacha así en su apartado 1:

La entrada en la zona de depósito de los archivos estará reservada a personal autorizado. Quienes acrediten un interés histórico, científico, estadístico o cultural relevante podrán solicitar al responsable del archivo autorización de entrada para el examen de la documentación obrante. La autorización, que podrá denegarse en razón de las necesidades de organización de los servicios o de la garantía del carácter restringido de determinados fondos obrantes en los archivos, determinará las condiciones en que deba realizarse la entrada.

Ya ven, nosotros preocupados por cuestiones complejas y resulta que el acceso era ¡al depósito! Es cierto que existen multitud de archivos en pequeños municipios, juzgados y tribunales, etc. que carecen de personal especializado o instrumentos de descripción y en cuyos depósitos entran los investigadores, cuando se les permite, desde hace ya mucho. Pero que tan calamitosa situación suponga dar carta de naturaleza normativa al “autoservicio archivístico” en los depósitos es impresentable. Claro que, en tiempos de curiosas propuestas, como la de que las bibliotecas cerradas por falta de medios sean atendidas por voluntarios en

paro, ¿a quién ha de parecerle mal que los investigadores entren en los depósitos? ¿No se quedaba Julia Roberts en la película *Erin Brocovitch* sola con sus niños en el archivo de la Administración de Aguas del condado?

Otra de las cuestiones problemáticas reside en la reproducción de fondos en los archivos. El art. 37 LRJPAC es meridiano cuando establece que “El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas”. El RDSEA, en su art. 31, “Obtención de copias”, desarrolla el precepto pero establece una serie de excepciones:

- a. Cuando los documentos no sean de libre consulta.
- b. Cuando no resulte posible realizar la copia en un formato determinado debido a la carencia de equipos apropiados o al excesivo coste de la misma.
- c. Cuando la reproducción suponga vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

El primero de ellos puede parecer una obviedad pero lo que, en realidad, parece decir es que, cuando los documentos no sean accesibles sino mediante autorización –esto es, cuando no son de libre consulta– no será posible la reproducción. Es decir, si lo entiendo bien, el RDSEA viene a decir justo lo contrario que el art. 37.8 LRJPAC, que conlleva incuestionablemente la reproducción de documentos cuyo acceso “sea autorizado por la Administración”. De nuevo, la presunción de un abuso del derecho por parte de sus titulares.

Es usual la queja por los largos plazos de entrega de las reproducciones solicitadas. Ocasionalmente, es verdad, nos encontramos con el solicitante de miles de fotocopias que pretende le sean realizadas casi en el día, como si los documentos pudiesen introducirse, al igual que en las copisterías, de cien en cien en las fotocopadoras. Se trata de problemas íntimamente relacionados con la falta de personal o de medios técnicos dimensionados adecuadamente a la demanda, a los que se unen las, a veces, muy específicas necesidades de los usuarios, no siempre posibles de satisfacer. En este sentido, el RDSEA pierde la ocasión de aclarar un asunto cada vez más habitual, esto es, el recurso por los usuarios a sus propios medios de reproducción, gracias al desarrollo de la fotografía digital y de los dispositivos portátiles de escaneo. Pues el tenor del apartado b) del art. 31 RDSEA excluye *a radice* la copia en un formato que el centro no pueda facilitar por carecer de medios... pero no aclara si pueden ser aportados por el usuario. Mi opinión al respecto es que debería permitirse su utilización siempre que tales medios no perjudiquen a los documentos ni importunen a otros usuarios o interfieran en la normal actividad del archivo.

Por último, el tercer apartado, a mi modo de ver, introduce apresuradamente una limitación discutible. Al igual que hemos comentado respecto a la

vulneración del derecho al honor, el respeto a los derechos de propiedad intelectual y, más específicamente, a los derechos de explotación, se vulnera no mediante el acceso sino mediante la divulgación de la información. Es cierto que la reproducción de documentos que puedan estar sometidos al derecho de autor es una forma de divulgación. Sin embargo, también lo es que, de acuerdo con el art. 37.1 de *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*⁷⁶:

Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.

El archivero en el laberinto

Es evidente que, desde su quehacer técnico, el archivero es una pieza clave en un sistema de transparencia. Ya en 1978 algunos profesionales de los archivos españoles escribían que la información que contienen los archivos administrativos *puede ser un elemento potenciador o represor de la democracia, según cómo se procese y a disposición de quién se ponga*⁷⁷. Hoy día el desarrollo de la administración electrónica realza aún más ese papel. Ya sea individualmente, ya en el seno de órganos colegiados tales como comisiones calificadoras y de acceso o similares⁷⁸, los archiveros –si estamos allí– deberíamos aportar como valor añadido una visión enriquecida por la compleja experiencia en materia de acceso de la que muchos carecen.

El RDSEA establece (art. 23.3) que *el responsable del archivo ofrecerá la asistencia que sea necesaria para facilitar el ejercicio del derecho de acceso [...] y que la solicitud se dirigirá al responsable del archivo que custodia los documentos* (art. 24.1). Lo cierto es que los responsables de los archivos se configuran reglamentariamente como el nexo entre el solicitante y el órgano competente para resolver (éste último, a falta de previsión expresa, es *aquel del que dependa orgánicamente el archivo que custodia los documentos*, art. 24.5). Por facilitar al usuario el ejercicio del derecho no debería entenderse simplemente orientarle en las búsquedas, sino asesorarle en materia de acceso, indicarle los posibles problemas y soluciones, si las hay, sin perder de vista nunca que es el ciudadano quien decide o no solicitar el acceso a los documentos y que es el órgano competente quien resuelve sobre dicha solicitud. Actitud alejada del “archicerbero” que opta por la prevención arbitrariamente subjetiva.

Pese a todo, parece que algunas normas siguen empeñadas en adjudicarnos, de alguna manera, este papel. El RDSEA atribuye a los archiveros una competencia más, tan discutible como compleja. Su artículo 26.4 dice:

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, pudieran incurrir, a su juicio y a la vista de su contenido, en alguna de las limitaciones previstas en las leyes.

El motivo de denegación del art. 26.4 RDSEA abre la puerta a la inseguridad jurídica. Si en los archivos administrativos el acceso requiere de solicitud y autorización previas (lo que no equivale a que los documentos en ellos conservados sean, por definición, comunicables) y la resolución al respecto corresponde al órgano competente del que dependa el archivo, ¿se refiere el citado artículo a los históricos? Es cierto que en no pocos archivos administrativos encontramos documentos de la época de Chindasvinto y que sería absurdo solicitar autorización para acceder a los mismos; o que a expedientes incoados en 1933 se han añadido documentos de 1980 y ello nos hace dudar de si son o no históricos cuando el posible límite a su comunicación no descansa en razones de interés privado. Definitivamente el mal funcionamiento administrativo, la desprocedimentalización, tiene sus consecuencias.

El problema principal estriba en que la expresión “*sin haber sido objeto de exclusión de consulta pública*” es confusa pues cuáles lo son y cómo. Puesto que el art. 27 se refiere específicamente a la documentación clasificada con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales⁷⁹ podría entenderse que con tal expresión se alude a documentos o series que no hayan sido clasificados debiendo haberlo sido. Si la intención del precepto es prevenir todas las situaciones posibles me temo que no ha sido demasiado afortunado pues no deja de ser significativo que estemos adivinando qué es lo que se dispone en el Real Decreto. Por lo demás, la precitada expresión se opone al principio según el cual en la ley ha de primar el principio de generalidad, no el de excepcionalidad: lo que hay que declarar de forma expresa es lo inaccesible, pues de lo contrario las lógicas omisiones son fuente de inseguridad jurídica.

Al menos no se alude como causa de exclusión al posible perjuicio a *intereses generales o de las personas*⁸⁰, cláusula ciertamente ambigua e incompatible con cualquier sistema de transparencia, que supone una intervención discrecional de la administración amparada en un concepto indeterminado. Una deslegalización que, en otras ocasiones pero a efectos muy similares, ha supuesto una declaración de inconstitucionalidad⁸¹. Así pues, se atribuye al archivero la facultad de restricción del derecho de acceso, cautelar pero restricción al fin y al cabo, cuando se de una serie de limitaciones contenidas en la ley que, sin embargo, presentan notables dificultades para su interpretación. Al menos el “Archicerbero”, dada la responsabilidad que se le atribuye, podrá demandar justificadamente un aumento salarial.

Finalmente, aunque no es objeto de este trabajo el comentario pormenorizado de un texto que no se limita a regular el procedimiento de acceso, es preciso subrayar la confusión respecto de algunos aspectos de índole competencial y organizativa.

Por ejemplo, se dice que entre las funciones del Archivo General de la Administración está (RDSEA, 11, apartados 2 y 3) aplicar las resoluciones adoptadas por la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos relativas a la conservación permanente y al acceso, en su caso, *de agrupaciones documentales*⁸², cuando dicha Comisión, antes y ahora, es un órgano consultivo (RDSEA, 13.6) y, en tanto tal, *dictamina pero no resuelve*.

Por otra parte, se define (RDSEA, 2.f) *calendario de conservación* como “el instrumento de trabajo fruto del proceso de valoración documental, en el que se recoge el plazo de permanencia de los documentos de archivo en cada una de las fases del ciclo vital para su selección, eliminación o conservación permanente y, en su caso, el método y procedimiento de selección, eliminación o conservación en otro soporte”. Nada se dice del acceso, aunque en el articulado posterior se le añade el apellido cuando se dispone que (RDSEA, 10.2) “los órganos competentes de cada Ministerio propondrán los calendarios de conservación y acceso de los documentos que custodian en los diferentes archivos previstos en este artículo, comunicándolos a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos”. Esto ha de relacionarse con la función atribuida a los denominados *grupos de trabajo ministeriales* en el art. 13.2.b: “Promover los criterios particulares en relación con la accesibilidad de la información obrante en los archivos de su competencia”, así como con la que tienen los archivos del sistema de (RDSEA, 14.1.d) “atender a lo dispuesto en los calendarios de conservación, en cuanto a los plazos de acceso [...] en cada tipo de archivo”. Además dice el art. 26.4: “Toda alteración en el régimen de acceso a documentos deberá ser puesta en conocimiento de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, que será la encargada de informar con carácter previo los casos de modificación del régimen de libre acceso”.

En resumen, si entiendo algo, los ministerios, a través de los grupos de trabajo, proponen criterios particulares de acceso, contenidos en calendarios. Tales calendarios, al igual que su modificación –si bien esto no es lo mismo que “el régimen de acceso”–, se informan por la Comisión Superior Calificadora; parecería que esta última resuelve sobre ellos, aunque debería solo dictaminar –al fin y al cabo, *se adscribe a la Comisión de Archivos de la Administración General del Estado como su órgano consultivo superior* (RDSEA, 13.6). Si la Comisión de Archivos de la Administración General del Estado, tal como se ha configurado –y que daría por sí sola para otro artículo–, solo tiene competencias de coordinación, además de asumir las que ostentaba la Junta Superior de Archivos (RDSEA 7, 13.3, 14 y DA 1^a), la decisión final de aprobación de tales calendarios de acceso corresponde a... ¿a quién?

Bibliografía

- AHUMADA CANABES, Marcela Alejandra, *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*. Tesis doctoral inédita, Universidad Carlos III de Madrid, 2006.
- ALBERCH I FUGUERAS, R. y CRUZ MUNDET, J. R., *¡Archívese! Los documentos del poder. El poder de los documentos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- CARRILLO LINARES, Alberto, “Reflexiones y propuestas para una correcta interpretación de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español sobre el artículo 57 y el acceso a los archivos”, en *Boletín ANABAD*, Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios Documentalistas y Museólogos, 2005, núm. 3, julio-septiembre, pp. 11-48.
- DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa” en *Revista Española de Documentación Administrativa*, 8 (1995), pp. 537-563.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”, en VVAA, *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “La experiencia europea en materia de transparencia administrativa y acceso a la información” en CANTÚ, Hugo A., LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y TACHER EPELSTEIN, Lucy (coord.), *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, 193, México, 2004, pp. 261-298. Disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1407/11.pdf>> [Consulta: 15/09/2010].
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Los concejales y el derecho a la información. El derecho de los concejales de acceso a la documentación local*, Granada, Editorial Comares, 2001.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *La protección de los datos personales en las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 2003, especialmente las páginas 165 a 191.
- FORTEA PÉREZ, José Ignacio, “El acceso a la documentación pública y privada desde la perspectiva del historiador” en RIBOT GARCÍA, Luis (coord.), *El libro, las bibliotecas y los archivos en España a comienzos del tercer milenio*, Madrid, 2002.
- GIL HONDUVILLA, Joaquín, “El derecho de acceso a la documentación” en *Historia Actual On Line*. HAOL, Núm. 19 (Primavera, 2009), 183-198. Disponible en: <http://www.historia-actual.org/Publicaciones/index.php/haol/article/view/308/296> [Consulta: 11/02/2012].
- GUICHOT REINA, Emilio, “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), pp. 407-445.
- GUICHOT REINA, Emilio, *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Pamplona, Thomson Civitas, 2009.
- JACOBS, JAMES B. y LARRAURI, Elena, “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España” en *InDret. Revista para el análisis del Derecho* [en línea], octubre

- 2010, disponible en <http://www.indret.com/pdf/769_es_1.pdf> [Consulta: 26/01/2011]
- LASO BALLESTEROS, A., “El acceso a los documentos administrativos: derecho, laberinto y decepción” en *Boletín ACAL*, 33 (3er trimestre 1999), pp. 22-27.
- MATAS i BALAGUER, J., “El acceso a los documentos: un derecho democrático”, ponencia mecanografiada presentada al Pre-Congreso celebrado en Sevilla con motivo del XIV Congreso Internacional de Archivos, Sevilla, 2000.
- MERLONI, Francesco (coord.), *La trasparenza amministrativa*, Milano, A. Giuffrè Editore, 2008.
- MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Madrid, 1993.
- NIÑO RODRÍGUEZ, Antonio, “La acción preventiva y el acceso a los archivos históricos” en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2005, Vol. 27, pp. 299-307.
- OCAÑA LACAL, D. de, “El archivero y el derecho de acceso en la sociedad democrática: algunas reflexiones”, en VVAA, *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Murcia, Consejería de Turismo y Cultura de la Región de Murcia, 2001.
- OCAÑA LACAL, D. de, “El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso” en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001.
- OCAÑA LACAL, D. de, “Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España” en *Boletín de ANABAD. Actas del VII Congreso Nacional*, XLIX (1999), 3-4, pp. 173-210.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Derecho a la Intimidación. Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, España. Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica: Centro de Estudios Políticos. Vol. 1, 2004.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa” en *Revista de Administración Pública*, 142 (1997), enero-abril, pp. 439-479.
- POMED SANCHEZ, L. A., *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.
- RAMS RAMOS, Leonor, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, Editorial Reus, 2008.
- RODRÍGUEZ DRINCOURT, Juan, “El derecho a la creación y producción científica”, en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 715-718.

Notas

¹ MERLONI, Francesco, “Trasparenza delle istituzioni e principio democrático”, en MERLONI, Francesco (coord.), *La trasparenza amministrativa*, Milano, A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 3-27.

Un excelente planteamiento acerca de qué es transparencia y cuáles son sus objetivos se encuentra en el preámbulo del borrador de anteproyecto de ley foral navarra de transparencia y buen gobierno de fecha 20/01/2012 y disponible en <<http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/248F1E44-BDDDB-44A0-B9DD-84A1DF83E09F/208622/BorradorAnteproyecto20enero.pdf>> [Consultado el 12/02/2012].

² ARENA, Grigorio, “Le diverse finalità della trasparenza amministrativa”, en MERLONI, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

³ Así, organizaciones internacionales no gubernamentales como *Transparency International* consideran el derecho de acceso a la información contenida en los archivos una premisa fundamental del desarrollo democrático en los Estados denominados *en transición*. Vid. <<http://www.transparency.org>>.

⁴ Vid. la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 42, intitulado “Derecho de acceso a los documentos” dice que *todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (2000/C 364/01, DOCE de 18 de diciembre de 2000)*. Vid. también el Reglamento (CE) N° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DOCE de 31 de mayo de 2001). En el marco institucional paneuropeo el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó una *Recomendación sobre política europea en materia de acceso a los archivos* (núm. 13/2000). Asimismo el Convenio de Aarhus, esto es, la *Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*. Se trata de un Convenio Internacional adoptado en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, firmado el 25 de junio de 1998 y ratificado el 29 de diciembre de 2004. El hito más reciente lo constituye el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, firmado en Tromsø el 18 de junio de 2009 y aún no ratificado por varios Estados, entre ellos España.

⁵ Sobre el artículo 105.b) CE vid. MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Madrid, 1993; DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa” en *Revista Española de Documentación Administrativa*, 8 (1995), pp. 537-563; POMED SÁNCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa” en *Revista de Administración Pública*, 142 (1997), enero-abril, pp. 439-479 y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 311-329.

^{5bis} Estando este trabajo ya en prensa el Gobierno de España ha hecho público un borrador de Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, estableciendo un período de consulta pública para recabar sugerencias y alegaciones de los ciudadanos al texto (Disponible en <<http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>>. [Consultado: 18/04/2012]

Entre la publicación del 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, publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2011 y comentado en el presente trabajo, y la difusión del borrador de Anteproyecto de Ley, a finales de marzo de 2012, han transcurrido sólo tres meses. En este período ha tenido lugar la consulta pública referida a lo largo de quince días, que ha dado lugar a numerosas y cualificadas alegaciones y para finales de abril de 2012 se han programado ya diversos eventos y jornadas dedicadas al análisis de un proyecto que, sin embargo, puede diferir mucho del que eventualmente pueda aprobarse. Evidentemente la promulgación de la ley, tan necesaria como demandada, de llevarse a cabo y sin perjuicio de las modificaciones que pudiera experimentar el texto a lo largo del trámite parlamentario, dejaría obsoleta buena parte del presente trabajo. Así, dejaría de tener sentido el análisis de diversas normas que el borrador deroga o modifica, como el artículo 37 de la Ley 30/1992, que queda reducido a un mero reenvío a la Ley de Transparencia. O el de diversas cuestiones en torno a la protección de datos personales. No obstante, entiendo que los razonamientos de fondo acerca de algunas de las cuestiones clave seguirían siendo válidos. Al menos, si nos atenemos a la redacción inicial del borrador que, a mi juicio, no consigue resolver varios problemas capitales en materia de derecho de acceso: así, por lo que se refiere a la pervivencia de normas reguladoras de acceso a los archivos históricos y al funcionamiento de los sistemas archivísticos; a la delimitación de conceptos clave (información pública, intimidad, seguridad, interés legítimo...). Por ejemplo, la definición de “información pública”, loable a priori al intentar ir más allá del mero concepto de documento, resulta confusa por cuanto parece mezclar en el adjetivo “pública” titularidad y accesibilidad, cuestiones bien distintas. También son defectos del anteproyecto la ausencia de plazos temporales y la presencia de límites abstrusos, injustificados o excesivamente genéricos que, en conjunto, le hacen temer a uno que, de no mediar cambios profundos, nos hallaríamos ante una nueva oportunidad perdida, ante un ejercicio algo gatopardesco con fines quizás un tanto propagandísticos en

materia de “buen gobierno” en el momento especialmente crítico que actualmente vive nuestro país. Con todo, no me parece prudente entrar aquí y ahora a comentar en detalle lo que no es sino un borrador de una norma que, en todo caso, supone un avance indudable. Hacerlo supondría, con toda seguridad, volver a confundir el presente con el futuro, en un vano intento de detener el tiempo en torno a una realidad determinada.

⁶ MAS GONZÁLEZ Carlos, “Políticas de las Comunidades Autónomas en materia de infraestructuras” en MARTÍNEZ GARCÍA, L. y RODRÍGUEZ BARREDO, J. M^a (Coords.), *Los archivos españoles en el siglo XX: Políticas archivísticas en el Estado de las Autonomías*, Madrid, ANABAD, 2009, pp. 125-149.

⁷ DADER, José Luis, “Una ley orwelliana de protección de datos” en el diario *El Mundo*, ed. nacional de 18 de enero de 2010. He de decir que el propio autor me reconocía que tal imagen era un recurso literario dirigido exclusivamente contra la figura abstracta de un hipotético archivero-protector de datos. La verdad es que, generalizaciones aparte, puede comprenderse.

⁸ La doctrina iuspublicista cuenta ya con numerosos trabajos, algunos de los cuales se relacionan en el apéndice bibliográfico de este trabajo. Todos ellos, a su vez, recogen abundante bibliografía sobre el tema.

⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho...*, *op. cit.*, p. 454.

¹⁰ Art. 2.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPDP.

¹¹ “La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no solo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad [...]. El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma”. (STC 70/2009, FJ 2).

¹² En el Derecho francés, sin embargo, se refiere a documentos que incorporan opiniones o juicios de valor sobre una persona. Esta acepción ha sido recogida en alguna ley autonómica (Ley 19/2002, de archivos de Castilla-La Mancha).

¹³ Sobre este asunto véase FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 500 y ss. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *La protección de los datos personales en las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 173-177.

¹⁴ Véanse las Resoluciones R/02317/2010, de 18 de noviembre de 2010, <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2010/common/pdfs/TD-01342-2010_Resolucion-de-fecha-18-11-2010_Art-ii-culo-15-LOPD.pdf>; y R/00475/2011, de 7 de marzo de 2011, <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2011/common/pdfs/TD-00097-2011_Resolucion-de-fecha-07-03-2011_Art-ii-culo-15-LOPD.pdf> [Consulta: 14/01/2012].

¹⁵ Por ejemplo, el art. 7.2 del *Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de archivos judiciales*: “Si el acceso a documentos que contuvieran datos de carácter personal fuese solicitado por quien no hubiera sido parte en el procedimiento, solo será concedido [...] en los supuestos previstos por el artículo 11.2 de la LOPDP”.

¹⁶ GUICHOT, Emilio, *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Pamplona, Thomson Civitas, 2009, p. 216. FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *La protección...*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁷ Así, entre otras características, se exige del legislador el respeto a su contenido esencial; la reforma de los mismos precisa de un procedimiento agravado; su desarrollo responde al principio de reserva de ley orgánica y gozan de una tutela jurisdiccional específica. CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, 1995, vol. II, pp. 2.398-2.400.

¹⁸ RODRÍGUEZ DRINCOURT, Juan, “El derecho a la creación y producción científica”, en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 715-718.

¹⁹ O qué documentación conservar atendiendo a sus valores históricos. Esta competencia se ha atribuido a la Agencia Española de Protección de Datos o a las agencias autonómicas ex Real Decreto 1720/2007, art. 9.2., lo cual supone, en mi opinión, una modificación por vía reglamentaria de lo establecido en la LPHE.

²⁰ Informe 0073/2010. Disponible en: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdfs/2010-0073_Acceso-a-datos-personales-para-elaborar-una-tesis-doctoral.-Consentimiento.pdf> [Consulta: 2/10/10].

²¹ Lo que se aprecia claramente, por ejemplo, en la 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.

²² GUICHOT, Emilio, *Publicidad y privacidad...*, *op. cit.*, pp. 205-206.

²³ Una visión desde el punto de vista del historiador sobre la prevención en esta materia como norma de conducta en NIÑO RODRÍGUEZ, Antonio, “La acción preventiva y el acceso a los archivos históricos” en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2005, Vol. 27, pp. 299-307.

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Derecho a la Intimidad. Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, España. Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica: Centro de Estudios Políticos. Vol. 1, 2004, pp. 651-657.

²⁵ Con una sola excepción en nuestro ordenamiento constitucional: los contenidos en el art. 15 CE.

²⁶ Aunque se trata de una postura minoritaria, algunos autores consideran al respecto que los archivos son tales medios, por lo que el derecho a la información contenida en los mismos debería ser tenido como derecho fundamental. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho...*, pp. 350 y ss.

²⁷ STS de 19/05/2003. Vid. GUICHOT, Emilio, *Publicidad y privacidad...*, *op. cit.*, p. 196 y nota 321; PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, pp. 653 y ss. También resulta interesante la STS de 6/04/2001, que revoca la de instancia, STSJ de Cataluña, de 18/11/1996 (Sección 2ª), en donde se estimaba parcialmente un recurso frente a la denegación del acceso por no haber distinguido entre documentos continentales de datos no comunicables de los que no contuviesen tal tipo de datos, lo cual se interpretó como sacrificio desproporcionado del derecho a la libertad de información del recurrente –se trataba de un periodista–.

²⁸ Un resumen sobre las críticas vertidas al respecto por varios autores en RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, Ed. Reus, 2008, pp. 501 y ss.

²⁹ Podría suceder que la Administración hubiera de permitir el acceso ante supuestos previamente regulados en la ley e interpretados en la jurisprudencia constitucional como en el caso, por ejemplo, del derecho a conocer el propio origen biológico frente al derecho a la intimidad de los padres biológicos y en conexión con el art. 10 CE y el libre desarrollo de la personalidad. Pero esta es una cuestión sobre la cual, de momento, siguen siendo jueces y tribunales ordinarios quienes deciden. Un resumen del problema en PINTO ANDRADE, Cristóbal, “El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen” [en línea], s.a. Disponible en <http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=272#t3a1b> [Consulta: 11/02/2012].

³⁰ Ha de advertirse, no obstante que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre este extremo refiriéndose a la facultad de la policía judicial *para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad* (STC 173/2011, FJ 2). Según la precitada Sentencia, tales requisitos son, además de la resolución judicial motivada, *la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; el respeto al principio de legalidad; [...] y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”* (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3”).

³¹ El Convenio núm. 108, de 28 de enero de 1981, suscrito por los Estados del Consejo de Europa, ya contemplaba en su artículo 9.3 la posibilidad de acceso a los ficheros de datos de carácter personal por razones de investigación científica.

³²http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2000-0000_Alcance-del-concepto-del-tratamiento-de-datos-hist-oo-ricos-con-fines-cient-ii-ficos-oo-de-investigaci-oo-n.pdf [Consulta: 12/02/2012].

³³ GIL HONDUVILLA, Joaquín, “El derecho de acceso a la documentación” en *Historia Actual On Line*. HAOL, Núm. 19 (Primavera, 2009), pp. 183-198. Disponible en: <http://www.historia-actual.org/Publicaciones/index.php/haol/article/view/308/296> [Consulta: 11/02/2012]. Se refiere este autor al plazo de 50 años como el “momento en el cual, ni siquiera el rechazo por parte de la persona afectada superviviente puede limitar el libre acceso de terceras personas a este tipo de documentación. A favor de esta interpretación juega el principio general del procedimiento administrativo de ‘In dubio pro actione’ que guarda conexión con otro principio como es el de economía procesal y que se postula a favor de la mayor garantía de los derechos de los interesados frente a la Administración” (p. 191).

³⁴ Como se hace, por ejemplo, en la Ley 19/2002, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha, art. 40.1.

³⁵ GIL HONDUVILLA, Joaquín, *op. cit.*, pp. 191.

³⁶ SAN de 10 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección FJ 2. Véase también la STS de 22 de mayo de 1996, FJ 6.

³⁷ Aunque en esta Sentencia el Tribunal Constitucional es rotundo en su afirmación de que los fallecidos carecen del derecho fundamental al honor es cierto, no obstante, que tal doctrina parece haberse matizado posteriormente (STC 43/2004 y STC 51/2008, FJ. 6).

³⁸ Vid. STC 51/2008, FJ 6: “El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no se extiende a la familia”. Por su parte, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/1982, de protección civil del derecho a la intimidad personal y familiar... dice: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho...”.

³⁹ La legislación autonómica, en esta materia, también ha establecido plazos para el acceso a la documentación de tal titularidad, en unos casos iguales a los de la LPHE, en otros superiores; algunas de ellas han introducido mejoras como, por ejemplo, la inclusión de períodos máximos tras los cuales puede accederse a toda documentación inicialmente excluida, a salvo de la existencia legal de otros plazos superiores aplicables según el tipo de información (Cataluña, Castilla-La Mancha, etc.). OCAÑA LACAL, Daniel de “La normativa autonómica en materia de archivos” en MARTÍNEZ GARCÍA, L. y RODRÍGUEZ BARRERO, J. (coords.), *Los archivos españoles...*, *op. cit.*, pp. 61-113.

⁴⁰ “A los historiadores, sobre todo y ante todo, nos debe importar que se conserven los documentos, no tanto para que se acceda a ellos -no me importa si hay que esperar para acceder a ciertos documentos-, lo que me importa es que se conserven [...] para los historiadores futuros”. Palabras de Feliciano MONTERO GARCÍA en la mesa redonda “La problemática de la utilización de los archivos para el estudio de la Transición” en *La transición a la democracia en España: Historia y fuentes documentales*, Actas de las VI Jornadas sobre investigación en Archivos, Guadalajara, 4-7 de noviembre de 2003, Guadalajara, 2004, p. 249.

⁴¹ Vid. MAYANS, A., CASADEMONT, M. y BERNAL, A., “Carlos Jiménez Villarejo ens parla de justícia, memòria històrica i accés als arxius”, entrevista a Carlos Jiménez Villarejo, en *Lligall*, 31 (2010), pp. 316-340: “En el momento en que alguien, como particular o como parte de una organización política, como la Falange, u oficial, como la Guardia Civil o el Ayuntamiento, comparece ante una instancia oficial y denuncia o delata a otro y determina la incoación de un procedimiento judicial, militar o no, y pone en marcha la máquina de la Administración de Justicia, ya no está actuando como un ciudadano en el ámbito de la vida privada, está ejerciéndose una facultad o deber que le otorga o impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es denunciar un delito. Ahí se está reflejando una actividad pública [...]”.

⁴² La Instrucción de 12 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior, por la que se dictan normas sobre el acceso y la consulta de documentos en los archivos dependientes del Departamento considera (segundo, punto 3) como *datos pertenecientes a la intimidad de las personas los nombres y otros datos personales, reflejados en los expedientes como resultado de sus funciones, pertenecientes a funcionarios de instituciones penitenciarias, así como a funcionarios policiales y cualesquiera otros empleados públicos de la Seguridad del Estado...* Aunque el fin parece justificado, creo que deberían haberse aducido razones de seguridad de tales personas y no la protección de su intimidad. Un comentario a esta Instrucción en MAYANS, A., CASADEMONT, M. y BERNAL, A., “Carlos Jiménez Villarejo ens parla...”, *op. cit.*, p. 322.

⁴³ Cf. CARRILLO LINARES, Alberto, “Reflexiones y propuestas para una correcta interpretación de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español sobre el artículo 57 y el acceso a los archivos”, en *Boletín ANABAD*, Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios Documentalistas y Museólogos, 2005, núm. 3, julio-septiembre, pp. 11-48. El autor alude (p. 17) a los plazos del art. 57.1.c) como *el más importante escollo con el que se tienen que enfrentar archiveros e investigadores*, aunque luego matiza que el problema radica en una *lectura corta de la ley* y concluye que el criterio de la antigüedad ha de ceder frente al del contenido (p. 45). Precisamente por ello, resulta difícilmente comprensible que califique a la LPHE de menos permisiva que la LRJPAC (p. 14).

⁴⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 453. También RODRÍGUEZ-DRINCOURT, Juan, *op. cit.*, p. 719: Y si no hay consecuencias sobre otros derechos fundamentales debe primar como principio general la libertad de investigación.

⁴⁵ ESPINOSA MAESTRE, Francisco, “La investigación del pasado reciente: un combate por la Historia” en *La transición a la democracia en España...*, *op. cit.*, (CD anexo a la publicación, p. 3 de la comunicación).

⁴⁶ Citado por JULIÁ DÍAZ, Santos, “Aquellos archivos”, *Diario El País*, edición nacional de 11 de marzo de 2010.

⁴⁷ AHUMADA CANABES, Marcela Alejandra, *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*. Tesis doctoral inédita, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, p. 381: “Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, podría pensarse en un conflicto entre la libertad de investigación científica y el derecho al honor, cuando se produce la difusión de los resultados. Es el caso, por ejemplo, de las investigaciones históricas con cuya difusión se podrían ver afectados los sobrevivientes de los sujetos involucrados, su descendencia. Dentro de las investigaciones históricas, las investigaciones revisionistas, específicamente las que niegan o cuestionan el Holocausto, constituyen un caso paradigmático y polémico, que genera conflictos y tensiones difíciles de resolver”. Disponible en <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3022>> [Consulta: 23/10/2010].

⁴⁸ Esta Sentencia resolvió –desestimándolo– el recurso de amparo interpuesto en defensa del honor del fallecido Carlos Trías Bertrán por sus familiares con motivo de un documental sobre el proceso y ejecución de Manuel Carrasco i Formiguera en el que se citaba al primero como testigo de cargo en el proceso sumarisimo seguido en 1938 contra el segundo. No obstante, cabe preguntarse qué habría sucedido si el recurso de amparo se hubiese presentado en defensa del honor familiar... Véase *supra*, nota 37.

⁴⁹ Es lo que parece decir CARRILLO LINARES, A., *op. cit.*, p. 26-30 cuando escribe que “no puede ser considerada deshonrosa la actividad política durante la dictadura, especialmente aquella vinculada a la oposición [...]. Modificadas estas [razones legales] desaparece la condición de deshonrosa y digna de oprobio que tuvo”. Independientemente de si ese tipo de información es o no íntima –y yo creo que no lo es, no deja de ser un argumento más emocional que objetivo.

⁵⁰ GUICHOT, Emilio, *Publicidad y privacidad...*, *op. cit.*, pp. 214-220.

⁵¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, 1ª edición, Marcial Pons, España, 2000.

⁵² GUICHOT, Emilio, “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), p. 439.

⁵³ GUICHOT, Emilio, *Publicidad y privacidad...*, *op. cit.*, p. 219. En el ámbito de la documentación judicial, con un régimen jurídico específico y más restrictivo en cuanto al acceso, véase el documento *Consideracions a tenir en compte en les peticions d'accés a la documentació judicial per part del persones privades*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2007, p. 3. Disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Arxivers_2007_producte.pdf [Consulta: 18/09/2010].

⁵⁴ “Es posible que el honor, es posible [...] que la intimidad (aunque esto me parece muy difícil) se puedan poner en riesgo [al acceder a los documentos]; pero el riesgo de utilización de un derecho no es en sí mismo razón suficiente para no permitir el ejercicio del derecho”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Discurso de clausura” en *Justicia en Guerra. Jornadas sobre la Administración de Justicia durante la Guerra Civil Española: Instituciones y fuentes documentales*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1990, p. 630.

⁵⁵ Vid. STS de 20 de febrero de 1992, Sala de lo Penal. Vid. también NIÑO RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.*, p. 306.

⁵⁶ En consecuencia *aun mediando el interés legítimo del responsable del tratamiento o de los destinatarios de los datos, si no media consentimiento inequívoco del titular solo cabe tratar y comunicar los datos que constan en los ficheros relacionados. De este modo, la ley española y el reglamento que la desarrolla restringen el ámbito del artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE*. STS de 8 de febrero de 2012 (Sala Tercera), FJ 5.

⁵⁷ Un comentario a la Sentencia en MARÍN LÓPEZ, Juan José, “El tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 8 de febrero de 2012” [en línea]. *Diario La Ley*, 24 a 26 de febrero de 2012, <<http://www.mediaswk.com/ES/pdf/4/8/5/2/pd0000074852.pdf>> [Consulta: 24/02/2012].

⁵⁸ La recomendación no es, por descontado, exclusiva de nuestro país y ni siquiera inusual donde sí existe el derecho de acceso como tal. Así, por ejemplo, en relación con los fondos del período de Vichy -cuya historia se conoce mejor, por cierto, gracias a los archivos americanos y alemanes, accesibles hace ya tiempo- vid. COMBE, Sonia, *Archives interdites. Les peurs françaises face à l'histoire contemporaine*, Albin Michel, París, 1994, pp. 93 y ss.

⁵⁹ Orden de 1 de febrero de 1960, del Ministerio de Educación Nacional, aprobando normas para aplicar la Ley de Tasas Parafiscales en Archivos, Bibliotecas y Registro de la Propiedad Intelectual, respecto de la Tarjeta Nacional de Investigador.

⁶⁰ [...] “*muchas veces el interés no consiste en escribir una tesis o un libro. O el de investigar a fondo un tema, sino el de enterarse qué le pasó a tal persona, a tal otra, qué ocurrió en mi familia, por activa o por pasiva, y ese es un interés perfectamente lícito, que me parece protegido por el ordenamiento jurídico. Que quepa la posibilidad de que con ocasión de satisfacer ese legítimo interés se pueda después realizar la publicación indebida, exagerada, lesiva para otros derechos, es algo que no niego y ese es un riesgo que habrá que tener en cuenta e incluso penalizarlo si a ello hubiere lugar*”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Discurso de clausura, *op. cit.*, p. 631.

⁶¹ Vid. sobre el tema ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC-Tribunal Constitucional, Madrid, 2006. En el borrador de anteproyecto de Ley Foral navarra de transparencia y buen gobierno, ya citado, se declara el derecho a la información pública de los ciudadanos *cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede* (art. 5.1.b).

⁶² ESPINOSA MAESTRE, Francisco, *op. cit.*, p. 3: “*La última experiencia con estos fondos [de la DG de Instituciones Penitenciarias] me ha dejado un extraño sabor: mientras a mí me daban todo tipo de facilidades, incluida la de solicitar fotocopias, a otra persona a quien conozco que deseaba acceder exclusivamente a los expedientes de varios familiares solo le dejaron tomar notas mientras un funcionario repasaba los documentos en su presencia. [...] Ambos contábamos con el mismo permiso de Instituciones penitenciarias*”.

⁶³ FORTEA PÉREZ, José Ignacio, “El acceso a la documentación pública y privada desde la perspectiva del historiador” en RIBOT GARCÍA, Luis (coord.), *El libro, las bibliotecas y los archivos en España a comienzos del tercer milenio*, Madrid, 2002, pp. 589-587.

⁶⁴ CARRILLO LINARES, Alberto, *op. cit.*, p. 41. Este autor afirma que, dado que en el ámbito universitario docentes e investigadores son las mismas personas, la disminución en el nivel de investigación implicará indefectiblemente una disminución en la calidad de la docencia. Esto es cierto, aunque creo indiscutible que no solo el profesor universitario puede ser investigador.

⁶⁵ JULIÁ DÍAZ, Santos, “Memorias en lugar de memoria”, *El País*, 2 de julio de 2006. Por cierto, es menester reiterar que 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, no ha supuesto el más mínimo cambio en el sistema normativo del derecho de acceso. Esto se aprecia claramente, por ejemplo, en la 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 aquella Ley.

⁶⁶ MONTANYA, Xavier, “Investigar en el laberinto”, *La Vanguardia*, 14 de enero de 2009: Allí el antropólogo Gustau Nerin considera significativo que muchos historiadores incluyan en los agradecimientos de

sus libros a los archiveros. “¿No se supone que los archiveros simplemente hacen su trabajo y que lo hacen igual para todo el mundo?”. Desde luego, justo es decirlo, la cortesía no siempre implica favoritismo. Al fin y al cabo, es rara la obra o evento en el que participen los profesores universitarios en que no se deshagan en agradecimientos y elogios los unos con los otros.

⁶⁷ FORTEA PÉREZ, José Ignacio, *op. cit.*, p. 592.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 595. En cuanto a la conciencia acerca del valor de los fondos, hay que reconocer que, en alguna ocasión ha sido muy cierta: tanto que han terminado en el domicilio particular.

⁶⁹ STC 159/2005, FJ 3.

⁷⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 527.

⁷¹ CARRILLO LINARES, A., *op. cit.*, p. 29.

⁷² Es el caso de la ya citada Instrucción de 12 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior, sexta, 9: “cuando así se estime oportuno, a la luz de las circunstancias del caso concreto, se podrá requerir al solicitante declaración escrita por la que se comprometa a no utilizar la información [...] con fines que puedan afectar al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen...”. Más recientemente, el Acuerdo 1/2011, de 19 de septiembre, de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de la Generalidad de Cataluña, por el que se aprueba un modelo de formulario de compromisos de confidencialidad para la consulta con fines de investigación sobre documentos públicos de acceso restringido.

⁷³ En el art. 65.2 de la reciente Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, se deniega la consulta directa de los documentos originales a quienes hayan sido condenados en sentencia firme por cometer delitos contra el Patrimonio Documental, salvo que sean interesados en los procedimientos. Aunque consultar copias y no originales es una carga muy relativa, se echa de menos un límite temporal a semejante restricción que, entiendo, no puede ser perpetua.

⁷⁴ Por lo que respecta al acceso a la documentación judicial, del reconocimiento a un juicio público contenido en el art. 120 CE no se deriva, por el contrario, el acceso a las sentencias ni a los expedientes judiciales, reservado *ex* artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los interesados. Vid. asimismo el Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (BOE del 15/09) y el Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de archivos judiciales. Sobre el concepto de interés legítimo, vid. las SSTs de 3 de marzo de 1995 y de 7 de febrero de 2000, de la Sala 3ª; y la STS de 6 de abril de 2001, FJ 6. Un interesante estudio comparativo sobre la publicidad de actuaciones judiciales en el Derecho continental europeo y, más específicamente, español frente a la situación en los EE. UU. en JACOBS, James B. y LARRAURI, Elena, “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España” en *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [en línea], octubre 2010, disponible en <http://www.indret.com/pdf/769_es_1.pdf> [Consulta: 26/01/2011]. Una visión muy crítica del régimen de acceso a la documentación judicial en MAYANS, A., CASADEMONT, M. y BERNAL, A., “Carlos Jiménez Villarejo ens parla de...”, *op. cit.*, pp. 321-322.

⁷⁵ La Ley 19/2002, de Archivos públicos de Castilla-La Mancha prevé, en su art. 37 (“Copias o certificaciones de los documentos”) que la obtención de reproducciones de documentos podrá limitarse si estos requieren un tratamiento previo de restauración o si su manipulación pudiera deteriorarlos. También cuando el número de peticiones de reproducción o de documentos a reproducir impidiera el funcionamiento normal de los servicios del Archivo. Pues bien, en ambos casos la resolución deberá especificar un plazo o programa para la completa restauración o reproducción de los documentos solicitados en el menor tiempo posible.

⁷⁶ Ley 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia (redacción dada por Ley 23/2006, de 7 de julio).

⁷⁷ LÓPEZ GÓMEZ, Pedro y otros, *Arquívios, autonomia e dretos ciutadans*, c.i.e.s., s.l., 1978, p. 8.

⁷⁸ Es una necesidad manifiesta en todo sistema de transparencia la existencia de organismos especializados que no solo propongan la accesibilidad de los documentos sino que puedan dictaminar en los recursos

administrativos interpuestos ante denegaciones a solicitudes de acceso, vía previa al ejercicio de la jurisdicción contenciosa. Pese a todo, y salvo algunas excepciones en el ámbito autonómico, como las comisiones creadas en las leyes de archivos de Castilla-La Mancha o Cataluña, no existe en España frente a la Agencia de Protección de Datos otra autoridad similar a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) francesa o la comisión portuguesa del mismo acrónimo. Véase información sobre ellas en <<http://www.cada.fr/index.cfm>> y en <<http://www.cada.pt>>. En el borrador de anteproyecto de Ley de transparencia que el Gobierno de la legislatura 2008-2012 elaboró pero que finalmente no tramitó ese papel se atribuía a la Agencia de Protección de Datos.

⁷⁹ Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por ley 48/1978, de 7 de octubre. Aunque el artículo 4 de la Ley de 1968 atribuía facultades de clasificación provisional a determinadas autoridades militares y civiles *por razones de urgencia y siempre con carácter provisional*, dicho artículo fue modificado en la reforma de la Ley de 1978, cuando la clasificación se atribuye *exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor*. Ello supone que el reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Decreto 242/1969, también se derogó en este punto. Sin embargo, la Ley “*aunque vigente, nunca ha tenido un desarrollo e implantación adecuados en los diferentes Departamentos Ministeriales, excepto en el Ministerio de Defensa*”. (AUTORIDAD DELEGADA PARA LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN CLASIFICADA, Oficina Nacional de Seguridad, “Orientaciones para la instrucción de seguridad del personal”, 15/12/2009. Disponible en: <http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/OR-ASIP-02-02.02_Instruccion_de_Seguridad_del_Personal_para_acceso_a_IC.pdf>. Aunque la Ley de Secretos Oficiales no contempla las materias clasificadas por otras naciones, la integración en el ordenamiento jurídico español de los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España (art. 96.1 CE), implica la asunción por nuestro país de las diversas normas y grados que, en materia de información clasificada, existan en las organizaciones y países implicados en dichos tratados para la documentación generada o recibida en virtud de la participación de España en los mismos. De hecho, prosigue el precitado documento, “*las Autoridades de la OTAN no consideraron adecuado aplicar dicha ley como base para la protección de la Información Clasificada OTAN [...]*”. Por otra parte, allí se dice: “*en el ámbito del desarrollo normativo de la LSO realizado por el Ministerio de Defensa se definen las Materias de Reserva Interna, cuya revelación no autorizada puede causar perjuicios a la seguridad e intereses de dicho departamento, y que podrán ser calificadas en las categorías de CONFIDENCIAL y DIFUSIÓN LIMITADA. Por lo que en dicho departamento, y en las condiciones que establecen, se pueden utilizar también dichas marcas de clasificación*”. Tales categorías existen en las normas internacionales emanadas de los tratados y asumidas por nuestro país para las materias e informaciones relacionadas su ámbito; sin embargo, como en el propio documento se reconoce, “*tanto CONFIDENCIAL como DIFUSIÓN LIMITADA son exclusivas del Ministerio de Defensa y Acuerdos Bilaterales, y se denominan ‘materias de reserva interna’*. SECRETO y RESERVADO se consideran materias clasificadas en sentido estricto, y se aplican a toda España”. Todo esto viene a cuento porque una cosa es la clasificación de los documentos con arreglo a los procedimientos y normas referidos y otra, bien distinta, el límite “por razón de estampilla”, tan abundante como arbitrario en no pocos organismos públicos.

⁸⁰ Como si se dice en el artículo 34.3 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos de Cataluña, donde se dispone que “*excepcionalmente*” y previo informe de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección documental, la Administración de la Generalitat, las administraciones locales u otras entidades públicas pueden, respecto a sus documentos [...] “*b) Denegar l'accés a documents no exclosos de consulta pública que no hagin estat qualificats expressament d'accessibles per la normativa, sempre que es consideri que, d'acord amb la llei, perjudiquen interessos generals o de les persones*”.

⁸¹ Vid. SSTC 290/2000 y 292/2000.

⁸² El proceso archivístico de valoración de documentos para determinar su conservación y su comunicabilidad tienen en la serie documental su elemento clave. Sin embargo, proponer el grado de accesibilidad en dicho nivel puede dar lugar a decisiones injustificadas por cuanto, dentro de una misma serie, pueden concurrir expedientes o documentos de muy distinta problemática en cuanto a su accesibilidad. Por lo que se refiere a la alusión al AGA, uno no puede evitar pensar que ciertas normas con vocación de generalidad parecen elaborarse más bien desde y para determinados centros.