

El derecho a saber
y el deber
de la privacidad:
el acceso a los documentos



OBRA FINANCIADA POR



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EDUCACIÓN, CULTURA
Y DEPORTE

SECRETARÍA
DE ESTADO
DE CULTURA

El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos

VI CONGRESO DE ARCHIVOS DE CASTILLA Y LEÓN
Valladolid, 9/11 de mayo de 2012

The right to know and the duty of privacy: the access to archives

6 CONGRESS OF CASTILE AND LEON ARCHIVES
Valladolid, 9/11 May 2012

Manuel Melgar Camarzana
Luis Hernández Olivera

TABULA

ESTUDIOS ARCHIVÍSTICOS DE CASTILLA Y LEÓN

ISSN: 1132-6506 = TABULA (Salamanca)

Depósito Legal: S. 1.716-2011

Edita

Asociación de Archiveros
de Castilla y León
Pozo Amarillo 1. 37001 Salamanca
Teléfono 650 336 756
www.acal.es
administracion@acal.es

Política editorial

Tábula es la revista anual de la Asociación de Archiveros de Castilla y León (ACAL). Se dirige a la comunidad profesional y científica que trabaja en el ámbito de la gestión de los archivos y documentos.

En Tábula tienen cabida artículos originales tanto sobre trabajos de investigación como de difusión de experiencias profesionales. Además de los artículos recibidos y admitidos cada número aborda monográficamente un tema de interés archivístico.

La publicación tiene el objetivo de contribuir al desarrollo de una nueva Archivística en la que se integren el tratamiento de la documentación histórica y la gestión de los documentos administrativos, una Archivística abierta a las aportaciones de otras disciplinas, una Archivística autónoma y con un corpus propio de principios y métodos que pueda hacer frente a los problemas de los archivos.

Los títulos, resúmenes y palabras-clave de los artículos se publican también en lengua inglesa.

Suscripciones y pedidos

Suscripción anual (1 número y 4 números de Archivamos): 60€.
Ejemplar: 25€. La publicación se distribuye de forma gratuita a los miembros de la Asociación.

La suscripción a la revista o la compra de un ejemplar se puede realizar a través de la web www.acal.es o contactando con Administración Acal:
Teléfono 650 336 756
administracion@acal.es

Director

Luis Hernández Olivera

Editores de este volumen

Manuel Melgar Camarzana (Centro Documental de la Memoria Histórica),
Luis Hernández Olivera
(Universidad de Salamanca).

Consejo Editorial

Julio Cerdá Díaz (Archivero del Ayuntamiento de Arganda del Rey, Arganda del Rey, Madrid, España);
Terry Cook (Clio Consulting y Programa de Estudios Archivísticos de la Universidad de Manitoba, Ottawa, Canadá)

Luis Crespo Arcá (Restaurador de Documentos Gráficos, Biblioteca Nacional, Ministerio de Cultura, Madrid, España);

Alejandro Delgado (Archivero del Ayuntamiento de Cartagena, Cartagena, España);

Alfonso Díaz Rodríguez (Archivero del Gobierno del Principado de Asturias, Oviedo, España);

Lluís Esteve Casellas i Serra (Jefe de la Sección de Gestión Documental y Archivo (GDA) del Ayuntamiento de Girona, Girona, España);

Antonio González Quintana (Subdirector General de Archivos de la Comunidad de Madrid, Madrid, España);

Vicent Jiménez Chornet (Departamento de Comunicación Audiovisual, Documentación e Historia del Arte. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, España);

Joaquim Llansó Sanjuan (Director del Archivo de la Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España);

M. Paz Martín Pozuelo (Departamento de Biblioteconomía y Documentación, Universidad Carlos III, Getafe, Madrid, España);

Montserrat Sebastia i Salat (Departamento de Biblioteconomía y Documentación, Universidad de Barcelona, Barcelona, España);

Abelardo Santamaría Gallo (ACAL, Valladolid, España);
Jordi Serra Serra (Responsable de gestión documental, Departamento de Innovación, Universidades y Empresa, Generalidad de Cataluña, Barcelona, España).

Redacción

Francisco Javier Fito Manteca

Traducciones

Verónica Fernández de Cabo

Revisión de textos

Juan Giraldez Jiménez

Diseño y maquetación

Helvética edición y diseño
www.helvetica.es

Publicidad

Teléfono 650 336 756
administracion@acal.es

Textos para publicar

Los trabajos se someterán a un proceso de revisión por pares debiendo obtener para su edición el visto bueno de al menos dos expertos del tema.
Los originales enviados para la publicación deben ajustarse a las directrices para los autores que se pueden consultar en "Textos para publicar" en el apartado publicaciones de www.acal.es.

Difusión

Los sumarios de la publicación están disponibles en: www.acal.es
La revista se indiza en diversas bases de datos (Ebsco, Dois, Cida, Compludoc y Datathéke)

Nota de copyright

Algunos contenidos de Tábula están protegidos por copyright:
© de los textos los autores
© de las traducciones y edición la Asociación de Archiveros de Castilla y León
© de las fotografías los autores

La Asociación de Archiveros de Castilla y León está trabajando para ir ofreciendo de forma gradual los contenidos de la revista con acceso abierto.

La Asociación de Archiveros de Castilla y León no asume ninguna responsabilidad por las opiniones o juicios vertidos en los artículos por sus autores.

Fotografías

Cubierta:

Manuel L. González Gómez

Contracubierta y págs. 22, 44, 54, 70, 86, 98, 108, 148, 186, 196, 210, 222, 234, 248, 258, 290 y 302:

Miguel Martín Borgas

p. 334, OkiAGr (old documents)

p. 345, bagi1998 (Cut or torn paper garbage)

p. 346, topnotch100 (Phrenology Head)

p. 362, veganstraightedge (These are the sticker letters pulled off of the canvas of a painting that i did for Emily's christmas present. I liked this accidental result so much)

p. 382, Nicolás Pérez (Valladolid. Edificio nuevo de las Cortes de Castilla y León inaugurado en junio de 2007)

El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos

- 11 Introducción
- Parte 1. El deber de la privacidad
- 23 Protección de datos y acceso a ficheros públicos
Carlos Garrido Falla
- 45 Protección de datos en archivos públicos
Francisco Fernández Cuesta
- 55 La protección de datos del usuario de archivos por Internet:
del expediente de investigador a la analítica web
Javier García-Arárez Martín-Montalvo / Juan José Generelo Lanaspá
- 71 Protección de datos y administración de documentos: el caso del
Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias
Cruz Jolín Garijo / Carmen Fernández Vega
- 87 La protección de datos de carácter personal
en el sector de la intermediación inmobiliaria
María del Carmen Rodríguez López
- 99 Protección de datos y derecho de acceso a los fondos
documentales del Registro Civil
Xavier Gayán Félez
- Parte 2. El acceso a los documentos
- 109 El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011,
de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo
Blanca Desantes Fernández
- 149 “Ser o no ser”: el archivero entre el derecho de acceso
y la protección de la información
Daniel de Ocaña Lacal
- 187 El papel de las comisiones calificadoras en relación al derecho
de acceso a documentos y archivos
Isabel González Corral
- 197 La acción en materia de acceso de la Comisión Nacional
de Acceso, Evaluación y Selección Documental de Cataluña
Lluís Cermeno Martorell
- 211 “Servir y proteger”: la valoración de la accesibilidad
en el Archivo General de la Administración
Francisco Fernández Cuesta

223 Los archivos personales y familiares en el Archivo General de la Universidad de Navarra: el difícil equilibrio entre el libre acceso y la restricción de uso
Inés Irurita Hernández

235 Conflicto entre confidencialidad y derecho de acceso en la documentación tributaria. La experiencia de la Comisión de Evaluación Documental del Gobierno de Navarra
Susana Herreros / M^a Teresa Sola / Juan Carlos Balda

249 El archivo del consejo consultivo de Castilla y León y su página web
Margarita Ausín Íñigo

Parte 3. El derecho a saber

259 La transparencia en España: estado de la cuestión
Emilio Guichot Reina

291 Transparencia, interdisciplinariedad y participación social en el proceso de valoración documental
Miguel Suárez Curbelo / Samuel Carrillo Fumero

303 Ciudadanos al poder. Activismo 2.0 en las demandas de transparencia y acceso a la información
Antonia Salvador Benítez / M^a Estrella Gutiérrez David

y además...

335 Carestía de papel y destrucción de documentos en Zamora durante la Guerra Civil
José Luis Hernández Luis

347 Análisis del uso de las ideas de Michel Foucault por la archivística brasileña
Roberto Lopes dos Santos Junior / Aluf Alba Elias

363 Archivística y legislación: términos y conceptos
Antonia Heredia Herrera

summaria

383 Resúmenes analíticos

The right to know and the duty of privacy: the access to archives

- 11 Introduction
- Part 1. The duty of privacy
- 23 Data protection and access to public registries
Carlos Garrido Falla
- 45 Data protection in public archives
Francisco Fernández Cuesta
- 55 The data protection of the Internet archives user:
from the researcher's files to the web analysis
Javier García-Arárez Martín-Montalvo / Juan José Generelo Lanaspá
- 71 Data protection and records management: the case
of the Public Body of Tax Services of the Principedom of Asturias
Cruz Jolín Garijo / Carmen Fernández Vega
- 87 The protection of personal information in the field
of real estate brokerage
María del Carmen Rodríguez López
- 99 Protection of the information and the right of access
to the documentary funds of the Civil Registry
Xavier Gayán Félez
- Part 2. The access to archives
- 109 The Access procedure developed by Royal Decree 1708/2011,
of 18 November. Between reality and desire
Blanca Desantes Fernández
- 149 "To be or not to be": the archivist between the right
of access and information protection
Daniel de Ocaña Lacal
- 187 The role of the appraisal committees with regard to access
to public records and archives
Isabel González Corral
- 197 The action on access of the National Commission on Access,
Appraisal and Selection of Records of Catalonia
Lluís Cermeno Martorell
- 211 "To serve and protect" the appraisal of accessibility
in the Spanish Government Records Center
Francisco Fernández Cuesta

223 The personal and familiar archives in the General Archive of the University of Navarre: The difficult balance between the free access and the restriction of use
Inés Iruvita Hernández

235 Conflict between confidentiality and access rights of the tax records. The experience of the records appraisal committee of the Government of Navarre
Susana Herreros / M^a Teresa Sola / Juan Carlos Balda

249 The Archive of the Consultative Body of Castile and León and its website
Margarita Ausín Iñigo

Part 3. The right to know

259 Transparency in Spain: state of the issue
Emilio Guichot Reina

291 Transparency, interdisciplinary and social participation in the records appraisal process
Miguel Suárez Curbelo / Samuel Carrillo Fumero

303 Citizens in power. Activism 2.0 in the social requests for transparency and access to public information
Antonia Salvador Benítez / M^a Estrella Gutiérrez David

also...

335 Paper shortage and destruction of documents in Zamora during the Spanish Civil War
José Luis Hernández Luis

347 Analysis of the use of the ideas of Michel Foucault by the Brazilian Archival Science
Roberto Lopes dos Santos Junior / Aluf Alba Elias

363 Archival Science and legislation: terms and concepts
Antonia Heredia Herrera

summaria

397 Analitic summary

La transparencia en la actuación de las diferentes administraciones y organismos públicos es un principio básico que debe ser respetado en toda sociedad democrática y pluralista. Por tanto, el ejercicio de acceso a los documentos constituye uno de los derechos democráticos de primer orden de cualquier ciudadano, además de proporcionar una fuente de información que ayuda a conformar la opinión y, a su vez, fomenta la integridad, eficacia y responsabilidad de los poderes públicos. Como consecuencia, los documentos deben ser accesibles y solo en determinados casos puede restringirse su acceso con el fin de proteger la seguridad y defensa del Estado y los derechos de las personas.

Estos principios aparecen recogidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, así como en las diferentes leyes nacionales de libertad de información, pero en nuestro país falta una regulación específica sobre el tema, si bien recientemente contamos con algunos proyectos cuyo objetivo es ampliar y reforzar la transparencia en la actividad de los organismos públicos, además de garantizar el derecho de acceso a la información y de establecer los parámetros de actuación en los que se deben mover los responsables de los distintos entes públicos.

Por ello, la Asociación de Archiveros de Castilla y León (ACAL), en su VI Congreso de Archivos –**El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos**–, se ha planteado la necesidad de reflexionar sobre estos aspectos que conforman un nuevo marco para el acceso a la información contenida en los documentos de archivo.

El congreso se estructurará en tres bloques temáticos, si bien se ha dado un mayor contenido al de transparencia, por la novedad y actualidad del mismo. El primer bloque de contenidos, que era importante abordar y desgranar, es el relacionado con *la protección de datos y los archivos*. Si bien la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y su desarrollo reglamentario¹ llevan un tiempo vigentes, ACAL no había abordado este tema de una forma tan amplia, aunque se han dedicado algunos cursos de formación al mismo.

La perspectiva que se ha pretendido dar es un poco diferente a la habitual, ya que preocupa especialmente la incidencia de dicha normativa a la hora de llevar a cabo las distintas fases del tratamiento archivístico y técnico de los fondos documentales, así como el de la difusión de los datos, especialmente lo que se ha dado en llamar difusión universal en entornos webs, como son los sistemas de información. Por tanto, es preciso profundizar en los parámetros en los que los profesionales debemos movernos cuando trabajamos en centros de archivo, así como las medidas que se deben adoptar para cumplir con los requisitos de la normativa de protección de datos en el proceso previo a la difusión de los mismos.

Relacionado con lo anterior, concretamente en lo que a la difusión de datos se refiere, la difusión universal en Internet conlleva aparejados una serie de matices que otorgan una mayor complejidad al asunto. La compilación de datos sobre una persona en concreto, que permiten las nuevas tecnologías, pueden llevar a configurar una idea de la personalidad del individuo que antes era prácticamente imposible y, por ello, los riesgos para su esfera privada e intimidad son mayores.

Para abordar estos temas, contamos con la presencia de Carlos Garrido Falla, Jefe de Área de Atención al Ciudadano de la Secretaría General de la Agencia de Protección de Datos y miembro, a su vez, de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos, en representación de la Agencia; y Juan Carlos Suárez Quiñones, anteriormente Juez Decano de León y en la actualidad Subdelegado del Gobierno en León, quien los abordará desde una perspectiva más jurídica.

Un segundo bloque de contenidos, y quizás el más cercano a los que nos dedicamos al mundo de los archivos, además de ser el más debatido en todos los eventos que han tratado sobre el tema de acceso, es el que podemos denominar *el acceso a la información contenida en los documentos de archivo*. Se pretende reflexionar una vez más sobre el régimen jurídico del derecho de acceso y la casuística actual, analizar la normativa de carácter general y la de carácter sectorial que rige el derecho de acceso y centramos de una manera especial en el Real Decreto que regula el Sistema Español de Archivos y el acceso a los mismos², con el fin de buscar y estudiar las posibles soluciones que permitan conciliar el derecho de acceso a la información y la protección de los derechos de las personas, así como lo relativo a los secretos oficiales, facilitando de esta forma la labor diaria del archivero.

Para ello se ha creído conveniente contar con la presencia de dos expertos de reconocido prestigio en la materia. Blanca Desantes, Jefa de Área de la Subdirección de Archivos Estatales, se centrará en el análisis del largo proceso recorrido hasta llegar al texto definitivo del decreto anteriormente citado, y

Daniel de Ocaña, responsable de archivos del Tribunal Constitucional, analizará la necesaria ponderación que se debe llevar a cabo para conciliar los derechos e intereses en conflicto a la hora de facilitar la información a los usuarios.

El tercer y último bloque es el dedicado al *derecho a saber y la transparencia en la actividad de las diferentes administraciones públicas* y en la actuación del personal al servicio público. Se intentará desgranar la situación actual en España, así como las diferentes experiencias en los países de nuestro entorno. Como hemos comentado anteriormente, las sesiones dedicadas a este tema se han incrementado a medida que se iba pergeñando el programa del Congreso. Si bien podríamos decir que el panorama actual a nivel nacional ha cambiado algo con respecto a años anteriores, en el sentido de que se están debatiendo diferentes proyectos³, el camino a recorrer todavía es considerable. En síntesis, todos estos textos tienen como objetivo común el acercar la administración al ciudadano, así como reforzar y ampliar la transparencia de la actividad pública, garantizando el derecho de acceso a la información relativa a sus actuaciones, sin olvidar los parámetros de buen gobierno en los que debe moverse los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de sus incumplimiento. Todo ello se completa con el establecimiento de unos órganos o agencias encargadas de vigilar por el cumplimiento de estas disposiciones y la implementación de un portal que permita a todos los ciudadanos acceder a la información.

El estado actual en España es estudiado por Emilio Guichot Reina, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, y las distintas iniciativas, proyectos y experiencias para promover la transparencia y el acceso a la información serán analizadas por Helen Darbishire, Executive Director de Access Info Europe. En el ámbito de la Administración del Estado, Esperanza Zambrano, Subdirectora General de Propuestas Normativas y Documentación Parlamentaria del Ministerio de Presidencia, apuntará las líneas generales en las que se está trabajando actualmente y el debate sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

No podía faltar una perspectiva de los proyectos y situación en Castilla y León, a cargo de Marta López de la Cuesta, Directora General de Análisis y Planificación de la Junta de Castilla y León, y José Ramón Alonso, Director General de Políticas Culturales, para concluir con el proyecto de la Comunidad Foral de Navarra, a cargo de Guzmán M. Garmendia Pérez, Director General de Gobierno Abierto y Nuevas Tecnologías y Marta Pernaut Ojer, Directora General de Asuntos Jurídicos y Presidencia del Gobierno de Navarra.

Todo ello se complementa con una serie de comunicaciones, fruto del análisis, experiencias y vivencias de profesionales, que aportan mayores contenidos al programa, así como las reflexiones de los componentes de las mesas redondas, de

forma que el evento constituye un foro de debate para tratar de extraer algunas conclusiones que ayuden al quehacer diario de los profesionales, promotores de la difusión de la información y, a su vez, protectores de los derechos inherentes a todo ciudadano.

Notas

- ¹ - Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.
- ² - 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.
- ³ - Anteproyecto de ley de transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública, promovido por el Gobierno de la anterior legislatura.
- Anteproyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en fase de discusión en la actualidad, elaborado por el Ministerio de la Presidencia.
- Ley Foral de Transparencia y Gobierno Abierto de la Comunidad de Navarra.

Transparency in the activity of the different administrations and government agencies is a fundamental principle that must be respected in all democratic and pluralist societies. Therefore, the access to records is one of the basic democratic rights of any citizen, providing in addition, a source of information that helps to shape opinion and, at the same time, promotes integrity, efficiency and accountability of public authorities. As a result, the records must be accessible and only occasionally their access can be restricted in order to protect the security and defense of the State and the rights of people.

These principles are collected under the Council of Europe Convention on Access to Official Documents, as well as in the several freedom of information national laws. However our country lacks a specific regulation on this issue, even though recently we have some projects that aim to broaden and enhance transparency in the activity of government agencies as well as ensure the right of access to information and establish the performance parameters in which those responsible for the various public agencies should move.

Therefore, the Association of Archivists of Castile and León (ACAL) at its sixth Conference of Records –**The right to know and the duty of privacy: the access to records**– has raised the need to reflect on these aspects making up a new setting for the access to the information contained in records.

The Conference will be grouped according to three subjects, while transparency has been highlighted due to its novelty and topicality. The first important subject to address and reel off was connected with *the protection of data and files*. Although the personal data protection law and their regulatory development¹ have been in force for a while, ACAL had not dealt with this issue in depth, although some training courses have dealt with it.

We have tried to get a different perspective since the impact of such regulations when carrying out the various phases of archival and technical management of the documentary funds is a cause of special concern as well as the data

diffusion, especially what has been called universal diffusion in Web environments, such as the information systems. Therefore it is necessary to deepen the parameters in which us, professionals should move when we work in archive centers, as well as the measures to be taken to comply with the requirements of the regulations on data protection in the process prior to the diffusion of the aforementioned.

In connection with the above, specifically with the information diffusion, the universal diffusion on the Internet involves a series of connotations that provide greater complexity to the issue. The compilation of data on a particular person, possible thanks to new technologies, can lead to make up an idea of the personality of the individual, something that previously was impossible being greater therefore the risks to his or her privacy and intimacy.

In order to tackle these issues, we count on the presence of Carlos Garrido Falla, secretary-general of the department of attention to the citizen of the Spanish Data Protection Agency and at the same time member of the Rating Committee of Administrative Documents, in representation of the Agency; and Juan Carlos Suárez Quiñones, formerly Senior Judge in León (Spain) and currently Deputy Government Representative in León, who will give a more legal perspective.

A second subject, and perhaps the closest to us, the ones devoted to the world of the archives, besides being the most debated in all events dealing with the issue of access, is what we can call the *access to the information contained in records*. Our aim is to reflect once again on the legal regime of the right of access and the current casuistry, to analyze the general and departmental regulation governing the right of access and to focus in a special way in the Royal Decree regulating the Spanish Archives System and the access to them², in order to search for and study possible solutions to reconcile the right of access to information and the protection of the rights of people, as well as those issues regarding the official secrets, thus facilitating the daily work of the archivist.

In this sense, the presence of two renowned experts in the field has been considered to be essential. Blanca Desantes, Department Manager in the Deputy Direction of State Archives, will focus on the analysis of the long journey to the definitive text of the aforementioned Decree, and Daniel de Ocaña, in charge of the Constitutional Court records will analyze the necessary deliberation that should be carried out in order to reconcile the rights and interests in conflict when providing information to users.

The third and last subject devotes to the right to know and the *transparency in the activity of the different public administrations* and the performance of the public service staff. We will try to reel off the current situation in Spain, as well

as the different experiences in our surrounding countries. As mentioned above, the sessions devoted to this issue have increased as the Conference program was being prepared. Although we could say that the current national situation has changed somewhat compared to previous years, meaning that different projects are being discussed³, there is a long way to go. In short, all these texts have the same objective, that is to approach Administration to the citizen, as well as to strengthen and extend the transparency of public activity, guaranteeing the right of access to information concerning their actions, without forgetting the parameters of good governance in which all those in public charges should move, as well as the consequences of their non-compliance. All this is complemented by the establishment of organizations or agencies in charge of monitoring compliance with these provisions and the implementation of a portal enabling all citizens to access information.

The current status of Spain will be studied by Emilio Guichot Reina, lecturer in the Law School of the University of Seville, and the various initiatives, projects and experiences promoting transparency and access to information will be analyzed by Helen Darbishire, Executive Director of Access Info Europe. In the field of the State Administration, Esperanza Zambrano, Assistant Director-General of Policy Proposals and Parliamentary documentation of the Presidency's Department, will draw the general lines under construction today and the debate on the preliminary bill on Transparency, Access to Public Information and Good Governance.

We could not miss a perspective on the projects and situation in Castile and León, led by Marta López de la Cuesta, Director-General of Analysis and Planning of the Regional Government of Castile and León and José Ramón Alonso, Director-General of Cultural Policies, to conclude with the project of the Autonomous Region of Navarre, by Guzmán M. Garmendia Pérez Director-General of Open Government and New Technologies and Marta Pernaut Ojer, Director-General of Legal Affairs and Presidency of the Government of Navarre.

All this is complemented by a series of papers, fruit of the analysis and experiences of professionals bringing greater contents to the program, as well as the reflections of the members of roundtables, so that this event will be a forum trying to draw some conclusions that help the daily work of professionals, promoters of the information diffusion and, at the same time, protectors of the rights inherent to every citizen.

Notes

- ¹ - Organic Law 15/1999, of 13 December, of Personal Data Protection.
 - Royal Decree 1720/2007, of 21 December, passing the development Regulation of the Organic Law of Personal Data Protection.
- ² - Royal Decree 1708/2011, of 18 November, establishing the Spanish Archives System and regulating the Archive System of the Public Administration and its government agencies and their accessing regime.
- ³ - Bill on transparency and citizens access to the public information, promoted by the previous term Government.
 - Bill on Transparency, Access to Public Information and Good Governance, currently under debate and elaborated by the Presidency's Department.
 - Transparency and Open Government Laws of the Autonomous Region of Navarre.

Valladolid, 9/11 de mayo de 2012

El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos

VI CONGRESO DE ARCHIVOS DE CASTILLA Y LEÓN

ORGANIZACIÓN

Asociación de Archiveros de Castilla y León

Pozo Amarillo 1, 2ºB. 37001 Salamanca
administracion@acal.es
Teléf.: 650336756

Comité Organizador

Rubén Andrés Pereña (Archivo y bibliotecas en la Comarca de Sobrarbe, Huesca)
Francisco Fernández Cuesta (Archivo General de la Administración)
Pedro José Gómez González (Archivo de la Catedral de Salamanca)
Luis Hernández Olivera (Universidad de Salamanca)
Visitación Prieto (ACAL)
Fátima Rodríguez Coya (Gobierno del Principado de Asturias)
Ricardo Sanz Escobar (Fundación Gómez-Planche, Museo de Hª de la Automoción de Salamanca)

Comité Científico

Manuel Melgar Camarzana (Centro Documental de la Memoria Histórica)
Rosana de Andrés Díaz (Ministerio del Interior)
Ana Melero Casado (Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía)
Natalia Fernández Casado (Archivo General de Castilla y León)
Francisco Fernández Cuesta (Archivo General de la Administración)
Eduardo Gómez Llera (Archivo Histórico Provincial de Segovia)
Antonio González Quintana (Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía de Gobierno de la Comunidad de Madrid)
Severiano Hernández Vicente (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte)
Eva María Merino Flecha (Archivo Histórico Provincial de León)
Zulima Sánchez Sánchez (Universidad de Salamanca)

Comité Local

Lourdes Calavia Álvarez (ACAL)
Tania Cid González (Archivo General de Castilla y León)
Ana Feijó Casado (Archivo Municipal de Valladolid)
Natalia Fernández Casado (Archivo General de Castilla y León)
Óscar Grimal Santos (Archivo de las Cortes de Castilla y León)
José Carlos Lobo García (ACAL)
Javier E. Requejo Zalama (Archivo de la Real Chancillería de Valladolid)
Neila Sanz Pilar (ACAL)
Paloma Vaquero Lorenzo (Archivo de las Cortes de Castilla y León)

Patrocinadores

Consejería de Cultura y Turismo
Junta de Castilla y León

<http://www.jcyl.es>



Gobierno de España
Ministerio de Educación,
Cultura y Deporte

<http://www.mcu.es>



Cortes de Castilla y León

<http://www.ccyl.es>



Baratz

<http://www.baratz.es>



Colaboradores

Ayuntamiento de Valladolid

<http://www.valladolid.es>



Caja Laboral

<http://www.cajalaboral.com>



Datalib

<http://www.datalib.es>



Eypar

<http://www.eypar.com>



Fesabid

<http://www.fesabid.org>



Gestiarchivos

<http://www.gestiarchivos.es>



Normadat

<http://www.normadat.es>



Pandora Gestión Documental

<http://pandoragestiondocumental.es>



Y el apoyo de

Bodegas Elías Mora

<http://www.bodegaseliasmora.com>



Gama

<http://www.gama.es>



VI CONGRESO DE ARCHIVOS DE CASTILLA Y LEÓN

VALLADOLID
9/11 mayo 2012

www.acal.es
www.congresoacal.es

el **DERECHO**
a **SABER** el **DEBER**
de la **PRIVACIDAD**
el acceso a los documentos







CARLOS GARRIDO FALLA

Protección de datos y acceso a ficheros públicos

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal

La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 18.4 que “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Posteriormente llegaría la Ley 5/1992 de Ordenación y Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos, de 29 de octubre (LORTAD) que desarrolla inicialmente la previsión del artículo 18.4 de la Constitución Española, ley que estuvo vigente hasta 1999, al ser derogada por la Ley 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), actualmente vigente.

La LOPD, deroga, en consecuencia, a la LORTAD y transpone la Directiva Comunitaria 95/46/CE, siendo objeto de desarrollo reglamentario, a través del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

El Tribunal Constitucional ha abordado el análisis de los datos desde diferentes perspectivas, partiendo siempre de la premisa básica del respeto a la dignidad de la persona. Una de las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional sobre esta materia fue la ST 110/1984; en esta sentencia el Tribunal pone de manifiesto que “el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del

aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad de las personas”.

Por otro lado, las sentencias 290/2000 y 292/2000 contribuyen a definir de manera clara y contundente el contenido del derecho fundamental a la protección de datos; así establece: “(...) El contenido del derecho a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso...”, y también que “Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”.

Por otro lado, la propia Sentencia reconoce que no se trata de un derecho ilimitado, sino que también expresamente reconoce que “(...) el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución. Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE”.

En conclusión, estamos hablando de un derecho constitucional, siendo considerado así también por la Constitución Europea aprobada el 18 de junio de 2003.

La Agencia Española de Protección de Datos: naturaleza jurídica

El art. 35 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), establece que “La Agencia de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones”.

Por su parte, el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos (en lo sucesivo EAPD), completa la descripción de la naturaleza jurídica que realiza el citado art. 15 de la LOPD, señalando en su art. 1 que se trata de un ente público de los previstos en el art. 6.5 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.

Del marco normativo señalado en el párrafo anterior, se deduce la primera característica que identifica la naturaleza jurídica de la AEPD. Se trata de un Ente Público que continuará rigiéndose por su legislación específica y, supletoriamente, por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El art. 1.2 del EAPD dispone que la Agencia actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

Régimen jurídico aplicable

En el apartado anterior, que hemos dedicado a delimitar la peculiar naturaleza jurídica de la AEPD, ha quedado especificado que la misma se regirá, con carácter preferente, por su normativa específica.

Pasemos ahora a pormenorizar cuáles son los regímenes jurídicos de los diferentes ámbitos de actuación.

El art. 35 de la LOPD va enumerando los diferentes ámbitos de la siguiente manera:

- En el ejercicio de sus funciones públicas, y en defecto de lo que disponga la LOPD y sus disposiciones de desarrollo, actuará de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- En sus adquisiciones patrimoniales y contratación se regirá por el derecho privado.
- El régimen del personal que presta servicios en la AEPD, será el previsto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y demás disposiciones de desarrollo, cuando se trate de funcionarios públicos, y, cuando se refiera a personal contratado, por el Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 24 de noviembre de 1998.
- Desde el punto de vista del Derecho Presupuestario, la AEPD incorpora su presupuesto dentro de los Presupuestos Generales del Estado.
- La contabilidad de la Agencia se ajusta al Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por Orden Ministerial de 6 de mayo de 1994.

Estructura y funciones

Estructura orgánica

La estructura orgánica básica de la AEPD se establece en el art. 11 de su Estatuto, que distingue los siguientes órganos:

- El Director.
- El Consejo Consultivo.
- El Registro General de Protección de Datos.
- La Inspección de Datos.
- La Secretaría General.

Además, para el ejercicio de sus funciones el Director de la AEPD es asistido por una Unidad de Apoyo integrada por el Adjunto al Director y el Gabinete Jurídico.

Haremos una mención sucinta de las funciones del Órgano máximo representante de la Agencia.

El Director de la Agencia

A tenor del art. 36 de la LOPD, dirige y ostenta la representación de la Agencia ejerciendo sus funciones con plena independencia y objetividad. El Director de la AEPD, con rango de Subsecretario, desempeña su cargo con dedicación absoluta, plena independencia y total objetividad. No estará sujeto a instrucción de autoridad alguna. Deberá oír al Consejo Consultivo en aquellas propuestas que este le realice en el ejercicio de sus funciones.

En el EAPD (art. 12), se distinguen las funciones de dirección, en las que el Director dictará las resoluciones e instrucciones que se requieran en relación con las competencias que corresponden a la Agencia. Entre ellas, destacan las siguientes:

- Procedencia o improcedencia de las inscripciones en el RGPD.
- Requerimientos a los responsables de los ficheros de titularidad privada para que subsanen deficiencias de los códigos-tipo.
- Procedencia o improcedencia de la denegación del acceso a algunos ficheros automatizados.
- Autorización o denegación de transferencias internacionales de datos a países con un nivel de protección no adecuado.
- Adopción de medidas cautelares y acuerdos de iniciación en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora respecto a responsables de ficheros privados.

- Solicitud de incoación de expedientes disciplinarios contra los responsables de ficheros públicos.
- Autorización de entrada en los locales en que se hallen los ficheros con el fin de proceder a las inspecciones que resulten pertinentes.

Ámbito de aplicación de la LOPD

El artículo 1 de la LOPD señala que “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

Su artículo 2 delimita que “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

En función de lo anterior, esta normativa NO se aplica a:

a) Personas jurídicas:

La Ley se aplica a personas físicas. Ergo, a sensu contrario, no es de aplicación la Ley Orgánica 15/1999 al caso relativo al tratamiento de datos de una empresa o persona jurídica o autónomo o a personal de contacto de la misma, entendiéndose por tal las personas que ostentan un cargo directivo que representa a la empresa (Director General, Administrador, Gerente, etc.) y siempre que el dato se utilice en su condición de tal.

b) Datos de fallecidos:

En relación con los datos del fallecido, cabe decir que si el derecho fundamental a la protección de datos es considerado como el derecho del individuo a decidir sobre el poder de disposición y control sobre sus datos, es evidente que dicho derecho desaparece con la muerte que extingue la personalidad jurídica del fallecido. Por ello, los tratamientos de datos de personas fallecidas no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la LOPD, por lo que, en relación a la posible cesión o tratamiento de los datos del mismo, estos no se encontrarían amparados por la citada Ley Orgánica.

No obstante, la AEPD viene admitiendo que los familiares de los fallecidos ejerciten el derecho de acceso a su historial clínico, de conformidad con lo prevenido en la Ley de Autonomía del Paciente.

Asimismo, el nuevo Reglamento 1720/2007, de 21 de diciembre, permite también que las personas vinculadas familiarmente al fallecido

pueden notificar al responsable del fichero el fallecimiento con la finalidad de perseguir la cancelación de los datos de aquel del fichero, sin que ello suponga un posterior derecho a ser tutelado por la AEPD.

c) Procedimientos de disociación:

Según dispone el artículo 3 apartado f) de la LOPD, se denomina procedimiento de disociación a todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

En este sentido, cuando no es posible determinar la persona física que se encuentra detrás de un determinado conjunto de datos, estos no pueden ser considerados datos personales y, en consecuencia, no se aplica la LOPD.

d) Libros de bautismo:

Siguiendo el criterio marcado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS), los Libros de Bautismo no constituyen ficheros en los términos en que se consideran por la Ley Orgánica 15/1999 y, además, tampoco cabe estimar aplicable el art. 4.3 de la citada Ley, relativo a la exactitud y veracidad en cada momento de los datos, motivo por el que se instaba la anotación marginal en los Libros de la Iglesia.

Esta jurisprudencia ha sido ya recogida en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de octubre de 2008.

Por todo ello, cabe concluir que la Agencia no es competente para resolver la cuestión relativa a la cancelación de datos de los libros de registro de bautismo, al no resultar de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, en los términos y con los argumentos contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008.

La Agencia Española de Protección de Datos presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que también ha sido rechazado, por lo que el criterio interpretativo del Tribunal Supremo sigue hoy vigente.

e) Ficheros de juzgados o tribunales:

Tampoco se aplica a actuaciones realizadas por un Juzgado o un Tribunal. En consecuencia, deberán dirigirse las reclamaciones en este sentido al Consejo General del Poder Judicial, que es el Organismo competente para conocer sobre el régimen de protección de datos personales contenidos en ficheros públicos de los juzgados, conforme ha dictaminado el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de diciembre de 2011.

Por el contrario, SÍ se aplica a:

a) Datos de menores de edad:

Se plantea la licitud del procedimiento referido a la recogida de datos de personas menores de edad, En este sentido, debe señalarse como regla general que las disposiciones de la Ley serán aplicables por igual, con independencia de la mayoría o minoría de edad de los afectados.

Ello no obstante, deberá analizarse en especial la prestación del consentimiento, exigido por la Ley para que el tratamiento de los datos sea conforme a Derecho, tal y como dispone el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Este consentimiento habrá de ser, tal y como exige el artículo 3.i) de la propia Ley, libre, específico, inequívoco e informado, siendo necesario el cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 5.1:

“Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”.

Lo que se ha venido indicando hasta ahora es predicable de cualquier tratamiento consistente en la recogida de datos de carácter personal de cualesquiera personas. Sin embargo, en el supuesto de que las personas de las que se obtienen los datos son menores de edad, será necesario analizar en qué supuestos se considerará que los mismos ostentan pleno discernimiento para prestar ese consentimiento y en cuáles aquel habrá de completarse con el de su representante legal.

Según dispone el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla la LOPD, podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de 14 años con su consentimiento, salvo para aquellos casos en que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de 14 años se requerirá siempre el consentimiento de los padres o tutores.

En ningún caso podrán recabarse datos del menor que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar o sobre las características

del mismo, como actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos.

La pérdida de la custodia no implica la de la patria potestad. Los parientes separados siguen teniendo los mismos derechos sobre sus hijos menores.

b) La imagen:

Otra de las cuestiones debatidas es la referida a la consideración de la imagen personal como dato personal. No cabe duda que la imagen, en el aspecto fisiológico, debe ser considerado como un dato personal ya que en todo caso te hace persona identificada o identificable. Más aún, la grabación de imágenes por medio de videocámaras de vigilancia, tanto de naturaleza pública como privada se deben considerar como la captación de un dato personal y por lo tanto objeto de protección por la LOPD y normativa de desarrollo.

El artículo 3.a de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos Personales define dato personal como “cualquier información concerniente a persona física identificada o identificable”.

Por otro lado, el artículo 3.c define el tratamiento de datos como “Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permita la recogida, grabación conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones consultas, interconexiones y transferencias”.

Además el artículo 1.4 del RD 1322/1994 de 20 de junio considera dato personal “toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable”.

Por otro lado, los datos personales procedentes de imágenes de individuos deberán formar parte de ficheros conforme a lo definido el artículo 3.b de la LOPD “todo conjunto organizado de datos de carácter personal cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”. En consecuencia, los datos personales de grabación de imágenes, tanto si se almacenan durante un periodo de tiempo mediante un sistema de grabación como si es simplemente un circuito cerrado de imágenes en tiempo real serán objeto de regulación por la LOPD. Si bien en el primer caso los datos personales de la imágenes se almacenarán en un fichero y en el segundo al no existir grabación no podrá existir fichero pero sí un tratamiento de datos personales.

En la actualidad, la regulación de la captación de imágenes, consideradas estas como datos personales se encuentra desarrollado por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el

tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

c) La videovigilancia:

Tal y como marca la Instrucción, las imágenes se consideran un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999 y el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que considera como dato de carácter personal la información gráfica o fotográfica.

Se excluyen el tratamiento de imágenes en el ámbito personal y doméstico, entendiéndose por tal el realizado por una persona física en el marco de una actividad exclusivamente privada o familiar (como la propia vivienda o la propia plaza de garaje).

Aunque nos hallemos ante un supuesto en que existan datos de carácter personal, será necesario que dichos datos se encuentren incorporados a un fichero. Ello supone que en el supuesto en que las imágenes no sean objeto de una organización sistemática, con arreglo a criterios que permitan la búsqueda de las mismas a partir de los datos personales de una determinada persona, el archivo en que se contuvieran no será considerado fichero a los efectos de la Ley. A estos efectos, no se considerará fichero el tratamiento consistente exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real.

La creación de un fichero de videovigilancia exige su previa notificación a la Agencia Española de Protección de Datos, para la inscripción en su Registro General.

La Instrucción 1/2006 se aplica al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras. El tratamiento comprende la grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquellas.

Se considerará identificable una persona cuando su identidad pueda determinarse mediante los tratamientos a los que se refiere la Instrucción 1/2006 sin que ello requiera plazos o actividades desproporcionados. Las referencias a videocámaras y cámaras se entenderán hechas también a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita los tratamientos previstos en la misma.

Los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia deberán cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. A tal fin deberán:

- Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como

cerrados deberá incluir una referencia a la «LEY ORGÁNICA 15/1999, DE PROTECCIÓN DE DATOS», incluirá una mención a la finalidad para la que se tratan los datos («ZONA VIDEOVIGILADA»), y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se refieren los artículos 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- Tener a disposición de los interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.

De conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, las imágenes solo serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de las cámaras o videocámaras.

Solo se considerará admisible la instalación de cámaras o videocámaras cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal.

Las cámaras y videocámaras instaladas en espacios privados no podrán obtener imágenes de espacios públicos salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquellas. En todo caso deberá evitarse cualquier tratamiento de datos innecesario para la finalidad perseguida.

Los datos serán cancelados (mediante bloqueo) en el plazo máximo de un mes desde su captación.

El responsable deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Asimismo, cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a los datos deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas. El responsable deberá informar del deber de secreto a las personas con acceso a los datos.

En consecuencia, y únicamente bajo el aspecto de lo que es protección de datos, la utilización de videocámaras estaría fuera del ámbito de aplicación de la siempre que no pueda procederse a la identificación de las personas que aparecen en las imágenes o, en caso de poderse identificar dichas imágenes no hayan sido incorporadas a un fichero, en los términos definidos.

La videovigilancia en la vía pública está reservada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

d) La dirección IP:

Se plantean diversas cuestiones referentes a la consideración como dato de carácter personal de una dirección IP de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y sus implicaciones de cara a la adopción de las medidas de seguridad.

En primer lugar, se plantea si las direcciones IP son consideradas como datos de carácter personal, dado que solo en ese caso será aplicable al caso lo dispuesto en la Ley 15/1999, a tenor de lo establecido en su artículo 2.1.

Respecto a dicha cuestión, debe partirse en todo caso de la definición de dato de carácter personal que establece el artículo 3.a) de la Ley, que lo define como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

El TCP/IP se trata de un protocolo básico de transmisión de datos en Internet, donde cada ordenador se identifica con una dirección IP numérica única. Las redes TCP/IP se basan en la transmisión de paquetes pequeños de información, cada una de los cuales contiene una dirección IP del emisor y del destinatario.

Por otro lado, el DNS (sistema de nombre de dominio) es un mecanismo de asignación de nombres a ordenadores identificados con una dirección IP. Ciertas herramientas existentes en la Red permiten encontrar el enlace entre el nombre de dominio y la empresa o el particular.

A su vez, los proveedores de acceso a Internet y los administradores de redes locales pueden identificar por medios razonables a los usuarios de Internet a los que han asignado direcciones IP. Un proveedor de acceso a Internet que tiene un contrato con un abonado a Internet, normalmente mantiene un fichero histórico con la dirección IP (fija o dinámica) asignada, el número de identificación del suscriptor, la fecha, la hora y la duración de la asignación de dirección. Es más, si el usuario de Internet está utilizando una red pública de telecomunicaciones, como un teléfono móvil o fijo, la compañía telefónica registrará el número marcado, junto con la fecha, la hora y la duración, para la posterior facturación.

En estos casos, ello significa que, con la asistencia de terceras partes responsables de la asignación, se puede identificar a un usuario de Internet, es decir, obtener su identidad civil (nombre dirección, número de teléfono, etc.), por medios razonables, con lo que no cabe duda de que se puede hablar de datos de carácter personal en el sentido de la letra a del artículo 3 de la Ley 15/1999.

En otros casos, un tercero puede llegar a averiguar la dirección IP dinámica de un usuario pero no ser capaz de relacionarla con otros datos que le permitan identificarlo. Obviamente, resulta más sencillo identificar a los usuarios de Internet que utilizan direcciones estáticas.

Sin embargo, en muchos casos existe la posibilidad de relacionar la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, de acceso público o no, que permitan identificarlo, especialmente si se utilizan medios invisibles de tratamiento para recoger información adicional sobre el usuario, tales como cookies con un identificador único o sistemas modernos de minería de datos unidos a bases de datos con información sobre usuarios de Internet que permite su identificación.

Así pues, aunque no siempre sea posible para todos los agentes de Internet identificar a un usuario a partir de datos tratados en la Red, desde esta Agencia Española de Protección de Datos se parte de la idea de que la posibilidad de identificar a un usuario de Internet existe en muchos casos y, por lo tanto, las direcciones IP tanto fijas como dinámicas, con independencia del tipo de acceso, se consideran datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos.

e) La dirección e-mail:

Con carácter general, respecto de la consideración del e-mail como dato de carácter personal, se debe decir que la dirección electrónica se forma por un conjunto de signos o palabras que la diferencian de las demás, siendo el titular de la misma quien generalmente decide y elige la dirección correspondiente, con el único límite de que no exista otra dirección idéntica correspondiente a otro titular. En la selección de la dirección electrónica se pueden elegir combinaciones que no contengan significado alguno o, incluso, utilizar como combinación el nombre de la persona o algún otro dato identificativo.

El concepto de dato personal, según la definición de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), comprende cualquier información concerniente a persona física identificada o identificable, de donde se requiere la concurrencia de un doble elemento: por una parte la existencia de una información o dato y de otra, que dicho dato pueda vincularse a una persona física identificada o identificable. En el supuesto de direcciones electrónicas la información está constituida por un conjunto de signos que cuando permiten la vinculación directa o indirecta con una persona física la convierte en un dato de carácter personal.

f) Los datos biométricos:

En primer lugar, hay que señalar que son datos biométricos aquellos aspectos físicos que, mediante un análisis técnico, permiten distinguir las singularidades que concurren respecto de dichos aspectos y que, resultando imposible la coincidencia de tales aspectos en dos individuos, una vez procesados, permiten servir para identificar al individuo en cuestión. Así se emplean

para tales fines la recogida de datos referentes a las huellas dactilares al iris del ojo, o a la voz.

Por su parte, el artículo 3.a de la LOPD, define los datos de carácter personal como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. En este sentido, debe indicarse que, si bien el tratamiento de los datos biométricos no revela nuevas características referentes al comportamiento de las personas, sí permite, lógicamente, su identificación, por lo que resulta evidente que, en caso de procederse a su tratamiento, dicho tratamiento deberá ajustarse a los preceptos de la citada Ley Orgánica.

Según el artículo 4.1 de la LOPD, “Los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. El problema se planteará entonces en determinar si el tratamiento de la huella digital puede ser considerado excesivo para el fin que motiva dicho tratamiento.

Así, tratándose del tratamiento de la huella digital, la información contenida en dicho dato no contiene ningún aspecto concreto de la personalidad y tan solo cuando dicha información se vincula a la identidad de una persona es posible identificarla con toda certeza, de modo que los datos que se recaban no pueden considerarse de mayor trascendencia que los relativos a un número personal de identificación que coincide con el número asignado al empleado.

Por otra parte, en cuanto a la necesidad de que el interesado preste su consentimiento (o pueda oponerse) al tratamiento de su huella digital, debe indicarse que si bien el artículo 6.1 de la LOPD exige el consentimiento del interesado para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, el artículo 6.2 prevé que no será preciso el consentimiento cuando los datos “se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación de negocio laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”.

En este caso se debe asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación administrativa o laboral que vincula al funcionario o personal laboral con la empresa, lo que unido a lo hasta ahora señalado permite implementar dicho tratamiento de datos.

Acceso a archivos de la Administración General del Estado

Como punto de partida, 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 recuerda el derecho de los ciudadanos de acceso a los archivos

y registros públicos, consagrado en el artículo 106 de la Constitución, al disponer que “Los documentos conservados en los archivos incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma serán de libre acceso salvo cuando les afecten las limitaciones previstas en la Constitución y en las Leyes”.

Esta norma pretende, como indica su exposición de motivos, 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, muy simplificado, de solicitud de acceso. En la regulación del procedimiento, que pretende suprimir incertidumbres y eliminar cualquier ocasión de arbitrariedad, está muy presente la necesidad de proteger intereses públicos y privados en los términos reconocidos en la Constitución y las Leyes, que justifican la existencia de especiales requisitos y condiciones para el acceso a documentos que no son de libre consulta y requieren autorización.

En especial, esta regulación es respetuosa del delicado equilibrio que debe mantenerse entre la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales -de acuerdo con la regulación contenida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal- y el derecho de acceso a documentos y archivos. Con el fin de proceder a una ponderación lo más ajustada posible, la norma distingue una variedad supuestos en relación con el acceso a documentos que contienen datos personales y gradúa, atendiendo al tipo de datos, la edad del documento, las circunstancias del caso y la finalidad del acceso, las condiciones y requisitos que se han de reunir para levantar las restricciones al acceso.

El régimen previsto –requisitos de la solicitud para el ejercicio del derecho de acceso, regulación de la tramitación y resolución, derecho a la obtención de copias– es conforme con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su artículo 37 dispone que «los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud», al tiempo que menciona una variedad de materias que se rigen por su regulación específica.

Regla general:

- Libre acceso (Art. 106 C.E.) a ficheros públicos o privados sostenidos con fondos públicos.

Excepciones:

- Documentos que contengan datos de carácter personal.
- Secretos oficiales.
- Riesgos para la defensa nacional

Así, dispone el Real Decreto que “Los documentos que por disposición expresa de la Ley no deban ser públicamente conocidos se considerarán de acceso restringido. En particular, los documentos clasificados según lo dispuesto en la normativa sobre secretos oficiales, los documentos que contengan información cuya difusión pudiera entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o interferir en la averiguación de los delitos, y aquellos que contengan datos personales cuyo conocimiento por terceros pudiera afectar a la seguridad, el honor, o la intimidad de las personas a las que se refieren”. Respecto de tales documentos, el artículo 5.3 especifica las reglas de acceso, al establecer que “El acceso a los documentos previstos en los apartados anteriores queda condicionado, con las excepciones y especialidades previstas en la Ley, a la obtención de autorización previa. En el caso de los documentos que contienen datos personales, ausentes otras razones de limitación del acceso, el consentimiento del afectado será suficiente para levantar la restricción”.

En este sentido el artículo 37.1 de la Ley 30/1992 establece el principio general de que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

A nuestro juicio, el acceso solicitado, en cuanto se refiera a datos de carácter personal contenidos en ficheros, a los efectos definidos en la meritada Ley Orgánica, constituirá una auténtica cesión de datos, dado que el artículo 3.i) de la Ley Orgánica 15/1999 define la cesión o comunicación de datos como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”, lo que sucederá en el presente caso si se concede el acceso solicitado a ficheros que contengan datos de carácter personal de personas distintas del propio interesado.

Pues bien, respecto de la cesión de datos de carácter personal, el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999 establece, como regla general aplicable al caso, que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. Esta regla general se verá únicamente exceptuada en los supuestos a que se refiere el artículo 11.2, a cuyo tenor “el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

1. Cuando la cesión está autorizada en una Ley.
2. Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.
3. Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación solo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.
4. Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.
5. Cuando la cesión se produzca entre administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.
6. Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”.

Por otra parte, dado que el acceso se solicita de archivos y registros de la administración pública (y sin entrar ahora a valorar los supuestos en que los ficheros de los colegios profesionales habrán de ser considerados de naturaleza pública o privada, cuestión esta relacionada con la naturaleza de las potestades ejercitadas por la Corporación y que se estudia con mayor detalle en el informe solicitado por el propio Consejo General, obrante en el expediente administrativo), será de aplicación al supuesto lo establecido en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 15/1999, que establece taxativamente que “no obstante lo establecido en el artículo 11.2 b), la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una Ley prevea otra cosa”.

En consecuencia, a la vista de las disposiciones estudiadas, y tomando como único referente la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, solo será posible conceder el acceso solicitado en aquellos supuestos en que el interesado haya manifestado su consentimiento libre, inequívoco, específico e informado a ello o cuando una norma con rango de Ley habilite la cesión de los datos¹.

Por otra parte, y como se señaló anteriormente, el artículo 37.7 de la Ley 30/1992 establece un regla específica relativa al acceso a los datos de carácter personal al acreditarse la existencia de un interés “histórico, científico o cultural relevante”, lo que exige tomar igualmente en consideración el criterio sustentado por esta Agencia en relación con el acceso a datos de carácter personal con fines históricos, científicos o estadísticos, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999.

En este punto existen numerosos informes de la Agencia² en que se analiza, por una parte, el ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos cuando se trate de informaciones referidas a personas fallecidas y, por otra, la incidencia que en materia de protección de datos tienen las disposiciones relacionadas con el acceso al patrimonio histórico documental, contenidas en la Legislación reguladora del Patrimonio Histórico Español.

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, es claro al establecer que “este Reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas”, añadiendo que “no obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos”.

El primer inciso reproducido no es sino la manifestación en la norma reglamentaria de la posición tradicionalmente mantenida por esta Agencia. Así la cuestión referente a la aplicabilidad de las normas de protección de datos a las personas fallecidas ha sido objeto de estudio reiterado por parte de esta Agencia en diversos informes y resoluciones en que se ha manifestado en la práctica totalidad de los supuestos en el sentido de considerar excluidos de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 los datos referidos a quienes hubieran fallecido.

Quiere todo ello decir que la problemática planteada por la presente consulta, en lo que a la garantía del derecho fundamental a la protección de datos se refiere, únicamente resulta relevante cuando se esté haciendo referencia a datos relativos a personas que no hubieran fallecido, dado que en caso de fallecimiento no son aplicables las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999 y su normativa de desarrollo, salvo en lo previsto en el inciso segundo del artículo 2.4 del Reglamento y la posible solicitud de la cancelación de los datos, si ello fuera procedente, por las personas enumeradas en dicho precepto.

A sensu contrario, la información concerniente a personas físicas identificadas o identificables que no hubieran fallecido sí se encontraría dentro del ámbito de aplicación de las normas reguladoras del derecho fundamental a la protección de datos, siendo entonces aplicable lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y sus disposiciones de desarrollo.

Este mismo criterio aparece recogido en el informe emitido por esta Agencia, de 24 de octubre de 2008, emitido en relación con la consulta remitida por el Ministerio de la Presidencia y relativa a la creación de un mapa integrado sobre las fosas en las que hayan sido enterradas las víctimas, conforme a lo previsto en el artículo 12.2 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, y en su informe de

25 de mayo de 2010, en que se planteaba por el Ministerio de Cultura si resultaba conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y su Reglamento de desarrollo la difusión pública en Internet de datos personales referidos a las víctimas de la Guerra Civil y represaliados del franquismo, con especial referencia a los datos referidos a expedientes respecto de los que no hubieran transcurrido más de cincuenta años y más en concreto a los sumarios generados por los Juzgados y Tribunales de Orden Público, que teniendo en cuenta la fecha de creación de dichos órganos tendrían siempre una antigüedad inferior a la mencionada, respecto de los que se señalaba lo siguiente:

“(…) solo será posible la publicación en el portal al que se refiere la consulta de los datos relativos a las personas que tengan la condición de víctimas de la Guerra Civil o represaliados del franquismo, y en particular, los vinculados con los sumarios tramitados por los Juzgados y Tribunales de Orden Público si se cumplen las siguientes condiciones:

1. Que se trate de personas fallecidas, debiendo contrastarse los datos que obren en poder de la consultante con los resultantes de otros registros que permitan acreditar esta circunstancia cuando sea necesario.
2. Tratándose de personas no fallecidas, que se haya obtenido el consentimiento de los interesados para que sus datos sean incluidos en el portal, debiendo informarse al interesado de todos los extremos relacionados con ese tratamiento en los términos previstos por el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999.
3. En caso de no contarse con el consentimiento, la información que conste en el portal en relación con las personas que no lo hubieran prestado deberá constar de forma dissociada, de forma que no resulte posible identificar directa o indirectamente al interesado”.

En resumidas cuentas, del estudio de la normativa a la que se ha venido haciendo referencia y de la interpretación efectuada por esta Agencia en los distintos informes que se han referido a la misma, cabría diferenciar una serie de supuestos y reglas de aplicación para el acceso a los datos contenidos en los archivos y registros regulados por el artículo 37 de la Ley 30/1992, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos accedidos, la finalidad que justifica el acceso y la antigüedad de los mencionados datos:

1. Las normas de protección de datos de carácter personal no serán de aplicación en los supuestos en los que la información facilitada como consecuencia del acceso a los archivos o registros no contenga datos de carácter personal, bien por no incluirlos los documentos respecto de los que se solicita el acceso, bien al haberse producido un previo procedimiento de disociación.
2. Del mismo modo, las normas de protección de datos tampoco serán aplicables a las informaciones referidas a personas fallecidas que sean objeto del acceso, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, pudieran establecerse en las normas reguladoras del Patrimonio Histórico Español o en otras normas especiales.

3. Cuando el acceso se solicite por el propio interesado cuyos datos figuren en los documentos a los que dicho acceso se refiere no existirá una cesión de datos sino una solicitud por el interesado de ejercicio del derecho de acceso, que podrá tramitarse conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de la posible existencia de disposiciones específicas reguladoras de dicho acceso cuando se trate de archivos o registros sometidos a normas especiales, tal y como dispone el artículo 25.8 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.
4. El acceso a los documentos que contengan datos especialmente protegidos de los interesados distintos de quien solicita el acceso a los mismos requerirá el consentimiento del interesado, que deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 o, tratándose de datos relacionados con la salud, el origen racial o la vida sexual de los interesados, que exista una norma con rango de Ley que así lo habilite por razones de interés público.
5. Del mismo modo, también sería preciso el consentimiento de los interesados cuando se trate de documentos que afecten a la intimidad de las personas, dado que en caso contrario el acceso queda únicamente limitado a ellas, conforme a lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley 30/1992.
6. El acceso a documentos de “carácter nominativo”, que no contengan otros datos que afecten a la intimidad de las personas será posible, además de cuando el interesado haya prestado su consentimiento para ello, en los supuestos en los que el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo y directo, tal y como dispone el artículo 37.3 de la Ley 30/1992, en conexión con el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, entendiéndose que dicho interés puede deberse a que “en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos”.
7. De la regla anterior, no obstante, quedarán exceptuados los documentos referidos a los procedimientos sancionadores.
8. Finalmente, se podrá autorizar el acceso directo a los documentos en los supuestos en que el investigador solicitante acredite un interés histórico, científico o cultural relevante, “siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”. A tal efecto, deberán tenerse en cuenta las reglas establecidas en las propias normas reguladoras del derecho de acceso a archivos y registros y las que establecen el régimen del patrimonio histórico español. De este modo, el acceso sería posible:
 - Con las limitaciones que se han expuesto en caso de documentos con una antigüedad inferior a cincuenta años.
 - Sin dichas limitaciones en caso de documentos con una antigüedad superior a cincuenta años si no consta el fallecimiento del afectado o la fecha del mismo.

Finalmente, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.6 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores”; es decir, la comunicación no deberá fundarse en el consentimiento o en otra de las causas específicas legitimadoras del tratamiento establecidas en el mencionado precepto.

El artículo 3.f) de la Ley Orgánica 15/1999 define el procedimiento de disociación como “todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable”. Del mismo modo, es dato disociado, según el artículo 5.1.e) del Reglamento “aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado”.

A la luz de las definiciones que se han reproducido anteriormente, si la cesión de los documentos se lleva a cabo de forma que no sea posible conocer los datos personales que los mismos contengan lo que existirá en todo caso será un procedimiento de disociación. Por su parte, la excepción a las reglas especiales que impongan una determinada legitimación para el tratamiento de los datos de carácter personal debería operar no cuando la disociación sea posible, sino cuando la misma tenga efectivamente lugar.

Notas

¹ Informe 437971/2011, de la AEPD, de fecha 24 octubre 2011.

² Informe de esta Agencia de 19 de abril de 2011.

RIIIOOOO**AUDITORIO**AAAAAUUUUDD
JEEEEEEELLLLLL**MIGUEL**MMMMIIIIIC
BEEESSSS**DELIBES**DDDDDEEEEL

ÓPERA

VIERNES 6 DE JULIO DE 2012

SALA SINFÓNICA · 20.00 H · 50 / 43 / 35 / 25 / 15 €



**FERRUCCIO
FURLANETTO**

BAJO

ORQUESTA
SINFÓNICA
DE CASTILLA
Y LEÓN

**SEMYON
BYCHKOV**

DIRECTOR





FRANCISCO FERNÁNDEZ CUESTA

Protección de datos en archivos públicos

El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental que protege a los ciudadanos frente a los tratamientos ilícitos y sin consentimiento que pudieran realizar las empresas y las administraciones públicas sobre datos referentes a su persona. Tratamientos que pueden y suelen producirse en el ejercicio de las funciones propias de estas instituciones y, por tanto, afectar a los documentos –documentos de archivo– en que se materializa –o se documenta– dicho ejercicio.

Así –y centrándonos en el caso de las administraciones– cuando un ciudadano solicita una ayuda o una subvención, se matricula para obtener una titulación en una universidad o acude a un hospital público, sus datos personales son recogidos y registrados en documentos y sometidos a los tratamientos necesarios para llevar a cabo la finalidad para la que fueron recabados. Estos documentos son, finalmente, archivados: transferidos al archivo correspondiente, donde continúan tratándose para suministrar información tanto a la propia administración productora como a los ciudadanos, para la defensa de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes; y son mantenidos en tanto que prueba de la actividad administrativa y patrimonio documental –y, por tanto, cultural– de nuestro país.

En este sentido, podríamos considerar a los archivos como grandes “almacenes” o “ficheros” de datos personales y, por tanto, sometidos a legislación de

protección de datos. Así lo entienden algunos manuales de Archivística¹, pero hasta el momento –cuando se cumplen 30 años de la primera norma internacional sobre la materia, el Convenio 108 del Consejo de Europa, y casi 20 de la primera ley específica en nuestro país, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)– no se ha realizado un estudio en profundidad sobre las implicaciones que tiene este régimen en los archivos. Ni por parte de la Archivística española, ni tampoco por parte de la bibliografía jurídica, si bien es cierto que esta sí ha comenzado a abordar, siquiera parcialmente, esta problemática, al analizar la relación entre este derecho a la protección de datos con el derecho de acceso a la información pública.

Objetivos y elementos principales del trabajo de investigación. La importancia del concepto de fichero de datos

Como ha señalado Luis Martínez (1999: 91) refiriéndose a los archivos públicos:

“...difícilmente podríamos encontrar unas instituciones que afecten de manera tan directa a un número tan considerable de derechos constitucionales. La gestión de los archivos atañe a la eficacia de las administraciones públicas, al derecho de los ciudadanos a acceder a la información que les interesa, al acceso de todos los españoles a la cultura y a la identidad de nacionalidades y regiones.”

Pero, ¿cuál es su relación con el derecho –también constitucional– de la protección de datos de carácter personal? El pasado 15 de septiembre de 2011 defendimos en la Facultad de Traducción y Documentación de la Universidad de Salamanca el trabajo de investigación “Protección de datos en archivos públicos: introducción a su estudio” (FERNÁNDEZ CUESTA 2011), en el marco del proceso de obtención de la suficiencia investigadora y el Diploma de Estudios Avanzados, con el que tratamos de ofrecer una primera respuesta a esta pregunta, analizando esta relación de una forma introductoria pero que procurara abordar todas sus vertientes.

Para ello, nos fijamos tres objetivos básicos. En primer lugar, encontrar zonas de fricción, así como áreas de confluencia, entre las prescripciones de la legislación de protección de datos, y el funcionamiento de los archivos públicos y la normativa que los regula. En segundo, proponer, en la medida de lo posible, soluciones a alguno de los problemas que pudieran detectarse en dicha relación. Por último, vislumbrar futuras líneas de investigación en esta materia que permitan desarrollar, en trabajos posteriores, un modelo de análisis, adaptación y aplicación de la normativa de protección de datos en los archivos.

El trabajo partió del análisis de la regulación vigente en España de este derecho: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante LOPD), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. A partir del estudio de sus coordenadas básicas (el objeto y el contenido del derecho) desgranamos las principales disposiciones de esta normativa, así como las garantías institucionales que contempla para hacer efectivo este derecho. Un aspecto al que dimos especial atención fue la delimitación del objeto del derecho a la protección de datos y su plasmación en los archivos, analizando para ello los conceptos de “dato personal”, “tratamiento” y “fichero de datos”.

Por datos de carácter personal, la LOPD (art. 3.a) entiende cualquier información (numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo) concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Un concepto que abarca, en la práctica (y no sin contradicciones) cualquier información que tenga un referente personal, como ha mostrado la doctrina de la AEPD. No obstante, como ha señalado Troncoso (2008: 43):

“...no basta la presencia de un dato personal para que entre en juego el derecho fundamental a la protección de datos personales. Este derecho no tiene por objeto proteger en todos los supuestos los datos personales. En cualquier documentación administrativa hay datos personales, y esto no significa que se pueda ejercer en ese caso el derecho fundamental a la protección de datos personales. Este derecho protege las libertades y los derechos fundamentales frente a los tratamientos de datos personales (art. 1 LOPD). [...] Este derecho no protege los datos, ya que el riesgo no es que haya datos, sino que existan tratamientos de datos personales.”

Pero para que estos datos puedan recuperarse y ser sometidos a algún tipo de tratamiento sin que ello conlleve plazos ni actividades desproporcionadas –y entren, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de esta normativa–, creemos que debe cumplirse, además, otra condición: que dichos datos formen parte de ficheros.

Nos alineamos en este sentido con la teoría denominada por algunos autores como “totalizadora”, según la cual, para que entre en juego el régimen de la LOPD es absolutamente necesario que los tratamientos de datos se refieran a ficheros, en el sentido que los define dicha Ley. Esto es, todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3.b LOPD). Lo que define a un fichero de datos es, por tanto, la existencia de una estructura lógica que organice de alguna manera un conjunto limitado de datos. Independientemente de los soportes en los que se encuentren registrados (electrónicos, analógicos o mixtos), dónde se almacenen (en un depósito central o de forma distribuida) o de los sistemas empleados para su creación y gestión. Y siempre que permitan

recuperar y tratar los datos sin necesidad de actividades o esfuerzos desproporcionados.

Para defender este criterio y su aplicación en los archivos no nos basamos únicamente en el análisis de estos conceptos que marcan el objeto del derecho a la protección de datos. También, en la opinión que, refiriéndose expresamente a distintos tipos de documentos de archivo, han expresado la doctrina jurídica, las autoridades de control y, finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a un caso, el de los Libros de Bautismo, que ha tenido cierta trascendencia mediática.

Una vez repasado el juego de principios (calidad, consentimiento y finalidad) y derechos (principalmente los de acceso, rectificación, cancelación y oposición) que contiene la normativa de protección de datos, así como las garantías institucionales que persiguen la efectividad de los mismos (especialmente las autoridades encargadas de controlar y tutelar la aplicación de esta normativa y las medidas de seguridad que se exigen a los responsables de ficheros y tratamientos) y, tras repasar brevemente las disposiciones destinadas específicamente a los ficheros de titularidad pública en los que se inscribe nuestro objeto de análisis, nuestro trabajo se centró en analizar, como dijimos, las implicaciones de este régimen en el funcionamiento de los archivos de la Administración General del Estado.

En primer lugar, delimitamos la zona de impacto de la normativa de protección de datos en los mismos, tanto en lo que se refiere a los ficheros presentes en su trabajo, como a los diferentes tratamientos que se realizan sobre ellos, abordando de forma separada –tal y como hace la LOPD– el grueso de los tratamientos, de las cesiones o comunicaciones de datos. Finalmente, tuvimos que analizar la responsabilidad de los archiveros en la implementación de las medidas de seguridad exigidas en el Reglamento de la LOPD, como recomienda la normativa técnica archivística.

Conclusiones del trabajo y futuras vías de estudio

El desarrollo de todas estas cuestiones que brevemente acabamos de resumir nos permitió responder la pregunta inicial y alcanzar, en nuestra opinión, los objetivos planteados. Creemos que su contenido queda ampliamente representado a través de las conclusiones generales del trabajo, que enunciamos a continuación:

1. Consideramos que la normativa de protección de datos afecta de forma amplia al funcionamiento de los archivos de la AGE. No solo como custodio, sino también como creador, gestor y proveedor de datos de carácter personal. El impacto de esta normativa se deja notar tanto en las funciones meramente administrativas como en las técnicas, propias de estos centros.

2. Pero para delimitar claramente esta zona de impacto y aplicar de forma coherente con la legislación vigente las medidas y disposiciones adecuadas, creemos que ha de asumirse la teoría totalizadora. Según esta teoría, recordemos, para que entre en juego el régimen de la LOPD es absolutamente necesario que observemos el funcionamiento de los archivos en términos de tratamientos de datos realizados sobre ficheros.
3. De acuerdo con dicha teoría, consideramos que la legislación de protección de datos afecta a los tratamientos llevados a cabo en los archivos para gestionar sus recursos humanos y la relación con sus usuarios. Y, también, al tratamiento de determinadas series documentales que contengan datos de carácter personal de personas vivas:
 - Con carácter general, las series de documentos electrónicos.
 - Respecto de las series en papel, las ordenadas físicamente a partir de criterios personales -series de expedientes personales (expedientes evolutivos) y las series de expedientes procedimentales o resolutivos referidos a personas (expedientes de caso particular)-.
 - También, a aquellas que cuenten con instrumentos que permitan su recuperación a través de dichos criterios.
4. Una vez delimitados los conjuntos de datos sobre los que se realizan tratamientos sujetos al régimen de la protección de datos, creemos que resulta necesario identificarlos en términos de fichero. El análisis habrá de contemplar tanto los datos incorporados a los sistemas de información propios del archivo (creados o adquiridos por el mismo) como al resto de sistemas de su organización que hagan referencia a los documentos que son su objeto de gestión.
5. De esta forma, los archivos podrán dar cumplimiento a las exigencias legales que afectan a los tratamientos sujetos a la normativa de protección de datos:
 - Creación y declaración de los ficheros sobre los que se realizan dichos tratamientos, mediante disposición general (Orden Ministerial en el caso de los órganos centrales de la AGE) publicada en el BOE; e inscripción en el Registro General de Protección de Datos.
 - Adopción de medidas destinadas a facilitar el ejercicio por parte de los ciudadanos de los distintos derechos reconocidos por la normativa de protección de datos (y los deberes que conllevan para los archivos), en especial los de acceso, rectificación, cancelación y oposición -con las excepciones y peculiaridades aplicables en cada caso-.
 - Sujeción de los tratamientos que se realicen a los principios de la protección de datos (calidad, consentimiento y finalidad), con las especiales condiciones -menos estrictas- establecidas para los ficheros públicos.

- Implantación de las medidas de seguridad adecuadas, que deberán adaptarse a la mayor o menor sensibilidad de los datos.
6. Respecto a estas exigencias, se han advertido distintas deficiencias que presentan, actualmente, algunos tratamientos de datos que realizan los archivos de la AGE. A lo largo del trabajo se han propuesto medidas para solucionar algunas de estas deficiencias en casos específicos –pertenecientes a archivos gestionados por el Ministerio de Cultura pero que pueden servir de orientación al resto de los archivos de la AGE-. Estos se refieren a:
- Los procesos de gestión de usuarios, especialmente durante las operaciones de recogida de datos (formularios).
 - La forma de declarar los ficheros, refiriéndonos expresamente a los ficheros “Gestión General de Archivos Estatales” y “Guerra Civil y Franquismo”.
 - La difusión en la Red de los sistemas de descripción archivística, defendiendo en este caso –contra la opinión de la AEPD-, a través del caso del “Portal de Víctimas de la Guerra Civil y Represaliados del Franquismo” que existe una conexión entre la posibilidad de acceso a los documentos referenciados –de conformidad con la legislación vigente en la materia– y la comunicación de los datos presentes en las descripciones de los mismos.
7. Por último, proponemos un modelo de responsabilidades que pueden asumir los archivos en materia de seguridad, para las que cuentan con un marco de aplicación definido en las normas ISO 15.489 de gestión de documentos:
- Identificar los requisitos generales de seguridad del sistema o los sistemas de gestión de documentos de la organización, así como de los sistemas de información propios del archivo que contengan datos de carácter personal afectados por esta normativa. Y colaborar, en este sentido, con otros servicios o unidades de la organización, en lo referido a sus sistemas de información que referencien, afecten o incluyan a documentos de archivo.
 - Definir y controlar la implantación de las medidas de seguridad exigibles en dichos sistemas. Especialmente en lo referido al control del acceso a los mismos y a los recursos que los integran (sobre todo a los documentos) y a la política de “gestión de soportes y documentos” de la organización. Del mismo modo, podría considerarse la posibilidad –en el caso de que dichos sistemas requieran medidas de seguridad media o alta–, de que el archivo o, más bien, el archivero designado al efecto, ejerza de responsable de seguridad de los mismos.

- Llevar a cabo las auditorías internas de dichos sistemas y colaborar en la ejecución de las externas.
- Integrar las cuestiones de seguridad y acceso requeridas en la normativa de protección de datos en los programas de formación en materia de gestión de documentos que sean responsabilidad del archivo.

Bajo este esquema, los archivos pueden estar llamados a adquirir un peso importante como agentes destinados a proteger los datos personales tratados por la administración. Para ello, es necesario que abandonen el papel marginal al que se han visto relegados. Debido especialmente a la ausencia, en la Administración General del Estado, de una política integral de gestión de documentos configurada en torno a un sistema de archivos verdaderamente articulado y sin las disfunciones y asimetrías que muestra en la actualidad.

Pero, también, por la desconexión existente entre la normativa de protección de datos y la reguladora de las distintas funciones de los archivos. El mayor peso y desarrollo de la legislación relativa al derecho a la protección de datos hace que, en la mayoría de los casos, se imponga sobre las otras. Así sucede con respecto a la normativa reguladora del patrimonio documental, especialmente en la tensión establecida entre la obligación de cancelación prevista por la LOPD y el deber de conservación dispuesto en la Ley del Patrimonio Histórico Español, como mostramos a través de varios ejemplos en nuestro trabajo, singularmente los referidos a determinadas series documentales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. O con la legislación que regula el derecho de acceso a nuestros archivos, cerrando al público multitud de series documentales que únicamente podrán ser consultadas cuando ingresen en un archivo histórico. Algo que, con la situación actual, podría no llegar a suceder nunca: no solo por el mal funcionamiento del sistema archivístico en lo que se refiere a su régimen de transferencias. Sobre todo, porque pueden ser eliminadas previamente como resultado de la obligación de cancelación expresada antes.

Se hace necesaria, en definitiva, una ley de archivos de la AGE que sirva de motor del sistema, defina su funcionamiento y establezca las responsabilidades de cada uno de los actores implicados. Especialmente necesaria resulta también una ley de acceso a la información pública que permita, frente al ansia proteccionista de la normativa de protección de datos, el acceso de los ciudadanos a los documentos obrantes en nuestros archivos, de una forma proporcionada². Ambas normas deberían contrarrestar, en su justa medida, el excesivo peso que, en nuestra opinión, ha adquirido la normativa de protección de datos. Solo de esta manera, creemos, los archivos podrán convertirse en eje de las políticas de gestión de documentos e información pública de la AGE; y podrá conservarse y difundirse

nuestro patrimonio documental con las debidas garantías para el necesario derecho de los ciudadanos a la protección de sus datos de carácter personal.

Para finalizar, proponemos tres vías para avanzar en el estudio de la relación protección de datos-archivos. En primer lugar, creemos necesario analizar la relación entre documentos, sistemas de información para la gestión, sistemas de descripción archivística y sistemas electrónicos de gestión de documentos, con el concepto de fichero, necesario –según nuestro criterio– para que los tratamientos de datos se consideren amparados por la normativa de protección de datos. Este análisis permitiría definir una serie de criterios necesarios para identificar un modelo de fichero de cara a la aplicación homogénea y correcta de la normativa vigente. Junto a ello, un estudio de caso que permitiera abordar de forma integral esta problemática en el seno de una única organización, por ejemplo un ministerio o un ayuntamiento, facilitaría un modelo concreto de intervención por parte del archivo en materia de protección de datos y la metodología necesaria para llevarla a cabo. Por último, una tercera vía de estudio podría venir del análisis de la relación entre la normativa de protección de datos y la legislación sobre archivos y acceso a la información pública en otros países de nuestro entorno. Análisis que podría inspirar los futuros –y necesarios– desarrollos legislativos que hayan de producirse sobre estas cuestiones en nuestro país.

De esta forma podría completarse el esfuerzo de análisis, adaptación y aplicación necesario para cumplir con la normativa vigente sin menoscabo de las funciones atribuidas a los archivos. Queda, no obstante, bastante camino por recorrer. Esperemos que este trabajo haya servido, al menos, para iniciar sus primeros pasos.

Bibliografía³

- FERNÁNDEZ CUESTA, Francisco. 2011. *Protección de datos en archivos públicos: introducción a su estudio* [en línea]. L. Hernández Olivera (dir.). Trabajo para la obtención del Grado de Salamanca, Universidad de Salamanca. [Consulta: 15 de enero de 2012]. Disponible en Gredos [Repositorio Documental de la Universidad de Salamanca]: <http://hdl.handle.net/10366/111529>
- MARTÍNEZ GARCÍA, Luis. 1999. El Sistema Español de Archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad. *Boletín de la ANABAD*, XLIX (3-4), pp. 89-172.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio. 2008. “Transparencia administrativa y protección de datos personales”, en *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*. Madrid: Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, pp. 23-188.

Notas

¹ Especialmente en lo referido a la accesibilidad legal de los documentos. Véase al respecto las obras de DUPLÁ (1997: 200 y 209), ALBERCH (2003: 195) y CRUZ (2003: 335). Este último autor (2006) encuadra la legislación sobre protección de datos entre la normativa que influye directamente en los archivos y que, por tanto, ha de ser analizada y tenida en cuenta a la hora de planificar y poner en marcha un sistema de gestión de documentos en una organización (2006: 90); para formar parte, finalmente, del reglamento del sistema, ya que determina uno de los puntos críticos del mismo, el del acceso a la información y a los documentos (ibid.: 276-279).

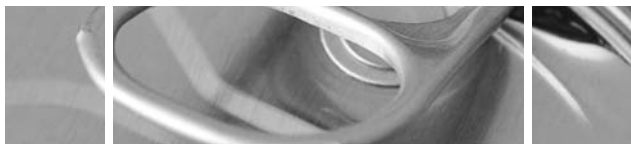
² “Todo ello debería ser regulado en la normativa sobre acceso y sobre archivos –en una auténtica norma completa y sistemática, y no en un artículo de la Ley de procedimiento administrativo, como hasta ahora–” (Guichot 2009: 272-273).

³ Hacemos referencia únicamente a los documentos citados expresamente en la comunicación. La bibliografía completa puede encontrarse en el apartado de fuentes del trabajo (FERNÁNDEZ 2011: 181-188).



FAC
DOBLE CIERRE

TIFFON



JAVIER GARCÍA-ARÁEZ MARTÍN-MONTALVO / JUAN JOSÉ GENERELO LANASPA

La protección de datos del usuario de archivos por Internet: del expediente de investigador a la analítica web

Digamos algo obvio: Internet es un potente factor de cambio y ha supuesto incontables novedades en los planteamientos personales, de ocio y laborales de todos los ciudadanos que lo incorporan como herramienta de uso habitual. Su utilización es a día de hoy tan habitual que difícilmente podríamos etiquetar a la Red de redes como “nueva tecnología de la información”. Para una mayoría creciente de la población Internet es, simplemente, información. Una herramienta de uso diario.

Afortunadamente, servicios de información y documentación tradicionalmente presenciales –como es el caso de archivos– han sabido, paulatinamente, fabricarse un nicho en el que desarrollarse y tener una presencia visible. Con gran frecuencia aparecen versiones *online* o herramientas paralelas a estos servicios de información que hacen de Internet y sus posibilidades casi ilimitadas de acceso un poderoso aliado para el cumplimiento de sus objetivos institucionales.

La naturaleza del usuario de archivo, por tanto, ha cambiado. Si hasta fines del siglo pasado cabía hablar de dos tipos básicos de *clientes* de los archivos, el usuario-investigador –el que realiza un estudio más o menos académico– y del usuario-ciudadano –el que acredita defender un derecho a partir de la información de los archivos ante la administración o ante terceros– ahora podemos

hablar cada vez más del usuario-internauta, que podemos definir como aquel que reclama información de cualquier fuente del tipo que sea –y en ellas se incluyen los archivos– para todo tipo de fines que, a su vez, no está obligado a revelar.

Del uso de las nuevas tecnologías surge una nueva realidad, cada día más presente: el que fuera usuario presencial de archivo –previa presentación en su día de la tarjeta nacional de investigador o actualmente del DNI– puede convertirse ahora en un elemento anónimo que, cómodamente instalado en su casa, puesto de trabajo o incluso sentado en un parque, accede a la documentación albergada en cualquier archivo, consulta un expediente o realiza incluso una reproducción del mismo.

Usuarios presenciales y usuarios-internautas

Ahora bien, en el archivo “tradicional” o “físico”, en oposición al archivo virtual que sale a Internet, el usuario realiza sus consultas, normalmente de documentos originales, a través del contacto directo y personal con sus trabajadores. Su visita es controlada desde su inicio hasta su fin –como vimos, a través de la tarjeta de investigador o a través de su DNI– lo que permite saber qué consulta, cuándo lo consulta e incluso en muchas ocasiones por qué consulta una determinada documentación.

En el ámbito *online* no se da esta circunstancia. Existen diferencias muy importantes entre el usuario presencial del archivo y el usuario-internauta que accede a su faceta online. Podemos indicar, brevemente, las características principales de ambos perfiles:

- a. El usuario presencial será siempre una persona física de la que tendremos datos confiables. Se sabrá con seguridad su nombre y DNI y es perfectamente posible conocer su profesión o actividad diaria. También es posible saber cuál es su motivación para acceder a un servicio de archivo determinado.

Este tipo de usuarios tiene un contacto directo con el personal de archivo y con las herramientas habituales de recuperación de información que se ponen a su disposición, los instrumentos de descripción y las bases de datos. Sus visitas a la institución están, por razones obvias, limitadas por variables espacio-temporales. Además, en este caso es absolutamente necesario que el usuario tenga un conocimiento previo del servicio de archivo del que está haciendo uso, como mínimo debe conocer su existencia y llegar hasta él.

El archivero tiene, por tanto, un contacto directo con el usuario, conoce quién le visita y en muchos casos por qué le visita. También es posible saber con exactitud qué uso hace el usuario del archivo, qué documentación consulta, qué reproducciones solicita, etc. De hecho, en el ámbito de los archivos estatales, desde hace mucho tiempo está regulado que esta información se conserve en un *expediente de investigador*¹ donde habrían de constar “como datos indispensables el nombre y apellidos del titular, el número del documento nacional de identidad, el pasaporte o la tarjeta de identificación personal del país de procedencia y las fechas de expedición (...) así como las razones que justifiquen la investigación o consulta”². La aplicación de la legislación sobre protección de datos, a partir de finales de los años 90 del siglo pasado, obligó a registrar los ficheros informatizados donde se recogía esa información sin afectar a la esencia del sistema. No obstante, a la vista de la nueva legislación y jurisprudencia sobre protección de datos, consideramos necesaria una revisión a fondo del concepto de expediente de investigador para que siga sirviendo, como hasta ahora, para garantizar especialmente la seguridad en la conservación de los documentos y, perseguir, en su caso, posibles robos o deterioros de los documentos originales³.

- b. El usuario-internauta, sin embargo, presenta una serie de características derivadas de la naturaleza anónima y telemática de su visita. De este tipo de usuario no se tiene, a priori, información personal de ningún tipo y puede acceder al archivo desde cualquier lugar y a cualquier hora. Es un usuario anónimo, que puede consultar el archivo como consulta cualquier otra web de uso habitual.

Como este tipo de usuario no tiene contacto con el personal es el propio usuario el que debe “auto-servirse” la documentación que desea consultar, a través de las herramientas y funcionalidades de recuperación de información que se hayan diseñado para el archivo online.

Además, el usuario internauta puede acceder al archivo en Internet sin poseer un conocimiento previo de su existencia. Es posible imaginar el escenario habitual de un usuario consultando en Google (o cualquier otro buscador) y obteniendo resultados que le conducen al archivo en Internet, o clicando en un enlace hallado en una web y le conduce hasta un documento digitalizado visible desde las funcionalidades del archivo online.

TIPO DE USUARIO	CARACTERÍSTICAS	NECESIDADES DE INFORMACIÓN ASOCIADAS AL TIPO DE USUARIO
Presencial	<p>Datos personales conocidos: nombre, ocupación, etc.</p> <p>Contacto directo con el personal de archivo.</p> <p>Acceso limitado por variables espacio-temporales.</p> <p>Puede realizarse un seguimiento individual de su actividad en el archivo.</p> <p>Debe conocer, como mínimo, la existencia del archivo para realizar su consulta.</p>	<p>Tipologías o categorías de usuario.</p> <p>Ocupación/Motivación para la consulta del archivo.</p> <p>Documentación consultada por el usuario.</p> <p>Documentación reproducida por el usuario.</p> <p>Satisfacción derivada del uso del servicio.</p>
Telemático	<p>Acceso muy limitado a sus datos personales, ocupacionales, etc.</p> <p>Acceso telemático al archivo, sin limitación de horarios ni ubicación.</p> <p>Acceso a la información/documentación de forma automática "self service".</p> <p>Puede acceder al archivo online sin conocer previamente su existencia, a la búsqueda de información en Internet.</p> <p>Deben utilizarse herramientas técnicas para el estudio de su comportamiento. Este estudio nunca puede ser individualizado.</p>	<p>Tipologías o segmentos de usuarios (local-foráneo, nuevo-recurrente, fidelizado-ocasional, etc.).</p> <p>Uso de las funcionalidades automatizadas del archivo online (buscadores, visualizadores de documentos digitalizados, etc.).</p> <p>Acceso a la información custodiada en el archivo online.</p> <p>Realización de reproducciones digitales de la documentación.</p> <p>Visibilidad y accesibilidad del servicio en el medio online: posicionamiento en buscadores, fuentes de tráfico.</p>

El archivero no puede prescindir de información específica tanto de sus usuarios como del uso que los mismos hacen de su servicio de archivo. Es necesario acceder a una cierta información si quiere procurar un mejor servicio y adecuarlo a las demandas de estos mismos usuarios.

Se hace patente en este momento una cierta brecha entre las ventajas ofrecidas por el modelo de archivo online y las necesidades de información del gestor de dicho archivo (convertido ahora en *webmaster*): no es posible, sin

herramientas adicionales, obtener datos sobre los usuarios, sus accesos al servicio, sus consultas, uso de la web y funcionalidades, etc.

Va a ser necesario, por tanto, obtener esa información, o gran parte de esa información porque, ¿podemos saber si acceden los usuarios a la web del archivo online? Y habiendo accedido, ¿consultan documentación digitalizada o meramente descrita?, ¿realizan reproducciones de la misma? ¿Está obteniendo, en definitiva, algún resultado el esfuerzo económico y laboral desarrollado por la institución de archivo que se ha propuesto dar el salto a la Red?

Para resolver estas y muchas otras cuestiones será necesario hacer uso de herramientas ya disponibles en el ámbito de las páginas webs (que comparten, al fin y al cabo, muchas de las necesidades de información sobre usos y usuarios que se le plantean al archivero online): las herramientas de analítica web.

Las herramientas de analítica web

Las herramientas de analítica web son aplicaciones diseñadas para obtener datos sobre la utilización que los usuarios hacen de una página web. Son muy variadas y, muchas de ellas, gratuitas. Su uso está muy extendido entre los *webmasters* de todo tipo de sitios webs y, como no podía ser menos, también en los buscadores de archivos⁴. En su formato más habitual (método utilizado, por ejemplo, por Google Analytics) su funcionamiento parte de la inclusión de un pequeño fragmento de código *javascript* que, incrustado en el código de una página web, interactuará con los navegadores de los usuarios que accedan a la misma.

Una vez activado dicho código, cada visitante que realice un acceso al sitio web recibirá en su navegador una *cookie*, que realizará un seguimiento de su actividad en el sitio, incluyendo duración de la visita, URLs a las que accede, clicks, búsquedas internas, etc.

Dichas *cookies* almacenarán, asimismo, cierta cantidad de información del usuario de la página web: proveedor de Internet, web desde la que accede al sitio sobre el que se hace el seguimiento, IP del usuario (con el fin de identificar su lugar de procedencia), navegador que utiliza e idioma del mismo.

Como una *cookie*, a no ser que el usuario especifique lo contrario, permanece en su navegador permanentemente, también será posible identificar a los nuevos usuarios y a aquellos que hayan accedido al sitio web con anterioridad. De la misma manera, será posible conocer el número de visitas recurrentes de los usuarios a la web.

Las herramientas de analítica web, una vez obtenida la información pertinente sobre los usuarios del servicio, ponen a disposición del webmaster o gestor del servicio aplicaciones webs que muestran las diferentes estadísticas de uso de sus sitios webs. Las herramientas más sencillas mostrarán datos puramente estadísticos

como número de visitas (o de visitantes únicos), lugares de procedencia de las mismas o direcciones webs visitadas por los usuarios.

Algunas de las herramientas de analítica web más potentes, sin embargo, ponen a disposición del gestor web diversas mecánicas de configuración de los datos obtenidos. De esta forma será posible categorizar a los usuarios en función de variables personalizadas, que incluyen fuentes de las que procede el tráfico online, frecuencia de acceso de los visitantes recurrentes o uso de las diversas funcionalidades de la web. Serán este tipo de herramientas de analítica web –entre las que destacan entre las gratuitas *Clicky Analytics*, *Open Web Analytics* y *Google Analytics*– las que permitan realizar estudios detallados de los usuarios de un sitio web y de la utilización que hacen del mismo.

Así, mediante una configuración adecuada, las herramientas de analítica web pueden trascender su interpretación habitual de contadores de visitas para convertirse en herramientas para el estudio de usuarios. Será posible identificar tipologías de usuarios en función de diversas variables y estudiar individualmente el uso que cada una de ellas hace de la web y de sus funcionalidades.

Esta utilización avanzada de las herramientas de analítica web es la *segmentación de los datos obtenidos*. Los ejemplos mencionados de herramientas de analítica web permiten al gestor del archivo configurar, filtrar y mostrar la información obtenida mediante el uso de *cookies* de tal forma que es posible aislar información sobre usos o usuarios del servicio web de forma individual.

Utilización de las herramientas de analítica web

El análisis de los usuarios, de sus necesidades y de su interacción con el archivo, tanto presencial como online, tiene como objetivo permitir al archivero procurar un mejor servicio, adecuarlo a las necesidades de sus “clientes” y favorecer el proceso de búsqueda y hallazgo de la información albergada en la institución.

Desde este punto de vista –el estudio de los usuarios como herramienta de *mejora* del servicio de archivo– las herramientas de analítica web, aun con sus limitaciones respecto a la naturaleza de los datos que son capaces de obtener, ofrecen la oportunidad al gestor del archivo online de conocer en profundidad el uso que se está realizando sobre el servicio que provee.

Tradicionalmente, los estudios de usuarios de archivos –archivos físicos o presenciales– han venido categorizando a los usuarios en función de su actividad o su motivación para acceder a la información⁵. De esta forma, se analiza el comportamiento de los usuarios dividiéndolos en grandes bloques: usuarios internos y externos y, dentro de estos, investigadores, “ciudadanos”, estudiantes, etc.

Establecidas estas categorías como ejes rectores del comportamiento de los usuarios, se procede a realizar el análisis de la interacción de estos usuarios con el

archivo y con la documentación consultada. Los datos obtenidos –fundamentalmente cualitativos– deben aplicarse a la mejora del servicio, de la atención al usuario, mecanismos archivísticos y consecución de objetivos definidos del servicio.

De esta forma, un estudio tipo de usuarios establece unas categorías de usuarios en función de sus motivaciones para acceder a la información y en función de la actividad específica que les ha conducido a realizar una consulta.

Es aquí donde aparece la principal brecha entre los estudios de usuarios de archivos presenciales y de archivos online: las herramientas de analítica web, cuyo uso y configuración son necesarios para realizar este tipo de informes, no permiten obtener los datos de los que parten los estudios de usuarios tradicionales. Por su naturaleza online y de uso anónimo, *no es posible conocer la ocupación, actividad profesional, motivación o datos personales de los usuarios*. No puede categorizarse, como se venía haciendo, a los usuarios como investigadores o estudiantes, sencillamente porque no se conoce esta información. Es la aplicación al archivo online del conocido tópico del anonimato en Internet.

Por el contrario, el uso de herramientas de analítica web bien configuradas va a permitir categorizar a los usuarios en función de criterios diferentes pero de gran potencial: se puede agrupar a los usuarios en función del *uso que hayan dado a la web, de sus hábitos de utilización o reutilización del servicio, del tipo de información que desean* o del *uso y calidad de uso de las funcionalidades del servicio de información*.

De esta forma, el estudio de usuarios de archivo se convierte en estudio de usuarios-internautas. El usuario permanece ahora anónimo y las categorías que se acostumbraban a manejar en la profesión constituyen una incógnita, pero es posible acceder a otro tipo de datos, desglosarlos y compararlos. Varía tanto la naturaleza de los usuarios como la forma de aproximarse a su estudio, pero permanece el objetivo, y en definitiva la finalidad de su realización.

Es decir, las categorías que se manejarán en el archivo online se basarán en datos empíricos de uso del servicio de información: las categorías de usuarios no se definen por bloques preestablecidos, sino por resultados en el uso del propio servicio de información.

Será posible agrupar y seccionar los datos obtenidos para su estudio individual o su estudio comparado. Establecida una categoría de usuarios, se podrá estudiar el uso específico que dicha categoría ha hecho del archivo online. Por poner varios ejemplos tangibles: Será posible conocer el porcentaje de usuarios que lleven a cabo búsquedas en las herramientas de búsqueda interna de la web. Podrá conocerse también si los nuevos usuarios o los usuarios casuales son capaces de acceder a la información deseada, independientemente del formato en que se encuentre.

El estudio de los usuarios del archivo en Internet estará limitado, por tanto, por dos circunstancias:

- El usuario es anónimo y accede de forma telemática.
- Las herramientas de analítica web tienen unas opciones limitadas de obtención de datos de usos y usuarios de un servicio online.

Como ya se ha mencionado, para realizar estudios de usuarios-internautas será necesario configurar convenientemente las herramientas de analítica. Al servicio del gestor del archivo se encuentran las diferentes herramientas de filtrado e identificación de uso de la web y de datos de los usuarios proporcionadas por dichas herramientas.

Por lo tanto, será posible obtener *categorías de usuarios* o *segmentos de la información de uso y usuarios* del servicio en función de determinadas variables. Una vez establecidas estas categorías o segmentos, será posible realizar un análisis extensivo de su utilización del servicio, acceso a la información provista por el mismo, etc.

A partir de la experiencia acumulada con la aplicación de herramientas de analítica web en el sitio web de *DARA, Documentos y Archivos de Aragón*⁶, podemos establecer el siguiente desglose de categorías de usuarios telemáticos:

- Segmentos según datos de los usuarios:
 - Usuario interno/externo.
 - Usuario local/foráneo.
- Segmento-idioma utilizado.
- Segmentos según datos de acceso al servicio:
 - Usuario ocasional/recurrente/habitual.
 - Nuevo usuario/Usuario retornante.
 - Usuario implicado/Usuario casual.
- Segmentos según datos de uso de las herramientas y funcionalidades del servicio:
 - Usuarios con utilización de herramientas de búsqueda internas.
 - Usuarios con acceso a documentación descrita.
 - Usuarios con acceso a documentación digitalizada.
 - Usuarios que realizan reproducciones de documentos.

Mediante la segmentación de la información obtenida por la herramienta de analítica web se supera la tendencia a su utilización como un mero contador de visitas (dato, por otra parte, de vital importancia). Con el establecimiento de estas y otras categorías de usuarios del archivo online no solo será posible realizar un estudio pormenorizado del comportamiento de los usuarios en el archivo online, sino también del impacto sobre dicho comportamiento de eventuales cambios en

la web, mejora del posicionamiento en buscadores de Internet, desarrollo de nuevas herramientas y funcionalidades en el archivo online, etc.

La naturaleza no presencial del usuario de archivo online, propia de cualquier otro servicio web, provoca que su estudio deba atender a una serie de condiciones específicas, no aplicables al usuario presencial.

De esta forma, el estudio de usuarios en Internet deberá atender a una serie de datos específicos y de importancia capital en el funcionamiento y éxito de un archivo online como son las *fuentes de tráfico*, el *posicionamiento en buscadores* y la puesta en funcionamiento de una *red de enlaces funcional*.

El archivero online debe tener en cuenta el supuesto de que el usuario no tiene conocimiento previo de la existencia de su servicio online. Para poder conectar al usuario (y su potencial necesidad de información) con la información provista por el archivo deben utilizarse mecanismos propios del mundo de la Web.

Un estudio de usuarios-internautas debe, por tanto, además de analizar el comportamiento de los usuarios en su web, el uso de las herramientas y funcionalidades puestas a disposición de los mismos y el acceso a la información almacenada en su seno, hacer un seguimiento de las fuentes de tráfico que han propiciado la llegada de los mismos al servicio online. Es conveniente estudiar las diferentes webs que enlazan hasta el archivo online, la presencia en buscadores de Internet e incluso los términos o cadenas de términos utilizados por los usuarios en dichos buscadores. El objetivo de este tipo de análisis será la mejora de la visibilidad y accesibilidad del servicio online.

Aplicación de la normativa de protección de datos a la analítica web

Cuando se habla de archivos y protección de datos se da por hecho que nos estamos refiriendo a los datos contenidos en los documentos que se consultan. La privacidad del usuario de un servicio web también es un bien que debe protegerse y que, al contrario que el anterior, apenas ha despertado interés en la literatura profesional. A continuación vamos a plantear el problema y la forma en que se está acometiendo desde DARA.

El principal problema de la aplicación de analítica web relacionado con la protección de datos personales tiene que ver con la naturaleza de los datos de los usuarios. Como se ha indicado anteriormente, para la realización de estudios analíticos del funcionamiento del archivo online es necesario recabar una cierta información sobre los usuarios que acceden al mismo. En su formato más habitual, las herramientas utilizadas interactúan con los navegadores de los usuarios, a priori anónimos, mediante la inclusión en dichos programas de una cookie, un “ítem” individual identificable por una aplicación externa.

Estas *cookies* serán capaces de obtener información de una naturaleza un tanto ambigua: en ningún caso serán capaces de obtener el nombre personal o dirección exacta de los usuarios de un servicio de archivo online, pero sí que se accede a otro tipo de información, digital, que está relacionada con la normativa actual de protección de datos de carácter personal, en concreto sus direcciones IP.

Una dirección IP es un código numérico que identifica un dispositivo conectado a Internet. Este código, que puede ser dinámico (y en cuyo caso el problema normativo estaría resuelto), puede ser –y en muchos casos es– estático, por lo que sería posible, en principio, asociar una dirección IP con una persona o conjunto de personas físicas. A través de esta dirección sería posible identificar de forma personal al usuario que maneja un dispositivo determinado.

Para la Agencia Española de Protección de Datos, además, no hay dudas. En el informe 327/2003 emitido por esta institución, se aborda esta problemática concreta. ¿Deben ser consideradas las direcciones IP como datos de carácter personal, en relación con la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal? Según dicho informe, las direcciones IP en combinación con terceras informaciones –por ejemplo las que obran en posesión de las empresas proveedoras de servicios de Internet– pueden ser utilizadas para identificar a un usuario de la Red. Si bien se especifica que no siempre puede realizarse esta identificación, la posibilidad real de utilización de la dirección IP de un usuario para obtener su identidad civil provoca que este tipo de datos sean considerados como datos de carácter personal.

Así pues, los datos obtenidos mediante la utilización de herramientas de analítica web son considerados como datos personales, y como tales están sujetos a la normativa vigente. Como norma general, el gestor de un archivo online o webmaster no puede visualizar estos datos considerados de carácter personal. En su lugar, los proveedores de las herramientas de analítica web se encargan de almacenar los datos obtenidos, mostrando en sus aplicaciones webs aquellos de naturaleza estadística.

Sin embargo, se están almacenando de hecho datos de carácter personal. Será responsabilidad del gestor del archivo online seleccionar una herramienta de analítica web que no solo responda a sus necesidades de información, sino que respete también el derecho de privacidad de los usuarios. Entre toda la oferta del mercado disponible, en *DARA Documentos y Archivos de Aragón* se ha escogido la herramienta *Google Analytics*, entre otras razones, porque se ha considerado que cumple con los requisitos exigibles en materia de protección de datos.

Google y la posesión de los datos de carácter personal

Al utilizar el servicio de analítica web de Google, automáticamente el gestor de un sitio web y, en este caso, de un archivo online está permitiendo a Google Inc. que capte y almacene datos que, en España, son considerados de carácter personal.

Sin embargo, se da la circunstancia de que el gestor del archivo en ningún caso, sin la utilización de software de terceros, almacena ni puede acceder a las direcciones IP de los usuarios de su servicio. Estos datos son captados por Google y almacenados por Google, y el gestor del archivo online se convierte en un intermediario entre el usuario y sus datos personales con una empresa que además está ubicada fuera de las fronteras de España.

Según la normativa española, el gestor del archivo online que hace uso de *Google Analytics* se convierte en *exportador de datos de carácter personal*, estableciéndose la empresa americana como *importador de datos de carácter personal*. La salida de los datos al extranjero, por descontado, no exime a los responsables del cumplimiento de la legislación vigente.

Ahora bien, este modelo de captación y exportación de datos de carácter personal está contemplado en la normativa española, concretamente en el artículo 67 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (RD 1720/2007): existe una relación de países –y en algunos casos empresas– que, como importadores de datos de carácter personal, son considerados equiparables en su nivel de protección al establecido en la normativa española.

En el caso de las empresas domiciliadas en Estados Unidos se considera equiparables a todas aquellas que se hayan adherido a la condición de Puerto Seguro (“Safe Harbor”), ratificada por el Departamento de Comercio⁷.

La adhesión a la condición de Puerto Seguro es opcional: las empresas interesadas deben dirigirse al Departamento de Comercio de los Estados Unidos, y acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad y salvaguarda de datos de carácter personal establecida. Puede accederse a un listado completo de las empresas que garantizan el cumplimiento de dichas condiciones en <http://export.gov/safeharbor/>. Es el caso de Google Inc. De esta forma, Google es considerada compatible como receptora de datos de carácter personal con la legislación española.

Según se indica en el mencionado Reglamento de Desarrollo, no será necesaria la autorización de la Agencia Española de Protección de Datos para la exportación de los mismos a países extracomunitarios que sean considerados equiparables en su nivel de protección a la normativa española.

Por lo tanto:

- Los datos recabados por las herramientas de analítica web que utilicen para ello un fragmento de código *javascript* son consideradas, al menos en España, como de naturaleza personal y por tanto están sujetos a la normativa vigente.
- En el caso de *Google Analytics* –herramienta de uso mayoritario y de utilización en *DARA*, *Documentos* y *Archivos de Aragón*– estos datos de carácter

personal son responsabilidad del gestor del archivo online. Los datos son exportados a un país fuera de la Unión Europea, concretamente a los Estados Unidos de América. El gestor del archivo online sólo puede acceder a una parte de estos datos –excluyendo las direcciones IP de sus usuarios– y no los almacena personalmente.

- Según la normativa vigente, para exportar datos de carácter personal a los Estados Unidos sin la autorización expresa de la AEPD es necesario que la empresa o entidad receptora de los mismos sea considerada Puerto Seguro o Safe Harbor, condición que en el caso de Google Inc. se cumple⁶.

Interacción del gestor del archivo con Google Inc. para salvaguardar la normativa vigente

El uso en cualquier página web de la herramienta de analítica web de Google exige, eso sí, una serie de condiciones que deben cumplirse. Estas condiciones vienen reflejadas en el contrato de uso cuya aceptación es necesaria para la implementación de este tipo de herramientas en un archivo online.

En primer lugar, deberá verificarse que el usuario de Google Analytics no permite la utilización de los datos de carácter personal recabados en el uso de su página web. Permitir el uso de estos datos vulneraría la normativa española a no ser que el webmaster o gestor de archivo online contase con la aprobación expresa de cada uno de los usuarios de su servicio. Al no permitir la utilización por Google de estos datos, se asegura el cumplimiento de la política de privacidad específica de la compañía americana y, por tanto, de la legislación, como vimos, española.

Además, el gestor del archivo deberá incluir de forma explícita, visible y localizable un aviso legal o política de privacidad propia en el que se especifiquen los siguientes aspectos:

- Se está utilizando una herramienta de Google Inc. para el estudio estadístico del uso y usuarios de la página web. Se incluirán los datos pertinentes de dicha empresa.
- Los datos recabados, mediante el uso de cookies, en concreto las direcciones IP, son considerados como de carácter personal. Estos serán almacenados por Google Inc. en condiciones de seguridad y privacidad compatibles con la normativa española.
- Que dichos datos no serán tratados por terceros a no ser que así lo requiera la legislación y dichos terceros traten los datos por cuenta de Google.
- Finalmente, debe especificarse que el usuario siempre puede desactivar el seguimiento de sus datos a consecuencia del uso del servicio web mediante una configuración adecuada de sus navegadores.

Alternativas al almacenamiento de direcciones IP: el caso alemán

Durante el año 2011 Google Analytics estuvo en el punto de mira por la obtención y tratamiento de datos de carácter personal a raíz de la prohibición expresa de su utilización en páginas y servicios webs alemanes.

Según la legislación alemana, cualquier gestor que utilizase los servicios de Google Analytics vulneraba el derecho a la privacidad de sus usuarios. El hecho de que sus direcciones IP fuesen almacenadas y exportadas era considerado ilegal en el país centroeuropeo.

Esta problemática llevó a las autoridades alemanas, incapaces de alcanzar un acuerdo con Google Inc., a prohibir la utilización de su herramienta de analítica web en webs alemanas. Esta situación se mantuvo durante la mayor parte del pasado año.

En septiembre de 2011, sin embargo, Google Inc. desarrolló una opción en la configuración de su herramienta que permitiría su uso en Alemania y, por tanto, en países con legislación de similares restricciones. Mediante la modificación, por parte del webmaster o gestor de servicio online del código *javascript* de seguimiento de usuarios a través de cookies, se incluía la posibilidad de mantener anónimas las direcciones IP de los usuarios, eliminando con ello el carácter personal de los datos recabados.

Esta opción está, por descontado, disponible para los usuarios de Google Analytics en España. Mediante la anonimización de las direcciones IP de sus usuarios el gestor procederá a eliminar el componente personal de los datos almacenados por Google Analytics. Como contrapartida, la calidad de los datos —específicamente de los informes de procedencia geográfica de los visitantes— se verán perjudicados, perdiendo precisión en sus resultados.

La utilización de este código modificado es una opción muy interesante, siempre y cuando se tengan en cuenta las limitaciones impuestas a la calidad de los informes obtenidos. En *DARA* se ha optado no seguir, de momento, el modelo alemán aunque no se descarta aplicar una solución semejante en caso de que la legislación española o futuras normas del Gobierno de Aragón evolucionen en un sentido más proteccionista de la privacidad aunque ello suponga una limitación de las posibilidades de la analítica web que se aplique a nuestro sitio.

Reflexiones finales

Lo expuesto hasta aquí da pie a algunas reflexiones que consideramos útiles pero que son necesariamente provisionales y revisables, tanto más en el caso que estamos tratando, que sufre continuas modificaciones por el vertiginoso avance de la tecnología:

- El usuario-internauta es una realidad cada vez más presente en el mundo de los archivos. El crecimiento en su número y en la variedad de sus aspiraciones hace necesario un replanteamiento de los objetivos y los sistemas de organización de los archivos. El trabajo del archivero debe orientarse a atender estas demandas al menos tanto como a las de los usuarios presenciales.
- La analítica web proporciona herramientas de análisis y, por tanto, de gestión, más que útiles que necesarias para satisfacer esas demandas.
- Es necesario también buscar puntos de encuentro entre la analítica web y la gestión de usuarios presenciales. Partiendo de metodologías de análisis diferentes hay que buscar que sean realmente complementarios.
- El uso de analítica web ha de ser plenamente respetuosa con la protección de datos de carácter personal de acuerdo con la normativa española y comunitaria. La elección de la herramienta adecuada, además del análisis coste/beneficio, debe tener en cuenta esta variable.
- Debido a lo cambiante del panorama tecnológico, las decisiones en este aspecto deben ser revisadas continuamente para mantener los preceptos anteriores.

Notas

¹ La regulación de la tarjeta arranca de la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 4 de marzo de 1959, por la que se dictan normas para la obtención de copias y fotocopias. La Orden fue sustituida por el RD 1969/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición de la tarjeta nacional de investigador para la consulta en los archivos de titularidad estatal y en los adheridos al sistema archivístico español. El recientemente promulgado RD 1708/2011, de 18 de noviembre por el que se establece el Sistema Español de Archivos (...) y su régimen de acceso, aunque dedica su capítulo IV al acceso a los archivos y sus documentos no deja muy claro si han de pervivir los expedientes de investigador y en qué condiciones.

² RD 1969/1999 de 23 de diciembre, art. 3.4 y 4.1.

³ Valga como ejemplo el lamentable caso reciente del Archivo Histórico Provincial de Teruel donde, gracias a la actuación de su director que investigó en el histórico de consultas del Archivo, se pudo llegar a identificar a un ladrón de documentos para ser detenido posteriormente por la Policía.

⁴ Un estudio comparado de las más habituales puede verse en GARCÍA-ARÁEZ MARTÍN-MONTALVO, Javier: *Análítica web al servicio del archivo online: indicadores de uso y propuesta de configuración de herramientas de análisis web en servicios de archivo en Internet*. Tesis de Maestría. Máster en Gestión de Unidades de Información y Documentación. Universidad de Zaragoza, 2011.

⁵ RUBIO HERNÁNDEZ, Alfonso. Estudios de usuarios en archivos municipales. *Scire*, 10 (1), 2004, p. 220-221. Puede verse también el trabajo ya clásico de TARRAUBELLA, X., Tarraubella, X. "Los archivos y sus usuarios", *Actas de la V Conferencia Europea de Archivos, Lligall*, 1997, pp. 39-43. Para el ámbito de Castilla y León, sigue siendo válido en parte *Archivos de Castilla y León: gestión de usuarios*, Valladolid: Consejería de Educación y Cultura, 1996.

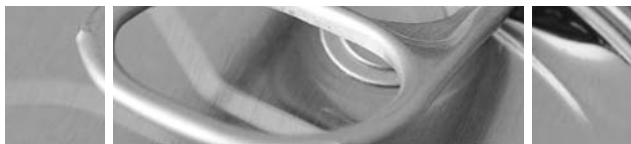
⁶ El buscador DARA está accesible en Internet <<http://www.sipca.es/sipca/dara>> desde junio de 2010. Forma parte de un proyecto de colaboración abierto a todos los archivos aragoneses que quieran integrarse. Actualmente incluye un buscador general, dos temáticos y 12 buscadores de archivos. Entre estos últimos se incluyen los archivos históricos provinciales, de la Administración Local, de fundaciones y asociaciones, nobiliarios y religiosos, La analítica web se aplica desde principios de 2011.

⁷ En cumplimiento de la Decisión de la Comisión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000.

⁸ Puede consultarse la política de privacidad de Google Inc. en <http://www.google.com/intl/es/policies/privacy/>



ALFA



Protección de datos y administración de documentos: el caso del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias¹

La información es el soporte más importante que tiene una administración fiscal para cumplir con eficacia la misión de ejecutar la política tributaria, en el ámbito jurisdiccional que le corresponda, mediante la percepción de tributos; porque no podemos olvidar que sin información nunca sería posible comprobar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias de los ciudadanos. Por esa razón, la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante Ley General Tributaria), regula precisamente la obtención de información por parte de la administración tributaria, disponiendo la obligatoriedad que toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene de proporcionar a la Administración tributaria cualquier dato que tenga trascendencia tributaria y esté relacionado con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias (España, 2003, art. 93).

Sin embargo, las posibilidades que tiene la Administración tributaria de obtener información en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas están limitadas por los derechos de los ciudadanos, en concreto, por los referidos a la intimidad y a la privacidad. La propia Ley General Tributaria indica que los datos obtenidos por la Administración tributaria “tienen carácter reservado” y que “sólo podrán ser utilizados por la efectiva aplicación de los tributos o recursos

cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros” (España, 2003, art. 95), salvo en aquellos casos recogidos también por la propia ley.

Por su parte, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), recuerda que su objeto es “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” (España, 1999, art. 1).

Así pues, la Administración tributaria está amparada legalmente para solicitar de cualquier persona datos relacionados con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; pero el uso de los datos así obtenidos plantea necesariamente el debate entre la potestad de la Administración tributaria y los derechos de los ciudadanos, especialmente el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Por ello, la LOPD impone a los responsables de ficheros de datos personales la adopción de una serie de medidas técnicas y organizativas que garanticen la seguridad de los mismos, que eviten su alteración, pérdida o acceso no autorizado, imponiendo, además, un deber de sigilo.

Este es el contexto en el que se enmarca el proyecto para implantar las medidas de seguridad previstas en el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante Reglamento de desarrollo de la LOPD) en la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, objeto de análisis de esta comunicación, en el que se pone de manifiesto la incidencia del proyecto en el Sistema de Gestión de Documentos de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias.

El Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias

El Ente Público de Servicios Tributarios es la organización administrativa responsable de la aplicación efectiva del sistema tributario de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y de aquellos recursos de otras administraciones y entidades que se le atribuyan por ley o por convenio. Se crea mediante la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales. Tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad para obrar, con patrimonio y tesorería propios, y autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines.

En el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias (Asturias, 2005, art. 2), se recogen

las competencias cuyo ejercicio le corresponde, que son la gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de:

- Los tributos propios y demás ingresos de derecho público del Principado de Asturias cuya competencia tenga atribuida la Consejería competente en materia tributaria.
- Los tributos cedidos por el Estado, de acuerdo con la ley que fije el alcance y condiciones de esa cesión.
- Los tributos locales cuya competencia le haya sido delegada por las corporaciones locales.

Para la ejecución de las competencias que tiene atribuidas, el Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias cuenta con un sistema de información para la gestión tributaria² y de una serie de bases de datos automatizadas de titularidad pública. A través del sistema de información tributaria se tramitan los procedimientos administrativos tributarios en materia de gestión, inspección, recaudación, sanción y revisión de tributos y demás ingresos de derecho público en lo relativo a los tributos propios y cedidos por el Estado, tributos locales y otros ingresos de derecho público y sanciones tributarias. Por su parte, las bases de datos automatizadas contienen los ficheros automatizados de carácter personal que sirven de soporte a las actividades de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias.

Adscrita al Área de Servicios Generales, el Ente Público de Servicios Tributarios crea la Unidad de Archivos, como órgano que administra los documentos que genera la acción técnica, política y administrativa de las distintas áreas y departamentos en que se estructura la organización. Para asegurar una administración eficaz de los documentos producidos y recibidos por la Administración tributaria del Principado de Asturias, en el año 2006, el Ente Público de Servicios Tributarios se incorpora al sistema corporativo de administración de documentos del Principado de Asturias: Sistema de Información y Gestión de Archivos (SIGIA), desde el que se administran todos los fondos documentales procedentes de la Administración directa e institucional del Principado de Asturias.

En el Reglamento de desarrollo de la LOPD se establece que “será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público o privado” (España, 2007, art. 2). Así pues, el conjunto de ficheros y tratamientos de datos que utilizan los servicios tributarios del Principado de Asturias como soporte para la gestión tributaria y para la administración de los documentos que se generan en el ejercicio de sus actividades constituyen un ámbito de aplicación de los preceptos normativos relativos a la protección de datos de carácter personal.

Instrumentos de gestión de datos de carácter personal

Los ficheros de datos de carácter personal

En cumplimiento de los plazos previstos para la implantación de las medidas de seguridad (España, 2007, Disposición Transitoria 2ª), a lo largo del año 2008 el Ente Público de Servicios Tributarios comienza a dar los primeros pasos en esta dirección, mediante la publicación de las resoluciones por las que se crean diversos ficheros automatizados de datos carácter personal. Como paso previo a la declaración de los ficheros propios del EPST, se hace una revisión de aquellos ficheros declarados e inscritos en la Agencia Española de Protección de Datos por la administración tributaria del Principado de Asturias anterior a la creación del EPST. De este modo, por resolución de 28 de mayo de 2008, del Presidente del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias (Asturias, 2008a) se suprimen los ficheros automatizados de la Consejería de Economía sobre datos de carácter personal destinados a la gestión del sistema tributario³ y se declaran los siguientes:

- El **Fichero de Obligados Tributarios**, que recoge la información obtenida a través de las declaraciones y autoliquidaciones tributarias, cesiones de datos de otras administraciones y declaraciones y requerimientos informativos. Incluye datos identificativos, características personales, de información comercial, económico-financieros y datos de titularidad de bienes de todas las personas físicas susceptibles de intervenir en una relación jurídica tributaria o susceptibles de ser titulares de obligaciones y derechos originados por la aplicación de los tributos y demás ingresos de derecho público.
- El **Fichero del Área de Inspección**, creado para recoger los datos obtenidos de los expedientes, trámites y resultados de las actuaciones de inspección de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias. Contiene datos identificativos y datos económico-financieros de los contribuyentes y obligados tributarios que hayan sido objeto de inspección o finalmente hayan sido sancionados.
- El **Fichero de Gestión Interna**, creado para la gestión de usuarios de las aplicaciones y correo electrónico, contiene los datos identificativos del personal del EPST y de empresas externas que prestan servicios para el mismo.
- El **Fichero sobre procedimientos judiciales**, creado para recoger los datos relativos a los contribuyentes y obligados tributarios sobre los cuales soliciten información tributaria cualquier órgano administrativo o judicial.

- El **Fichero sobre sentencias**, que contiene los datos de los contribuyentes y obligados tributarios interesados en sentencias judiciales resultado de procedimientos contencioso-administrativos en los que haya sido parte la Administración tributaria del Principado de Asturias.

El proceso de declaración de ficheros se completa con la creación del llamado **Fichero de Personal** (Asturias. 2008b), que contiene los datos identificativos, datos de características personales, datos económico-financieros y datos académicos de los empleados del EPST.

La creación de estos ficheros se notifica a la Agencia Española de Protección de Datos y, finalmente, se inscriben en el Registro General de Protección de Datos⁴.

Es obligación de los responsables de los ficheros o tratamientos implementar las medidas de seguridad adecuadas a los mismos, para lo cual el Reglamento de desarrollo de la LOPD establece tres niveles de seguridad exigibles en función de las características de los datos que contengan. El Reglamento determina que los ficheros y tratamientos de los que sea responsable la Administración tributaria y se relacionen con el ejercicio de sus potestades tributarias deberán disponer de las medidas de seguridad calificadas de nivel medio. En el caso de los ficheros de los que es responsable el EPST, disponen de medidas de seguridad de nivel medio solo aquellos ficheros que actúan de soporte para la gestión tributaria: el Fichero de Obligados Tributarios, el Fichero del Área de Inspección, el Fichero sobre Procedimientos Judiciales y el Fichero sobre Sentencias.

El documento de seguridad

Simultáneamente a la declaración de ficheros, el EPST del Principado de Asturias comienza a preparar el denominado Documento de Seguridad, del cual trata el artículo 88 del Reglamento de desarrollo de la LOPD. En este documento de seguridad, elaborado como documento de carácter interno, se describen las medidas de seguridad, técnicas y organizativas que han de garantizar la confidencialidad y la integridad de la información contenida en los ficheros con datos de carácter personal de los que son responsables los Servicios Tributarios del Principado de Asturias.

Las medidas de seguridad que se recogen en el Documento son de obligado cumplimiento para todo el personal del EPST, incluidos los empleados de entidades externas contratadas para trabajos que requieran acceso a los sistemas de información del citado Ente. Se trata de un documento de seguridad único para el conjunto de la organización, cuyo ámbito de aplicación comprende todos los centros de tratamiento de la información en los que se estructuran los servicios

tributarios del Principado de Asturias, es decir, los Servicios Centrales y la red de oficinas territoriales distribuidas a lo largo de toda la geografía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias⁵.

Además del ámbito de aplicación, en el Documento de Seguridad se incluye la descripción de los sistemas de información⁶, el inventario de ficheros registrados en la Agencia Española de Protección de Datos, la enumeración y descripción de los perfiles de las personas con responsabilidad en la protección de datos de carácter personal, el conjunto de políticas o normas de seguridad que implementan los Servicios Tributarios del Principado de Asturias para garantizar la protección de datos de carácter personal y los procedimientos, que contienen las pautas de actuación concretas.

Las políticas de seguridad

Con el objeto de establecer y categorizar las medidas de seguridad que se han de implementar, el Documento de Seguridad distingue entre políticas y procedimientos. Las políticas informan sobre el conjunto de medidas legales, técnicas, organizativas y funcionales que los Servicios Tributarios implementan para garantizar la protección de los datos de carácter personal. Definen, pues, pautas generales de actuación que serán desarrolladas mediante los procedimientos. En el ámbito de Servicios Tributarios del Principado de Asturias se han definido las siguientes políticas de seguridad:

- La Política General de Seguridad de la Información.
- La Política de Protección de los Datos de Carácter Personal.
- Las Políticas de uso de de Redes de Comunicaciones y Telecomunicaciones: regulación de acceso a Internet.

Los procedimientos

Los procedimientos contienen la descripción de aquellas actividades relacionadas con la protección de datos que se ejecutan en cada una de las áreas, departamentos y unidades de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias. Se clasifican, teniendo en cuenta el grupo de usuarios a los que van dirigidos, en procedimientos generales, de aplicación a todos los usuarios con acceso a datos personales, y procedimientos de ámbito restringido, dirigidos al personal de atención al contribuyente, al personal informático o al personal encargado del cumplimiento de la normativa de seguridad en la protección de datos de carácter personal.

Todos los procedimientos se detallan en documentos independientes, los cuales han de incluir siempre los siguientes datos: el ámbito de aplicación, el sistema de información sobre el que actúa, la legislación vinculante, el contenido,

los aspectos particulares y la documentación complementaria (plantillas, modelos de contratos, instrucciones técnicas, etc.).

Finalmente, el Documento de Seguridad es aprobado por el director general del EPST, a propuesta del Comité de Seguridad, con fecha 4 de diciembre de 2008.

El Comité de Seguridad

De manera paralela a la elaboración del Documento de Seguridad, se constituye el Comité de Seguridad de la Información de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias (en adelante STPA), órgano asesor, integrado por representantes de todas las áreas relacionadas con los sistemas de información: Responsables de Servicios al Administrado, Sistemas de Información, Seguridad, Archivos y Canales de Información. Las funciones de este comité son:

- Revisar y proponer a la dirección del EPST el Documento de Seguridad para su aprobación.
- Elaborar y proponer a la dirección del EPST las políticas de seguridad.
- Aprobar las principales iniciativas para incrementar la seguridad de la información en materia de protección de datos.
- Acordar y aprobar las metodologías y los procesos específicos relativos a la seguridad de la información.
- Garantizar que la seguridad sea parte del proceso de planificación de la información.
- Promover la difusión y apoyo a la seguridad de la información en la organización.

La primera iniciativa del Comité de Seguridad de la Información ha sido la revisión y propuesta de aprobación del Documento de Seguridad y de las políticas de seguridad; además, en el Comité se aprueban las iniciativas relativas a la protección de datos de carácter personal y al cumplimiento de la normativa relacionada con ella.

En el propio seno del Comité de Seguridad de la Información surge también la iniciativa para diseñar un plan de formación en materia de seguridad de la información, dirigido a todo el personal de los STPA. Las primeras sesiones de formación se llevan a cabo entre los meses de marzo y abril del año 2009; el objetivo de estas primeras sesiones era concienciar al conjunto del personal sobre la importancia de la protección de datos de carácter personal tanto en tratamientos automatizados (claves de acceso, memorias externas...) como en los no automatizados (custodia de expedientes, destrucción de copias de documentos...).

Dentro del plan de difusión de la política de seguridad en materia de protección de datos (de modo que sus principios se conviertan en parte de la cultura de la propia organización), el Comité de Seguridad aprueba la iniciativa para recopilar en un documento accesible a todo el personal del EPST el conjunto de medidas orientadas al cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos en general, junto con aquellas otras medidas destinadas a garantizar la seguridad en el acceso a los distintos sistemas de información que se utilizan en los STPA.

Finalmente, el documento que contiene este conjunto de normas, que serán de obligado conocimiento y cumplimiento para toda la organización, se publica en la web de seguridad de la información de los STPA como una forma de consulta permanente en todos aquellos casos en los que sea necesario hacer uso de la misma.

La Normativa de Seguridad es de obligado conocimiento y cumplimiento para todo el personal de STPA, mientras que el documento de Seguridad es un documento de carácter interno y de acceso restringido a los responsables de seguridad de la institución.

El documento que contiene la Normativa de Seguridad incluye los siguientes aspectos:

- Funciones y obligaciones de los usuarios con acceso a datos personales.
- Políticas de seguridad de STPA, normas de carácter general que debe conocer y aplicar todo el personal.
- Procedimientos, pautas de actuación en las que se define la forma de trabajar. Hay varios tipos de procedimientos en función del personal que los tiene que aplicar: procedimientos generales, dirigidos al personal de atención al público y al personal informático.

El Reglamento de desarrollo de la LOPD establece en sus artículos 96 y 110 que los sistemas de información e instalaciones de tratamiento y almacenamiento de datos, a partir del nivel medio de seguridad, deben someterse, al menos cada dos años, a una auditoría interna o externa que verifique el cumplimiento de las medidas de seguridad aplicables tanto a ficheros y tratamientos automatizados como no automatizados.

La auditoría de seguridad

El Comité de Seguridad de la Información propone al Director General de los servicios tributarios del Principado de Asturias la contratación de una auditoría externa de los sistemas de seguridad que certifique la idoneidad de los sistemas de información e instalaciones de tratamiento y conservación de datos de los STPA.

La auditoría se realiza entre los meses de noviembre y diciembre de 2009 y el ámbito de aplicación son los ficheros y tratamientos automatizados y no automatizados con datos de carácter personal, con un nivel de seguridad medio, declarados por los STPA ante la Agencia Española de Protección de Datos.

En una primera fase, los auditores recopilan la información acerca del grado de mantenimiento y cumplimiento del Documento de Seguridad; finalmente, se procede a la redacción del informe de auditoría que dictamina, por una parte, sobre la adecuación de las medidas de seguridad a lo dispuesto en el Título VIII del Reglamento de desarrollo de la LOPD y, por la otra, sobre la identificación de deficiencias y propuesta de medidas correctoras o complementarias, junto con un grupo de recomendaciones propuestas por el auditor.

Una vez analizado por el responsable de seguridad de la organización, el informe de auditoría se presenta al responsable del fichero para que se adopten las medidas correctoras. Este informe se incorpora al Documento de Seguridad y ambos quedarán a disposición de la Agencia Española de Protección de Datos.

Del análisis del informe de auditoría se desprende que, en general, existe un buen cumplimiento de la normativa en materia de seguridad, a pesar de haberse identificado una serie de deficiencias ya resueltas y otras que están aún pendientes de corrección; por último, se incluye un conjunto de recomendaciones sobre seguridad que propone el auditor.

Entre las carencias más significativas, es necesario destacar el escaso conocimiento que determinados usuarios con acceso a datos personales tienen acerca de cuáles son sus funciones y obligaciones, razón por la cual se toma conciencia de que la organización ha de seguir insistiendo en el aspecto de la formación y divulgación de la Normativa de Seguridad de los STPA entre su personal.

Las deficiencias que se recogen en el informe de auditoría se han ido subsanando, lo cual supone un trabajo de coordinación con otras áreas a través del Comité de Seguridad; por ejemplo, en el caso de los expedientes de la Unidad de Recursos Humanos se está realizando un trabajo de revisión para que estos no incluyan documentos con un nivel de protección superior al declarado para el Fichero de Personal. Asimismo, en el Área de Servicios al Administrado se hacen recomendaciones al personal para que recoja únicamente los documentos exigidos para la tramitación de los procedimientos y que en ningún caso incluyan datos con un nivel de protección alto, de modo que, por ejemplo, se solicite el documento que incluya el grado de discapacidad o la declaración de la condición de discapacidad o invalidez, que son datos con un nivel de seguridad básico; pero no son necesarios ni se deben adjuntar los informes médicos, que contienen datos con un nivel de seguridad alto.

La administración de documentos

Los instrumentos de gestión de seguridad diseñados, con carácter general, en el Ente Público de Servicios Tributarios para la protección de datos de carácter personal, incluyen también todos aquellos ficheros y tratamientos de datos de carácter personal que afectan a la administración de documentos.

Ya hemos visto que el proyecto para implantar las medidas de seguridad de datos personales en el EPST comienza con la declaración de los ficheros automatizados de carácter personal. En este aspecto, además de aquellos directamente declarados por el EPST y que ya se han mencionado, existe otro grupo de ficheros que, aun no siendo responsable de los mismos la administración tributaria, actúan de soporte, mediante integración, con el sistema corporativo de administración de documentos del Principado de Asturias: Sistema de Información y Gestión de Archivos (SIGIA), con el que trabaja, desde el año 2006, el EPST a través de la Unidad de Archivos.

Por resolución de 18 de febrero de 2003, de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos (Asturias, 2003a), se crea el fichero automatizado Base de Datos Corporativa de Terceros (BDCT), que recoge datos de identificación y características personales de cualquier persona física que haya tenido o tenga alguna relación con la Administración del Principado de Asturias, a través de cualquier tipo de petición, solicitud, reclamación o recurso.

Al mismo tiempo, por resolución de 18 de febrero de 2003, de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos (Asturias, 2003b), se crea el Fichero automatizado Sistema de Producción, Información y Gestión Administrativa (SPIGA)⁷, con la finalidad, entre otros aspectos, de servir de soporte a la tramitación de los procedimientos administrativos, al Registro Único de Entrada y Salida de Documentos y a la gestión documental y archivística de la Administración del Principado de Asturias y, al mismo tiempo, permitir la integración con las bases de datos corporativas: Terceros, Organización y Territorio. Este fichero recoge datos identificativos, características personales, datos económico-financieros, datos de transacciones con la Administración del Principado de Asturias (peticiones, solicitudes, reclamaciones, recursos...) y datos relativos a procedimientos sancionadores.

Ya se ha dicho que el Documento de Seguridad de Datos de Carácter Personal del EPST contiene la descripción de los sistemas de información, el inventario de ficheros registrados en la Agencia Española de Protección de Datos, la enumeración y descripción de los perfiles de las personas con responsabilidad en la protección de datos de carácter personal, así como las políticas y los procedimientos.

En lo que se refiere a la descripción de los sistemas de información que recoge el Documento de Seguridad, la Unidad de Archivos ha asumido la descripción de los ficheros y tratamientos no automatizados, en soporte papel, constituidos por

documentos con datos de carácter personal de cada uno de los ficheros descritos en el Documento de Seguridad y registrados en la Agencia Española de Protección de Datos⁸. Se describe, en primer lugar, el sistema de organización y custodia del conjunto de documentos producidos y recibidos por los STPA; en un segundo nivel, se describen las particularidades concretas de organización y custodia de los documentos que constituyen cada uno de los ficheros y por último, para el caso del Fichero de Obligados Tributarios se reflejan la peculiaridades de organización y custodia para cada centro de archivo integrado en el Sistema de Gestión de Documentos de los STPA.

Desde el órgano de coordinación del sistema de Gestión de Documentos del EPST -la Unidad de Archivos- se han elaborado los procedimientos referidos a los ficheros y tratamientos no automatizados, en soporte papel, que contienen documentos con datos de carácter personal procedentes de los sistemas de información de los STPA.

Respecto a los ficheros y tratamientos no automatizados, en el Documento de Seguridad se definen los siguientes procedimientos⁹:

- **Criterios de archivo.** Según el artículo 106 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, los criterios de archivo deben garantizar la correcta conservación de los documentos, la localización y consulta de la información y posibilitar el ejercicio de los derechos de oposición al tratamiento, acceso, rectificación y cancelación. Así, en este procedimiento se indican los procesos archivísticos (administración de documentos en las unidades administrativas, proceso de transferencia, proceso de consulta y préstamo y proceso de valoración, selección y eliminación) que se ejecutan para controlar la conservación y disponibilidad de los documentos producidos o recibidos por el EPST en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con la normativa reguladora del Sistema de Archivos Administrativos del Principado de Asturias.
- **Almacenamiento de la información.** El artículo 107 del Reglamento de desarrollo de la LOPD especifica que “los dispositivos de almacenamiento de los documentos que contengan datos de carácter personal deberán disponer de mecanismos que obstaculicen su apertura”. Así, en este procedimiento se describen los depósitos de documentos existentes en los distintos centros que forman parte del Sistema de Gestión de Documentos del EPST y el tipo de mobiliario que se utiliza para la instalación y ubicación definitiva de los documentos en los mismos. Además se especifican las medidas de seguridad que se aplican para garantizar el acceso exclusivo de las personas autorizadas.
- **Custodia de soportes.** En este procedimiento se hace referencia a la custodia de documentos con datos de carácter personal cuando estos no se encuentran instalados en los espacios destinados a su custodia definitiva,

y descritos en el procedimiento de almacenamiento de la información, por estar en proceso de tramitación o revisión. Asimismo, partiendo de la normativa reguladora del Sistema de Archivos Administrativos del Principado de Asturias, en el mismo procedimiento se determina la responsabilidad de custodia y conservación de los documentos en cada momento, así como las particularidades en cada una de los centros de archivo integrados en el Sistema de Gestión

- **Copia o reproducción.** En él se define el procedimiento relacionado con la generación de copias o la reproducción de los documentos, así como la destrucción de las mismas, para evitar el acceso indebido a la información que contenga datos de carácter personal.
- **Traslado de documentación.** En este procedimiento se establece la forma de realizar los traslados físicos de los documentos, evitando una manipulación o acceso indebido a la información. Al hablar de traslados físicos se hace referencia, por una parte, a la transferencia de documentos desde los depósitos de las oficinas territoriales a los depósitos del Archivo Central del EPST; y, por la otra, al traslado de documentos para su destrucción certificada, desde su depósito de custodia hasta el lugar donde se ejecute el proceso de eliminación física.

El conjunto de procedimientos definidos en el Documento de Seguridad afectan a todos los sistemas de información y son de aplicación a todo el personal de todas las áreas, zonas, departamentos y unidades administrativas de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias, incluidos los profesionales externos que han sido contratados para realizar trabajos puntuales y que tengan acceso a los sistemas de información con datos de carácter personal.

Para elaborar los documentos que contienen estos procedimientos que hemos enumerado, ha sido necesario revisar el conjunto de procedimientos archivísticos del Sistema de Gestión de Documentos de los Servicios Tributarios. Se ha realizado un trabajo de campo previo, con visitas técnicas a todas las oficinas territoriales de los Servicios Tributarios para conocer en detalle los procesos archivísticos que se realizaban en los mismos y con qué garantías de seguridad para la protección de datos de carácter personal se contaba. Por otra parte, la definición de estos procedimientos comunes y obligatorios para toda la organización ha supuesto un proceso de normalización muy importante, referido a actividades y tareas comunes, que se ejecutan en todos los centros que componen el sistema de archivos. Además, ha sido necesario revisar y adecuar los procesos de tratamiento de la información a las medidas de seguridad recogidas en el Documento de Seguridad y, por último, ha posibilitado que la Unidad de Archivos participara

en el “Proyecto para la implantación de las medidas de seguridad en los STPA”, actuando como responsable de archivos en el Comité de Seguridad de la Información creado al efecto.

Por lo que se refiere al informe de auditoría, desde el punto de vista de los procesos archivísticos, se indican las siguientes deficiencias que es necesario subsanar:

En el aspecto de la custodia de documentos en papel, se ha detectado que existen personas que no figuran en el Documento de Seguridad como personas autorizadas para el tratamiento de datos personales, en concreto, en los traslados de documentos entre los depósitos de custodia y los usuarios.

También se ha detectado que no se indican en el Documento de Seguridad los usuarios autorizados para acceder al archivo físico.

En algunos casos, para los documentos en soporte papel se aprecian ciertas deficiencias de custodia durante la fase de tramitación o revisión.

En algunas unidades administrativas, la cadena de destrucción de información en soporte papel es vulnerable en algunos aspectos.

Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos querido presentar la metodología que se ha seguido para implantar las medidas de seguridad previstas en el Reglamento de desarrollo de la LOPD en el Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias y la incidencia que el proyecto ha tenido en el sistema de gestión de documentos de la institución. El grupo multidisciplinar, creado inicialmente para impulsar el plan de trabajo, acaba, pasado el tiempo, convertido en Comité de Seguridad, que funciona como órgano asesor en materia de seguridad de datos personales y en el que participan representantes de todas las áreas relacionadas con los sistemas de información, entre las cuales se cuenta la Unidad de Archivos, como órgano desde el que se coordina el Sistema de Gestión de Documentos de los Servicios Tributarios.

La incorporación de la función de archivo al proyecto ha introducido un matiz apenas tenido en cuenta hasta entonces en el Sistema de Gestión de Documentos. En primer lugar, ha permitido el estudio y la identificación de todos los procesos archivísticos desde la perspectiva de la protección de datos personales, que luego se han verificado con el análisis de la realidad en cada uno de los centros de archivo que integran el sistema. Esto ha permitido conocer más en profundidad el funcionamiento interno del Sistema de Gestión de Documentos, en lo que se refiere a descripción de tareas y a los responsables de su ejecución; y además, ha servido para el estudio o revisión de los procedimientos del sistema, constituyendo la base para el análisis posterior del trabajo y la mejora de los procedimientos y los métodos.

Además, ha implicado el trabajo conjunto con otros profesionales de la organización, que supondrá, de cara al futuro, una puesta al día en todos aquellos aspectos nuevos que vayan surgiendo en esta materia, y, sobre todo, ha permitido colocar a la función de archivo en los planes estratégicos de la institución, con los beneficios que ello ha de comportar desde el punto de vista de la gestión integral de documentos.

Abreviaturas utilizadas

LOPD: Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

SIGIA: Sistema de Información y Gestión de Archivos.

SPIGA: Sistema Soporte, Producción, Información, Gestión Administrativa y Archivo.

STPA: Servicios Tributarios del Principado de Asturias.

EPST: Ente Público de Servicios Tributarios.

Lista de referencias

- ASTURIAS (ES). 2002. Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales. *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 31 de diciembre de 2002, núm. 301, p. 16628-16646.
- ASTURIAS (ES). 2003a. Resolución de 18 de febrero de 2003, de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos, por la que se crean ficheros automatizados de datos de carácter personal “Base de Datos Corporativa de Terceros (BDCT) dependiente de la Oficina de Auditoría y Calidad de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos. *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 15 de marzo de 2003, núm. 62, p. 3464-3465.
- ASTURIAS (ES). 2003b. Resolución de 18 de febrero de 2003, de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos, por la que se crean los ficheros automatizados de datos de carácter personal “Sistema de Producción, Información y Gestión Administrativa (SPIGA)” y “Modelo de Datos Intermedio para Consulta de Información Particular (MDI)”, dependientes de la Oficina de Auditoría y Calidad de la Consejería de Administraciones Públicas y Asuntos Europeos. *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 15 de marzo de 2003, núm. 62, p. 3465-3467.
- ASTURIAS (ES). 2005. Decreto 38/2005, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias. *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 19 de mayo de 2005, núm. 114, p. 8585-8590.
- ASTURIAS (ES). 2008a. Resolución de 28 de mayo de 2008, del Presidente del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, por la que se crean y se suprimen diversos ficheros informatizados con datos de carácter personal dependientes del citado organismo y se aprueba el sistema de información de gestión tributaria y demás ingresos de derecho público (TRIBUTAS). *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 23 de junio de 2008, núm. 145, p. 14186-14190.

- ASTURIAS (ES). 2008b. Resolución de 1 de octubre de 2008, del Presidente del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias, por la que se crea el fichero informatizado con datos de carácter personal “Fichero de Personal”, dependiente del citado organismo. *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, 21 de octubre de 2008, núm. 245, p. 23202-23203.
- ESPAÑA. 1999. Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de diciembre de 1999, núm. 298, p. 43088-43099.
- ESPAÑA. 2003. Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de diciembre de 2003, núm. 302, p. 44987-45065.
- ESPAÑA. 2007. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de enero de 2008, núm. 17, p. 4103-4136.

Notas

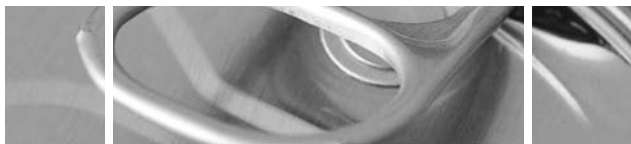
- ¹ Queremos expresar nuestro agradecimiento a Alfonso Díaz Rodríguez y M^a Ángeles Siñeriz Terrón por la revisión del texto y por sus comentarios y sugerencias, que han sido de gran ayuda en la elaboración de este trabajo.
- ² Sistema de gestión tributaria y demás ingresos públicos (TRIBUTAS), a través del cual se tramitan los procedimientos administrativos tributarios en materia de gestión, inspección, recaudación, sanción y revisión de tributos y demás ingresos de derecho público.
- ³ Se trata del Fichero automatizado de inspección de tributos cedidos por el Estado y tributos propios y del Fichero automatizado de inspección de tributos locales, declarados mediante Resolución de 23 de febrero de 1998, de la Consejería de Economía, complementaria de otra de 31 de octubre de 1997, por la que se regulan los ficheros automatizados de la Consejería de Economía sobre datos de carácter personal destinados a la gestión del sistema tributario. *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, núm. 53, 5 de marzo de 1998.
- ⁴ En la inscripción de los cinco primeros ficheros consta como responsable la Consejería de Economía y Asuntos Europeos, Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias.
- ⁵ La red territorial de oficinas de los Servicios Tributarios comprende las oficinas de: Avilés, Candás, Cangas de Onís, Cangas del Narcea, Gijón, Grado, Luarca, Llanes, Mieres, Navia, Pola de Laviana, Pola de Siero, Pravia, Sama de Langreo, Tineo, Vegadeo y Villaviciosa.
- ⁶ La descripción incluye tanto los sistemas de información automatizados como los no automatizados y los parcialmente automatizados.
- ⁷ El Sistema de Información y Gestión de Archivos (SIGIA) es uno de los tres componentes del Sistema de Soporte, Producción, Información, Gestión Administrativa y Archivo (SPIGA).
- ⁸ En realidad, el Sistema de Gestión de Documentos de STPA es un sistema de información parcialmente automatizado; aunque el soporte de la información está en papel, el acceso a la misma se realiza automatizadamente.
- ⁹ Es necesario advertir que, por decisión del grupo de trabajo constituido para impulsar el proyecto para implantar las medidas de seguridad relativas a los datos personales, se ha tomado, para los títulos de estos procedimientos, el literal de los artículos 106 a 114 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, en los que se especifican las medidas de seguridad aplicables a los ficheros y tratamientos no automatizados. La confusión terminológica que incorporan estos artículos ha supuesto una dificultad añadida, al intentar interpretar la terminología de la LOPD desde el punto de vista de los procesos archivísticos.



HARDENED

Lince

SPAIN



MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ LÓPEZ

La protección de datos de carácter personal en el sector de la intermediación inmobiliaria

Los ficheros más comunes en una actividad empresarial o profesional del sector de la intermediación inmobiliaria suelen ser los de “clientes”, “clientes potenciales”, “proveedores” y “personal”. Entendiendo por fichero todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. La Ley vigente sobre protección de datos viene a proteger todos los datos de carácter personal, lo que supone que exista una información (dato) y que esta afecte o concierna a una persona física. Y, precisamente por ese carácter personal de los datos, se excluyen de la protección de la Ley los referentes a las personas jurídicas. La Ley, además, resulta de aplicación a los datos de carácter personal registrados en cualquier tipo de soporte físico, automatizado o no, que los haga susceptibles de tratamiento, y a cualquier modalidad de uso de esos datos, ya sea por el sector público o privado.

La metodología empleada consiste en la revisión exhaustiva de la legislación vigente que afecta a dichos ficheros:

- Por lo que hace al personal se ha de contemplar que como reflejo de la externalización productiva en el sector de la construcción se produce la subcontratación. La legislación a revisar incluye no solo la usual de cualquier fichero de personal sino también aquella que busca introducir mecanismos

de transparencia en las obras de construcción mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra.

- En lo que respecta al cliente, sea este comprador o vendedor de vivienda, arrendatario o arrendador. La denominada cartera de clientes es la que mayor grado de protección alcanza, con abundante legislación europea.
- Los proveedores: se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción.

En el apartado metodológico se empleó con profusión el Código Tipo del sector de la intermediación inmobiliaria para protección de datos¹. Elaborado por la Asociación Empresarial de Gestión Inmobiliaria (AEGI), que ha “considerado necesario configurar garantías adicionales a las establecidas por la normativa de protección de datos, de cara al cliente de la empresa de gestión inmobiliaria, concediéndole una mayor fiabilidad en el trato que a diario mantiene con el sector, en lo que al tratamiento de sus datos personales le concierne”². Los Códigos tipo tienen el carácter de Código deontológico o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos³.

Los agentes de la edificación

El proceso productivo de la construcción implica a diferentes colectivos de personas, ya físicas ya jurídicas, generadoras de datos todas ellas. Son los denominados agentes de la edificación, que integran a todas las personas físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Son estos: el promotor, el proyectista, el constructor, el director de la obra, el director de la ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación, suministradores de productos, propietarios y usuarios. La Ley 38/1999 en sus artículos 9 a 16 proporciona una serie de definiciones para cada uno de estos agentes:

Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra. Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

Proyectista: es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.

Constructor: agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

Dirección facultativa: técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra.

- Director de obra: es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto. Podrán dirigir las obras de los proyectos parciales otros técnicos, bajo la coordinación del director de obra.
- Director de la ejecución de la obra: es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado.

Entidades de control de calidad de la edificación: son aquellas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable.

Suministrador de productos: se consideran suministradores de productos los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción (se entiende por producto de construcción aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución).

Propietario y Usuario: es el agente que, mediante cualquier título, goza del derecho de uso del edificio de forma continuada. Está obligado a la utilización adecuada del mismo de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento contenidas en el Libro del Edificio. Otras acepciones utilizadas:

- Persona que habitualmente acude a un edificio con el fin de realizar una determinada actividad según el uso previsto.
- La propiedad o su representante, aunque no acuda habitualmente al edificio.
- Persona que ocasionalmente acude a un edificio con el fin de realizar una determinada actividad acorde con el uso previsto. Por ejemplo: visitante, proveedor, cliente, etc.

- Personas que no acuden al edificio, pero que se pueden encontrar, habitualmente u ocasionalmente, en su zona de influencia. Por ejemplo: vecinos, transeúntes, etc.

Otros colectivos implicados

Aunque no sean considerados agentes de la edificación, también participan en este proceso otros colectivos como el contratista o empresario principal y, como resulta evidente, el personal y los clientes o potenciales clientes (típicamente introducidos en la entrada sobre propietarios y usuarios). El cliente es la persona física o jurídica interesada en la compra, venta o alquiler de inmuebles (Código tipo, p.7). El personal empleado y sujeto a un contrato de trabajo presenta variantes en el sector que deben ser tenidas en cuenta.

Existe la posibilidad de contar con trabajadores autónomos. El trabajador autónomo es la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista. Será así considerado por cuanto la subcontratación es una práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado.

“Como reflejo de la externalización productiva que es cada vez más común en otros sectores, en el sector de la construcción se produce la subcontratación”⁴. Este sistema se ampara en la libertad de empresa que reconoce la Constitución Española en su artículo 38. Permite obtener mayor especialización y cualificación de los trabajadores, sin necesidad de disponer de todo tipo de profesionales en plantilla y facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de la construcción. El subcontratista, como persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, debe sujetarse al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente. La Ley 32/2006 busca establecer cautelas especiales en tres direcciones, como expone en su exposición de motivos. Las dos últimas tienen incidencia directa en la cesión de datos y por tanto se han de tener en cuenta, por cuanto se exigen “una serie de requisitos de calidad o solvencia, acreditación

de la formación en prevención de riesgos laborales y la calidad del empleo” y para “introducir mecanismos de transparencia en las obras de construcción mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra”⁵. En toda obra de construcción, a cada contratista se le exige que disponga de la preceptiva documentación que es, en primer lugar y por lo que atañe a este trabajo, el Libro de Subcontratación. En este se asientan por orden cronológico, desde el comienzo de los trabajos, “...la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo” (LEY 32/2006: art. 8). Hasta tal punto se considera importante esta documentación y la información en ella contenida que se tiene la consideración de infracción muy grave la *vulneración de los derechos de información* de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación (LEY 32/2006: Disposición adicional primera, 28, d).

Los datos recabados en el proceso de intermediación inmobiliaria y los derechos ARCO

Los datos recabados varían en función del proceso de la intermediación inmobiliaria en el que se solicitan (Código tipo: 9):

“Datos destinados a captar clientes para compra, venta o alquiler de inmuebles, que constituye un cliente potencial: nombre y apellidos, dirección y teléfono.

Datos involucrados directamente en operaciones de compraventa y/o alquiler de inmuebles o destinadas a la concreción futura de las mismas (fases previas o de reserva e intermediación concretada o no): nombre y apellidos, DNI, dirección, teléfono, firma, detalles de empleo, características personales, circunstancias sociales, información comercial, económicos, financieros y de seguros.

Datos relacionados en todo o en parte con la gestión inmobiliaria, como pudieran ser la gestión de la contratación de los suministros necesarios para la vivienda, de la financiación necesaria para la adquisición o arrendamiento de un inmueble (sea como mera intermediación o servicio propio), prestación de servicios de rehabilitación u obras en inmuebles: nombre y apellidos, DNI, dirección, teléfono, económicos, financieros y de seguros.

Aquellos derivados de operaciones de promoción o construcción inmobiliaria en la parte que concierne a las acciones destinadas a la venta o arrendamiento de las viviendas construidas: nombre y apellidos, DNI, dirección, teléfono, firma, detalles de empleo, características personales, circunstancias sociales, información comercial, económicos, financieros y de seguros y transacciones de bienes y servicios.

Cualesquiera comprendidos en el ámbito de la gestión inmobiliaria”.

Los derechos de los interesados son lógicamente los mismos de cualquier persona: acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO). Estos derechos aparecen unívocamente vinculados en el Código Tipo al cliente y al cliente potencial dictando en exclusiva el “procedimiento de cumplimiento con los derechos del cliente”. En el caso que nos ocupa habrá que destacar lo siguiente:

El derecho de acceso queda garantizado de modo que todo el personal con acceso a datos de carácter personal pueda informar al cliente del procedimiento a seguir, pudiendo este acceder a sus datos por cuatro vías: visualización en pantalla; mediante escrito, copia, telecopia o fotografía, en forma legible e inteligible; correo electrónico; cualquier otro sistema que sea adecuado a la configuración del fichero y a la naturaleza del tratamiento.

La rectificación y cancelación puede ser iniciada por el propio cliente, aunque también puede ser informado por la empresa para que proceda a ejecutar esos derechos, si tiene conocimiento de que los datos sobre su cliente son inexactos o hayan dejado de ser necesarios para la finalidad con la que se recabaron. En el caso de las empresas de la construcción esto se refiere, sin duda alguna, a aquellos clientes interesados en la adquisición de una vivienda que, incluso habiendo dado señal para la adquisición de un piso, decidan no seguir adelante con la transacción o cuando ya ha finalizado la misma. Solo se mantendrá el dato si el interesado manifiesta su intención de seguir recibiendo información sobre nuevas viviendas. En el caso del cliente vendedor de una vivienda o del cliente inquilino o arrendador se conservarán los datos durante la gestión y resultarán bloqueados hasta que prescriban las acciones legales que puedan recaer sobre dichas gestiones.

Estos derechos están directamente vinculados con los principios de finalidad y adecuación de los tratamientos que establece la ley de protección de datos.

La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, que se conservarán hasta que prescriban todos los plazos de responsabilidades con las administraciones públicas, jueces y tribunales; el dato bloqueado supone un paso previo al borrado físico del mismo que es el fin último de la cancelación, por tanto cumplido dicho plazo se procederá a su eliminación. Pero los datos podrán ser conservados para estudios históricos y estadísticos (se conservarán de forma anónima o con datos disociados expurgando los nombres de las personas físicas a que se refieren o cualquier

otro dato que haga factible su identificación⁶). El bloqueo habrá de efectuarse durante los plazos de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que funda el tratamiento, en los términos previstos por la legislación civil o mercantil que resulte de aplicación, así como el plazo de cuatro años de prescripción de las deudas tributarias. La Ley Orgánica 15/1999, en su artículo 47.1 menciona un plazo de prescripción de tres años, en relación con las conductas constitutivas de infracción muy grave.

El plazo estipulado para ejecutar los derechos de acceso, rectificación y cancelación y oposición será de diez días.

Principios sobre el tratamiento de los datos. Los ficheros

El tratamiento de los datos del cliente recibe mayores desvelos por parte de las empresas de gestión inmobiliaria, por lo que se establecen los principios generales de la protección de datos de la siguiente manera (Código tipo: 25-31):

Principio de finalidad y adecuación de los tratamientos. Además de lo visto en las líneas precedentes se tutela el tratamiento de los datos especialmente protegidos por considerar que son excesivos para la gestión inmobiliaria. Así cuando un cliente haya proporcionado datos relativos a su salud para indicar aquellas características que habrá de cumplir el inmueble, solo se harán constar estas últimas, pero no el dato de la salud del cliente.

Principio de consentimiento del cliente para el tratamiento de sus datos personales. La empresa de gestión inmobiliaria requerirá el consentimiento del cliente titular de los datos para su tratamiento y facilitará al cliente los medios para revocar su consentimiento, si hay causa justificada. En este punto se concentra una buena parte de la especial inquietud, tanto del cliente como de la empresa, a saber: *consentimiento para el uso de los datos del cliente con fines de publicidad o marketing; consentimiento para la prestación de servicios accesorios a la propia gestión inmobiliaria (Gestión de Hipotecas y otros); consentimiento del interesado (cliente potencial) cuando sus datos son proporcionados por terceros; consentimiento del cliente para la realización de procedimientos de scoring sobre su persona.* La relevancia que para el avance y progreso de la actividad económica, social o cultural desarrollada por cualquier tipo de empresa del sector tiene la publicidad es innegable. La empresa que desee utilizar los datos del cliente a este fin deberá recabar su consentimiento, además de informarle de la Lista Robinson gestionada por la AEGI. Las empresas de gestión inmobiliaria, estén estas asociadas o no, deberán solicitar el fichero de personas inscritas en estas listas para la adecuada gestión de sus envíos publicitarios. En referencia a

la gestión de hipotecas, si la empresa de gestión inmobiliaria (o tercera empresa asociada a la misma) intermedia también en la gestión bancaria de hipotecas o préstamos para comprador, vendedor, arrendador o arrendatario, necesitará el consentimiento de estos para la cesión de sus datos a cualquier entidad. Se considerará que la empresa de gestión inmobiliaria cuenta con un fichero de datos con finalidad de tramitación de hipotecas cuando la misma conserve, en un fichero en papel o informatizado, datos concernientes a dicha transacción. Una práctica habitual para evaluar la solvencia económica de un cliente es el “credit scoring”; esta es una práctica habitual en el ámbito de la banca pero se está realizando para la gestión de hipotecas cada vez más. Se trata un modelo de predicción estadística que otorga una puntuación para evaluar si los ingresos y gastos de un cliente le permitirán la compra de un inmueble. Es necesario que este autorice y consienta de forma expresa la realización de este tipo de procedimientos.

Principio de seguridad y secreto. Para garantizar este último principio la empresa de gestión inmobiliaria deberá adoptar cuantas medidas técnicas y organizativas sean necesarias para garantizar la seguridad de los datos y evitar la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Este principio es el que sigue de forma más literal todo los puntos del Título VIII del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (RLOPD).

¿Qué ficheros con datos de carácter personal manejan las empresas de gestión inmobiliaria? En una rápida búsqueda de los ficheros inscritos en la Agencia Española de Protección de datos⁷ se percibe que básicamente son clientes, clientes potenciales o empleados. Con todo hay muestra de libertad a la hora de inscribir los ficheros. Así se pueden encontrar ficheros de clientes, proveedores y empleados, de forma conjunta o separada. Respecto al personal puede encontrarse una galería de ficheros denominados bolsa de empleo (candidatos a ocupar puestos de trabajo ofertados por la empresa), fichero de partes de altas y bajas generadas por el personal de la empresa, fichero de personal, datos de empleados, fichero de prevención de riesgos laborales, recursos humanos... Es posible también encontrar ficheros intitulados como datos de impuestos y contabilidad, facturación y contabilidad, fichero de presupuestos... Y por último un grupo de ficheros cuya denominación, más o menos, viene a ser coincidente: fichero con datos de carácter personal de las cámaras de videovigilancia. Estos ficheros afectan a todos los denominados usuarios del edificio, mencionados en el grupo de agentes de la edificación.

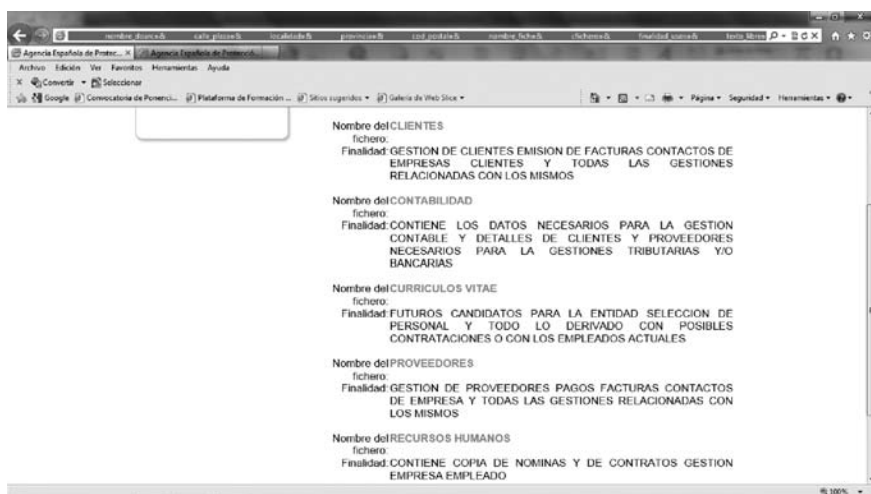


Ilustración 1. Ficheros de un grupo empresarial

El fichero de clientes y clientes potenciales se considerará de un nivel de protección básico, a menos que contengan un conjunto de datos de carácter personal que permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los clientes de la empresa de gestión inmobiliaria. En este supuesto se aplicarán medidas de nivel medio.

El fichero de empleados se considerará de nivel básico, con especial atención al tratamiento de datos especialmente protegidos, tales como salud o afiliación sindical, casos que determinarán la aplicación de medidas de nivel alto.

Finalmente se establecen las medidas para la “conservación de informaciones contenidas en escrituras, copias de declaraciones de la renta, nóminas o avales aportadas por el interesado, partes de accidentes de los empleados, etc.”, se establecen las medidas establecidas en el ya mencionado Título VIII del RLOPD. Toda vez que la empresa de gestión inmobiliaria puede conservar informaciones en formato papel después de finalizar la prestación del servicio, solicitará el consentimiento expreso del cliente y delimite el motivo de conservación. Es pertinente la conservación de datos como la identificación del protocolo notarial y, en su caso, información procedente del Registro de la Propiedad. Para la cancelación definitiva de los datos personales obrantes en documentos en formato papel, se recurrirá a la destrucción del soporte, de manera que sea imposible la recuperación de la información en él contenida.

Conclusiones

- El buen uso y la adecuación del tratamiento de los datos del cliente se considera un objetivo de cualquier empresa inmobiliaria.
- Por eso la Asociación Empresarial de Gestión Inmobiliaria (AEGI) ha elaborado el Código Tipo del sector de la intermediación inmobiliaria para protección de datos, porque ha considerado necesario configurar garantías adicionales a las establecidas por la normativa de protección de datos, de cara al cliente de la empresa de gestión inmobiliaria.
- Recogida, finalidad, actualización, conservación, cancelación y sustitución... términos habituales en la protección de datos de carácter personal tienen su traducción específica en el sector. Por ejemplo, en el caso de las empresas de la construcción los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad para la cual fueron recogidos; la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, es decir, “la identificación y reserva de los datos con el fin de impedir su tratamiento”.
- Son los ficheros de clientes los que han recibido mayor atención por parte del sector, para completar las garantías generales proporcionadas por la legislación general.

Legislación y bibliografía

“Constitución Española de 1978”. BOE n° 311 .1, de 29 de diciembre de 1978.

“Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”. BOE n° 298 de 14 de diciembre de 1999. P. 43088-43099.

“Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación”. BOE n° 266, de 6 de noviembre de 1999.

“Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”. BOE n° 166 de 12 de julio de 2002. P. 23388-25403.

“Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación” BOE n° 74, de 29 marzo de 2006; *corrección de errores y erratas en BOE n° 22 de 25 de enero de 2008: articulado y Anejos (Parte I)*. P. 11816-11831.

“Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción”. BOE n° 250 de 19 de octubre de 2006. P. 36317-36323.

“Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal”. BOE n° 17 19 de enero 2008. P. 40103-4136.

“Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia

de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad. BOE núm. 61 de 11 de marzo de 2010. P. 24510-24562.

Código Tipo del sector de la intermediación inmobiliaria para protección de datos. Asociación Empresarial de Gestión Inmobiliaria (AEGI). Fecha Inscripción: 29/12/2004; Fecha adecuación al RLOPD: 08/02/2010 https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/codigos_tipo/index-ides-idphp.php

Legislación sobre construcción: normas administrativas, laborales y técnicas. Madrid: Tecnos, 2009.

Notas

¹ <http://www.aegi.org>. No son demasiados los códigos tipo inscritos en este momento en la Agencia Española de Protección de Datos: Código Tipo de tratamiento de datos de carácter personal para establecimientos sanitarios privados de la provincia de Sevilla; Código Tipo del fichero de automóviles de pérdida total, robo e incendios; Código Tipo FARMAINDUSTRIA; Código Tipo VERAZ-PERSUS; Código Tipo de la Asociación Catalana de Recursos Asistenciales (ACRA); Código Tipo Universidad de Castilla-La Mancha; Código Tipo de Odontólogos y Estomatólogos de España; Código Tipo de Confianza On-Line; Código Tipo de Unió Catalana D'Hospitals; Código Tipo de Agrupación Catalana de Establecimientos Sanitarios; Código Tipo de Fichero Histórico de Seguros del Automóvil (UNESPA); Código Tipo para las entidades locales adheridas a EUDEL (Asociación de Municipios Vascos-Euskadiko Udalen Elkartea).

² Código tipo, p. 4.

³ Artículo 71 RLOPD.

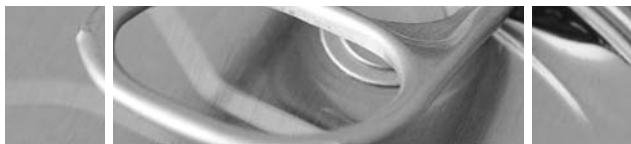
⁴ Lo citado en estas líneas con referencia a la subcontratación se ha apoyado en la LEY 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

⁵ LEY 32/2006 Art. 1.2. Lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de la aplicación a las subcontrataciones que se realicen en el sector de la construcción de lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el resto de la legislación social.

⁶ El Código Tipo, en su página 7, establece que “por vía de excepción, previa solicitud del responsable del tratamiento ante la Agencia Española de Protección de Datos, se podrá acordar el mantenimiento íntegro de determinados datos, atendidos sus valores históricos, estadísticos o científicos”. La Agencia ha dictado, con fecha 21 de noviembre de 2011, la primera resolución en este sentido concediendo autorización para conservación de datos personales con fines históricos, en respuesta a la solicitud de una organización sindical para el mantenimiento íntegro, con fines históricos, de los datos tanto de afiliados como de representantes sindicales contenidos en los ficheros de la organización.

⁷ https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/ficheros_inscritos/index-ides-idphp.php





XAVIER GAYÁN FÉLEZ

Protección de datos y derecho de acceso a los fondos documentales del Registro Civil

Marco normativo general

Evolución normativa

- *Real Orden de 28 de septiembre de 1822* (competencia municipal).
- *Ley de 3 de febrero de 1823* (competencia municipal).
- *Decreto de la Regencia provisional de 24 de enero de 1841* (competencia municipal).
- *Ley provisional del Registro Civil, de 17 de junio de 1870.*
- *Reglamento del Registro, de 13 de diciembre de 1870.*
- *Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957* (en vigor).
- *Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958* (en vigor, modificado por el Real Decreto 170/2007, de 9 de febrero).
- *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* (entrada en vigor, julio de 2014).
- *Ley Orgánica 8/2011, de 21 de julio, complementaria de la Ley del Registro Civil, por la cual se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial* (entrada en vigor, julio de 2014).

Tal como podemos apreciar en la precedente relación normativa, es preciso situar los orígenes del Registro Civil en el ámbito de la Administración Local. En este sentido hallamos, en primer lugar, la Real Orden, de 28 de septiembre de 1822, por la cual se obliga a los ayuntamientos a disponer de dos libros numerados y foliados con sendas funciones registrales. Uno donde inscribir los nombres y apellidos de los vecinos, dando cuenta de su edad, estado civil y oficio. Otro donde registrar los nombres y apellidos paterno y materno de nacidos y fallecidos. El siguiente paso normativo lo marca la Ley de 3 de febrero de 1823. Esta norma, pese a circunscribirse al terreno teórico, dada su escasísima o nula implantación, deviene crucial por cuanto obliga a las secretarías de los ayuntamientos a la llevanza del registro de nacimientos, matrimonios y defunciones. A continuación, y ya con un impulso ciertamente efectivo, el Decreto de 24 de enero de 1841 (modificado en 1845) obliga a los ayuntamientos de las capitales, de las cabezas de partido y de todos los municipios con un número de habitantes superior a 500, al control registral de las personas nacidas, casadas y difuntas. Con todo, no sería hasta la entrada en vigor de la Ley Provisional del Registro Civil, de 17 de junio de 1870, cuando la institución del Registro Civil pasa a depender del, por entonces, Ministerio de Gracia y Justicia y, por consiguiente, del ámbito competencial de la Administración de Justicia. Esta Ley, a pesar del calificativo de “provisional” con que fue acuñada, se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, actualmente en vigor (conjuntamente, con el Reglamento de 14 de noviembre de 1958, que la desarrolla). A día de hoy, estamos en la antesala de un nuevo cambio legislativo, a la espera de la entrada en vigor, en el plazo de 3 años, desde la fecha de publicación en el BOE (por tanto, a partir del 23 de julio de 2014), de la recientemente promulgada Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Con ella, el Ministerio de Justicia encara la modernización de la institución, promoviendo una racional desjudicialización orgánica y funcional; fomentando el uso intensivo de los aplicativos informáticos y, de este modo, facilitando el acceso a los ciudadanos mediante canales de consulta ágiles e igualmente garantistas de la preservación de la privacidad e intimidad.

Acceso, privacidad e intimidad. Una primera aproximación

En el plano de la realidad y casuística actuales, habida cuenta de la lejana entrada en vigor (23 de julio de 2014) de la nueva *Ley 20/2011, del Registro Civil*, que determina la *vacatio legis* que la acompaña, se impone poner de relieve cómo, pese a la aparente acotación normativa que, *a priori*, cabría presuponer de acuerdo con lo dispuesto en el actual Reglamento del Registro Civil (1958), en la práctica, aún existen algunas sombras y ambigüedades a esclarecer. Así pues, no

es aventurado considerar que los 24 artículos que conforman por entero el Capítulo II del Título I, dedicado a tratar y regular el tema de la publicidad registral, presentan ciertas insuficiencias que, a tenor de la interpretación del articulado, en no pocas ocasiones han demostrado evidentes fisuras. Todo ello, claro está, a vueltas con la consabida complejidad de los conceptos *interés* e *interesado*. Prueba de ello nos la dan los recursos de apelación interpuestos ante resoluciones denegatorias de acceso a la documentación del Registro que trataremos más adelante. Quienes abogan por una lectura restrictiva del marco normativo entienden que el régimen de publicidad formal reconocido en el art. 6 de la vigente Ley del Registro Civil presupone la exigencia de que el interés por conocer los asientos registrales sea, además, de carácter “personal y jurídico” (véase Recurso estimatorio de la Dirección General de Registros y del Notariado, núm. 558/2001). Este enfoque interpretativo encontraba uno de sus principales fundamentos en la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 9 de enero de 1987, en tanto que en su punto 4º se declara que “el interés que legitima para obtener certificaciones ha de estar relacionado directamente con la prueba del estado civil de las personas, o del contenido del Registro”. Por el contrario, de acuerdo con la actual doctrina y jurisprudencia, la praxis al respecto es manifiestamente aperturista, sin que ello suponga menoscabo alguno del derecho a la intimidad. En este sentido, las restricciones de acceso que detalla el artículo 21 del Reglamento del Registro Civil, adecuadas a las modificaciones introducidas por el RD 170/2007 y a la adición de un nuevo supuesto, referido a los cambios de apellido, ofrecen garantía suficiente, puesto que si bien cualquier ciudadano puede ejercer el derecho a solicitar las certificaciones que requiera, únicamente podrán acceder a los certificados susceptibles de reserva quienes acrediten el correspondiente interés legítimo y razón fundada para su solicitud, siendo librados tales certificados con indicación expresa del objeto por el cual son expedidos. Así pues, el hecho de que el art. 17 del citado Reglamento reconozca explícitamente que “el interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación”, tal redactado, obviamente, no equivale en ningún caso a libre acceso, puesto que es mediante el pertinente proceso de comprobación de las inscripciones o notas marginales y la propia naturaleza y contenido de la documentación como se determina si procede o no establecer la puntual reserva. Tampoco debemos olvidar que, a partir de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior, de 6 de junio de 1994, con la estigmatización social que provocó durante estos años el SIDA como trasfondo, se dispone la supresión del dato referido a la causa del fallecimiento en las inscripciones de defunción, así como, en el momento de expedir una certificación, a la obligación de tacharla, por parte del encargado del Registro, con el objeto de que resulte ilegible. Tan sólo 4 meses después, el Ministerio de Justicia e Interior modifica esta Orden, por medio de la Orden de 13 de octubre de 1994, que en su Disposición transitoria única establece: “De la causa

de la muerte consignada en las inscripciones de defunción anteriores a la entrada en vigor de la de Orden de 6 de junio de 1994, únicamente se dará publicidad a terceros que no sean descendientes o herederos del fallecido, siempre que tal publicidad pueda afectar a la intimidad personal o familiar y no hayan transcurrido veinticinco años desde la fecha de la muerte, ateniéndose a las normas que sobre autorización especial del encargado del Registro se establecen en los artículos 21 y 22 del Reglamento del Registro Civil.”

Veamos a continuación, y como paso previo a un breve acercamiento a recursos interpuestos a la Dirección General de Registros y del Notariado por denegación de acceso, el tratamiento normativo establecido por los citados artículos con que se regulan los derechos de acceso y protección de datos al Registro Civil, según el reglamento vigente, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, actualizado de acuerdo con las modificaciones aportadas por el RD 170/2007, de 9 de febrero.

“Artículo 21.

No se dará publicidad sin autorización especial:

1. De la filiación adoptiva o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes.
2. De la rectificación del sexo.
3. De las causas de privación o suspensión de la patria potestad.
4. De los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los números anteriores o a circunstancias deshonrosas o que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado.
5. Del legajo de abortos.
6. De los cambios de apellido autorizados conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 208 de este Reglamento.

La autorización se concederá por el Juez Encargado y solo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. La certificación expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización expresa del Encargado. Este, en el registro directamente a su cargo, expedirá por sí mismo la certificación.

Artículo 22.

No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación:

1. Respecto de los extremos a que se refiere el número primero del artículo anterior, el propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes de uno y otro.
2. Respecto de la rectificación del sexo, el propio inscrito.
3. Respecto de las causas de privación o suspensión de la patria potestad, el sujeto a esta o sus ascendientes o descendientes o herederos.
4. Respecto de los documentos archivados, las personas antes referidas en los distintos supuestos, y cuando se trate de resolución notificada, el destinatario de la notificación.

5. Respeto del legajo de abortos, los padres.

6. Respeto de los cambios de apellido autorizados conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 208, únicamente la persona inscrita.

Tampoco requieren autorización los que tienen bajo su guarda las personas antes referidas y los apoderados especialmente por aquellos o estas. Aunque el apoderamiento escrito o la guarda no consten fehacientemente, el Encargado discrecionalmente podrá estimarlos acreditados”.

Denegaciones de acceso, recursos interpuestos y algunas reflexiones acerca de la nueva Ley del Registro Civil

Por cuanto adolecen, tanto la Ley de Registro Civil vigente como el Reglamento que la desarrolla, de cierta falta de concreción en torno a la ponderación de los conceptos *interés* e *interesado* respecto a los derechos de *privacidad* e *intimidad*, este contexto quizás contribuya a comprender mejor, que no a justificar, la notoria incongruencia de la que se hacía eco Alfonso Ruiz, archivero municipal de Pozuelo de Alarcón, en la lista de distribución profesional *Arxiforum* (13 de octubre de 2011). El archivero en cuestión citaba negro sobre blanco un caso palmariamente representativo de la preocupante diversidad de criterios a la hora de determinar las condiciones de acceso, al tiempo que fácilmente extrapolable a lo vivido por otros investigadores: “un investigador me planteó el problema que se le había presentado en el Registro Civil local, pues le habían denegado el acceso a los libros más antiguos y me pidió que mirase en la Ley. Hace años, este mismo investigador no había tenido problemas para acceder”. En consecuencia, se impone valorar el derecho a la investigación, a través del preciso reconocimiento de la derogación singular de reserva, de acuerdo con unos criterios bien definidos en función de las distintas casuísticas. Sin ánimo de lanzar las campanas al vuelo, sí es justo reconocer que la nueva Ley 20/2011, de Registro Civil, ofrece, aunque se trate en un plano muy general, un mayor amparo legal a los investigadores. En este sentido, si bien aún no resulta de aplicación hasta la futura entrada en vigor de la Ley, el artículo 80.3 observa explícitamente la posibilidad de acceso a datos registrales ajenos siempre que se acredite un interés legítimo; y, de manera más directa, el artículo 80.4 recoge que “Con carácter excepcional y con fines de investigación familiar, histórica o científica, se podrá autorizar el acceso a la información registral en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Con todo, resulta evidente que en el supuesto que el Reglamento que en un futuro desarrolle el precepto legal no aborde específica y detalladamente tales términos, esta referencia estará limitada a una mera declaración de principios de irregular plasmación en el terreno práctico. Por lo demás, el redactado de la Ley 20/2011 aborda el derecho de acceso sin aportar novedades especialmente relevantes. Tal como se puede observar en los artículos 11, 15, 80-84 y la Disposición

transitoria quinta, la cual establece en su punto 1: “La publicidad formal de los datos incorporados a libros no digitalizados continuará rigiéndose por lo previsto en la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957”.

Ahora bien, y en todo caso, sí cabe subrayar cierta diferencia en cuanto al modo de canalizar los datos del Registro Civil de acuerdo con el objeto de la consulta que puedan promover los ciudadanos interesados. En este sentido, desde “www.legalment.net”, portal de la asesoría jurídica “Legalment”, especializada en derecho de acceso, protección de datos personales y propiedad industrial, Josep Matas hace referencia en un apunte de su blog (29/11/2011) a la Ley 20/2011, del Registro Civil, al valorar el reciente 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. Josep Matas destaca el artículo 80.2 de la nueva Ley de Registro Civil, por cuanto significa un redactado en la línea del principio establecido en el artículo 6.2b de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, esto es, la no obligación de aportar documentos que ya obren en poder de las administraciones.

“Las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias solo podrán exigir a los ciudadanos la presentación de certificados del Registro Civil cuando los datos objeto del certificado no obren en poder de aquellas, o cuando fuere imposible su obtención directamente por medios electrónicos”. Art. 80.2 de la Ley 20/2011, del Registro Civil.

Y gráficamente contrasta y contrapone el contenido de este artículo con el artículo 28.2 del citado Real Decreto 1708/2011, 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.

“Artículo 28. Solicitud de consulta de documentos de acceso restringido por contener datos personales. [...]”.

2. [...] No obstante, serán accesibles los documentos con datos personales que puedan afectar a la seguridad o intimidad de las personas cuando hayan transcurrido veinticinco años desde el fallecimiento de los afectados. Si este dato no constara, el interesado deberá aportar la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil”.

Al respecto, resulta flagrante la contradicción entre ambos artículos o cuando menos cabe lamentar la escasa fortuna del redactado. El correspondiente a la Ley del Registro Civil exonera al ciudadano de la presentación de certificados del Registro Civil salvo “cuando los datos objeto del certificado no obren en poder de aquellas [las administraciones], o cuando fuere imposible su obtención directamente por medios electrónicos”. Por el contrario, el Real Decreto que regula el Sistema de Archivos se exige al interesado la aportación de “la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil”.

Memoria histórica y Registro Civil

La historiadora Carme Molinero, expresaba en un reciente artículo su preocupación por la inaccesibilidad a numerosos archivos, muchas veces por falta de un criterio unificado por parte de los responsables de la documentación (MOLINERO, 2011: 285 - 297). Por lo que se refiere al Registro Civil, no han sido pocos los historiadores que en materia de acceso a los libros de defunciones han recibido respuestas dispares. Pero, al menos en este ámbito de investigación, desde finales de 2008, gracias a una Instrucción clarificadora, ya podemos hablar en pasado. En este sentido, el acceso vinculado a las fuentes de investigación del período de Guerra Civil y represión franquista, que obligan a centrarse en el acceso a los libros de defunciones, cuentan con la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Este texto normativo surge a instancias de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida por “de la Memoria Histórica”, y, más en concreto, de su Disposición adicional octava, referida al acceso a la consulta de los libros de actas de defunciones de los Registros Civiles: “El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, en cuanto sea preciso para dar cumplimiento a las previsiones de esta Ley, dictará las disposiciones necesarias para facilitar el acceso a la consulta de los libros de las actas de defunciones de los Registros Civiles dependientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado”.

Esta Instrucción aporta cohesión y concreción a resoluciones puntuales, que de forma precedente estimaron los recursos presentados ante denegaciones de derecho de acceso como, por ejemplo, las dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en 26 de marzo y 29 de junio de 2007, a raíz de sendas solicitudes de consulta motivadas por investigaciones históricas sobre la Guerra Civil y posterior represión, respectivamente, en las provincias de Córdoba y León. Al respecto, no es accesorio poner de relieve el hecho incomprensible que ante idénticas solicitudes correspondiesen permisos o denegaciones de acceso según el criterio e interpretación de los/las jueces encargadas de los registros civiles objeto de interés. Su redactado es definitorio: “El objeto de la presente Instrucción es establecer las reglas necesarias para dar cumplimiento a tales previsiones legales, despejando las dudas que la entrada en vigor de la nueva Ley [referencia a la citada Ley 52/2007] pudiera generar en su aplicación práctica por parte de los encargados de los Registros Civiles”. Se especifica que las peticiones de información registral de los libros de defunción resulta amparada de un interés legítimo si el motivo de la consulta corresponde a investigaciones académicas o científicas relativas a la Guerra Civil, el franquismo, el exilio y la transición (cabe destacar especialmente esta última variable por su cercanía); o bien se acredite que la investigación está promovida por algún tipo de apoyo institucional. Asimismo, en los supuestos en que los datos requeridos para la investigación sean abstractos o de carácter genérico, se ofrecerá la consulta mediante notas simples informativas.

Menores y adopciones

De acuerdo con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la documentación que recoja datos de menores está sometida a un mayor grado de reserva, en la medida en que su intimidad merece especial protección por tratarse de personas más vulnerables. A la luz de esta premisa, el punto 4º de conclusiones de la Instrucción 1/2007 del Fiscal General del Estado, de 15 febrero, sobre Actuaciones Jurisdiccionales e Intimidad de Menores, extrema las medidas de precaución encaminadas a garantizar plenamente la intimidad del menor, mediante la declaración formal de reserva de las actuaciones.

Llegados a este punto, resulta relevante el caso concreto de acceso prohibido a los expedientes de adopción por parte de los respectivos padres biológicos, puesto que con independencia de que hayan o no participado en el procedimiento de adopción otorgando su asentimiento, debe imponerse el tratamiento de reserva, según obliga el art. 173.5 del Código Civil y el art. 1826 de la antigua Ley Enjuiciamiento Civil de 1881 (aún parcialmente vigente en esta materia), “evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cual sea la adoptiva”. Y en el plano autonómico, el Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, sin detrimento del deber de reserva de las actuaciones ni afectación alguna a la filiación adoptiva, facilita el ejercicio de acciones judiciales dirigidas a conseguir el acceso a datos identificativos de la paternidad y/o maternidad biológicas (v. ARTERO, 2001: 4.986) al establecer en el art. 129 que una vez la persona adoptada haya alcanzado la mayoría de edad, esta “puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido su padre y madre biológicos”. Al igual que por motivos de salud, también puede promover tal solicitud a fin de obtener datos biogénéticos de sus progenitores, lógicamente, siendo los adoptantes quienes están legitimados para recabar la información en caso de minoría de edad.

Asimismo, a tenor de lo dispuesto por la normativa de Registro Civil y, en concreto, por el citado Reglamento de 1958, es necesaria, salvo en el caso de los directamente afectados, la previa autorización del Juez de Primera Instancia (art. 21), tanto en el caso de adopciones como para acceder a información sobre (según el redactado anterior a la modificación impuesta por el citado RD 170/2007, de 9 de febrero) “la filiación ilegítima [léase, no matrimonial] o desconocida”, y con el nuevo redactado, “la filiación adoptiva o desconocida”. Igualmente, en ambos casos se mantiene la necesidad de reserva y consecuente autorización del Juez de Primera Instancia ante “circunstancias que descubran tal carácter [padres desconocidos y adopción] y del cambio del apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes”.

Consideraciones conclusivas

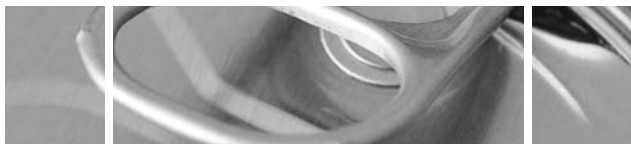
Es necesaria una normativa clara y precisa que huya de ambigüedades, sin que ello suponga encastillarse en la fácil opción del cripticismo, restricción indiscriminada o, por así expresarlo, una suerte de “bunkerización documental”. Se impone la necesidad de establecer unos severos y exigentes filtros de acceso en función de un conocimiento exhaustivo de las series documentales que, como es lógico, únicamente puede darse a partir de un riguroso tratamiento archivístico previo en tareas de identificación, clasificación, descripción y evaluación. En el caso que nos ocupa, habida cuenta de que el Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de los archivos judiciales excluye de su ámbito competencial (art. 2.2) “los libros de sentencias, los de registro y aquellos otros de preceptiva llevanza, que se registrarán por sus normas específicas, así como los expedientes relativos al Registro Civil”, la regulación normativa debemos buscarla en las normas referidas. Pero, también, toda vez que siguen existiendo ciertos vacíos proclives a fomentar interpretaciones diversas, deviene obligado recurrir al marco general legislativo de forma supletoria. Así pues, por lo que se refiere a la cuestión clave de la derogación singular de reserva, recurrir a su amparo conlleva el reconocimiento de una excepcionalidad, que como tal se supone sujeta a una interpretación de la normativa a aplicar, del equilibrio entre los derechos en juego, de la relevancia de la investigación, etc. Por consiguiente, y en definitiva, se precisa de un marco normativo claro y preciso, cuyas referencias al modo de regular los derechos de acceso y protección de datos ponderen debidamente a ambos de modo que las posibilidades de consulta por parte de investigadores sean efectivas, minimizando al máximo la necesidad de recurrir a interpretaciones, ya sean permisivas o restrictivas.

Confiamos en que la futura entrada en vigor de la Ley 20/2011, del Registro Civil traiga consigo un desarrollo reglamentario exhaustivo que no soslaye las especificidades que revisten la solicitudes de acceso. Máxime, por cuanto su art. 80.4 alude a la derogación singular de reserva ante solicitudes por investigación familiar, histórica o científica, de modo subordinado a los “términos que reglamentariamente se establezcan”.

Bibliografía citada

- ARTERO MOLINO, Isabel M^a. 2001. “El derecho a saber de los hijos adoptivos (Contenido y límites)”. *Revista General de Derecho*. n. 681, p. 4.967-4.989.
- MOLINERO, Carme. 2011. “El acceso a los archivos y la investigación histórica”. *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*. n. 81, p. 285-287.





BLANCA DESANTES FERNÁNDEZ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Derecho de Acceso y Ley de la Memoria Histórica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Grupo de trabajo ad hoc y propuesta

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

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

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

Se trabaja intensamente y se tiene en cuenta:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Además se incluyen diversas observaciones, entre ellas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aspectos positivos:

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

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

Entre la realidad y el deseo

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

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

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

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

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

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

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

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

Notas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 72. Salas de investigadores.

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

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

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

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

Instrucción de 12 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica, por la que se dictan normas sobre el acceso y la consulta de documentos en los archivos dependientes del Ministerio del Interior: *No se permitirá la entrada a los usuarios en los locales de depósito de los documentos, salvo en los casos de visitas previamente autorizadas por los responsables. Cuando las características del archivo o la unidad lo permitan o aconsejen, estos espacios dispondrán de lugares adecuados para la instalación y manejo de los instrumentos de consulta.*

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ En la pág. 9 del Dictamen se hace mención expresa al Dictamen emitido en 2009 para el Real Decreto de Archivos, literalmente: *“El expediente remitido ha sido tramitado por el Ministerio de la Presidencia a partir de un texto elaborado ya en su día y que fue objeto del dictamen nº 1.738/2009 de este Consejo de Estado, lo que ha dado lugar al nuevo texto sobre el que ahora se consulta, que reordena y sistematiza puntualmente el proyecto inicial y que incorpora la regulación contenida en el capítulo IV antes descrito sobre el derecho de acceso a los archivos”*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Rapidez, precisión, flexibilidad

En el siglo XXI, más que nunca, la información es poder. Ayudar a empresas e instituciones a gestionar y rentabilizar su caudal informativo, tanto el que poseen como el que genera diariamente su actividad, es el objetivo y la razón de ser de Baratz.

www.baratz.es



91 456 03 60 | informa@baratz.es

Raimundo Fernández Villaverde 28, 1.º 28003 Madrid





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, henchidas 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 posibilite 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 continentales 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 Intimidad 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:

Quando 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 enseñó 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 conceptuada 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, incomunicables) 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 “Archicerbera”, 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 1ª), 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 Intimidad. 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 democratico”, 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-BDDB-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 continentes 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.

³² http://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 algúen, 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-DRIN-COURT, 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/10016/30222>> [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/ARXIVS/Arxivers_2007_producte.pdf [Consulta: 18/09/2010].

⁵⁴ “Es posible que el honor, es posible [...] que la intimidación (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, *Arquivos, autonomía 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_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 citado 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.



normadat

91 659 13 11

www.normadat.es

normadat@normadat.es

Seguridad de la Información

Integridad

Confidencialidad

Disponibilidad







ISABEL GONZÁLEZ CORRAL

El papel de las comisiones calificadoras en relación al derecho de acceso a documentos y archivos

Los investigadores y usuarios de archivos en España han manifestado en diversas ocasiones sus quejas en cuanto a la situación del acceso, centrándose en dos aspectos. En primer lugar, los obstáculos provienen en general por un inexistente o escaso trabajo de identificación, selección y descripción de los fondos, esto es, limitaciones técnicas o archivísticas (Terés Navarro, etc. Los fondos pendientes de identificación en los archivos militares: repercusión sobre el acceso, Boletín ANABAD LV (2005)-4:109) lo que incluye, en ocasiones, la falta de transferencia de los fondos a archivos históricos o su entrada precipitada, y en consecuencia, el desconocimiento de su existencia y ubicación, como se indicó en el Informe sobre Archivos elaborado por la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo, del Ministerio de la Presidencia¹.

El segundo factor que los investigadores y usuarios denuncian, y en el cual nos centraremos, es de tipo legal: la inexistencia de unas normas o condiciones comunes de acceso a la documentación estatal, la dispersión normativa y la diversidad de criterios (Fernández Ramos, Severiano. Revista d'arxius. Associació d'arxivers valencians 2002, n° 1 p. 128 – 166 *El sistema estatal de archivos públicos: pasado, presente y futuro*).

En ambos aspectos, las Comisiones calificadoras ministeriales y la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos juegan un papel

esencial. La Ley 16/1985, de 25 de junio, determinó la creación de estos órganos colegiados, en su artículo 58, con funciones relativas al estudio y dictamen de cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos, su integración en archivos y régimen de acceso e inutilidad administrativa. Su composición y funciones no se determinaron hasta el año 2000 (Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero, derogado por el Real Decreto 1401/2007, de 29 de octubre, por el que se regula la composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos). La norma que aprueba el procedimiento (RD 1164/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original) señala que *“Se entiende por valoración documental el estudio y análisis de las características históricas, administrativas, jurídicas, fiscales e informativas de la documentación.”*

El proceso de valoración establecerá los plazos de transferencia, la posible eliminación o expurgo y el régimen de accesibilidad de la documentación.”

A partir de las I Jornadas de Identificación y Valoración de Series Documentales de las Administraciones Públicas, que se realizaron en Madrid, en 1991, se determinó que una de las funciones de la valoración es el establecimiento de los plazos de transferencia y de acceso, una vez han sido estudiados los datos que contienen los documentos. Se parte de la consideración de que la valoración no tiene por objetivo exclusivamente la eliminación, sino asegurar la adecuada gestión y conservación del patrimonio documental, el control del ingreso, custodia, transferencias y acceso de los documentos de una organización o unidad administrativa.

La metodología de trabajo en cuanto al establecimiento de los plazos de acceso pasa obligatoriamente por la investigación de los valores de los documentos, el conocimiento de la legislación vigente en materia de acceso, el examen de las materias que componen los documentos, así como cada una de las garantías que posee cada ciudadano para poder ejercitar su derecho de acceso (Latorre Merino, Martín-Palomino y Benito, Metodología para la Identificación y Valoración de fondos documentales, 2000:52). No obstante, las comisiones calificadoras creadas entre 1991 y 2011 en la mayoría de departamentos ministeriales y en diversos organismos públicos, como la AEAT o la TGSS, centraron su actividad en la selección y eliminación, por lo que el estudio de los plazos de acceso quedó en un segundo plano. En la mayoría de series presentadas a dictamen a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, dada la existencia de datos personales, se determinaba el acceso restringido durante un plazo de 25/50 años, en aplicación del artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE).

Observando la normativa de creación de las Comisiones Calificadoras de los departamentos ministeriales, podemos ver que las competencias en materia de acceso no se limitaban a la propuesta del régimen de acceso y utilización de los documentos, sino que también incluyen funciones como:

- *Informar las solicitudes de acceso a documentos excluidos de la consulta pública, previstas en el artículo 57 de la Ley 16/1985 (Comisión Calificadora del Ministerio del Interior, creada por Orden de 21 de diciembre de 2000).*
- *Informar a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos sobre las denegaciones de acceso a los documentos y series documentales que se hayan producido en el ámbito del Ministerio y sus Organismos Públicos. (Comisión Calificadora del Ministerio de Cultura, creada por Orden CUL/3021/2006, de 27 de febrero) entre otras.*
- *Proponer criterios sobre el régimen de acceso a los expedientes, documentos y series documentales conservados en los archivos del Instituto Nacional de la Seguridad Social e informar, en su caso, a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos sobre las denegaciones de acceso que se hayan podido producir en el ámbito de su actuación, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del INSS, Orden TAS/984/2007, de 11 de abril).*
- *Proponer criterios, de conformidad con la normativa vigente, sobre el régimen de acceso a los documentos y series documentales generados, recibidos o conservados en el ejercicio de sus funciones por el Ministerio, elevándolos para dictamen a la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos (Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Ministerio de Política Territorial, Orden TER/650/2010, de 4 de marzo).*

Del mismo modo, los órganos colegiados creados en las comunidades autónomas para la valoración y selección de documentos ostentan competencias en cuanto a la determinación de los plazos y el régimen de acceso, pero inicialmente orientaron su labor a la selección de documentos (identificación, elaboración de calendarios de conservación, y establecimiento del procedimiento de eliminación de documentos).

La determinación del régimen y plazos de acceso en el marco de estos órganos colegiados, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, se ha ido convirtiendo en una prioridad, como podemos ver en la normativa autonómica más

reciente, a modo de ejemplo, la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, establece, en su artículo 31.3., como funciones de su Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos las siguientes:

- *Unificar los criterios de aplicación de la legislación vigente en materia de acceso a los documentos de titularidad pública y a su información.*
- *Evacuar informe preceptivo en los recursos o reclamaciones presentados contra las denegaciones del derecho de acceso a los documentos custodiados en los archivos del Sistema.*

Asimismo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos ha dispuesto que la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental debe establecer criterios sobre la aplicación de la normativa que rige el acceso a los documentos públicos y hacer constar el régimen aplicable al acceso a los documentos que se deban conservar, al resolver las solicitudes de evaluación de documentos públicos (art. 4 del Decreto 13/2008).

En el ámbito estatal, el reciente Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, en su artículo 26.4º señala: *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.*

Es importante destacar que en la composición de estos organismos colegiados están presentes archiveros pero también juristas, expertos en aspectos económicos y financieros, representantes de los organismos productores, historiadores especializados en investigación científica o histórica, especialistas en tecnologías de la información y comunicación y representantes de las distintas tipologías de archivo entre sus vocales, ya que, frente a la tradicional intervención exclusiva de un archivero con el asesoramiento de un jurista, se prefiere una tarea colegiada en la que participen todos los sectores que tienen la condición de interesados en el proceso (Manuela Moro Cabero, Luis Hernández Olivera, *Seleccionar documentos con el calendario de conservación: una propuesta para Castilla y León*, Tábula, 6-2003: 141). Incluso, en la última modificación de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, en 2007 se incluyó un representante de la Agencia Española de Protección de Datos.

Esta composición multidisciplinar garantiza la implicación a todos los niveles de la organización en el procedimiento de valoración, así como que todos los posibles intereses se tendrán en cuenta en la valoración de series documentales y que el dictamen de la Comisión se enriquecerá con las distintas visiones y consideraciones de sus miembros.

Desde el punto de vista jurídico, se ha señalado que el régimen de acceso previsto en el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta insuficiente, inadecuado, y adolece de graves defectos (Rams, Leonor, El derecho de acceso a archivos y registros: 27); y en particular, se ha apuntado la necesidad de coordinación entre la legislación sobre acceso, archivos y la de protección de datos personales y que en nuestro ordenamiento, se observa un fuerte desequilibrio entre la débil vinculación del principio de transparencia de la actuación pública, huérfano de una verdadera ley de acceso a la información pública, frente a un cada vez más enérgico sistema de protección de los datos personales, implantado primero por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y en la actualidad por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (Fernández Ramos, Severiano, Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 27-28 junio 2007. Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública en: 130 <http://eprints.ucm.es/8946/1/MANUEL_SANCHEZ_DER_ACCESO_V14_2.pdf>).

Las comisiones calificadoras podrían servir de contrapeso a las agencias de protección de datos si incrementan y difunden su actividad en el desarrollo de las funciones que ya tienen atribuidas en materia de acceso. Pero su labor en este campo resulta desconocida, tanto por la doctrina, que señala: *la deficiencia de regulación en el caso español es particularmente sangrante, si se repara en la inexistencia de Autoridades de control en materia de acceso a la información, frente a las poderosas Agencias de protección de datos* (Guichot Reina, Emilio, *transparencia versus protección de datos*: 5), como por el público en general (la Comisión Nacional de Acceso, Valoración y Selección Documental recibió en el año 2010, según la Memoria publicada, 4 consultas sobre acceso).

En otros países del ámbito europeo, para equilibrar el ejercicio de estos derechos se ha optado por la creación de dos comisiones independientes o por unir ambas funciones en una sola. En Francia, la Commission d'Access aux documents administratifs (CADA) <<http://www.cada.fr/>> se ocupa del derecho de acceso y la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) <<http://www.cnil.fr/>> de la protección de datos de carácter personal. En Reino Unido el mismo organismo tutela ambos derechos (Information Commissioner Office) <<http://www.ico.gov.uk>>; en España, el proyecto de ley sobre acceso a la información de 2010, preveía que la Agencia Española de Protección de Datos ampliara sus competencias y alargara su nombre con la coletilla "y Acceso a la Información".

Si nos centramos en la relación entre la normativa sobre acceso, archivos y protección de datos, desde el punto de vista de la investigación histórica, los

historiadores han señalado que “es evidente que la heterogeneidad de normas que regulan el derecho de acceso a la documentación incide directamente en la actividad de los historiadores, además de dificultar el ejercicio de los derechos ciudadanos e incluso de perjudicar gravemente a los archiveros a la hora de establecer procedimientos e implantar mecanismos para realizar correctamente su trabajo por la inseguridad con que deben hacerlo”. (Manifiesto de los historiadores <<http://www.ahistcon.org/docs/manifiesto%20archivos.pdf>>).

La doctrina jurídica ha hecho hincapié en los problemas y conflictos que surgen debido a que el criterio diferenciador de los archivos, entre administrativos e históricos, se ha ido difuminando con el tiempo y sustituyendo por el sistema del ciclo de vida de los documentos (y en esto es esencial la redacción del art. 49 de la LPHE, sobre el patrimonio documental), en tanto que la LRJPAC, en su art. 37.7 remite a la LPHE para los archivos históricos, “sin ocuparse ni de definirlos ni de regularlos” (RAMS RAMOS, Leonor, El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: 269-270).

Y es que en otros países, cuando la documentación se encuentra depositada en determinados tipos de archivos -los llamados convencionalmente históricos- y/o tiene una cierta antigüedad, al ser considerada como documentación histórica, fundamenta un derecho de acceso específico a dicha documentación, históricamente anterior al derecho de acceso de carácter general y, una vez reconocido este, da lugar a un régimen de acceso más flexible, fundamentalmente porque determinados límites vigentes en el régimen general son levantados en este otro régimen específico, así como porque se admite una consulta libre, esto es no procedimentalizada. (Actas del Seminario Internacional Complutense, Madrid, 27-28 junio 2007 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública en Fernández Ramos, Severiano: 130 <http://eprints.ucm.es/8946/1/MANUEL_SANCHEZ_DER_ACCESO_V14_2.pdf>).

La labor de asesoramiento y dictamen de las comisiones calificadoras o de valoración en España (en sus respectivos niveles de competencia: estatal, autonómico o local) resulta esencial con relación a lo expuesto, ya que son el órgano competente para la toma de decisiones sobre la selección de documentos y los plazos de transferencia de los documentos. En los estudios de valoración de las series se determinan los plazos de permanencia de los documentos en los distintos tipos de archivo (de oficina, central, intermedio e histórico) y si tienen o no valores de tipo secundario que justifiquen su conservación permanente en un archivo de tipo histórico así como el régimen de acceso aplicable. La relevancia de determinar estos plazos, en relación al derecho de acceso con fines históricos, científicos o culturales resulta fundamental y si se determina que los documentos ostentan valores de tipo histórico, ello conlleva la necesidad de transferirlos a un archivo histórico, que debe garantizar tanto unas condiciones óptimas de conservación y

almacenamiento de los documentos (incluyendo, si es preciso, acciones de preservación y restauración) como disponer de instalaciones adecuadas para el ejercicio de los derechos de acceso de los investigadores (distinto del derecho general de acceso reconocido a los ciudadanos en el marco de la transparencia, en cuanto a la forma en que se ejerce, un acceso directo a los documentos como señala el art. 37.7 de la LRJPAC).

La insuficiente y confusa regulación española, como hemos señalado anteriormente, que no prevé plazo alguno de tiempo para la consideración de un documento como *histórico* para la desprotección de los datos personales y con vistas a posibilitar el desarrollo de la investigación histórica determina en ocasiones que los documentos no sean accesibles sine die, dado el carácter expansivo de la legislación sobre protección de datos (y pese a que el Reglamento de la LOPD señale: art. 2.4. *Este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*).

En el seno de las comisiones calificadoras tanto a nivel estatal como autonómico es posible adoptar decisiones que palfen o reduzcan las consecuencias negativas de carecer de un plazo temporal para el acceso libre a los documentos, para favorecer la actividad de los investigadores. En este sentido, las comisiones calificadoras o de valoración pueden elaborar criterios de interpretación de conceptos como el de “investigador”, o “interés histórico, científico o cultural relevante” o de aplicación del acceso parcial, la disociación, así como los casos de autorización singular a documentos de acceso restringido.

A modo de ejemplo, la CNAATD, en el ámbito de Cataluña, ha adoptado las siguientes decisiones en materia de acceso: aprobación de un modelo de reclamación por la denegación de acceso a documentos y de un modelo de solicitud de derogación singular de acceso (acceso a documentos excluidos de consulta pública, por intereses legítimos o científicos). Como complemento, el acuerdo 1/2011 aprueba un modelo de compromiso de confidencialidad para la consulta con fines de investigación de documentos de acceso restringido, que se basa en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. En este punto, resulta esencial la mención a dicha norma, y al artículo 8.1 de la misma (que señala: *No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*), que permite establecer una diferencia esencial entre acceso y divulgación, base del acuerdo citado.

Fundándose en el art. 20.1.b) de la Constitución Española (que reconoce el derecho a la libertad de producción y creación científica y, en particular, relacionado con la historiografía) y tratando de promover en la mayor medida posible el derecho de acceso a los documentos, se interpreta la legislación aplicable de la forma más favorable al acceso y se establece que dicho compromiso permite

el acceso a documentos con datos de carácter sensible de un número considerable de ciudadanos (el padrón, libros de actas, etc.), siempre que en la investigación dichos datos no se divulguen y se traten debidamente (por ejemplo, una investigación que precise el acceso a datos catastrales, pero que no tenga por objeto revelar datos personales).

Se trataría de un acceso privilegiado a los documentos, cuando predomine la finalidad histórica, científica, que no contenta a todo el mundo, pero que sí supondría ampliar el derecho de acceso, al menos de forma subjetiva, que se adopta una vez ponderados los derechos e intereses en juego en el supuesto concreto. Es importante, sin embargo, destacar la necesidad de arbitrar sistemas que reduzcan la subjetividad a la hora de determinar el concepto de “investigación” (Josep Matas ha propuesto la creación de un registro voluntario de investigaciones, que pueda tramitarse de forma rápida y no presencial y sea accesible por distintas administraciones públicas).

La necesidad de una ponderación de intereses en este ámbito se observa claramente en la sentencia del Tribunal Constitucional, 43/2004, sobre la libertad científica del historiador y la ponderación entre el derecho al honor de una persona fallecida y la libertad de investigación, art. 20.1.b) de la Constitución, que señala: *“Pues bien, es posible colegir que la libertad científica -en lo que ahora interesa, el debate histórico- disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquella, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información -pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE- se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneo”*.

En el Ministerio de Cultura se han adoptado decisiones similares a las expuestas en el Portal de Archivos Españoles (en relación con documentos del Portal de Víctimas de la Guerra Civil) y se ha trabajado en formularios de autorización de acceso a los documentos, similares a los que ahora en septiembre se han aprobado por la Comisión de Valoración y Acceso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, ambos con base en el art.8.1 de la L.O. 1/1982, y en el artículo 5.5. de la LOPD, que permite el tratamiento de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, ante las dificultades de la investigación en historia contemporánea derivada de la aplicación rígida de la normativa sobre protección de datos, sin ponderación con otros criterios.

Otra de las actuaciones que se están priorizando es el análisis de las posibilidades del acceso parcial o disociado y así queda recogido en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, en su artículo 28.4. *Se concederá el acceso a documentos que contengan datos de carácter personal, sin necesidad de consentimiento de sus titulares, cuando se proceda previamente a la oportuna disociación, de los datos de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.*

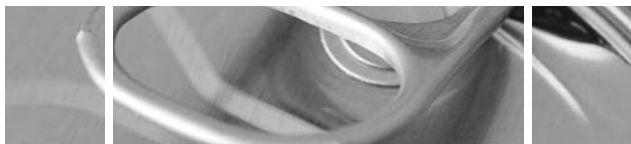
En definitiva, la actividad de estos órganos colegiados puede ser especialmente relevante, en particular a la hora de generar criterios para una ponderación lo más ajustada posible de estos dos derechos nuevos: la autodeterminación informativa o protección de datos y la transparencia o acceso a la información (relacionados con el derecho a la intimidad y vida privada y familiar y el derecho a la información), ya que a falta de estos dictámenes las administraciones públicas se ven obligadas a hacer un esfuerzo excesivo de interpretación de la normativa y tienden, como medida de precaución, a limitar el acceso (Matas, Josep. *Sobre la incidencia de la normativa de protecció de dades en el regim d'accés als documents públics*: 8).

Para finalizar, no debemos olvidar que la norma es el libre acceso de los ciudadanos a los documentos, y en este sentido siempre debe procurarse aplicar la normativa más favorable al acceso, ya que, como ha señalado la UNESCO en su Declaración Universal sobre archivos, el libre acceso a los archivos enriquece nuestro conocimiento de la sociedad, promueve la democracia, protege los derechos de los ciudadanos y mejora la calidad de vida, reconociendo el carácter esencial de los archivos para garantizar una gestión eficaz, responsable y transparente, para proteger los derechos de los ciudadanos, asegurar la memoria individual y colectiva y para comprender el pasado y documentar el presente para preparar el futuro.

Notas

¹ Disponible en http://www.mpr.es/uploads/media/pdf/8/informesobrearchivos2_1232475674.pdf (último acceso en fecha 9.01.2012).





LLUÍS CERMENO MARTORELL

La acción en materia de acceso de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de Cataluña

La Ley 10/2001, de archivos y documentos, atribuye a la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental (CNAATD en sus siglas en catalán) destacadas funciones en materia de acceso a la documentación pública. En esta comunicación describiremos brevemente estas funciones, haremos un balance crítico de los principales logros conseguidos y de las iniciativas que se están llevando a cabo.

Funciones en materia de acceso

La Ley 10/2001, de archivos y documentos, estructura el Sistema de Archivos de Cataluña (SAC) y lo define en su artículo 16.1 como “el conjunto de órganos de la Administración y de archivos que, con normas y procedimientos, garantizan de acuerdo con sus valores, la gestión, la conservación, y la difusión correctas de la documentación de Cataluña, y el acceso a la misma”. En este caso los órganos de la administración son tres, uno de carácter activo y dos de carácter colegiado. La Subdirección General de Archivos y Museos depende de la Dirección General del Patrimonio Cultural del Departamento de Cultura y es la unidad de carácter activo sobre la que recae la responsabilidad de dotar de instrumentos y

recursos técnicos y normativos al SAC además de controlarlo y promoverlo. Existen dos órganos de carácter colegiado: el Consejo Nacional de Archivos y la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental. Ambos órganos, dentro de los límites funcionales que determina la normativa, extienden su acción al conjunto de archivos del Sistema.

Las competencias que la Ley 10/2001 atribuye a la CNAATD en materia de acceso son las siguientes:

(Art. 19.2)

Primera. Promover el ejercicio del derecho de acceso a los documentos de las personas y las entidades públicas y privadas.

Segunda. Emitir informe sobre las reclamaciones de las personas y de las entidades públicas y privadas que consideren vulnerado su derecho de acceso a los documentos.

Tercera. Emitir informe sobre las derogaciones singulares de la normativa sobre acceso a los documentos, en los términos establecidos por el Artículo 34.3.

(Art. 34)

4. La Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental ha de establecer criterios sobre la aplicación de la normativa que rige el acceso a los documentos públicos. Al resolver las solicitudes de evaluación de documentos públicos, la Comisión debe hacer constar el régimen aplicable al acceso a los documentos que hayan de conservarse.

Bajo la formulación que establece el artículo 34.4 de la Ley 10/2001 se encuentran las denominadas tablas de selección y acceso documental (TAAD). El decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos (DOGC 5056) concreta en su artículo 10 que las TAAD deben ser aprobadas por el consejero de Cultura en forma de Orden y deben fijar el régimen general de acceso a una serie documental determinada. Así las TAAD delimitaran tanto el plazo de disposición de los documentos como su accesibilidad y todas aquellas excepciones o contingencias que, en materia de acceso, pudieran producirse se deberían resolver mediante los informes previstos en el artículo 19 de la Ley 10/2001 que hemos transcrito anteriormente.

Adaptación de la composición de las vocalías de la Comisión

El primer efecto que ha comportado la inclusión de la función de gestión del acceso ha sido una ampliación del número de vocalías de la CNAATD. En el Decreto 13/2008 se amplía considerablemente el número de vocales de esta pasando

de 12 a 18. En esta nueva composición de las vocalías se intenta reforzar el peso de aquellas que tienen una relación con profesionales vinculados con el mundo del derecho y la gestión de la protección de datos personales. Así, una vocalía es para un representante de la Autoridad de Protección de Datos de Cataluña; se amplía en una vocalía más la representación del Colegio de Secretarios e Interventores de la Administración Local y también hay una vocalía en representación de los profesores de Derecho de la universidad. Otras ampliaciones se hacen con la finalidad de dar mayor representación a colectivos como el de la Administración Local con una nueva vocalía y a los archivos de las universidades públicas. Finalmente se habilita una vocalía para una persona experta en tecnologías de la información.

Este incremento en el número de vocalías ha comportado que en el seno de la CNAATD se haya ampliado y enriquecido el debate gracias a las aportaciones de los nuevos miembros y a nuevos puntos de vista, que era el objetivo perseguido, pero a su vez se ha hecho más compleja la gestión de la dinámica de las reuniones del pleno.

A esta ampliación debemos añadir otro cambio establecido en el Decreto 13/2008 como es el de la creación de una comisión permanente. Esta comisión permanente está compuesta por un número limitado de miembros del pleno y tiene como principal función la de acordar el orden del día que debe tratar el pleno. Con el objetivo de poder dar respuesta de forma ágil y dentro de los plazos previstos por la Ley 10/2001 la comisión permanente tiene delegadas las siguientes competencias del pleno de la CNAATD: *Emitir informes sobre las reclamaciones de acceso a los documentos* y *Emitir informes sobre derogaciones singulares de la normativa sobre acceso a documentos públicos*. (Resolución CMC/599/2009). Si no hay ningún caso que requiera la emisión de informes la comisión permanente se reúne, aproximadamente, una semana antes del pleno para fijar el orden del día. Toda resolución adoptada por la comisión permanente debe ser informada al pleno de la comisión.

Acción de la CNAATD en materia de acceso

La CNAATD se ha convertido, con el trabajo desarrollado a lo largo de veinte años, en un organismo de referencia del Sistema de Archivos de Cataluña siendo su acción en materia de valoración documental la mejor valorada por los profesionales de los archivos (*Casanovas & Cabré & Postico & Pons: 194-204*). Pero en estos momentos no podemos afirmar lo mismo en cuanto a su actuación en materia de acceso ya que la CNAATD se ha enfrentado a diversas situaciones que resumiremos a continuación y que han conllevado que su actuación y sus resultados no se hayan podido desarrollar plenamente.

La no emisión de tablas de selección y acceso documental

El primer motivo crítico ha sido el excesivo período de tiempo que ha pasado entre la aprobación de la Ley y la aprobación del Decreto que desarrollaba esta materia. Estamos en un lapso que va del año 2001 al año 2008. Si consideramos que la Ley entra en vigor a final de 2001 y teniendo en cuenta que se requiere un mínimo de unos 9 meses en la tramitación del proyecto de decreto vemos que estamos hablando de un retraso de unos 4 años. ¿Qué pasó en este tiempo? Esencialmente el borrador del que finalmente sería el Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos fue escrito y tramitado a lo largo del año 2002. Hasta el año 2003 no se constituye el Consejo Nacional de Archivos mediante el Decreto 177/2003, de 8 de julio. Pero el año 2004 el nuevo Gobierno deroga este decreto y deja sin regulación al Consejo Nacional de Archivos (CNA) impidiendo de facto la tramitación del borrador del Decreto. Esta situación se alarga hasta el año 2006 en que el Gobierno aprueba el Decreto 52/2006. Hasta el año 2007 no es nombrado el Consejo y es cuando empieza a desarrollar sus funciones de forma normalizada. Es en este momento en el que es informado por el CNA el borrador del futuro Decreto 13/2008 de acuerdo con su función de emitir informes preceptivos sobre los proyectos de disposiciones generales en materia de archivos (art. 18.2 b. Ley 10/2001). Se habían perdido unos 4 años en materia de desarrollo normativo y de actuaciones en materia de acceso y no así en materia de evaluación documental ya que la CNAATD siguió actuando con la normativa anterior.

Algunos resultados

A partir del año 2008 con la entrada en vigor del Decreto 13/2008 la CNAATD ha podido llevar a cabo algunas acciones en materia de acceso. En concreto se han emitido 8 informes sobre acceso a petición de interesados (ciudadanos o centros de archivos) y tres reclamaciones de acceso presentadas por ciudadanos. A continuación se resumen las principales resoluciones que en materia de acceso han llevado en el período 2009-2011:

- Informe sobre una consulta de difusión por Internet de actas municipales.
- Informe a la solicitud de acceso de un investigador a los registros de históricos del Fondo de Hospicios.
- Informe a una consulta de una asesoría jurídica de un departamento al acceso a un expediente personal.
- Informe sobre una consulta de un archivo sobre la reproducción de fotografías de personas para editar un libro conmemorativo del aniversario de un centro escolar.

- Informe a una consulta de acceso de un ciudadano sobre si una sociedad mercantil pública debe permitirle el acceso a la documentación en cuanto es interesado en un asunto.
- Informe sobre aspectos vinculados al acceso en un proyecto de reglamento de un archivo municipal.
- Informe a petición de un ayuntamiento sobre la solicitud de acceso por parte de un regidor de la oposición a informes personales que justifican prestaciones sociales otorgadas por el consistorio.
- Informe sobre la consulta de un archivo sobre la petición de acceso de un investigador a expedientes de protección de menores.

En cuanto a las reclamaciones de acceso los motivos objeto de informe han sido:

- Reclamación de acceso de un ciudadano por denegación de acceso a un contrato de alquiler del cual es interesado en cuanto heredero.
- Reclamación de acceso de un ciudadano a la consulta de las actas de un tribunal de oposiciones.
- Reclamación de acceso de un ciudadano a la denegación de acceso a documentación de preinscripción a centros escolares.

Acciones para difundir y facilitar el acceso a los documentos

Vistos los discretos resultados conseguidos en materia de acceso en estos tres últimos años debemos convenir que uno de los grandes retos que actualmente tiene la comisión es conseguir que su acción sea más conocida y usada por parte de los ciudadanos y también dar mayor servicio a los archivos.

En cuanto a los ciudadanos indicar que a final del año 2011 se aprobaron e hicieron públicos dos formularios para facilitar el que ciudadanos y entidades pudieran presentar sus solicitudes *de reclamación de acceso a documentación de la administración pública*¹ y *la solicitud de derogación singular de acceso a documentación excluida de consulta pública*². Estos formularios están accesibles en la página web de la CNAATD, pero somos conscientes que difícilmente un ciudadano o incluso un funcionario se dirijan a esta página. En este sentido se han hecho gestiones con la Dirección General de Atención Ciudadana y estos formularios ya están disponibles entre los diversos trámites electrónicos que ofrece la Generalitat en su Oficina Virtual de Trámites. Así mismo se ha pedido a l'Arxiu Nacional de Catalunya y a la Xarxa d'Arxius Comarcals de la Generalitat que posicionen en su

web estos formularios aquellas páginas que estén vinculadas a las consultas de fondos documentales por parte de ciudadanos.

En el momento de redactar esta comunicación disponemos de un borrador de tríptico que, en forma de preguntas frecuentes, está dirigido a orientar al ciudadano en esta materia. Cuando se disponga de este tríptico la intención es difundirlo entre los archivos, registros generales y oficinas de atención ciudadana de las diversas administraciones públicas.

Se han desarrollado también un par de iniciativas dirigidas en este caso a profesionales de archivos. La primera es *el Acuerdo 1/2011 de la CNAATD por el que se aprueba un modelo de formulario de compromisos de confidencialidad para la consulta con finalidad de investigación de documentación pública de acceso restringido*³.

Esencialmente lo que persigue este acuerdo es realzar la posibilidad que ofrece la legislación vigente para acceder a documentos por parte de investigadores. De hecho tanto la Ley 30/1992 en su artículo 37.1 como la Ley 10/2001 en su artículo 34.1 dan prioridad a la investigación para acceder a los documentos. Se consideró que en muchas ocasiones los archivos no la facilitaban por desconocimiento de cómo materializarla. Así pues la CNAATD presenta un modelo de formulario que puede ser personalizado por cada archivo y en el que destaca que es el investigador el que se hace responsable de cumplir con los compromisos acordados para acceder a una documentación confidencial. Creemos que es un primer paso para intentar hacer posible lo que nuestra legislación ya prevé, a saber, que el principio que prevalece es el acceso a los documentos.

Finalmente el año 2011 se hizo público un compendio sobre el acceso a la información y a la protección de datos (CNAATD, 2011) y en el que se recoge información a nivel de España e internacional sobre la legislación y los organismos que gestionan estas materias. Entre los sistemas internacionales de los que se ofrecen referencias están las de estados como Gran Bretaña, Estados Unidos, Argentina, Nueva Zelanda, Francia, Canadá, Méjico y también la Unión Europea.

Las tablas de selección y acceso documental

Uno de los mayores déficits de la CNAATD hasta este momento es el no haber podido aún presentar a aprobación del consejero de Cultura la primera Orden de Tablas de selección y acceso documental (TAAD). El problema esencial que ha tenido la comisión en este aspecto ha sido cómo intentar estandarizar en lo posible las resoluciones de acceso⁴. Se ha intentado disponer a nivel interno de unos criterios que permitan decidir el régimen de acceso a dictaminar.

Esencialmente la CNAATD entiende que estamos delante de unos 3 supuestos de acceso (exceptuando lógicamente el libre acceso). En este caso la gradación

del nivel de acceso se hace en base a determinar si los documentos de la serie documental que se evalúa contienen de forma mayoritaria u ocasional documentos que contengan datos personales o de la intimidad. A mayor presencia de datos relacionados con la intimidad mayor será la restricción. Estos supuestos vienen acompañados de una fórmula acordada en cada caso sobre el régimen de acceso así como la fundamentación jurídica y la vigencia de la restricción. En el caso de la vigencia de la restricción se ha debido tener en cuenta el plazo de la disposición que se haya resuelto. En este sentido una formulación genérica de la vigencia de la restricción en caso de documentos que puedan afectar a la intimidad de las personas, como podría ser por ejemplo: “acceso a los 25 años desde la muerte de la persona interesada y si se desconoce la fecha de la muerte a los 50 años de la producción del documento”, queda sin valor en aquellos expedientes que son eliminados en plazos inferiores. En este caso las TAAD deberán indicar la restricción de la documentación hasta el momento de su destrucción. También ha debido preverse si la disposición de las TAAD contempla la conservación de muestras de forma que estas han de contemplar la probabilidad de la aplicación de la restricción de acceso a los documentos conservados una vez realizado un muestreo.

Esta tarea de consenso y estandarización ha sido bastante laboriosa y se ha ido conformando a lo largo del tiempo. En este momento es un aspecto que la CNAATD debe establecer o fijar ya que, además de publicar las TAAD, debe estabilizar el nuevo formulario electrónico de *Propuestas de Acceso y valoración documental* que sustituirá al actual. Así mismo estos criterios se recogerán en la nueva metodología de valoración documental que se está preparando y que acompañará al nuevo formulario que prevemos poder aprobar y hacer público durante el primer semestre de 2012.

En cuanto a las TAAD propiamente dichas indicar que estas también cambiarán sensiblemente respecto a las actuales. A continuación se presenta a nivel de ejemplo lo que podría ser una de las nuevas TAAD. Queremos indicar que en el momento que se escribe esta ponencia esta nueva estructuración de las TAAD todavía está siendo objeto de debate interno de la CNAATD al mismo tiempo que deberá ser informada por los servicios jurídicos del Departamento de Cultura, de forma que la versión definitiva que sea aprobada por el Consejero de Cultura puede sufrir algún cambio.

Código: (numérico igual que las actuales TAD; manteniéndose para las ya aprobadas).

Serie documental: Prestación económica a familias en situación de especial vulnerabilidad con parto o adopción múltiple de tres o más hijos

Organismo: Departamento competente en materia de servicios sociales.

Valoración

Disposición: Destrucción total.

Plazo: Aplicación de la disposición a los seis años desde la concesión de la prestación económica.

Acceso

Régimen de acceso: Acceso restringido a los documentos que contienen datos de la intimidad a los que solo puede acceder la persona afectada. En cuanto a los documentos que no incluyen datos de la intimidad pero sí datos personales, pueden acceder además de la persona afectada terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

Vigencia de la restricción: Hasta la destrucción del expediente.

Fundamentación jurídica: Artículos 27.2 de la Ley 26/2010; 37.2 de la Ley 30/1992; 36.1 de la Ley 10/2001.

Tal y como puede observarse, la comisión diferencia claramente las dos grandes funciones que regula: la valoración y el acceso. En la primera se desdobra en dos aspectos: la disposición (es decir si se conservarán o no los documentos) y el plazo en el que se deberá producir esta.

En cuanto al acceso se establece el régimen general de acceso. En el ejemplo que aportamos se puede observar que la comisión en su resolución va detallando el grado de acceso a los documentos contenidos en una serie documental en base a factores legales de restricción (intimidad, protección de datos...). En otras TAAD, por ejemplo, se ha resuelto el libre acceso a documentos contenidos en un expediente y que no se justifique legalmente la restricción. En principio la comisión no establece el régimen de acceso a tipologías concretas de documentos ya que no siempre los expedientes de las administraciones están constituidos de igual forma y además pueden cambiar con el paso del tiempo. Se prefiere indicar las condiciones que hacen que los documentos (o parte de estos) sean restringidos.

La CNAATD parte del principio de que la documentación es accesible de forma que si no se justifica lo contrario el régimen de acceso será libre. Y si en un expediente hay documentos que potencialmente pueden ser accesibles y otros no, no se restringirá el acceso a todo el expediente por defecto sino que se indicará el acceso parcial.

Limitaciones de la CNAATD en materia de acceso

Hasta este punto y de forma sumaria hemos visto que la comisión tiene competencias en materia de acceso y también que puede emitir normativa (TAAD). Pero un aspecto que, en mi opinión, dificulta la acción de la CNAATD es el

carácter no vinculante de sus informes. Como hemos visto anteriormente el artículo 19 de la Ley 10/2001 atribuye a la Comisión las funciones de emitir informes, a petición de terceros, sobre las reclamaciones de las personas y de las entidades públicas y privadas que consideren vulnerado su derecho de acceso a los documentos y sobre las derogaciones singulares de la normativa sobre acceso a los documentos.

En ambos casos el resultado del informe que emita la Comisión no es vinculante para las partes lo que les resta fuerza ejecutiva. Explicamos a continuación un ejemplo que ha sucedido como es el caso de una persona que ha visto denegado el acceso a una documentación archivada en un instituto público que gestiona suelo público. Esta documentación era sobre arrendamientos del padre fallecido de esta persona y la Administración alega como motivo de denegación de acceso la protección de datos personales del arrendador. La persona afectada presenta una reclamación de acceso a la CNAATD y esta, una vez estudiado el caso y habiendo solicitado información a la Administración implicada, resuelve que debe permitirse el acceso debido a que esta persona en tanto que heredera legítima tiene consideración de interesada, al mismo tiempo que se informa que no aplica la legislación de protección de datos en personas fallecidas. El resultado ha sido que el instituto público, debido al carácter no vinculante del informe, siguió denegando el acceso siendo la única vía efectiva de reclamación la presentación delante de los tribunales de un recurso contencioso administrativo.

Este ejemplo y alguna experiencia más ocurrida en estos años me hacen considerar que las competencias de la CNAATD en materia de acceso son insuficientes y poco satisfactorias para el ciudadano. De hecho, el ciudadano en casos similares, a lo sumo habrá obtenido un documento de un órgano público, la CNAATD, que podrá aportar en un proceso judicial y podrá hacer valer como prueba a su favor.

En este punto podemos indicar que la CNAATD, como otras comisiones de acceso de España, se ve condicionada por cómo se contempla el acceso en nuestra legislación. Así, frente a la inexistencia de un marco legal de transparencia o libertad de la información, el acceso se gestiona esencialmente a través de la legislación de procedimiento administrativo. (*Savino*: 18) “Al contrario, las disposiciones de las LPA sobre la transparencia procedimental, aunque son importantes para garantizar las garantías procesales en causas individuales no son adecuadas para el propósito más amplio de reforzar la democracia, ya que hacen que el acceso dependa del hecho de ser parte en un procedimiento administrativo y lo limitan a los documentos que son relevantes para la decisión administrativa específica. Por tanto, mientras que este «nuevo» régimen (la libertad de información) coincide en parte con el «viejo» (la transparencia procedimental), su objetivo es diferente. El propósito no es asegurar que se respeten las garantías procesales en una causa administrativa específica, como en el régimen anterior, sino

más bien el promover la participación pública en el Gobierno y el reforzar el carácter democrático de las instituciones”.

Otro factor que limita la acción de la CNAATD es su propia naturaleza tanto a nivel de funciones como de tipo de órgano administrativo. Así, el legislador, en el momento de la redacción y aprobación de la Ley 10/2001 de Archivos y Documentos, atribuyó a un mismo órgano colegiado dos funciones (acceso y valoración) de una naturaleza técnica y jurídica muy distinta. El argumento en aquel momento fue que la metodología de valoración obligaba a un exhaustivo análisis de las series documentales y que esta labor podía ser reaprovechada para, en un paso más, determinar el régimen de acceso a la documentación.

Seguramente la actuación de un órgano colegiado dedicado únicamente a la valoración de documentos como lo había sido la CNAATD hasta la entrada en vigor de la Ley 10/2001, era del todo viable tanto a nivel técnico (composición de sus vocales con profesionales especializados) como organizativo (técnicamente las personas que la gestionan son especialistas en evaluación). La ampliación de funciones no ha venido acompañada de una dotación de personas técnicas especializadas en acceso a la información. En este punto cuando la CNAATD ha de emitir informes sobre reclamaciones de acceso o informes sobre derogaciones singulares de acceso a documentos restringidos esta tarea, entre otras, recae en la secretaría y con las aportaciones de los vocales especialistas. Estos vocales no son personal del Departamento de Cultura de forma que la efectividad de la CNAATD queda condicionada por la implicación cuasi personal de estas personas.

Este factor de dependencia y la no ejecutividad de las resoluciones de la CNAATD me lleva a la reflexión de que la CNAATD, siendo como es el máximo organismo que debe resolver sobre el acceso a la documentación pública en Cataluña, debería ser un organismo de carácter arbitral con una estructura de profesionales propia y cuyas resoluciones deberían ser acatadas de forma obligatoria por las administraciones públicas que están en su ámbito de competencia. Hay casos que esta fórmula ya se lleva a cabo como en el ámbito del comercio o del turismo. Sería un procedimiento más favorable para el ciudadano que el actual con todas las garantías de procedimiento, más rápida, ágil y económica que la vía judicial; reservándose esta vía para aquellos casos en los que hubiera una grave vulneración del derecho de acceso.

¿Oportunidades o amenazas?

A nivel de previsión de lo que según mi opinión puede pasar en los próximos años en cuanto a la acción de la CNAATD me lleva a pensar en que el modelo actual difícilmente se mantendrá a medio plazo.

Como aspecto positivo creo que la acción de la CNAATD se hará más visible sobre todo gracias al hecho de que en breve plazo serán aprobadas un número considerable de TAAD, que están a punto de ser tramitadas. La aplicación de estas TAAD por parte los profesionales de archivos será un factor potenciador de estas. Aun así, esta puede ser una normativa considerada estrictamente sectorial (archivística) por parte de otros actores de la administración. Esencialmente estoy pensando en aquellos servicios orientados al impulso de la e-administración y de atención al ciudadano.

La tan necesaria y reclamada legislación sobre la transparencia puede llegar a ser confundida en España por un movimiento sobre la reutilización de la información del sector público. Toda la corriente vinculada a *open data* no es esencialmente lo mismo que la transparencia de la actuación de los gobiernos y las administraciones.

En este momento, en el que hay una falta de norma legal de la transparencia de las administraciones, parece que se debería producir un cambio en breve. Como indicador podemos tomar algunos indicios como por ejemplo un proyecto de Ley de transparencia en Navarra; hay constituida una ponencia parlamentaria en Cataluña o el Gobierno del Estado ha declarado estar dispuesto a legislar en esta materia.

El problema estará en ver, en este contexto de crisis económica y de contracción del sector público, cuáles serán los medios que los gobiernos destinarán a esta finalidad y qué decisiones adoptaran en aquellos casos en los que existan organismos con funciones aparentemente muy próximas, como las agencias de protección de datos personales, a la legislación que se desarrollará.

Bibliografía

- CASANOVAS, Núria ; CABRÉ, Salvador; POSTICO, Núria; PONS, Montse. 2009. "Quins han estat els teus referents teòrics i pràctics?. Lligall: revista catalana d'arxivística. N.30, p. 194-205.
- COMISSIÓ NACIONAL D'ACCÉS, AVALUACIÓ I TRIA DOCUMENTAL. 2011. Compendi sobre l'accés a la informació i la protecció de dades. Barcelona: Col. Arxivística i gestió documental núm. 5 Departament de Cultura.
<http://www20.gencat.cat/docs/CulturaDepartament/DGPC/Arxius_i_Gestio_Documental/01_Sistema_Arxius_Catalunya/Organs_administracio/CNAATD/Banners/Compendi_dip_leg.pdf>
- SAVINO; Mario. L'accés a la informació pública a Europa. Informe SIGMA, núm. 46. OCDE. 2011. Barcelona. Oficina Antifrau de Catalunya (versió catalana).

Notas

¹ Formulario reclamación acceso http://www20.gencat.cat/docs/CulturaDepartament/DGPC/Arxius_i_Gestio_Documental/01_Sistema_Arxius_Catalunya/Organs_administracio/CNAATD/01_CNAATD/Baner%20Reclamacio%20Acces/DGPC_K513_Reclamacio_acces_documentacio.doc

² Formulario derogación singular de acceso a documentos restringidos http://www20.gencat.cat/docs/CulturaDepartament/DGPC/Arxius_i_Gestio_Documental/01_Sistema_Arxius_Catalunya/Organs_administracio/CNAATD/01_CNAATD/Baner%20Derogacio%20Acces/DGPC_K512_%20Solicitud%20derogacio_acces_documentacio.doc

³ Texto del Acuerdo 1/2011

http://www20.gencat.cat/docs/CulturaDepartament/DGPC/Arxius_i_Gestio_Documental/01_Sistema_Arxius_Catalunya/Organs_administracio/CNAATD/01_CNAATD/Acord%201_2011_CNAATD.pdf

⁴ En el momento que se redacta esta comunicación la CNAATD no ha acordado de forma definitiva los supuestos de acceso de forma que no los puedo trasladar al texto de la comunicación y por eso se hace una mención genérica.



DataLib

www.datalib.es

Archivos a tu medida

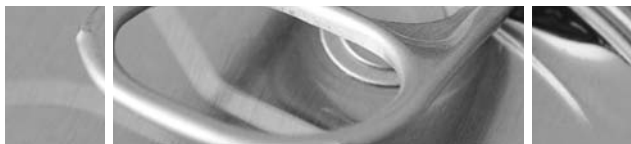
DATALIB APUESTA POR EL SOFTWARE LIBRE CON LA IMPLANTACIÓN DE ICA-ATOM EN ARCHIVOS

- Instalamos tu ICA-Atom en remoto o en servidores propios
- Parametrizamos y desarrollamos nuevos módulos
- Interfaces personalizadas
- Migración de datos y soporte técnico
- Formación

I C A A t o M







FRANCISCO FERNÁNDEZ CUESTA

“Servir y proteger”: la valoración de la accesibilidad en el Archivo General de la Administración

Un nuevo marco jurídico para acceder a los archivos de la Administración General del Estado

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 (BOE nº 284, de 25 de noviembre), que ha entrado en vigor el pasado 1 de enero de 2012, ha venido a establecer, por primera vez, un procedimiento común para acceder a los documentos obrantes en los archivos de la Administración General del Estado y de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ella, con excepción de los archivos de oficina (Capítulo IV, artículos. 23-31).

Aunque en la exposición de motivos se indica que “la presente norma no altera el régimen material de acceso a los documentos contenidos en los archivos de la Administración General del Estado, que sigue determinándose, como no puede ser de otro modo, por las correspondientes normas legales generales y sectoriales de aplicación en cada materia”, lo cierto es que el Real Decreto (en adelante, RD 1708/2011) trata también de conciliar –con mayor o menor éxito– los regímenes establecidos por los artículos 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del

Patrimonio Histórico Español (LPHE) -amén de determinadas precauciones (un tanto excesivas, a nuestro entender) que pretenden evitar conflictos con la normativa de protección de datos de carácter personal¹-, llegando a introducir nuevos requisitos para acceder a los documentos que pudieran tener algún tipo de restricción. De esta forma, los usuarios podrán encontrar más dificultades a la hora de consultar documentos que incorporen alguna marca de reserva o confidencialidad –más allá de las establecidas en la Ley de Secretos Oficiales o su Reglamento, se entiende²; o aquellos que puedan afectar a la seguridad o la intimidad de las personas³. Incluso se abre la posibilidad de restringir cautelarmente, por parte del responsable del archivo, 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 (art. 26.4).

Dejando a un lado estas cuestiones, que requerirían un análisis específico, y centrándonos estrictamente en lo referido a la regulación del procedimiento de acceso, podemos señalar que, en resumen, el RD 1708/2011 establece:

- Los *requisitos de las solicitudes de acceso* (art. 24), que necesitarán venir motivadas. Se advierte, además, que serán inadmitidas aquellas que se consideren abusivas por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo (art. 29.5).
- La *regulación de la tramitación y resolución*. Aunque las solicitudes han de dirigirse al responsable del archivo, no queda claro si corresponderá a este resolverlas. En cualquier caso, se notificarán por escrito al solicitante, con indicación de los recursos que procedan contra las mismas, el órgano administrativo o judicial ante el que deban interponerse y el plazo para hacerlo. En el supuesto de ser estimatorias, especificarán la forma y, en su caso, el plazo en el que se facilitarán al interesado los documentos solicitados o será posible la consulta directa. Por su parte, las resoluciones denegatorias habrán de ser motivadas (art. 29.1).
- El *plazo para resolver y el sentido del silencio* (art. 30): se establece un plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, la solicitud de acceso se entenderá estimada.
- El *régimen de impugnaciones* (art. 32): contra toda resolución podrán interponerse los recursos administrativos y contencioso-administrativos que resulten procedentes de conformidad con la legislación aplicable.

La existencia de un procedimiento reglado aumenta sin duda las garantías de los ciudadanos para el ejercicio del derecho de acceso. En ello inciden también

las facilidades que pretende procurar el Real Decreto, en cuanto a asistencia técnica, sistemas de información y remisión de oficio al archivo pertinente cuando la solicitud se refiera a documentos que no obren en poder del órgano al que se dirige la solicitud.

Hemos de tener en cuenta, por otro lado, que -en muchas ocasiones- el acceso se realizará, como hasta ahora, de una forma más directa, sin necesidad de tramitar un procedimiento administrativo (sobre todo en los archivos históricos). El procedimiento, sin embargo, cobra toda su importancia de cara a solicitudes de acceso previas o no presenciales; y cuando se refieran a documentos que pudieran estar sometidos a alguna de las restricciones contempladas en la legislación: tanto por razones de seguridad y defensa del Estado (art. 27), como por contener datos de carácter personal (art. 28).

Metodología para la valoración de la accesibilidad legal de los documentos: la experiencia del Archivo General de la Administración (AGA)

Para poder llevar a cabo este tipo de procedimientos con todas las garantías tanto para las personas interesadas como para la protección de los intereses públicos y privados que pudieran verse afectados, resulta necesario llevar a cabo un procedimiento de valoración de la accesibilidad legal de los documentos solicitados que permita, entre otras cuestiones, proponer al responsable de resolver la autorización o denegación del acceso a las unidades solicitadas, en base a un conocimiento preciso del contenido de los documentos afectados y las posibles causas de restricción; motivar, en su caso, las resoluciones denegatorias; y poner a disposición de los usuarios la relación de los documentos y series documentales de acceso restringido (art. 26.2 RD 1708/2011).

Desde hace años, el Archivo General de la Administración (AGA) viene desarrollando una metodología en este sentido, especialmente adaptada a un centro con las características y condicionantes como este. No tanto por su impresionante volumen de documentos y consultas⁴, como por la problemática asociada al tratamiento de fondos acumulados, con la que el AGA viene bregando casi desde su apertura, en 1972. Como han definido CASILIMAS y RAMÍREZ (2004: 13):

“Los fondos acumulados son documentos reunidos por una entidad en el transcurso de su vida institucional sin un criterio archivístico determinado de organización y de conservación”.

“Los fondos acumulados son producto de la carencia de política archivística del Estado, del desgreño administrativo y de los cambios constantes de la administración [...]”

Esta acumulación fue consecuencia de los ingresos masivos -una auténtica avalancha- que se produjeron en los primeros años de funcionamiento, a través de transferencias directas que, en sucesivas remesas, llegaban tanto de los muy colapsados departamentos ministeriales, como de las desaparecidas instituciones del franquismo (órganos del movimiento y organización sindical) y de la administración de las antiguas colonias españolas en África; e incluso de órganos judiciales, por el traslado de los juzgados de Madrid a su nueva sede en la Plaza de Castilla (SGAE 1995: 18-24). Al mismo tiempo, comenzaron a recibirse transferencias más o menos regulares “que la mayoría de las veces tampoco respondían a un control archivístico riguroso” (SGAE 1995: 17). Todo ello bajo una extrema precariedad de medios, sobre todo personales.

A pesar de estos condicionantes, el AGA desarrolló una metodología para la valoración de la accesibilidad de los documentos, basada principalmente en la elaboración de “Informes de accesibilidad” a petición de los usuarios (SGAE 1995: 28), referidos a un máximo de 10 unidades de instalación por petición. El resultado de estos informes permitía, por un lado, dar a conocer a los usuarios las posibilidades de acceder a los documentos de determinadas unidades de instalación cuyo contenido, en muchos casos -y debido a un deficiente tratamiento en fases anteriores-, prácticamente se desconocía⁵, con indicación de la normativa aplicada en caso de restricción y los plazos de la misma. Por otro lado, permitía garantizar la protección de los documentos de consulta restringida, mediante la señalización de las unidades de instalación que contuvieran dichos documentos (y evitar, en su caso, su salida del depósito, si las restricciones afectaban al conjunto de los mismos) o la ocultación de las propias unidades documentales restringidas, mediante su inserción en carpetas o sobres sellados, para permitir la consulta del resto de documentos de una unidad de instalación. Además, con los datos del informe se fue conformando una base de datos a disposición de los usuarios y, especialmente, del responsable de la sala de consulta, que podía consultarla en caso de duda, antes de validar una petición.

Esta metodología, no obstante, -y, de acuerdo con los criterios establecidos en el estudio sobre *Metodología para la identificación y valoración de fondos documentales* editado por el Ministerio de Cultura (LA TORRE y MARTÍN-PALOMINO 2000: 50-54)- contemplaba también una primera fase consistente en analizar las condiciones generales de acceso a las unidades de una determinada serie documental. Este análisis sería resultado del proceso de identificación de series documentales -“el momento en el que las series son sometidas a una mayor investigación por parte del archivero” (ibíd.: 52)-, y permitiría adquirir un conocimiento general sobre las unidades que componen la misma y su contenido informativo. Con ello, podríamos conocer de antemano las posibles restricciones al acceso que pudieran afectar a una determinada serie, y consignar estas circunstancias en los instrumentos de descripción -elemento “Condiciones de acceso” de ISAD (G)-.

Si bien consideramos absolutamente necesaria esta primera fase –y que debería realizarse con anterioridad al ingreso de los documentos en un archivo intermedio como el AGA⁶–, creemos que, en cualquier caso, resultaba –y resulta hoy en día– insuficiente, ya que aunque conociéramos “globalmente el contenido de los documentos que componen la serie documental, [...] a la hora de ejercitar el derecho de acceso sobre uno de ellos un ciudadano, nos obliga a su examen puntual” (LA TORRE y MARTÍN-PALOMINO 2000: 52) que permita establecer unas condiciones de acceso específicas para cada unidad documental⁷ y –dadas las previsiones normativas⁸– para cada usuario. Como señalan LA TORRE y MARTÍN-PALOMINO (2000: 53-54):

“La valoración es una tarea lenta y que no ofrece resultados de manera inmediata, por lo que en estos archivos de grandes dimensiones las consultas que se realizan diariamente no pueden resolverse con los estudios de valoración existentes. Esto obliga a un estudio individualizado de cada unidad de instalación solicitada por el investigador.”

El mencionado procedimiento de “Informe de accesibilidad” establecido al efecto en el AGA, estaba limitado a un máximo de 10 unidades de instalación, siendo la unidad de análisis, en la medida de lo posible, el expediente o unidad documental compuesta (LA TORRE y MARTÍN-PALOMINO 2000: 53):

“La experiencia nos ha llevado a determinar el expediente como unidad indisoluble de acceso. Cuando establezcamos restricciones a un documento en concreto, lo estaremos haciendo al expediente en su conjunto. La extracción de un documento de un expediente conduce irremediamente a su pérdida, sobre todo si estamos hablando de la sala de consulta de un archivo general en la que se pueden llegar a consultar más veinte mil expedientes en una sola jornada.”

Hacia un nuevo modelo

Esta metodología que brevemente acabamos de describir carecía de determinadas garantías esenciales: en primer lugar, no establecía un plazo para su ejecución, que podía demorarse bastante en función del número de solicitudes y del volumen de unidades afectadas. Además, los resultados del mismo no podían ser –en principio– objeto de impugnación. Por último, no motivaba de forma expresa la exclusión de una determinada unidad, limitándose a señalar la normativa legal en virtud de la cual se había restringido su consulta.

Las dos primeras cuestiones han venido a resolverse con la entrada en vigor del mencionado RD 1708/2011. En previsión de la tercera, a lo largo del año 2010 se procedió a un rediseño de los “informes de accesibilidad”, que en el marco del nuevo procedimiento podrían servir de propuestas de resolución. El nuevo

modelo aporta más información y, lo que es más, la motivación de la decisión que se propone. Se estructura en los siguientes elementos:

- *Datos del informe.* Constan de número de referencia, fecha de elaboración, responsable.
- *Unidades objeto de informe.* A pesar de los grandes esfuerzos llevados a cabo en el AGA para asegurar el control físico e intelectual de sus documentos⁹, el nivel de detalle de las descripciones puede llegar a ser muy exiguo, por lo que, generalmente, por unidades objeto de informe nos referiremos a unidades de instalación –que son también el tipo de unidades que se sirven directamente en la sala de consulta-, si bien la unidad de análisis será, en la medida de lo posible, la unidad documental compuesta.
- *Breve identificación de su contenido.* En este apartado se consigna una relación de las unidades físicas (carpetas, subcarpetas, cuando se trata de agrupaciones ordenadas sin un criterio archivístico) y/o, preferentemente lógicas (expedientes), con expresión de su contenido y fechas.
- *Normativa aplicable.* Se transcriben, en extracto, los artículos de las normas aplicables en cada caso y a las que hará referencia en el apartado siguiente.
- *Consideraciones sobre accesibilidad.* Motivación de la decisión que se propone en el apartado siguiente, atendiendo a la naturaleza y contenido de los documentos y la normativa aplicable.
- *Condiciones de acceso.* Contiene la propuesta de decisión sobre la accesibilidad de los documentos objeto de informe –incluyendo, cuando resulte necesario, consideraciones sobre la posibilidad de reproducción de los mismos (con lo que se facilita el cumplimiento de lo establecido en el art. 31 RD 1708/2011)– y adjunta, en su caso, una tabla resumen por unidad de instalación. Esta tabla resumen no es sino el antiguo modelo de informe, elaborado a partir de los datos que –también con este nuevo método– se consignan en base de datos con la que, además, se puede dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 26.2 RD 1708/2011 (poner a disposición de los usuarios la relación de los documentos y series documentales de acceso restringido).

En relación con esta última cuestión, hemos de señalar también que se ha procedido a una despersonalización de los informes, es decir, los informes no recogen el nombre de la persona interesada en acceder a los documentos. El principal objetivo de este cambio fue permitir la reutilización de los informes, preservando

el derecho a la protección de datos de los solicitantes. Gracias a ello, los informes de accesibilidad pueden usarse y difundirse libremente, como manifestación transparente de los procesos técnicos archivísticos. Una de las consecuencias más obvias era que cuando un usuario consultara una unidad de instalación que contara con algún expediente físicamente “cerrado”, podía solicitar el informe que dictaminó su cierre y conocer los fundamentos de dicha decisión (así como el contenido de los documentos excluidos de consulta pública), sin necesidad de ver quién solicitó por primera vez el informe. El nuevo modelo permitiría publicar –por ejemplo, a través del sitio web del entonces Ministerio de Cultura– los informes, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 37.10 LPAC, según el cual “serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del Derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración”.

Por último, para facilitar el servicio de unidades de instalación en las consultas presenciales, independientemente de la accesibilidad de los expedientes contenidos en las mismas y sin menoscabo de la transparencia del proceso, se realizan –al igual que se venía haciendo– las siguientes acciones:

- *Señalización de las cajas* que contienen unidades de acceso restringido, mediante sellos de color rojo (junto a la cartela), con indicación del año o años a partir del cual son de libre consulta; si todas las unidades documentales de una misma caja son de acceso restringido se ponen dos sellos, que advierten a la persona encargada de que no ha de servirse dicha unidad.
- *Ubicación en sobres cerrados de las unidades de acceso restringido*; en dichos sobres, elaborados específicamente para esta función, se indican externamente los datos de identificación de la serie a la que pertenecen los documentos, una relación somera de su contenido, la causa de su “cierre” y la referencia del informe que motivó dicho cierre.

A pesar del poco tiempo que lleva aplicándose la nueva metodología, surgen ciertas incertidumbres con respecto a su aplicación en los procedimientos regulados por el RD 1708/2011. En primer lugar, consideramos que, en determinadas ocasiones, el límite de diez unidades de instalación por solicitud que tradicionalmente venía aplicándose puede mostrarse excesivo de cara a resolver el procedimiento en los plazos establecidos en la normativa. Convendría, por ello, hacer hincapié en la necesidad de asistir a los usuarios (art. 23.3 RD 1708/2011) e informarles con carácter previo, para prevenir que sus solicitudes sean rechazadas por abusivas (art. 29.5) o que tenga que ampliarse un mes más el plazo para resolver (art. 30.2).

Por último, creemos que, si bien es positivo que la progresiva tramitación de procedimientos vaya generando un corpus de informes de accesibilidad que permita ir asentando unos criterios sobre la aplicación de la normativa vigente en materia de acceso en el AGA, sería necesario que las normas definieran de forma más detallada el papel a este respecto de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos¹⁰. A través de sus dictámenes e informes se podría ir generando una doctrina que, junto con la jurisprudencia, fuera configurando unos criterios generales compartidos, al menos, en todos los archivos de la Administración General del Estado.

Es posible que la futura ley de transparencia y acceso a la información pública altere el régimen y el procedimiento establecidos en el RD 1708/2011. En cualquier caso, creemos que la metodología expuesta permitirá abordar con éxito las nuevas exigencias que puedan plantearse y el AGA continuará, a pesar de su problemática, ofreciendo un servicio de calidad para sus usuarios, sin menoscabo de la protección de otros intereses y valores.

Bibliografía

- CASILIMAS ROJAS, Clara Inés, RAMÍREZ MORENO, Juan Carlos. 2004. *Fondos Acumulados: Manual de Organización* [en línea]. Bogotá: Archivo General de la Nación de Colombia. [Consulta: 15 de enero de 2012] Disponible en: <http://www.archivogeneral.gov.co/index.php?idcategoria=2330>
- ENSEÑAT CALDERÓN, Luis, GARCÍA MANZANERO, Fernando y VILLANUEVA TOLEDO, María José. 2004. “La descripción de grandes volúmenes documentales: metodología y resultados en el Archivo General de la Administración”, en XV Jornadas de Archivos Municipales [Móstoles, 27-28 de mayo de 2004]. *La descripción multinivel en los archivos municipales, la norma ISAD (G)* [en línea]. [Madrid]: Consejería de Cultura y Deporte de la Comunidad de Madrid; Ayuntamiento de Móstoles. [Consulta: 15 de enero de 2012]. Disponible en: http://www.mostoles.es/mostoles/cm/ayto-mostoles/imagenes?locale=es_ES&textOnly=false&idMmedia=182046
- LA TORRE MERINO, José Luis y MARTÍN-PALOMINO Y BENITO, Mercedes. 2000. *Metodología para la identificación y valoración de fondos documentales*. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Escuela Iberoamericana de Archivos: Experiencias y materiales.
- PIRIS PEÑA, María Teresa, Díez LLAMAZARES, Javier, CONTRERAS GÓMEZ, Beatriz. 2008. “La información de la información: perspectiva histórica y situación actual de los instrumentos de control descriptivos”. *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. N.º. 11, p. 251-270.
- SGAE [Subdirección General de los Archivos Estatales]. 1995. *Archivo General de la Administración. 1969-1994*. Madrid: Ministerio de Cultura.

Notas

¹ La norma remite de una forma un tanto indiscriminada a la normativa de protección de datos, cuando dicha normativa no afecta –ni mucho menos– a todos los documentos que contengan datos referidos a personas físicas. Así, llega a confundirse el derecho de acceso a los datos personales con el acceso a los documentos que contengan datos referidos exclusivamente al propio solicitante (art. 28.1). O se equiparan los documentos que contengan datos considerados especialmente protegidos “en los términos de la normativa de protección de datos personales”, con aquellos que puedan afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas (art. 28.2, primer párrafo), cuando no en todos los casos son equiparables. Incluso se incluye una remisión a la protección de datos (art. 28.2, tercer párrafo) en un supuesto que podría referirse a personas fallecidas y, por tanto, no entrar en el ámbito de protección de la LOPD.

² En estos casos, la decisión escapa de la responsabilidad del archivo y pasa a manos de su superior jerárquico o del órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad, para que decidan sobre la concesión de autorización de la consulta (art. 27.2).

³ El Real Decreto introduce unos criterios excesivamente cautelosos en su interpretación de los plazos establecidos en el artículo 57.1.c LPHE. Así, para poder beneficiarse del plazo de veinticinco años desde el fallecimiento de los afectados, el interesado deberá acreditar esta circunstancia –si este dato no constara– aportando para ello certificación del Registro Civil. Algo que, como ha señalado Josep Matas (2011), “no será fácil de conseguir”. Del mismo modo, el plazo de los cincuenta años a partir de la fecha de los documentos no es “automático” –a pesar de que existe jurisprudencia en ese sentido–: sólo se aplicará cuando no sea posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento; y 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” (art. 28.2 LPHE).

⁴ Aunque señala que “en todos los archivos existirá un modelo normalizado de solicitud a disposición de los interesados, que igualmente estará disponible en la sede electrónica del correspondiente Departamento o entidad de Derecho Público”, se echa de menos un modelo básico como anexo del Decreto.

⁵ El art. 24.5 señala que las entidades públicas incluidas en el ámbito de aplicación de este Real Decreto informarán del órgano competente para resolver las solicitudes de acceso, y en ausencia de previsión expresa, se entenderá competente aquel del que dependa orgánicamente el archivo que custodia los documentos cuya consulta se solicita. ¿Se refiere únicamente a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la AGE, o a todos los archivos del Sistema, excluyendo los de oficina?

⁶ Que podrá ampliarse por otro mes cuando el volumen de lo solicitado, su emplazamiento o las dificultades para su reproducción así lo justifiquen, informando de esta circunstancia al solicitante (art. 30.2).

⁷ Se promueve la asistencia técnica por parte del archivo, que tendrá en cuenta las necesidades especiales de determinados colectivos (art. 23.3).

⁸ Se pondrán a disposición de los usuarios todos los instrumentos de referencia y descripción posibles (art. 24.4), incluyendo la relación de los documentos y series documentales de acceso restringido –salvo aquellos que en atención a los intereses protegidos no deban ser objeto de publicidad– (art. 26.2). Se garantiza, además, el uso de las lenguas cooficiales del Estado en los sistemas de información archivística (art. 23.4).

⁹ Véase al respecto: CIDA [Centro de Información Documental de Archivos]. 2011. *Estadística de archivos 2010* [en línea]. Madrid, Subdirección General de los Archivos Estatales. [Consulta: 15 de enero de 2012]. Disponible en:

http://www.mcu.es/archivos/docs/Novidades/Estadistica_Anuar_Archivos_Estatales_2010.pdf

¹⁰ En ocasiones, apenas una referencia al órgano productor de los mismos.

¹¹ Donde resulta difícil de llevar a cabo dada la escasez de medios en proporción con el volumen de documentos gestionados, lo que ha conducido a que encamine sus procedimientos de identificación y valoración, hasta el momento, a la eliminación de las fracciones de serie que carecen de valor permanente. El nuevo RD 1708/2011 atribuye esta función de valoración de la accesibilidad a los archivos centrales, a través de los calendarios de conservación (calendarios de conservación y acceso). Así, según su art. 10.2, “[l]os 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”.

¹² LA TORRE Y MARTÍN PALOMINO ponen como ejemplo las series de expedientes personales (2000: 54): “A pesar de que conozcamos los plazos de accesibilidad de la serie [...] cada expediente llevará una fecha de acceso diferente, lo que nos obliga al tratamiento individualizado de las piezas, determinando su fecha de acceso a partir de la última fecha del expediente”. Otro caso bastante común lo constituyen las series de correspondencia, especialmente las creadas por los titulares de órganos administrativos, cuyo contenido puede ser imprevisible y, por tanto, requerir un análisis más pormenorizado.

¹³ Respecto de las motivaciones que pueden exponer los usuarios, y “que se tendrán en cuenta en la tramitación y resolución de la solicitud” (art. 24.3 RD 1708/2011); y su posibilidad de acreditar el consentimiento expreso y por escrito de los afectados o el certificado de defunción de los mismos (art. 28.2 RD 1708/2011), así como su interés legítimo en el acceso (art. 28.3 RD 1708/2011).

¹⁴ Véanse al respecto las obras de ENSEÑAT et. al. (2004) y PIRIS et. al. (2008), referenciadas en la bibliografía.

¹⁵ En este sentido, el RD 1708/2011 recoge, entre las funciones del AGA, la de “[a]plicar, en su caso, las resoluciones adoptadas por la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos relativas [...] al acceso [...] de agrupaciones documentales.



Tecnología aplicada al Archivo

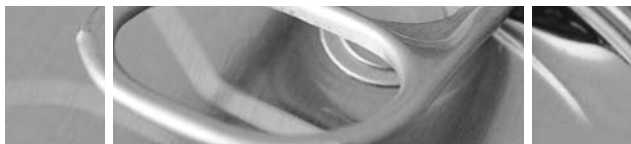
Los armarios compactos **E-LOGIC** se desplazan de forma automática. Cada armario dispone en su parte frontal de un panel táctil que permite activar su movimiento y gestionar todas las funciones que posibilita el equipo electrónico. Funciones como autorizar o denegar el acceso a zonas concretas del archivo, programar aperturas y cierres de forma automática, modificar la velocidad de avance de los armarios.



EYPAR

900 507 203
eypar@eypar.es • www.eypar.es





INÉS IRURITA HERNÁNDEZ

Los archivos personales y familiares en el Archivo General de la Universidad de Navarra: el difícil equilibrio entre el libre acceso y la restricción de uso

Desde la promulgación de la *Ley 16/1985 de 25 de junio* de Patrimonio Histórico Español, hasta 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, han aparecido leyes, decretos, reglamentos... que afectan al acceso a la información que contienen los documentos de archivo.

Precisamente, en el artículo 53.c de la *Ley 16/1985* de Patrimonio Histórico Español, se plantea por primera vez el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución Española, en los siguientes términos: “los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos”.

El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos, queda recogido en la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre* de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 37. La propia ley establece cautelas y restricciones de acceso en los casos ya conocidos, pero añade: “No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada correctamente la intimidad de las personas”.

En estos artículos se basa la actuación profesional de los archiveros, que debe respetar la legislación y al mismo tiempo, facilitar el acceso a los documentos, tal y como se indica en el *Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre*, artículo 23.3: “el responsable del archivo ofrecerá la asistencia que sea necesaria para facilitar el ejercicio del derecho de acceso, teniendo en cuenta las necesidades especiales de algunos colectivos”. En el 24.4: “con el fin de facilitar la identificación de los documentos solicitados, el responsable del archivo pondrá a disposición del público los instrumentos de referencia y descripción de los fondos documentales que lo integran, con excepción de los que en aplicación de las limitaciones legalmente previstas no deban constar”.

Por lo tanto, la legislación actual no solo establece los derechos de los ciudadanos para acceder a los documentos conservados en los archivos y estar protegidos ante intromisiones ilegales, sino que recoge además las obligaciones que tienen al respecto los archiveros. Este es un aspecto muy importante y al mismo tiempo una dificultad añadida, ya que los archiveros tendrán que conocer la legislación que protege y ampara no solo a los productores de los documentos, sino también a todas las personas que aparecen citadas en ellos y por lo tanto tendrán que hacer un estudio riguroso del acceso a los datos que contienen. Ante esta situación y siguiendo la legislación vigente, se debería establecer como principio el libre acceso a los documentos de archivo, determinando cuando sea necesario unas causas de reserva o restricción, enunciadas también en las diferentes disposiciones legislativas. Al margen de lo ya citado en párrafos anteriores, el artículo 26 del *Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre* sobre el acceso restringido recoge: “en particular, serán de acceso restringido los documentos clasificados según lo dispuesto en la normativa sobre secretos oficiales, los documentos que contengan información cuya difusión pudiera entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado [...] y aquellos que contengan datos personales a los que se refiere el artículo 28 [...]. El responsable del archivo, siempre que sea posible, tendrá a disposición del público la relación de los documentos y series documentales de acceso restringido, con exclusión de aquellos que en atención a los intereses protegidos no deban ser objeto de publicidad. El acceso a documentos excluidos de pública consulta será restringido y quedará condicionado, con las excepciones y especialidades previstas en la Ley, a la obtención de autorización previa”. Se siguen indicando, por tanto las responsabilidades de los archiveros ante los usuarios.

La *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre*, de Protección de Datos de Carácter Personal, “tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar” y, a lo largo de su articulado, recoge las restricciones que se deben tener en cuenta a la hora de plantearse el acceso a los documentos que contengan datos personales.

No hay que olvidar otro derecho fundamental de los ciudadanos, recogido en el *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril*, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en el que se determinan límites por protección de derechos de propiedad intelectual. Si bien, en el artículo 37 establece: “Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas 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”. En este caso concreto, y siempre con fines docentes o de investigación, y como medida preventiva de conservación, se podrán reproducir documentos de archivo sujetos a derechos de autor.

Una vez revisado el marco legal, es importante destacar que el principal caballo de batalla con el que se encuentran los archiveros no es la propia legislación, sino el estado de los fondos y documentos con los que trabajan. No se puede plantear acceder a la documentación si no está clasificada y no resulta viable hacerlo sin contar con el personal necesario. Se trata en este caso de dificultades económicas y sobre todo de escasez de personal en los archivos, más que de las restricciones ya mencionadas. El principal motivo por el que las solicitudes de consulta de documentos en un archivo no son atendidas convenientemente es porque no se dispone del personal, del presupuesto, de los recursos y del tiempo para poder satisfacerlas. Sobre todo en lo que se refiere a la documentación histórica, la solución ha sido con frecuencia excluirla de acceso, esperando tiempos mejores en los que se dispusiese de los recursos necesarios para poder clasificarla y ponerla así a disposición de los usuarios. En este sentido, ha influido también el exceso de celo de muchos archiveros en su papel de custodios de los documentos. Afortunadamente la situación ha ido cambiando, también en los archivos con documentación histórica, por la visión del usuario como cliente potencial, destinatario final del trabajo que se realiza cada día. Este celo profesional ha provocado, en muchas ocasiones, un conflicto de intereses entre archiveros e investigadores que desean acceder a estos datos, por otra parte muy necesarios para su trabajo, independientemente de estos otros aspectos.

Dentro del propio colectivo profesional de los archiveros se ha ido tomando conciencia de la necesidad de colaborar con los investigadores en una simbiosis

muy productiva para ambos grupos profesionales. Para los investigadores supone el acceso a una documentación inédita de difícil acceso y para los archiveros se abren unas perspectivas extraordinarias de trabajo profesional, en el estudio y en la búsqueda de procesos normalizadores.

Por lo tanto, la existencia de una normativa que regule el acceso a los documentos y las dificultades ya mencionadas, aunque a priori pueden complicar el trabajo de los archiveros, han de servir para que se sistematicen todos los procesos y procedimientos, desde la incorporación de los documentos a los distintos archivos, su tratamiento, ordenación, clasificación, etc., hasta su difusión. Esta sistematización, sobre todo del acceso a los documentos, facilitará enormemente el trabajo y simplificará la gestión de todos los fondos.

El Archivo General de la Universidad de Navarra

La aportación que se ofrece en esta comunicación científica, a las cuestiones que ya se han planteado, es la búsqueda de la solución intermedia entre el libre acceso a los documentos y las restricciones de uso que pueden –y en determinados casos deben– existir. En un esfuerzo por adaptar la normativa vigente, las dificultades planteadas y las necesidades de acceso de los usuarios e investigadores a la documentación, se va a exponer el caso concreto del Archivo General de la Universidad de Navarra donde se custodian fondos personales y familiares donados a la propia Universidad. Estos fondos documentales contienen información reciente, susceptible de afectar al honor, a la intimidad, a la propia imagen de las personas y sujeta en muchos casos a la Ley de Propiedad Intelectual.

Desde 1987, la Universidad de Navarra recibe, en donación, archivos personales y familiares de propietarios que, conscientes de su responsabilidad al poseer documentación histórica, desean ponerla a disposición de la investigación.

Una de las funciones primordiales de las universidades es promover la investigación científica en los distintos campos del saber, en beneficio de la labor docente y como forma de aportar conocimiento a la sociedad y de favorecer la innovación y el desarrollo. En ese marco, la Universidad de Navarra ha establecido entre sus objetivos prioritarios el impulso de la investigación de las Humanidades y las Ciencias Sociales y, consciente del valor que los archivos personales y familiares tienen para la misma, ha apostado decididamente por potenciar el desarrollo de los fondos personales y familiares de su Archivo General.

La mayoría de los archivos donados pertenecen a personajes de la vida pública española: políticos de todas las tendencias, ministros y directores generales, empresarios de diferentes sectores, profesores de universidades, científicos, escritores, arquitectos, periodistas, abogados, embajadores y diplomáticos, obispos, miembros de asociaciones de ámbito nacional o internacional, intelectuales,

militares, gobernadores civiles, editores... y un largo etc. También hay un considerable número de archivos de familias de la nobleza española¹.

Por su propia naturaleza, los archivos personales se consideran dentro del ámbito de lo privado, en cuanto a su titularidad, no tanto en cuanto a su contenido, ya que por su misma definición al formarse por la acumulación de documentos recogidos por una persona a lo largo de su vida –fundamentalmente de su trayectoria profesional– resulta difícil en muchas ocasiones distinguir el origen y la función de la documentación que conserva. Estas situaciones complican también el tratamiento que vaya a recibir la documentación, sobre todo de cara a una valoración sobre el acceso y difusión de estos documentos.

Con el fin de dar solución a estas situaciones, desde el Archivo se ha desarrollado un sistema de ingreso de los fondos donados, una normativa de acceso y un documento de compromisos con los investigadores que busca el equilibrio entre el derecho de los investigadores a acceder y los derechos de los donantes antes aludidos.

La sistematización antes aludida, que facilitará la gestión de los fondos y su posterior acceso, comienza desde el momento del ingreso de la documentación en el Archivo. En todos los casos se procura la realización de convenios de donación por escrito. Una vez estudiada la legislación vigente se ha elaborado un documento único, aprobado por la Asesoría Jurídica de la Universidad y que se continúa utilizando en la actualidad con resultados satisfactorios². En este documento, formalizado entre la Universidad y el legítimo propietario del archivo, se recoge la voluntad expresa del donante, el objetivo de la donación y los compromisos que asume la propia Universidad. Estas son algunas de sus cláusulas más relevantes:

- En el marco de los fines culturales y de investigación y por lo tanto de divulgación y difusión que son propios de la investigación científica y técnica, esta donación incluye expresamente la cesión en exclusiva e indefinida, o por el máximo tiempo permitido por la ley, de todos los derechos de propiedad intelectual de todas las obras que forman parte del archivo donado incluyendo la utilización fragmentaria de las mismas, para cualquier modalidad de explotación, comunicación pública, distribución así como soporte, formato y medio, incluidos los audiovisuales, los informáticos, los multimedia, los telemáticos, etc.
- La donación de este archivo supone el traspaso de la titularidad del mismo a la Universidad de Navarra que pasará a ser la propietaria y asumirá los siguientes compromisos:
 - Poner el archivo a disposición de los investigadores y del público en general, para su divulgación, de la forma que los responsables técnicos de la Universidad de Navarra consideren más oportuna.

- Establecer los criterios de tratamiento específico y de evaluación y selección más adecuados con el fin de garantizar la mejor gestión y preservación de todo el archivo.
- Proceder a la organización y a la elaboración de instrumentos de descripción del archivo para facilitar su consulta y difusión.
- Fomentar la cita correcta de este fondo.

El documento completo se puede consultar en la página web del Archivo dentro del Curso de Verano de las universidades navarras 2010³.

Con este procedimiento se consigue tener la seguridad de la titularidad del fondo, manifestar la intención de que el archivo sea donado para la investigación y asegurar los derechos de uso de los documentos que forman el fondo, lo que permitirá facilitar a los investigadores la obtención de copias con las salvedades que exige la ley: “cuando los documentos no sean de libre consulta [...] y cuando la reproducción suponga vulneración de los derechos de propiedad intelectual” (*Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre; artículo 31*).

Al mismo tiempo, en los compromisos asumidos por la Universidad, se respetan las indicaciones legales ya comentadas y que suponen una responsabilidad para los archiveros: establecer los criterios de tratamiento específico, de valoración y selección de los documentos, clasificar los fondos para ponerlos a disposición de los investigadores y disponer la manera más adecuada de hacerlo (siempre dentro de los márgenes establecidos por la legislación), elaborar los instrumentos de descripción del fondo para facilitar su consulta y fomentar su cita de la forma correcta, es decir, salvaguardando los derechos de autor en los fondos en los que sea necesario.

En la Instrucción de Gobierno del Archivo General de la Universidad de Navarra, Sección 4^a, artículo 53 se especifica: “El acceso a los fondos externos depositados en el Archivo Histórico será competencia de las comisiones especiales creadas en cada caso y estará siempre sujeta a los derechos de las personas y a la voluntad de los donantes”⁴.

Siguiendo el procedimiento de trabajo del Archivo General de la Universidad de Navarra, una vez recibido el fondo y terminada su clasificación⁵, se elabora un informe de acceso en el que se recogen las posibles restricciones de acceso de determinadas series o documentos, que quedan excluidos de consulta. Estas series o documentos seleccionados se describen en cualquier caso en los instrumentos de descripción y se indica en ellos la causa de su exclusión. Excepcionalmente puede permitirse la consulta de los documentos de acceso restringido, previa solicitud de autorización y siempre con una exposición razonada de los motivos. El Archivo valora la solicitud y puede o no autorizarla, en el caso de que la documentación contenga datos de relevancia para la investigación del usuario⁶.

Para facilitar el acceso a los fondos, se ha sistematizado también el procedimiento de solicitud y consulta de los documentos. El proceso previo a la consulta se puede realizar desde la propia página web del Archivo: consulta de los datos de localización, horarios, condiciones de acceso, servicios que se proporcionan y fundamentalmente la consulta de la relación actualizada de los fondos personales que son de libre acceso. Una vez seleccionado el fondo de interés, se realiza la solicitud y se indican las fechas en las que se quiere realizar la consulta. Todo el procedimiento se realiza online⁷: selección del fondo, del día de consulta, petición de las cajas y el horario. En la misma página se facilita la información sobre la consulta en sala de la documentación, el acceso a todos los formularios necesarios, incluidas la solicitud de reproducciones y la expedición de certificados.

En todos los casos y previo a la consulta, el investigador debe aceptar y firmar unas Instrucciones y condiciones generales sobre la consulta de los Fondos Personales del Archivo General de la Universidad de Navarra, que el Archivo ha elaborado con la colaboración de la Asesoría Jurídica y de un consultor externo⁸ (ver Anexo 1).

En este documento, el investigador se compromete a respetar la integridad de los fondos, a corroborar que los fines de su consulta son exclusivamente los declarados en su solicitud y a aceptar las condiciones de acceso, uso, reproducción y difusión establecidas por el Archivo, con el objetivo de salvaguardar en todo momento el derecho al honor y a la intimidad de las personas cuyos datos puedan estar presentes en los documentos que consulte. Al final del documento, para un mejor conocimiento sobre la normativa que protege estos derechos, se ofrece al investigador un resumen de los aspectos principales a considerar en el caso de investigación histórica.

La puesta en marcha de la sistematización en los procesos de trabajo, sobre todo en el acceso a los documentos, ha tenido como consecuencia el aumento de los fondos personales ya clasificados y puestos a disposición de los investigadores. El respeto de la legislación vigente, el trabajo de clasificación de los fondos y el deseo de facilitar un mayor acceso a los documentos para su consulta y difusión han permitido realizar estudios de acceso más flexibles, menos excluyentes y adaptados al contenido de cada fondo y a las necesidades de los usuarios. El aumento del número de fondos de libre acceso en su totalidad o en su mayor parte, y su consiguiente difusión, han contribuido al incremento de los investigadores que han consultado los fondos personales y familiares del Archivo General de la Universidad de Navarra en los últimos años, pasando de 12 en 2006 a 119 en 2010, así como del número de consultas realizadas, que han pasado de 85 a 1421 en el mismo período. No parece, por tanto, descabellado afirmar que la búsqueda del equilibrio entre el libre acceso a los documentos, con las dificultades que se han planteado -fundamentalmente económicas- y la protección de los derechos de las personas y de los datos de carácter personal, puede dejar de ser un objetivo inalcanzable.

ANEXO 1

Instrucciones y condiciones generales sobre la consulta de los Fondos Personales del Archivo General de la Universidad de Navarra

Primera.- La consulta de los fondos comporta la obligación de mantener escrupulosamente su integridad, por lo que queda prohibida la sustracción, alteración de orden o destrucción de cualquiera de los documentos que lo componen.

Segunda.- Podrá solicitarse reproducción de aquellos documentos que el investigador/a considere de su interés. Las reproducciones las realizará exclusivamente el personal del Archivo. No está permitida la realización de ningún tipo de copia por parte del investigador (fotografías, escaneados, digitalizaciones, etc.). Cada investigador/a sufragará las reproducciones que solicite.

Tercera.- Como criterio general no se reproducirán documentos cuyo contenido atente contra derechos de terceras personas protegidos por la Ley. A petición motivada del investigador se analizará la posibilidad de efectuar reproducciones parciales.

Cuarta.- El/la investigador/a se compromete a no utilizar la información a la que accederá para fines no permitidos por la Ley. Especialmente se compromete a respetar el derecho al honor y a la intimidad de las personas cuyos datos puedan estar presentes en los documentos que consulte, siendo esta consulta exclusivamente para los fines declarados en su solicitud.

Quinta.- El/la investigador/a cumplirá la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la medida que sea aplicable.

Sexta.- Si el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el solicitante implicasen una reclamación de terceros contra la Universidad de Navarra, el/la investigador/a se compromete a asumir personalmente la responsabilidad y a eximir de ella a la Universidad de Navarra.

Séptima.- El/la investigador/a comunicará al personal del Archivo la existencia de cualquier documento al que se tenga acceso que pueda contener cualquier tipo de información cuya divulgación pudiera comportar una intromisión en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, así como de la existencia de cartas, memorias u otros escritos que pudieran ser considerados como personales y

de carácter íntimo. No comunicará a terceras personas, ni divulgará por cualquier medio, directa o indirectamente, dicha información sin que medie anterior y expreso consentimiento de los afectados, solicitado a través del Archivo General de la Universidad de Navarra. Para un mejor conocimiento sobre la normativa que protege estos derechos le ofrecemos un resumen de los aspectos principales a considerar en el caso de investigación histórica⁹.

Octava.- La publicación o difusión de reproducciones, en cualquier tipo de formato y/o soporte, exige la autorización expresa del Archivo General de la Universidad de Navarra.

Bibliografía

- AGUADO GONZÁLEZ, Francisco Javier, IRURITA HERNÁNDEZ, Inés. 2011. *Archives and University. The role of personal records in the recent historical research*. *Atlantia*, Vol. 19, N. 1-2. p. 255-263.
- BOADAS, Joan, CASELLAS, Lluís-Esteve, SUQUET, M. Àngels. 2001. *Manual para la gestión de fondos y colecciones fotográficas*. Girona: CCG ediciones.
- CAGIGAS OCEJO, Yolanda. 2008. "El Archivo General de la Universidad de Navarra". *Boletín de ANABAD*. N° 1, p. 199-207.
- CERDÁ DÍAZ, Julio. 2002. Normas y reglamentos para archivos municipales. En *Boletín de AABADOM*. N° 13. p. 7-14.
- Council of Europe Convention on Access to Official Documents. Tromsø, 18.VI.2009.
- Council of Europe. Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives.
- ESLAVA OCHOA, Esther. 2008. "Clasificación del archivo personal de Francisco Navarro Villoslada". En VIII Congreso de ANABAD, Memoria y Tecnología (Madrid).
- Estructura Marco del Reglamento de Servicio de Archivo Universitario*, aprobada por el Pleno de la Conferencia de Archivos de las Universidades Españolas (CAU). 1999. V Jornadas de Archivos Universitarios (Córdoba).
- GALIANA CHACÓN, Juan P. 2006. "De los archivos personales, sus características y su tratamiento técnico". En *Seminario de archivos personales* (Madrid, 26 a 28 de mayo de 2004). Madrid: Biblioteca Nacional, p. 17-28.
- MASTROPIERRO, Marfa del Carmen. 2006. *Archivos privados: análisis y gestión*. Buenos Aires: Alfagrama.
- MATAS, Josep. "Cuestiones jurídicas sobre el acceso a la documentación de carácter personal". En *Cursos de Verano de las Universidades Navarras*, 2010.
- Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 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. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Notas

¹ <http://www.unav.es/servicio/archivo/relaciondefondos>

² En los estudios preliminares resultó de gran utilidad el *Manual para la gestión de fondos y colecciones fotográficas* de Joan Boadas, Lluís-Esteve Casellas y M. Àngels Suquet.

³ http://www.unav.es/servicio/archivo/documentos_archivos_personales

⁴ <http://www.unav.es/servicio/archivo/fondoun>

⁵ Ejemplo del estudio y clasificación de uno de los fondos del Archivo: <http://hdl.handle.net/10171/3868>

⁶ En el caso más extremo, ante la relevancia histórica del documento, se autorizó la consulta de una copia en la que previamente se habían eliminado los datos de carácter personal que atentaban contra el honor de las personas citadas.

⁷ <http://www.unav.es/servicio/archivo/atencionalusuario1>

⁸ <http://hdl.handle.net/10171/12687>

⁹ El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, queda protegido frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen corresponden en primer lugar al propio afectado. En el caso de una persona fallecida corresponde a quien esta haya designado a tal efecto en su testamento. No existiendo designación, o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderán al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado.

Entre otros casos, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por dicha Ley, la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su intimidad, a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

No obstante, la Ley entiende que no existen intromisiones cuando en la divulgación de hechos o informaciones “predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

El Archivo facilita el acceso a los fondos que custodia cumpliendo los plazos de protección o reserva establecidos por la Ley y siguiendo sus criterios y principios. Corresponde al investigador utilizar las informaciones o documentos comunicados de forma adecuada y respetuosa con los derechos citados. El investigador, bajo su exclusiva responsabilidad, deberá evitar comunicar informaciones que puedan injustificadamente perjudicar dichos derechos. Corresponde a cada investigador valorar si la información a la que ha tenido acceso puede o debe ser divulgada en consonancia con la investigación que está llevando a cabo.

Gesti archivos

**gestión, recuperación y
custodia de documentación**

eficacia

fiabilidad

seguridad

transparencia

personalización

optimización de espacios

TRABAJAMOS CON ENTIDADES PÚBLICAS Y EMPRESAS PRIVADAS



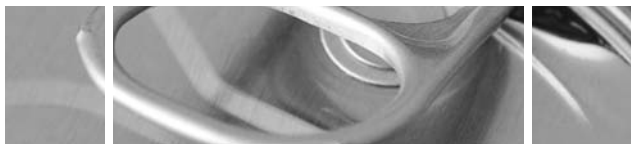
Gestiarchivos S.L.

C / Colón 14 · Valladolid - 47005

info@gestiarchivos.es · (t) 679 665 943 / 636 183 353

www.gestiarchivos.es





SUSANA HERREROS / M^a TERESA SOLA / JUAN CARLOS BALDA

Conflicto entre confidencialidad y derecho de acceso en la documentación tributaria. La experiencia de la Comisión de Evaluación Documental del Gobierno de Navarra

La incorporación de Navarra

a la monarquía constitucional española supuso un nuevo estatus político; dejó de tener la condición de reino propio para pasar a ser una provincia gobernada por una Diputación Provincial, más tarde denominada Foral.

La Ley de 25 de octubre de 1839 de confirmación de los Fueros de Navarra y, sobre todo, la llamada Ley Paccionada, de 16 de agosto de 1841, que supone el inicio de la modernización del régimen fiscal navarro, fijan el nuevo marco legal, al reconocer, entre otras prerrogativas, la capacidad de regular la actividad tributaria y financiera en su territorio. Facultad que mantuvo y quedó reconocida por la Constitución Española de 1978, como un derecho histórico, y por la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) promulgada en 1982 como Estatuto de Autonomía de la Comunidad Foral de Navarra.

La LORAFNA recoge expresamente la potestad de Navarra para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario, siempre que no se oponga a los pactos internacionales y a los impuestos del propio Estado (art. 45), sin perjuicio de lo dispuesto en el correspondiente Convenio Económico.

El Convenio Económico¹ es, desde 1841, el sistema por el que Navarra regula la actividad financiera y tributaria. En el mismo se determinan las aportaciones

a las cargas generales del Estado, así como los criterios de armonización del régimen foral navarro con el régimen común. Todos los elementos del Convenio son pactados, por lo que esa armonización de los sistemas tributarios, la actualización de dicha aportación económica o los criterios de aplicación e interpretación del mismo se efectúan mediante acuerdo entre el Estado y Navarra.

Este acuerdo adopta rango formal de ley ordinaria y no tiene fijado un plazo de vigencia determinado, sino que su duración depende de lo que en el futuro acuerden las partes. Las diferencias de interpretación y controversias que pudieran surgir las resuelve la Junta Arbitral, institución creada por el Convenio Económico de 1927 y formada por representantes de las partes negociadoras. En la actualidad está vigente el Convenio de 1990² con las reformas de 1993, 1998, 2003 y 2007.

De acuerdo con el Convenio Económico de 1990, la Hacienda Pública de Navarra ostentará las mismas facultades y prerrogativas, en relación con la exacción, gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos propios de la Comunidad Foral, que tiene reconocidas la Hacienda Pública del Estado respecto del territorio nacional, respetando los criterios de armonización y las competencias que correspondan a la Administración Central.

Para desarrollar la gestión tributaria encomendada, el Gobierno de Navarra creó en 1999 el organismo autónomo Hacienda Tributaria de Navarra³ que ejerce, conforme a su normativa específica, las competencias de gestión, inspección y recaudación de los tributos e ingresos de derecho público cuya titularidad corresponde a la Comunidad Foral.

Los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones especiales⁴ y son los mismos que los establecidos en la Hacienda Pública del Estado para el territorio de su competencia:

- Impuestos Directos.
 - Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - Impuesto sobre el Patrimonio.
 - Impuesto sobre Sociedades.
 - Impuesto sobre la Renta de No Residentes.
 - Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- Impuestos Indirectos.
 - Impuestos sobre el Valor Añadido.
 - Impuestos Especiales.
 - Impuesto sobre las Primas de Seguros.
 - Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
 - Tributos sobre el Juego.

La gestión de estos impuestos se plasma en distintos tipos documentales tanto en soporte papel como, sobre todo a partir de 2001, en formato electrónico. Se trata de modelos normalizados impresos o plantillas aprobados por la Hacienda Tributaria de Navarra con una identificación (numérica o alfanumérica) para cada modelo: declaraciones-liquidaciones de los distintos tipos de impuestos, cartas de pago, pagos fraccionados, expedientes de apremio, actas, expedientes y planes de inspección, recursos e impugnaciones, solicitudes y reclamaciones que presentan los sujetos tributarios, expedientes sancionadores que se tramitan como consecuencia de la inspección, documentos informativos (modelos bancarios), comunicaciones al censo de entidades, tasaciones, etc.

Evaluación de la documentación de la Hacienda Tributaria de Navarra

Elección de la documentación

La documentación de la Hacienda Tributaria se evaluó entre 2009 y 2010. Esta decisión respondía a una doble preocupación suscitada en el Archivo de la Administración. Por una parte, la gestión tributaria generaba un enorme volumen de documentación⁵, por otra, como se ha visto, se trataba de una competencia histórica de Navarra. Si a ello unimos la progresiva implantación de la tramitación electrónica en los documentos fiscales, se imponía la necesidad de determinar el potencial valor secundario y los plazos de conservación y acceso de esta documentación.

Estas circunstancias animaron en 2009 al Archivo de la Administración a proceder al estudio de las series documentales y elevar una propuesta a la Comisión de Evaluación Documental con el fin de determinar su conservación o eliminación, así como el régimen de acceso a la documentación.

El proceso de identificación y clasificación

El proceso de evaluación se inició a instancias del Archivo de la Administración, tal como indica el reglamento de la Comisión, con un análisis de la documentación y de la legislación tributaria. En un primer momento se pensó identificar cada procedimiento tributario regulado por las leyes y reglamentos específicos. Sin embargo, pronto surgió el inconveniente de que Hacienda Tributaria trabaja con modelos normalizados de documentos, agrupados después en cajas de archivo y ordenados por un número secuencial, sin formar expedientes.

La enorme producción de documentos y las necesidades de recuperación de la información había condicionado la instalación formando agrupaciones por tipos de documentos: notificaciones, cartas de pago, impresos de declaración,

etc., dotados de una numeración secuencial que condicionaba la instalación y recuperación del documento.

Para las unidades tramitadoras este sistema de trabajo resultaba práctico y les permitía localizar cómodamente los distintos documentos, ya que, al contar con un fichero de contribuyentes, la introducción de los datos identificativos y fiscales de los mismos, les facilitaba el acceso a la información y al documento identificado con un número secuencial.

Esta práctica condicionó en gran medida los trabajos de identificación de series y la reelaboración del cuadro de clasificación del Archivo de la Administración. No era posible reflejar los distintos procedimientos tributarios (liquidación, recaudación) sino la gestión de los diferentes impuestos, identificando cada modelo tributario con una serie y sin intentar recomponer los expedientes por impuestos para no romper la ordenación física secuencial de los distintos tipos documentales.

Para poder realizar una adecuada valoración se elaboró una Ficha de Identificación de cada serie en donde se recogía: el objeto de la misma, los documentos básicos que contiene, las series relacionadas, la legislación que le afecta, su tramitación, el valor administrativo y el valor secundario, los plazos de transferencia, las condiciones de acceso, y ejemplos de valoración, si los había, de otras administraciones, con el fin de documentar cada uno de los procedimientos que debía ser consensuado con las unidades de gestión y los servicios jurídicos de la Hacienda Tributaria.

Dada la complejidad de la documentación y la enorme cantidad de series documentales existentes, se optó por facilitar el trabajo de las unidades productoras con la propuesta de una valoración conjunta -salvo alguna excepción ocasional como la de "*control de contribuyentes*"- por cada una de las agrupaciones de series, en la que se establecía el mismo valor primario y secundario y los plazos de acceso a la documentación. Este sistema, que resultó válido y eficiente, se aplicó también en las propuestas elevadas a la Comisión de Evaluación. En este punto, es preciso destacar las facilidades y el alto grado de implicación de este organismo en todo el proceso de evaluación⁶.

Hacienda Tributaria propuso aplicar un criterio único de conservación por un periodo de 10 años para aquella documentación que no fuera evaluada de conservación permanente. Con ese plazo se cubría ampliamente la posibilidad de justificar por parte del contribuyente la presentación de declaraciones-liquidaciones extemporáneas (presentación voluntaria de una declaración-liquidación de un sujeto tributario hasta 4 años después del ejercicio fiscal al que corresponda) así como conservar la documentación mientras no prescribieran los plazos legales de derechos y acciones⁷ (4 años), las responsabilidades contables⁸ (5 años) y los delitos de defraudación a la Hacienda Pública⁹. Respecto al acceso, reconoció

la dificultad para establecer plazos concretos y se dejó pendiente su debate a la Comisión.

Una vez concluido el trabajo, se elevaron a la Comisión las propuestas consensuadas con los gestores y servicios jurídicos de Hacienda Tributaria. Los acuerdos, adoptados en la sesión ordinaria celebrada el día 17 de junio de 2010, fueron aprobados por Resolución del Director General de Cultura y publicando en el Boletín Oficial de Navarra¹⁰.

Propuesta de evaluación

La Comisión analizó la propuesta consensuada entre el Archivo y Hacienda Tributaria. A la vista de la complejidad de la documentación y a fin de agilizar el proceso de evaluación se expusieron las propuestas agrupadas por criterios de conservación. Tras el debate de las propuestas se adoptaron los siguientes acuerdos¹¹:

Conservación permanente

- Comunicación de altas, bajas y modificaciones al Censo de Entidades.
- Comunicación de modificaciones de datos de la riqueza territorial y catastral.
- Actas de Inspección.

Eliminación a los 10 años del año fiscal

- Todo el resto de la documentación tributaria.
- Conservación, por muestreo, de una caja por año y serie documental.

Asimismo, se acordó que el Archivo se responsabilizaría de guardar, a modo de muestreo, una copia de cada uno de los modelos electrónicos implantados por Hacienda, de forma que permitiera documentar la evolución de los distintos usos en la tramitación de la documentación fiscal. La decisión de eliminación total del soporte papel fue respaldada por la dificultad en el manejo y uso de la documentación con fines de investigación o estadísticos. Parecía difícil su explotación sin el respaldo de los sistemas informáticos, por lo que se propuso conservar los repositorios electrónicos. En definitiva, se acordó el valor secundario de la documentación como fuente de investigación histórica y, en consecuencia, su conservación permanente en soporte electrónico¹².

Sin embargo, la determinación del plazo de acceso suscitó un mayor debate.

El acceso a la documentación de la Hacienda Tributaria de Navarra

El acceso a la documentación tributaria

En este punto no se trata de abordar el derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación en su condición de interesados, regulado por Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino la confrontación suscitada entre el derecho a saber y el de respeto al honor e intimidad de las personas cuando los usuarios, que no tienen la condición de interesados en el documento, solicitan acceder a él para su consulta.

El criterio de restricción o publicación debe estar sustanciado en la legislación y establecerse de acuerdo con el contenido informativo y la normativa concreta que afecta a cada documento. En cada caso habrá que ponderar los distintos derechos constitucionales y la legislación que los desarrollan: el derecho de libre acceso a los archivos y documentos contenidos en ellos¹³, el de información, el uso para la investigación cultural y científica¹⁴ habrá que valorarlos en relación con otros que, para proteger a los afectados, obligan a restringir el acceso, como es, entre otros, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen¹⁵.

El acceso a la documentación tributaria está regulado por el artículo 105 de la Ley Foral 13/2000 General Tributaria que restringe el uso de dicha documentación “para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada la Administración Tributaria, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros”, a excepción de unos supuestos tasados¹⁶.

Es cierto, por otra parte, que el artículo 103 de la misma Ley introduce una salvedad, en alusión a la Ley Orgánica 1/1982, que permite, con la autorización del Consejero de Economía y Hacienda, que un investigador pueda consultar la documentación que contenga datos que afecten al honor, intimidad o la propia imagen, pero no deja de ser una excepción difícil de tramitar y con un importante componente subjetivo.

Dentro de este proceso de evaluación, y a los efectos de aplicar el régimen de acceso a la documentación tributaria, la Comisión consideró otras leyes que regulan el acceso a los documentos por si podía encontrarse amparo legal que facilitara la consulta de la documentación tributaria.

Así, la Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos, establece en su artículo 20, de forma semejante a la Ley de Patrimonio Histórico Español, que “cuando los documentos contengan datos que puedan afectar a la seguridad, el honor, la intimidad o la imagen de las personas, como norma general y salvo que la legislación específica disponga otra cosa, podrán ser objeto de consulta con el consentimiento de los afectados, o cuando hayan transcurrido 25 años desde su muerte, o, si no se conoce la fecha de esta, a los 50 años desde la

fecha de finalización del documento”. Por tanto, se limita el acceso a la documentación tributaria al existir legislación específica.

También la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales, y especialmente su reglamento de desarrollo, remiten en materia de acceso a la legislación específica cuando esta exista. La Ley de Protección de Datos considera “dato de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”¹⁷ estableciendo, como norma general, que “solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”. Ciertamente es que también señala dicha Ley que el consentimiento no será preciso “cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos”¹⁸.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley anterior, va más allá y señala en su artículo 9 que no se considerará incompatible el uso de los datos de carácter personal para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos, cuando el tratamiento de los mismos sea con fines históricos, estadísticos o científicos “y que en estos casos se atenderá a la legislación que en cada caso resulte aplicable”. Entre otras, cita la Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español. De nuevo se restringe el acceso a la documentación tributaria al existir legislación específica aplicable.

En esta misma línea se encuadra un informe del Defensor del Pueblo de Navarra¹⁹, que en su reflexión final considera que la línea de actuación en el tratamiento de datos personales debe venir presidida por la utilización de los datos exclusivamente para el fin con que se crea cada uno de los ficheros, adoptando las medidas necesarias para garantizar esa confidencialidad, así como su seguridad. El Reglamento de desarrollo de la Ley 15/1999 establecería que los datos tributarios requieren un nivel medio de protección.

En referencia a la protección de datos de las personas jurídicas²⁰, contribuyentes así mismo de la Hacienda Tributaria, hay que señalar que no son objeto de la Ley de Protección de Datos, pero son datos cuyo tratamiento debe ser protegido.

Siguiendo a Tomás Vidal Marín, el honor de las personas jurídicas se ha introducido en el ordenamiento jurídico español a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dicho tribunal reconoce este derecho para las personas jurídicas de derecho privado, entendiéndolo en el sentido de buena reputación. Esa opinión trasciende a la persona como ser individual y se extiende a ámbitos que superan al individuo para aplicarlos sobre asociaciones o grupos sociales de los que forma parte, ya que el desmerecimiento en la consideración ajena puede suponer la imposibilidad de que dicha asociación desarrolle libremente sus legítimas

actividades y, por tanto, pueda conseguir sus fines. Puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos ámbitos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En el caso de sociedades civiles y mercantiles la difamación puede tener por objeto intereses puramente económicos o patrimoniales, que no se incluyen en el ámbito del derecho al honor. En estos casos la protección de esos intereses se buscará en el Código Civil o en la legislación mercantil²¹.

En el Archivo de la Administración no se han recibido solicitudes de consulta de documentación tributaria en soporte papel con fines de investigación, probablemente por presuponer su hermetismo a la hora del acceso y por la dificultad que presenta para manejar los datos.

Sería impensable realizar cualquier estudio sin contar con un soporte informático, circunstancia que condicionó, en buena medida, la destrucción de la documentación en papel y la conservación permanente del Fichero de Contribuyentes.

En la actualidad esta base de datos se encuentra bajo custodia de la Hacienda Tributaria, lo que dificulta la puesta a disposición de la información a los investigadores. El propio organismo elabora algunos informes o memorias fiscales donde se recogen desglosados los datos estadísticos por impuestos, zonas geográficas, por tipo de contribuyentes, fraudes detectados u otros, que se ponen al servicio de los ciudadanos, pero resultan insuficientes para abordar estudios estadísticos de mayor calado.

Por ello, la Comisión de Evaluación acordó que los datos del Fichero de Contribuyentes se transfirieran, cumplidos 30 años del periodo fiscal, al Archivo de la Administración, con la advertencia de facilitar la información a los usuarios disgregando los datos de carácter personal de los fiscales, así como de no proporcionar resultados inferiores a 10 registros a fin de preservar la intimidad de las personas.

Como conclusión, tras el largo debate sobre el acceso, se acordó encomendar a la Presidencia de la Comisión de Evaluación realizar las gestiones oportunas para que, en una futura reforma de la Ley Tributaria, el legislador estableciera unos plazos concretos de acceso a esta documentación, entendiéndose que de lo contrario se vaciaba de contenido el valor secundario acordado.

Reflexiones sobre el acceso a la documentación tributaria con fines de investigación

Ante el conflicto que se plantea por una parte entre el derecho a la información y la investigación y por otra el de respeto al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, el legislador ha optado por una vía intermedia y ha establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 37.7 que “cuando

los solicitantes de documentos sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”.

Varios archivos municipales han considerado, y así lo regulan en sus reglamentos de funcionamiento, que la intimidad de las personas queda suficientemente garantizada con un compromiso, expreso y por escrito, del investigador a no revelar los datos personales a los que tenga acceso en los documentos consultados para su investigación. Incluso alguna ley autonómica de archivos y documentos permite el acceso a los investigadores a documentación de acceso restringido con una autorización previa²².

Estas normas no definen quiénes son investigadores acreditados, por lo que habrá que acudir a la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades para aproximarnos a una definición de investigador. En el artículo 40 establece que “la investigación es un derecho y un deber del personal docente e investigador de las universidades, de acuerdo con los fines generales de la universidad, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico”.

¿Es pues, investigador acreditado únicamente el personal docente e investigador de las universidades o es cualquier persona que investiga? ¿Hay que exigir en los archivos públicos a los usuarios-investigadores una acreditación de la universidad para permitirles un acceso privilegiado a la documentación?

Las leyes que regulan el acceso a la documentación custodiada en los archivos se refieren a usuarios y no mencionan a los investigadores como un tipo especial de usuario dotado de un régimen de acceso distinto del resto, a excepción de la ya comentada Ley 30/1992.

A tenor de lo expuesto, ¿se puede afirmar que el investigador acreditado debe gozar de un régimen especial de acceso a la documentación custodiada en los archivos públicos? ¿Es legítimo que un investigador acceda y conozca los datos más íntimos, aunque no los publique? ¿No se estará vulnerando el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar?

Por otra parte, se plantea en estos momentos un interesante debate sobre el denominado “derecho al olvido” a raíz del desarrollo e implantación de las redes sociales en Internet. El “derecho al olvido” no es otra cosa que el derecho que tiene el ciudadano a que sus datos se eliminen de las bases de datos que los contienen.

En España la Ley de Protección de Datos obliga al responsable del tratamiento de los ficheros de datos a hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación de datos en el plazo de 10 días a solicitud del interesado. Según dicha ley: “la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el

plazo de prescripción de estas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”.

“Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”²³.

¿Se puede entender que, de acuerdo a este último párrafo, cabría aplicar la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico y, por tanto, si se valora una base de datos como de conservación permanente y de interés histórico, conservarla íntegra para poderla utilizar con fines de investigación histórica, científica o estadística?

Algunas resoluciones de la Agencia de Protección de Datos²⁴ interpretan el ejercicio del derecho de cancelación de datos como la obligación, por parte del responsable del fichero de datos, de suprimir la información referente a los datos de una persona cuando estos han dejado de ser útiles para el fin para el que fueron recabados, siempre y cuando el titular de los mismos lo solicite. En caso contrario, podrán conservarse si el responsable del fichero solicita su mantenimiento a la Agencia de Protección de Datos y justifica razones de interés histórico y la aplicación de las oportunas medidas de seguridad en cuanto al acceso a los mismos.

¿Podría la supresión de esa información distorsionar el resultado de las investigaciones históricas que pudieran llevarse a cabo con la consulta de unas bases de datos amputadas y, que por tanto, no reflejan la realidad de un momento dado?

Actualmente, en pleno desarrollo de la administración electrónica y la implantación de aplicaciones informáticas para la gestión de documentos en las Administraciones Públicas, parece que se va en la línea de exigir el establecimiento de plazos de acceso, desde el mismo momento de creación del documento, y quizá no solo para las series documentales o expedientes sino incluso para cada documento simple que forme parte de aquel. Este asunto está en pleno debate y tal vez sea preciso introducir modificaciones en la metodología de evaluación que den respuesta a la necesidad de determinar los grados de confidencialidad de cada documento, como propone el Esquema Nacional de Seguridad²⁵.

Sería importante que en un futuro, tal y como solicitó la Comisión de Evaluación, se establezca un plazo concreto de acceso a la consulta de la documentación tributaria y una simplificación en el procedimiento de solicitud de dicha documentación, evitando así los engorrosos y lentos trámites que suponen las solicitudes de autorización a los altos cargos de las administraciones públicas, como exige en este momento la Ley General Tributaria.

Después de analizar someramente el maremágnun normativo sobre acceso, parece que se impone la necesidad de contar con una ley que regule la consulta de los documentos como fuente primaria de información, coordinada con la

legislación referente a la protección de los datos de los ciudadanos, el derecho al honor y la intimidad y las leyes de archivos para evitar así discordancias y tomando precauciones con las leyes sectoriales para evitar que estas vacíen de contenido a aquella.

Como señala Severiano Fernández Ramos: “Es común que las leyes de acceso a la información se remitan a una serie más o menos amplia de leyes específicas para determinados ámbitos. Es ciertamente inevitable esta complementación de la Ley de Acceso a la Información. Ahora bien, el riesgo estriba en considerar a la Ley de Acceso a la Información como una mera ley general, de modo que en aplicación del criterio según el cual la ley especial prevalece sobre la ley general, podría suceder que, a la larga, la Ley de Acceso a la Información se viera desplazada por múltiples normas especiales, y vaciada de contenido.

Para evitar esta eventualidad, es conveniente que la Ley de Acceso a la Información sea configurada como una ley básica, o de garantías mínimas, en el sentido de que la ley sectorial deberá respetar los mínimos establecidos en la Ley de Acceso a la Información”²⁶.

Bibliografía

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. 2010. “*Los convenios económicos entre Navarra y el Estado. De la soberanía a la autonomía armonizada*”. Colección Pro Libertate.
- VIDAL MARÍN, Tomás. 2007. “*Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*”. *Revista para el análisis del derecho* <www.Indret.com>.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. septiembre-diciembre 2002. “*Algunas Proposiciones para una Ley de Acceso a la Información*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. año/vol. XXXV, n° 105, p. 896-897.

Notas

¹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. 2010. “*Los convenios económicos entre Navarra y el Estado. De la soberanía a la autonomía armonizada*”. Colección Pro Libertate.

² Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra. Boletín Oficial del Estado, 27 de diciembre de 1990, núm. 310.

³ Decreto Foral 352/1999, de 13 de septiembre, por el que se establece la Estructura Orgánica del Departamento de Economía y Hacienda, artículos 1 y 2, Boletín Oficial de Navarra, de 6 de octubre de 1999, núm. 125.

⁴ Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria, Boletín Oficial del Navarra, 20 de diciembre del 2000, núm. 153.

⁵ La documentación generada entre 1985 y 2000 se acercaba a las 100.000 cajas y ocupaba cerca de 12.000 metros de estantería.

⁶ Queremos hacer una mención especial a Idoya Nieves Nuin, José Luis Azcárate Sanz y Juan Ignacio Goñi Saldise por el valioso aporte de sus conocimientos técnicos, la generosa disposición a colaborar y su entusiasmo.

⁷ Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria, Boletín Oficial del Navarra, 20 de diciembre de 2000, núm. 153.

⁸ Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Boletín Oficial del Estado, 7 de abril de 1988, núm 84.

⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

¹⁰ Resolución 403/2010, de 1 de julio, del Director General de Cultura, por la que se aprueban los acuerdos de evaluación propuestos por la Comisión de Evaluación Documental reunida al efecto en día 17 de junio de 2010, Boletín Oficial del Navarra, 6 de septiembre de 2010, núm. 108.

¹¹ Resolución 403/2010, de 1 de julio, del Director General de Cultura, por la que se aprueban los acuerdos de evaluación propuestos por la Comisión de Evaluación Documental reunida al efecto en día 17 de junio de 2010, Boletín Oficial del Navarra, 6 de septiembre de 2010, núm. 108.

¹² Para determinar el valor secundario se tuvo en cuenta, entre otras, las líneas de investigación seguidas por el Instituto de Estudios Fiscales.

¹³ Constitución Española de 1978, art. 105, b), Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁴ Constitución Española de 1978, art. 20, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁵ Constitución Española de 1978, art. 18, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

¹⁶ Ley Foral 13/2000, de 14 de diciembre, General Tributaria, art. 105.1, Boletín Oficial del Navarra, 20 de diciembre de 2000, núm. 153.

¹⁷ Los datos identificativos de contribuyentes unidos a los fiscales son datos personales.

¹⁸ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 16, Boletín Oficial del Estado, 14 de diciembre de 1999, núm. 298.

¹⁹ Informe en relación a la confidencialidad de los expedientes fiscales de los contribuyentes de la Hacienda Tributaria de Navarra, 2003

²⁰ Entidades públicas (Estado, Provincia, Municipio, etc.) y privadas (sociedades civiles y mercantiles) susceptibles de derechos y obligaciones. Para que exista persona jurídica es imprescindible la presencia de una entidad independiente, reconocida por ley como tal, o constituida con arreglo a la misma, susceptible de derechos y obligaciones diferentes de los de las personas que los componen.

²¹ VIDAL MARÍN, Tomás. 2007. “*Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*”. Revista para el análisis del derecho <www.Indret.com>.

²² Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos, art. 34, Boletín Oficial del Estado, 28 de agosto de 2001, núm. 206.

²³ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, art. 16, Boletín Oficial del Estado, 14 de diciembre de 1999, núm. 298.

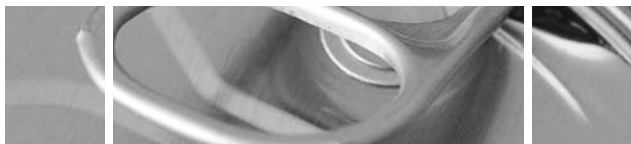
²⁴ En una resolución de 2005 de la Agencia Española de Protección de Datos ante la demanda de un ciudadano contra la denegación de la cancelación, por parte de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de sus datos personales contenidos en un fichero denominado “expedientes personales de internos”, da la razón al ciudadano y resuelve estimar la reclamación del mismo dando un plazo de 10 días a esa Institución para que proceda a cancelar los datos del reclamante. En otra resolución de 2011 la misma Agencia, ante la solicitud de almacenamiento indefinido con fines históricos de los ficheros denominados “Afiliación” y “Representación” por parte de la Confederación Sindical de la Unión General de Trabajadores de España, autoriza su mantenimiento íntegro con fines históricos al estar justificada la existencia de valores históricos. Sin embargo, se especifica en la resolución que “*dicho almacenamiento no se producirá*”

cuando el afectado ejercite directamente frente a la confederación su derecho de cancelación conforme a lo establecido por la normativa de protección de datos”

²⁵ Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, Boletín Oficial del Estado, 29 de enero de 2010, núm. 25.

²⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. septiembre-diciembre 2002. “*Algunas Proposiciones para una Ley de Acceso a la Información*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. año/vol. XXXV, n° 105, p. 896-897.





MARGARITA AUSÍN IÑIGO

El Archivo del Consejo Consultivo de Castilla y León y su página web

El objeto de esta comunicación es doble: por un lado pretende dar a conocer, a grandes rasgos, una nueva institución en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León como es el Consejo Consultivo de Castilla y León, y por otro, su archivo, los documentos que contiene, así como el modo de acceso a ellos y su difusión a través de la página web, donde la organización y estructuración de los contenidos publicados materializa la labor de estudio y redacción de los dictámenes, correspondientes a la serie de archivo “Expedientes sometidos a dictamen”, para la recuperación efectiva de esta información muy solicitada por parte de los usuarios internos y externos, contribuyendo de esta forma al mejor conocimiento de la institución así como de su organización y funcionamiento.

El Consejo Consultivo de Castilla y León

La Institución

El artículo 24 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León dispone que “el Consejo Consultivo de Castilla y León es el superior órgano consultivo de la Junta y de la Administración de la Comunidad”, y en ejecución de esta previsión

estatutaria las Cortes de Castilla y León aprobaron la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, que define sus aspectos fundamentales. La Ley también preveía la elaboración de un Reglamento Orgánico que fue aprobado por Decreto de la Junta de Castilla y León nº 102/2003, de 11 de septiembre, mediante el cual podría iniciarse la función consultiva.

Las competencias que tiene el Consejo Consultivo en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León son las mismas que tiene el Consejo de Estado en el ámbito nacional; siendo, por tanto, el único órgano encargado de dictaminar sobre los asuntos previstos en su Ley reguladora. Asimismo La Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras creaba el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, adscrito al Consejo, con competencia en el conocimiento y resolución de los recursos especiales y cuestiones de nulidad que se interpongan en el ámbito de los procedimientos de contratación de la Comunidad de Castilla y León, Organismos Públicos y Entidades dependientes, según establece la Ley 3/2001, de 3 de julio del Gobierno y de la Administración de Castilla y León.

El dictamen del Consejo Consultivo es preceptivo siempre que lo indique la Ley, y facultativo en cualquier otro supuesto. Sus dictámenes, salvo previsión legal expresa en contrario, no tienen carácter vinculante.

El artículo 37 del Reglamento del Consejo Consultivo establece las funciones del Secretario General, siendo una de las ellas “Custodiar la documentación del Consejo” y otra “Dirigir los servicios de Archivo, Biblioteca y Documentación...”; lo que suponía la instauración de un archivo de la Institución, que recogiera toda la documentación generada en el ejercicio de sus funciones.

El Archivo

El punto de partida del Archivo del Consejo Consultivo tuvo lugar el día que se reunió por primera vez el Pleno del Consejo, el 30 de octubre de 2003, cuando la documentación producida en esa Sesión por la entonces Presidenta y los Consejeros, comenzó a ser organizada y custodiada en el archivo de oficina.

Los documentos fueron aumentando a medida que se incorporaron nuevos servicios y secciones a la Institución, con sus diferentes funciones y con independencia del soporte que utilizaran. El Archivo comenzó su actividad formal en 2008, cuando la documentación de los primeros años 2003 y 2004 fue transferida al servicio de archivo, biblioteca y documentación, iniciándose de esta manera una práctica habitual de entrega al finalizar el año de los documentos de ejercicios anteriores que ya carecían de valor administrativo. De esta manera se constituyó el Archivo como el conjunto de documentos producidos o recibidos por el Consejo Consultivo.

La documentación se fue organizando conforme al organigrama de la Institución, constituyéndose un cuadro de organización orgánico-funcional, formado

por dos grandes áreas orgánicas, una con los Órganos de Gobierno del Consejo y otra con los de su Administración subdivididas a su vez en secciones; en ambas se han ido incorporando los documentos recibidos y producidos por el Consejo en el ejercicio de sus funciones.

Las series que configuran el cuadro de clasificación son todas relevantes, pero sin duda la más importante de todas ellas por su trascendencia, por su volumen y por ser la más consultada por el personal interno y externo de la Institución es la de “Expedientes sometidos a dictamen”. Dicha serie se incluye en el cuadro de clasificación, en la sección del pleno o de los consejeros dependiendo de quien haya aprobado la ponencia preparatoria al dictamen; dichos documentos representan el germen del Consejo al incorporar los dictámenes elaborados por la Institución sobre las consultas efectuadas por la Administración, base fundamental del trabajo del Consejo Consultivo. A su vez, en el cuadro de clasificación se integran otras series documentales fruto de la actividad de los servicios y secciones administrativas que lo integran, como pueden ser, los expedientes personales, los contratos, las nóminas y en un futuro los recursos contractuales del Tribunal.

El Archivo del Consejo Consultivo se ha integrado en el Sistema de Archivos de la Comunidad según establece la Ley 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Castilla y León, junto con los otros archivos de la Comunidad.

Tratamiento de la documentación

El criterio que se ha seguido en el tratamiento de la documentación es el establecido por las Normas ISO 15489:1 y 2, de 2001 y 2006, al que se ha sumado un sistema de gestión documental fundamentado en el conocimiento de la Institución, en la normativa que la regula, en los fines que persigue y en las competencias que tiene, actualizándose gradualmente cuando existen cambios en la estructura administrativa, en las funciones que desempeña o en las atribuciones que va adquiriendo.

Los estudios sobre el contenido, la dependencia y la competencia de los documentos que generan las diferentes secciones del Consejo han ido configurando las series documentales sobre las que se ha desarrollado el cuadro de clasificación del archivo.

Para la realización de estas actividades archivísticas, el servicio de archivo, biblioteca y documentación redactó al inicio de sus funciones un Reglamento de Archivo, con el fin de poder establecer una política de gestión documental con la que poder avalar la labor del Archivo.

Series documentales

La documentación que ingresa en el Consejo, así como la producida por él, es gestionada en las diferentes bases de datos que se poseen, cuyas características son distintas según sea la documentación a ejecutar, bien sea de personal, de asuntos económicos o de ponencias y dictámenes.

La documentación tramitada en las diferentes secciones de la Institución, como son los expedientes de personal, las nóminas o los contratos, se organizan en los archivos de oficina, donde se custodia hasta la pérdida de su vigencia administrativa y puedan ser transferidos al Archivo Central. En este último paso los documentos se incorporan a sus respectivas series, recibiendo estas el tratamiento archivístico usual con la aplicación de la normativa archivística internacional de descripción con las Normas ISAD (G), ISAAR (CPF), ISDF e introduciendo todos sus datos en la base de datos Albalá 5.0 del Archivo.

La serie “Expedientes sometidos a dictamen”, como ya se ha dicho, es la documentación básica y primordial sobre la cual se asientan las funciones del Consejo Consultivo siendo, por lo tanto, la más voluminosa y la de mayor consulta. Los documentos que integran la serie son expedientes enviados por las diferentes administraciones de la Comunidad, a través de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León, solicitando el dictamen del Consejo. Dichos expedientes son de temática muy variada y algunos de ellos de contenido muy sensible, presentando un amplio abanico de asuntos relacionados con los presupuestos de las distintas administraciones, la protección del medio ambiente, la defensa de la naturaleza, la responsabilidad sanitaria, así como proyectos legislativos, anteproyectos de ley, recursos, convenios, revisiones de oficio, etc. Los documentos personales, administrativos o legislativos que integran el expediente, al presentar un contenido de carácter tan delicado, siguen el mismo tratamiento archivístico que las restantes series documentales, sin embargo, su visualización para un rápido acceso en la página web del Consejo es diferente al tener que cumplir con las normas de protección de datos.

Página web y protección de datos

Las nuevas tecnologías y el acceso remoto a la documentación, han hecho necesaria la instalación en la Red de toda la información de carácter general que también pudiera ser objeto de un interés particular, materializándose esta en la realización de un sitio web, con el fin de satisfacer de forma fácil y efectiva las necesidades informativas de los usuarios internos y externos de la Institución.

El interés por el acceso a la página web del Consejo Consultivo, radica fundamentalmente en la información que contienen sus dictámenes fruto del estudio, del análisis, de la reflexión y de la maduración de las consultas jurídicas planteadas por las administraciones local, provincial y autonómica de la Comunidad, y cuyas soluciones, a pesar de no ser vinculantes para la Administración,

son secundadas por ella en la mayor parte de los casos. La incorporación de estos documentos a la página web de la Institución se ha organizado, dirigido y controlado desde el archivo de la Institución, con el fin de que la accesibilidad cumpliera con todos los requisitos legales; sin embargo, el acceso a la base del Archivo del Consejo aún no ha podido establecerse por la escasa capacidad de la web, suceso que esperamos sea subsanado en un corto período de tiempo.

Estos documentos relacionados con asuntos de tanta diversidad como los que abarca la Administración, suelen contener una extensa cantidad de datos fiscales, bancarios, sanitarios o familiares sobre personas físicas y jurídicas, entidades públicas o privadas, que no pueden ser expuestos en la Red sin antes haber establecido unas normas de publicación que permitan la divulgación y el libre acceso sin impedimentos. Para ello se ha aplicado la Ley de Protección de Datos 15/1999 de 13 de diciembre y el Real Decreto 1720/2007, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley intentando preservar de esta forma cualquier información, dato o noticias que puedan identificar al sujeto.

Las anotaciones de carácter médico con referencia a la salud personal también constituyen un tipo de dato íntimo, “que exige criterios más estrictos para su uso, tratamiento y cesión, así como medidas de seguridad” (Jáñez Ramos, Fernando M^a, 2002: 40), estando también afectadas por el artículo 1 del apéndice de la Recomendación del Consejo de Europa (Recomendación núm. 5, de 13 de febrero 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre protección de datos médicos).

La base de datos de dictámenes se ha organizado en quince carpetas temáticas, subdivididas a su vez en carpetas cronológicas, donde se insertan los dictámenes aprobados en las sesiones semanales del Consejo, de la sección primera, de la sección segunda o del pleno dependiendo del tema competencial del expediente.

Las carpetas temáticas se han organizado teniendo en cuenta los asuntos que habitualmente le son consultados al Consejo:

- Anteproyectos de Ley.
- Anteproyectos de Reforma del estatuto de Autonomía.
- Concesiones administrativas.¹
- Consultas facultativas².
- Contratación administrativa³.
- Convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas⁴.
- Modificación de planes urbanísticos⁵.
- Proyectos de legislación delegada.
- Recursos administrativos⁶.
- Recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia interpuestos por la Junta de Castilla y León ante el Tribunal Constitucional⁷.

- Régimen local⁸.
- Reglamentos ejecutivos⁹.
- Responsabilidad patrimonial, la amplitud de este campo hace que se divida a su vez en otras materias: actividad profesional¹⁰, ámbito escolar¹¹, ámbito sanitario¹², ámbito vial¹³, daños causados por la fauna¹⁴, mobiliario urbano¹⁵, selección y provisión¹⁶.
- Revisión de oficio de los actos administrativos¹⁷.
- Transacción y sometimiento a arbitraje¹⁸.

El criterio que se ha seguido para la conservación del anonimato ha sido la estricta aplicación de la Ley de Protección de Datos, retirando todas las notas referentes a los topónimos de pueblos y de ciudades, así como los nombres de personas, según establece el artículo 2 del Reglamento, y que se amplía en la eliminación de las matrículas de coches, nombres de hospitales, nombramientos oficiales, etc., que pudieran identificar, a través de medios razonablemente utilizados, a los sujetos.

El acceso a la información se puede realizar a través de los buscadores básico y avanzado que tiene la página web. La utilización del tipo de buscador dependerá de los datos de que se dispongan para concretar la pregunta y obtener buenos resultados. Las búsquedas pueden realizarse de varias formas: por un término general o una frase concreta entre comillas que acoten la búsqueda, por ejemplo “suministro de aguas”; también pueden utilizarse los operadores +, -, AND, OR y NOT para delimitar la búsqueda entre dos términos semejantes o entre un término y el año en que pudo ser tramitado el expediente: “perro” AND “2007”, “cirugía plástica OR rinoplastia”. El acceso al expediente también puede realizarse si se conoce el número del dictamen “Dictamen 713/2006” (Reforma del Estatuto de Autonomía), o por la fecha de registro del expediente en el Consejo, “El día 12 de diciembre de 2006” (Ley de Cajas). Del mismo modo se puede realizar una búsqueda por el inicio de la palabra principal seguida por un asterisco caj* (Ley de Cajas).

Con el ánimo de facilitar cualquier tipo de búsqueda en la web, se ha instalado en la pantalla de las búsquedas un signo de interrogación que abre otra pantalla donde se explican los pasos a seguir para alcanzar la información deseada.

La página web se actualiza diariamente, al introducir con regularidad los nuevos dictámenes aprobados en la sesión semanal, lo que supone tener al día la información online.

Conclusiones

Una parte importante de la actividad de los profesionales de archivos, es la construcción de sistemas de comunicación que proporcionen a los usuarios una información cada vez más comprensible y contextualizada. Gran parte de esta información se recoge en diferentes tipos de fuentes para que convenientemente estructuradas puedan conducir al usuario al conocimiento de aquello que buscaba. Para ello, el Archivo del Consejo Consultivo de Castilla y León ha tenido dos vías de actuación, la tradicional, con la organización de los documentos en papel creando archivos de oficina que transfieren la documentación al archivo central, donde se les da el tratamiento archivístico correspondiente. La otra vía de trabajo, hasta este momento, ha sido la instalación en la página web de la documentación de mayor interés para los usuarios como son los dictámenes que emite el Consejo, en donde se ha realizado una actuación muy pensada y reflexionada en lo referente a la protección de datos, para que puedan ser consultados sin perjuicio de los afectados, en una página actualizada semanalmente.

Los nuevos servicios de información ofrecidos por el Consejo Consultivo de Castilla y León, a través de su página web y la facilidad de acceso, han estimulado a los usuarios públicos y privados a disponer de sus contenidos con bastante frecuencia, gracias a la rapidez de sus actualizaciones, como se hace visible en el contador de visitas realizadas a la web. Esta situación ha producido, a su vez, un efecto de entusiasmo entre los miembros de la Institución, que ha dado lugar a seguir intentando mejorar los contenidos de la información, entre los que se incluye establecer un acceso al Archivo de la Institución, lo que permitirá la visualización de las restantes series documentales que genera el Consejo Consultivo.

Bibliografía

- JANÉZ RAMOS, Fernando María. 2002. *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*. Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi.
- LEY Reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León 1/2002, de 9 de abril.
- LEY de Protección de Datos 15/1999 de 13 de diciembre.
- REAL Decreto 1720/2007, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley.
- RECOMENDACIÓN del Consejo de Europa núm.5, de 13 de febrero 1997, a los Estados miembros sobre protección de datos médicos.
- REGLAMENTO Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, Decreto 102/2003, de 11 de septiembre.

Notas

¹ “Resolución de contrato suscrito entre la Universidad... y la entidad ...”

² “Consulta facultativa planteada por el Ayuntamiento..., sobre las posibilidades legales existentes para disponer de las parcelas de Patrimonio...”.

³ “Resolución del contrato administrativo de servicios de mantenimiento de instalación municipal entre el Ayuntamiento... y la empresa...”.

⁴ “Convenio de colaboración entre varias Comunidades en materia de juventud...”.

⁵ Cuando tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o de los espacios libres previstos.

⁶ En que así lo establezca la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma y, en general, en todos los casos en que por precepto expreso de una Ley se establezca la obligación de consulta.

⁷ Expediente 1038/05 “Recurso de Inconstitucionalidad contra la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil Española”.

⁸ Creación o supresión de municipios, así como la alteración de los términos municipales y en los demás supuestos previstos en la legislación sobre Régimen Local.

⁹ Expediente 264/2011 “Proyecto de decreto por el que se aprueba el Reglamento de Carreteras de Castilla y León”.

¹⁰ Daños y perjuicios producidos durante el ejercicio de la actividad profesional.

¹¹ Relacionado con los accidentes escolares.

¹² Daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria.

¹³ Se subdivide en dos, teniendo en cuenta el factor causante del daño, como es el mal estado de la calzada o los animales que irrumpen en ella.

¹⁴ Daños ocasionados por los animales, a personas, en los cultivos, a otros animales...

¹⁵ En relación a los daños sufridos por el mal estado de las aceras, de las calles, del alumbrado...

¹⁶ Relacionado con los puestos de trabajo.

¹⁷ En relación a declaraciones de nulidad, justiprecios, cuerdos municipales...

¹⁸ Transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Castilla y León, así como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto a los mismos.



fesabid

**FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE SOCIEDADES
DE ARCHIVÍSTICA, BIBLIOTECONOMÍA,
DOCUMENTACIÓN Y MUSEÍSTICA**

www.fesabid.org

**Santa Engracia, 17 - 28010 Madrid
info@fesabid.org**





EMILIO GUICHOT REINA

La transparencia en España: estado de la cuestión

En el actual grado de evolución democrática, la exigencia de una transparencia cada vez mayor de la actuación de los poderes públicos se ha generalizado. De hecho, la práctica totalidad de países democráticos ha ido aprobando normas generales en materia de transparencia. Sin embargo, en España la regulación general se contiene en un único artículo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como se verá, absolutamente deficitario. Sin embargo, no es la única norma sobre la materia; toda una serie de ellas, de diferente rango y de forma desconectada, regulan aspectos parciales. No obstante, todo parece indicar que en un futuro próximo se aprobará por fin una Ley de Transparencia y Acceso a la información. En estas páginas intentaré dar cuenta de lo que hay y formular algunas reflexiones sobre lo que podría venir. Todo ello lo haré de forma sintética, pues lo he analizado con detalle en otros trabajos¹, que ahora trataré de sintetizar y actualizar, y apoyándome en buena medida, en lo que de propósito tiene este trabajo, en las ideas y soluciones que aporta el Derecho europeo y comparado, que también he estudiado en diversos escritos a los que me remito².

Una mirada fuera de España: la expansión y práctica generalización a nivel mundial de las leyes sobre transparencia y acceso a la información

Como he puesto de manifiesto en otro lugar³, en las sociedades complejas de fines del segundo milenio y comienzos del tercero se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos, por sí mismos y a través de los medios de comunicación social, puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, controlarles, detectar los malos funcionamientos y mejorar así la calidad de la gestión pública. Se trata, además, de un tema que parece estar al margen de las diferentes ideologías políticas o mejor dicho, ser previo a ellas, en la medida en que conecta con la base misma que permite su expresión, esto es, con la democracia.

Los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática. El movimiento hacia la aprobación de normas que garantizan el derecho de acceso a la información pública fue liderado por los países escandinavos⁴ y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglófono⁵. En la actualidad, puede afirmarse que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información. A nuestros efectos, tiene particular importancia el contexto europeo, y, en particular, la normativa reguladora del acceso a la información aprobada por los demás Estados europeos, en los que puede hablarse ya de una generalización de la regulación del derecho de acceso y, singularmente, la dictada en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea⁶. Al respecto baste citar que en el sistema del Consejo de Europa ha habido una progresiva evolución en el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, que ha tenido un punto de inflexión en el año 2009, en el que han coincidido su reconocimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH); y su regulación mediante un instrumento vinculante, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos (en adelante, Convenio 205), abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, que establece un mínimo estándar europeo. Por su parte, en la Unión Europea, en las dos últimas décadas se ha ido construyendo todo un trenzado normativo, al máximo nivel “constitucional” –con reconocimiento en los Tratados y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales– y con desarrollo “legal” (hoy, en el Reglamento 1049/2001, actualmente en curso de revisión), y “reglamentario” (en los Reglamentos internos de cada institución, órgano, organismo o agencia), todo ello utilizando las categorías clásicas nacionales aún no reconocidas formalmente en la Unión, tras el fracaso en la ratificación del Tratado por

el que se aprueba una Constitución Europea. A ese trenzado normativo, interpretado por una jurisprudencia en general progresista, se ha unido otro organizativo y tecnológico al servicio de la efectividad del derecho.

En síntesis, los países política, social y económicamente más desarrollados actuaron como pioneros, pero, en la actualidad, países de todos los continentes y organizaciones internacionales y regionales se han sumado a este movimiento por la transparencia, con leyes en muchos casos más completas y actualizadas debido precisamente a su fecha de aprobación, mientras que en los países pioneros la inmensa mayoría de las leyes originales se han ido modificando, muy en especial para adaptarse a nuevas realidades, como la reutilización de la información pública y la aparición de las nuevas tecnologías de la información. A ello se une que el derecho de acceso a la información pública figura en buena parte de las nuevas constituciones, o se ha incorporado en la reforma de algunas de las más antiguas, en las que, en otros casos, el derecho se ha enlazado, por lo común, a la libertad de información⁷. En la mayoría de las ocasiones, ha debido concurrir una labor activa de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción de la transparencia; de las asociaciones de periodistas y de los medios de comunicación y, en un grado difícil de discernir, de la doctrina académica. Ni siquiera esos factores han sido siempre suficientes, pues se ha necesitado, las más de las veces, un impulso político nacido en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental –el caso de Estados Unidos, y la “reactivación” de la Ley tras la crisis del *Watergate*, o de la Unión Europea, y la aprobación del Reglamento 1049/2001 como respuestas a una opinión pública especialmente crítica en relación con el oscurantismo, la corrupción y el déficit democrático de las instituciones son ilustrativos– o de nacimiento de nuevas democracias que tratan de distanciarse de anteriores regímenes –véase la cronología de su expansión en Latinoamérica, Europa del Este o el resto del mundo. En definitiva, pese a que los análisis políticos y económicos muestran a las claras las virtudes de la transparencia como medio, entre otros, para una gestión más eficaz de la *res publica*, creando una cultura administrativa de la gestión racional de la información, estimulando una gestión honesta y previniendo casos de corrupción, y círculos virtuosos de información y participación entre administradores y administrados, la historia muestra que en la mayoría de los países a la transparencia “se llega” frente a una reticencia inicial del que ejerce el poder y de las burocracias a someter su gestión a los focos del debate público informado. En todo caso, el resultado final de este proceso y de esta conjunción de factores ha sido la aceptación generalizada de la necesidad y la conveniencia de aprobar normas que garanticen y regulen el acceso a la información pública. De este modo, el derecho de acceder a la información pública es una conquista que solo se ha globalizado como consecuencia de la cuasi generalización del sistema de democracia representativa y de la lucha en su seno por una profundización en los

mecanismos de participación ciudadana y control democrático. Por supuesto, la existencia de reconocimiento constitucional y de leyes de acceso a la información y cuáles sean sus niveles de “densidad normativa” no es el único dato a considerar. A su mayor o menor ambición de transparencia, completud, calidad jurídica y adaptación a las nuevas realidades tecnológicas se une una mayor disparidad en el grado de implementación— en especial, en relación con la gestión de la información, la publicidad activa o las garantías— y en el propio ejercicio ciudadano del derecho de acceso y la mayor o menor tradición democrática y de transparencia⁸. Son factores extrajurídicos que condicionan la mayor o menor identidad entre norma y realidad, objeto de estudio por otras disciplinas complementarias, y excede con mucho de nuestras posibilidades.

La evolución normativa en España: incoherencias y necesidad de una intervención legislativa urgente

España es uno de los escasísimos países occidentales que carece de una ley de acceso a la información pública. En realidad, hay que hacer una aclaración importante, a veces desconocida o soslayada: en España sí hay una regulación específica del derecho de acceso a la información pública y múltiples leyes sectoriales que incorporan medidas de transparencia. El problema es la manifiesta insuficiencia de la primera y la falta de conexión y adaptación a la era digital de las segundas.

La primera singularidad es que la Constitución Española fue de las primeras en mencionar, en su artículo 105.c), la necesidad de regular por ley “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

La segunda, especialmente en contraste con la primera, es la absoluta deficiencia e incoherencia de la regulación legal “en paralelo” que llevan a cabo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), y que ha dado origen a una extraordinaria confusión en una cuestión básica que debiera estar meridianamente clara en pro de la seguridad jurídica, cual es la de la normativa aplicable a las solicitudes de acceso a la información.

- Por una parte, el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regula el derecho “a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos [...] siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Como puede verse, la Ley no distingue en función de la

antigüedad del documento o el tipo de archivo en que se encuentre, salvo, en su apartado 5.g) para excluir de su regulación “la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos” y, es más, regula la modalidad de consulta directa de los expedientes “cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante”. De todo ello parecería concluirse que esta Ley regula el acceso a cualquier documento administrativo, salvo los obrantes en archivos históricos (incluyendo, por tanto, los que se hallan en archivos de oficina o de gestión, generales o centrales e intermedios).

- Por otra parte, y en contraste, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁹, pese a considerar que cualquier documento administrativo forma parte del mismo, cualquiera que sea su antigüedad y el tipo de archivo en el que obre, parece regular en su artículo 57 el régimen sustantivo del acceso a los documentos administrativos solo una vez abandonan los archivos de oficina o de gestión y pasan a los centrales¹⁰, y remite al desarrollo reglamentario las condiciones para la realización de las consultas y la obtención de reproducciones. Por tanto, parece deducirse que regula el acceso a los documentos obrantes en archivos generales o centrales, intermedios e históricos. Han tenido que pasar más de veinticinco años para que el Gobierno se haya decidido a llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la regulación legal de los archivos, por 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 (RDA). Pues bien, esta norma distingue, siguiendo la clasificación estandarizada, entre archivos de oficina o de gestión, generales o centrales, intermedio e histórico¹¹ y regula en su Capítulo IV el “Procedimiento de acceso a documentos y archivos”¹², que se aplica a todos los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o de gestión. Nos parece que hay que ver aquí un intento de salvar esta contradicción legal y de apostar por la lógica del artículo 57 LPHE y que, por tanto, y hasta que por ley se imponga un poco de cordura y se modifique la LPHE para retirar la condición de patrimonio histórico a todo documento administrativo, de una parte, y la LRJAP-PAC para aclarar que el derecho de acceso allí regulado se refiere solo a los archivos de oficina o de gestión, cabe sostener que el régimen sustantivo y procedimental de acceso a los documentos que obran en archivos de oficina o gestión es el establecido en el artículo 37 LRJAP-PAC mientras que si se encuentran en archivos centrales, intermedios e históricos es el establecido en los artículos 57 LPHE y 23 a 28 RDA.

Por lo demás, y antes de iniciar con detalle el estudio de esta doble regulación legal, debe ya anticiparse que la regulación del artículo 37 LRJAP-PAC tiene graves deficiencias y lagunas: se limita a documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, establece restricciones adicionales a las previstas en la Constitución, inclusivas de una cláusula abierta (según la cual el

ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley) que hace depender la efectividad del derecho, *de facto*, de una decisión discrecional de la administración, máxime cuando el mismo se condiciona, además, a que su ejercicio no merme la eficacia en el funcionamiento de los servicios públicos. A todo esto hay que sumar la falta de regulación del procedimiento o de creación de instituciones de tutela que liberen al demandante de información de tener que acudir a un costoso y lento proceso judicial con efectos disuasorios. Todas estas trabas y condicionantes sitúan a la regulación española en la retaguardia de las modernas regulaciones de acceso. No es de extrañar, en consecuencia, que esta regulación, defectuosa e introducida sin autonomía en una norma “burocrática”, haya pasado desapercibida y haya sido incapaz de generar una cultura de la transparencia, ni en los ciudadanos ni en la Administración¹³.

En los diversos programas presentados por los partidos para las elecciones generales de 2008, el PSOE, CiU y Ciudadanos proponían la aprobación de una ley de acceso e IU una reforma de la regulación actual en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Diversos acontecimientos dieron a entender de que en la pasada legislatura se aprobaría dicha Ley, que a nuestro juicio, podría haber obtenido un alto grado de consenso parlamentario¹⁴. Incluso, en el verano de 2010, aparecieron en la prensa noticias con detalles del contenido de un anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información y de su aprobación inminente, y en la página web de una organización no gubernamental dedicada a la transparencia el propio texto del Anteproyecto¹⁵, del que hizo eco la doctrina¹⁶. Y el propio Congreso de los Diputados instó al Gobierno a presentar en ese mismo año un proyecto de Ley¹⁷. Nada cuajó, sin embargo, en dicho año 2010, por razones desconocidas, y en 2011 puede decirse que la “transparencia” se convirtió en una de los eslóganes de moda de las reivindicaciones sociales ante la crisis política, económica e institucional¹⁸ y, al calor de ellas, todos los grupos parlamentarios se hicieron eco, se “subieron al carro” y aprobaron por unanimidad el 20 de junio de 2011 una moción por la que instaban al Gobierno a presentar un proyecto de ley antes de agosto de ese mismo año (junto con la previsión de “aprovechar el trámite parlamentario de la ley para examinar las medidas que sean necesarias para profundizar en la democracia y la participación política, además de la transparencia y control de las instituciones democráticas” y de “tramitar con la máxima celeridad y diligencia” una proposición en materia de reforma de la Ley de financiación de partidos políticos). Apenas una semana más tarde, el 28 de junio, el grupo parlamentario popular presentaba una proposición de ley, en buena medida tributaria del Anteproyecto que el Gobierno elaboró un año antes¹⁹, y un mes más tarde, el 29 de julio, el Gobierno aprobó un nuevo Anteproyecto, sobre la base del anterior pero

con diversos retoques. Justo el mismo día en que se anunció la convocatoria de elecciones anticipadas. Se trata, pues, de un gesto de cara a la galería por parte de los dos grupos mayoritarios, tratando de apuntarse a la bandera de la transparencia, ahora de moda. Había comenzado, tras décadas de inacción, una carrera vertiginosa que proseguiría con la inclusión de la aprobación de una nueva Ley en todos los programas electorales de 2011 y continuaría con la presentación, nada más inaugurada la actual legislatura, de sendas proposiciones de ley por parte del grupo parlamentario socialista (coincidente en su texto con el último Anteproyecto)²⁰ y de Unión Progreso y Democracia (más centrado en la lucha contra la corrupción)²¹. Por su parte, las comunidades autónomas, que habían tenido como precursoras la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, parecen también sumarse a esta corriente (siendo de destacar el Borrador de Anteproyecto de Ley foral de la transparencia y el gobierno abierto, muy avanzado y que toma parte del contenido del Anteproyecto del Gobierno socialista, añadiendo muchas medidas de publicidad activa y *open government*, enlazando así transparencia y participación, eso sí, sin contemplar la existencia de una autoridad independiente).

Todas estas iniciativas han venido, en realidad, a unirse “a toro pasado” a las demandas de una Ley de Transparencia venían haciendo los medios de comunicación²², la sociedad civil organizada²³ y algunos académicos²⁴.

En definitiva, en conexión con lo que antes apuntamos, parece evidente la necesidad perentoria de una nueva regulación, sea mediante la reforma de la regulación existente o sea mediante la aprobación de una ley específica. Esta última solución es la solución más común en el Derecho comparado y puede tener el potencial de destacar la importancia de la materia y contribuir a crear una cultura de la transparencia administrativa. Además, *a priori* y a la vista de los datos antes señalados, se trata de una iniciativa en torno a la cual puede obtenerse un alto grado de consenso político, mediático y social. Se ha creado finalmente el clima político, social y económico que, como antes apuntamos, ha actuado de acicate (“a la fuerza ahorcan”) en otros países para la aprobación de este género de leyes. Eso sí, con décadas de retraso.

La naturaleza del derecho de acceso a la información

A nivel mundial, se ha alcanzado un consenso jurídico acerca de la naturaleza *ius-fundamental* del derecho de acceso a la información pública, con la correspondiente vinculación al legislador y el sometimiento de las injerencias en el mismo a los mecanismos de tutela judicial, regionales y estatales, propios de estos derechos²⁵. Y ello, en unos casos, como integrante de la libertad de información –en aquellas constituciones y sistemas menos recientes–²⁶ y en otros como derecho autónomo²⁷.

El artículo 105.b) de la Constitución llama a la ley a regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. No se inserta en el Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”), sino en el IV (“Del Gobierno y de la Administración”), lo que ha dado origen a una polémica doctrinal en torno a si se trata de un derecho autónomo o, por el contrario, de una manifestación de la libertad de información, de la que hemos dado cuenta en otro trabajo²⁸. Como conclusión cabe decir que el derecho de acceso a la información se considera un derecho fundamental, vinculado a la libertad de información o autónomo. Por la peculiar distinción entre categorías de derechos propia de nuestra Constitución y la ubicación del artículo 105, el tratamiento en nuestro Derecho ha sido el de un derecho autónomo que puede regularse por ley ordinaria y no susceptible de amparo, si bien la interpretación del derecho fundamental a la libertad de información a la luz del Convenio permitiría abordar una nueva perspectiva, que sería en todo caso la idónea, si se pretende extender su ámbito subjetivo a todos los poderes públicos de cualquier ámbito territorial, y dotarlo de la mayor garantía que supone la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo. Caben, a nuestro juicio, en nuestra Constitución y su interpretación a la luz del Convenio ambas posibilidades.

El objeto del derecho

La Constitución se refiere al acceso a los archivos y registros administrativos. Como vimos, del impreciso y oscuro conjunto normativo parece deducirse que el acceso a los documentos que obran en archivos de oficina o gestión y en registros es el establecido en el artículo 37 LRJAP-PAC mientras que si se encuentran en archivos centrales, intermedios e históricos, estos últimos solo si sus reglas específicas de acceso no son más favorables²⁹, es el establecido en los artículos 57 LPHE y 23 a 28 RDA³⁰. Por lo demás, el artículo 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) contiene una serie de limitaciones que no se encuentran presentes, con carácter general, en el Derecho europeo ni comparado y que suponen graves restricciones al Derecho, injustificadas y unánimemente criticadas por la doctrina: exige la integración del documento en un expediente y de este en un archivo –sin que, por lo demás, exista una definición legal de ambos conceptos, ni una regulación general del proceso de conservación, destrucción o archivo de la documentación– y limita, además, el acceso a los expedientes referidos a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud, lo cual supone una restricción injustificada del Derecho que debe eliminarse, con independencia de la compatibilidad de esta eliminación con la previsión de excepciones que pueden ser de

aplicación y, en especial, de la relativa al acceso a documentos que pueda suponer un perjuicio efectivo para la adecuada toma de decisiones por parte de la Administración, como existe en el Derecho europeo y comparado³¹.

Conforme al Derecho europeo y comparado, una nueva regulación de la transparencia y el acceso a la información debe referir el objeto del derecho bien a la información, poniendo límites de concreción, o bien a los documentos, entendidos en el sentido más amplio, incluyente de la información obrante en bases de datos que pueda obtenerse con tratamientos sencillos, debiendo articularse la configuración de las bases de datos de forma que puedan dar respuesta a las peticiones de información más reiteradas o destacadas, incluir cualquier información o documentación, final o preparatoria, sin perjuicio de la posible aplicación de límites para preservar la efectividad del proceso de toma de decisiones, y referir el derecho a cualquier información o documentación en poder de los sujetos obligados, haya sido o no generada por estos.

La titularidad del derecho

El artículo 105 CE atribuye el derecho a “los ciudadanos”, fórmula que reitera el artículo 37 LRJAP-PAC, si bien, como ha señalado la mejor doctrina especializada en el tema (Fernández Ramos, 1997:391), la utilización de dicho término en la LRJAP-PAC “responde a una cierta finalidad de ‘política legislativa’, de estilo, de lo que da perfectamente cuenta el debate parlamentario de la ley”, ley que por lo demás incluye a las personas jurídicas y a los extranjeros en la posibilidad de reconocimiento de la condición de interesado en los procedimientos, con los derechos anexos, entre ellos, el de acceso al expediente³². Sin embargo, el art. 57 LPHE no delimita el campo de los titulares del derecho pero sí lo hace el artículo 23 RDA, atribuyéndolo a “toda persona”.

Conforme al Derecho europeo y comparado, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería reconocer el derecho a cualquier persona, sin limitación en razón de la nacionalidad o la residencia ni necesidad de acreditar interés alguno ni de motivar obligatoriamente su petición, en el caso de la información previa solicitud.

Los sujetos obligados³³

El artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común desarrolla el derecho en relación con su propio ámbito de aplicación, definido en su artículo 2, esto es, la Administración estatal, autonómica y local y las entidades de

derecho público con personalidad propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas cuando ejerzan funciones públicas³⁴. Es, pues, una concepción objetiva basada en la personalidad jurídico-pública. Por el contrario, el art. 57 LPHE, por referencia al artículo 49.2 de dicha Ley, se refiere al derecho de acceso a los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios, ampliando así el espectro de obligados.

En línea con el Derecho comparado y comunitario, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería incluir en su ámbito de aplicación a las autoridades administrativas, incluidos los Gobiernos, a los órganos legislativos y judiciales en la medida en que llevan a cabo funciones administrativas, y a las personas físicas o jurídicas privadas en la medida en que ejercen autoridad administrativa, y a las personas privadas físicas y jurídicas en la medida en que ejerzan funciones públicas, presten servicios públicos o funcionen gracias a fondos públicos. Ello obliga, por lo demás, a diseñar un procedimiento completo de acceso, dado que algunos de estos sujetos no se rigen por la Ley de Procedimiento Administrativo.

Las limitaciones

El artículo 105.b) CE establece como límites al acceso a los archivos y registros “salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Tanto la LRJAP-PAC como la LPHE retoman estas excepciones, y las amplían.

- La primera es la referida a la *seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos*. En relación con ella, el artículo 37 LRJAP-PAC que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los expedientes “que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado” (aunque a la vez, remite a su normativa específica el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas) y los “tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando”. Por su parte, el artículo 57 LPHE establece como excepción a la libre consulta la de “los documentos que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o cuya difusión pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos”. En estos casos, no obstante, conforme

dispone la LPHE cabrá solicitar autorización administrativa para el acceso, que podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia³⁵. El RDA añade en su artículo 26 a la averiguación de los delitos “la tutela judicial efectiva de ciudadanos e instituciones”, lo que supone un exceso reglamentario en materia de reserva de ley. En su artículo 27 RDA establece que en el caso de los documentos clasificados es precisa una decisión de desclasificación por el órgano competente para realizarla (por lo que parece que no cabe autorización singular manteniéndose la clasificación) y, en los demás, cuando se trate de documentos o series documentales que incorporen marcas de reserva o confidencialidad, que “el órgano competente para resolver remitirá la solicitud a su superior jerárquico o, según lo que establezcan las normas de organización de los respectivos departamentos ministeriales y entidades de derecho público, al órgano que realizó la declaración de reserva o confidencialidad, para que decidan sobre la concesión de autorización de la consulta” (por tanto, no puede resolver por sí mismo)³⁶. Se ha alterado así lo previsto por la LPHE, por lo que cabe plantearse la legalidad del RDA en este punto.

- La segunda gran excepción es la referida a la *intimidad de las personas*. El artículo 37 LRJAP-PAC dispone al respecto que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas está reservado a estas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, pueden exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. Esta categoría de los documentos que atañen a lo “íntimo”, a la que se equipara lo relacionado con expedientes sancionadores o disciplinarios, se distingue de la de los documentos “nominativos” que “figuren en los procedimientos de aplicación del derecho que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos”, en cuyo caso el acceso “podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”. Por su parte, el artículo 57 LPHE dispone que “Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos”. La indeterminación que luce en este precepto (¿quién tiene que acreditar la fecha de la muerte de un tercero?; ¿el solicitante de acceso?; ¿cómo debe hacerlo si el Registro Civil le veda esta información y reserva solo el acceso a los familiares? Si no se acredita, ¿basta con que hayan

transcurrido cincuenta años desde la fecha de los documentos aunque el afectado esté aún vivo o lleve menos de veinticinco años fallecido?) parece haber concludido a establecer como regla general la de los cincuenta años desde la fecha de los documentos. El asunto se ha hecho candente a partir de la normativa sobre memoria histórica. Para intentar aclarar el panorama, el RDA ha procedido a una regulación sustantiva de esta materia, en su artículo 28, conforme al cual si el dato del fallecimiento no consta (debe entenderse, al responsable del archivo) “el interesado deberá aportar la correspondiente certificación expedida por el Registro Civil”. Ahora bien, “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 sobre protección de datos”. Y, en el caso de los documentos meramente nominativos, “será posible cuando la persona haya fallecido o cuando el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo en el acceso”, que se entenderá presente en “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”. Además, contempla la posibilidad de disociación y posterior concesión del acceso y precisa que la información que contenga datos personales únicamente podrá ser utilizada para las finalidades que justificaron el acceso y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos. En definitiva, ante la indeterminación de la LPHE, la inexistencia de mecanismos por el que los terceros puedan obtener acreditación del fallecimiento de una persona, y con voluntad de compatibilizar la regulación con la normativa sobre protección de datos (ante el absoluto y reiterado desconocimiento entre los bloques normativos del acceso y de la protección de datos³⁷), el RDA se ha decidido por establecer *motu proprio* una modalización del régimen de la LPHE, exigiendo del responsable del archivo una ponderación entre la publicidad, por una parte, y la intimidad y la seguridad, de otra, en los casos de documentos de más de cincuenta años de antigüedad relativos a personas de las que se desconocen si han fallecido o no, y en caso afirmativo, en qué fecha. Ponderación que no existe en la LPHE, que prevé en estos casos el otorgamiento del acceso. Y el RDA establece que, incluso en el caso de datos que no pertenecen a la intimidad pero son personales, hasta tanto el afectado no haya fallecido (lo cual, como se ha dicho, no podrá el tercero demostrar) tampoco el acceso es libre, sino que está reservado a los interesados, considerándose como tales a quienes soliciten el acceso para el ejercicio de sus derechos (se entiende, excluido el propio derecho de acceso, que es considerado implícitamente instrumental) y los investigadores que acrediten que el acceso se produce con una finalidad histórica, científica o estadística. Como puede comprobarse, se trata de

una regulación material del derecho de acceso más restringida de la contenida en el artículo 57 LPHE que pretende compatibilizar transparencia y protección de datos, pero que probablemente excede de los límites reglamentarios e invade de este modo la reserva de ley.

Junto a estas excepciones, que se contemplan como vimos en el artículo 105.b) CE, el artículo 37 LRJAP-PAC establece otras suplementarias, al disponer que el derecho de acceso no puede ser ejercido respecto a los expedientes:

- 1) que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho administrativo, lo cual resulta coherente con el ámbito de aplicación de la propia LRJAP-PAC, delimitado en su artículo 2, por o que puede reputarse innecesaria;
- 2) los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial;
- 3) los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria³⁸.

Junto a todas estas excepciones (que se configuran como absolutas, por bloques de materias, contra lo que es común en el Derecho comparado e impone la propia lógica maximizadora de los derechos), el artículo 37 LRJAP-PAC contempla una cláusula general, que ha sido objeto de crítica también general, que compartimos, según la cual el ejercicio del derecho puede ser denegado “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

También el RDA ha matizado otras limitaciones.

En conclusión, es necesario regular en una futura Ley de Transparencia y Acceso a la Información una lista cerrada de excepciones, de aplicación restrictiva, en línea con las comunes al Derecho comparado y europeo, pues comunes son las necesidades de compatibilizar transparencia y protección de intereses públicos y privados en cualquier sistema jurídico. Debería, además, armonizarse la regulación de las relaciones entre protección del interés público en la seguridad y la defensa y transparencia en dicha Ley y en la Ley que regule los Secretos Oficiales, que debería reformarse para adecuarla a los estándares europeos modernos, sin que sea necesario –aunque no descartable– incluir en un mismo texto normativo ambas regulaciones. En lo que hace a las relaciones entre publicidad y privacidad, deben acogerse una serie de principios: preferencia de la normativa sobre transparencia y acceso cuando el solicitante es distinto del sujeto afectado, prevalencia de la privacidad cuando están en juego datos íntimos y de la publicidad cuando se trate de datos relacionados con la organización, el funcionamiento o los gastos públicos y normas de procedimiento que permitan ponderar correctamente los intereses en juego en casos límite.

El procedimiento

El artículo 37 LRJAP-PAC no contiene indicación alguna de procedimiento: ni plazo, ni sentido del silencio, ni intervención de terceros, etc. Todo queda sometido, pues, a la aplicación de los principios generales contenidos en la propia Ley 30/1992 (entre ellos, el plazo de tres meses y el silencio positivo que actúan como regulación subsidiaria en ausencia de previsión normativa específica). Tan solo dispone la necesidad de concreción de la solicitud³⁹, con la posibilidad excepcional de autorizar el acceso directo a los investigadores⁴⁰, y el derecho a 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 artículo 57 LPHE tampoco regula el procedimiento, para lo que remite al desarrollo reglamentario que, a nivel estatal, ha llevado a cabo el RDA, en sus artículos 23 al 32, como dijimos, limitado a los archivos estatales que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión.

Puede destacarse:

- a) La obligación de asistencia al solicitante de información que pesa sobre el responsable del archivo, teniendo en cuenta las necesidades especiales de algunos colectivos (poco instruidos, discapacitados, etc.).
- b) La solicitud puede presentarse por cualquier medio, incluido los electrónicos, existiendo a tal efecto modelos normalizados, que permita la constancia de los documentos a que se refiere, la identidad del solicitante y una dirección a efectos de comunicaciones.
- c) No es necesario motivar la solicitud, lo que puede hacerse, eso sí, facultativamente (para una mejor ponderación cuando puedan existir motivos de limitación al libre acceso).
- d) Con el fin de facilitar la identificación de los documentos solicitados, el responsable del archivo pondrá a disposición del público los instrumentos de referencia y descripción de los fondos documentales que lo integran, con excepción de los que en aplicación de las limitaciones legalmente previstas no deban constar (debe entenderse que porque su sola mención suponga un atentado contra el bien que se pretende salvaguardar con la reserva, y no, pues, en todo caso, como por lo demás aclara el artículo 26.2 al regular el acceso restringido). Se trata del tema, crucial, de la existencia de registros y ficheros (tendencialmente, informatizados) que permiten una localización de la documentación.
- e) En caso de que la solicitud se refiera a documentos que no obren en poder del órgano al que se dirige, será remitida de oficio al que los posea, si se conoce, dando cuenta de ello al solicitante.

- f) Serán inadmitidas las solicitudes que se consideren abusivas por su carácter manifiestamente irrazonable o repetitivo.
- g) Los documentos y series documentales de acceso restringido, por concurrir una limitación, quedan excluidos de pública consulta y es necesario obtener autorización individualizada en cada caso, que permita la ponderación singular. Se puede también restringir el acceso a documentos y series documentales que no hayan sido previamente catalogadas como de acceso restringido cuando el responsable del archivo considere que a su juicio y a la vista del contenido pueden incurrir en alguna de las limitaciones previstas por la ley.
- h) Las resoluciones de las solicitudes de acceso y de consulta directa se notifican por escrito al solicitante, con indicación de los recursos que procedan contra las mismas, el órgano administrativo o judicial ante el que deban interponerse y el plazo para hacerlo. En el supuesto de ser estimatorias, especificarán la forma y, en su caso, el plazo en el que se facilitarán al interesado los documentos solicitados o será posible la consulta directa. Las resoluciones denegatorias serán motivadas. Cuando la indicación de la existencia o no del documento solicitado suponga incurrir en alguna de las limitaciones al acceso, se desestimará la solicitud, informando al interesado de esta circunstancia.
- i) Las solicitudes deben resolverse y notificarse lo antes posible, y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la recepción por el órgano competente para tramitarla. En todo caso, se tramitarán con carácter preferente las solicitudes que tengan por objeto el acceso a documentos necesarios para el ejercicio de derechos (se presupone, diferentes al propio derecho de acceso, que no es necesariamente instrumental). En estos casos, debe también presuponerse que las solicitudes vengan motivadas y de esta forma se permita conocer qué derechos pretenden ejercerse. En el caso de solicitud de acceso a documentos, cuando el volumen de lo solicitado, su emplazamiento o las dificultades para su reproducción así lo justifiquen, el plazo para resolver puede ampliarse por otro mes, informando de esta circunstancia al solicitante. El cómputo del plazo para resolver se interrumpe cuando se requiera al solicitante la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos, especialmente los relativos al consentimiento de los afectados o cuando una norma exija autorización específica. La interrupción del plazo debe comunicarse al interesado.
- j) Se establece el silencio positivo, lo que, como hemos desarrollado en otro lugar⁴¹, va contra la norma en el Derecho comparado y contra la propia lógica de la existencia de limitaciones, que se verían defraudadas en caso

de concesión automáticas por silencio con el consiguiente sacrificio de los intereses tutelados por dichas excepciones. Evidentemente, al tratarse de solicitudes de información, un silencio positivo no otorga por sí mismo el acceso, pero sí el derecho a hacerlo y a exigirlo de la Administración y el deber consiguiente de esta exigible, en su caso, por vía judicial, alegando inejecución de un acto firme. Debe recordarse que en estos casos no corresponde a los tribunales resolver a la vista de los elementos de fondo, esto es, ponderar la transparencia y los bienes y derechos en juego, sino tan solo comprobar la firmeza del acto y su inejecución, por lo que la regla del silencio positivo resulta a todas luces inasumible.

- k) En cuanto a las modalidades de acceso, se regula la posibilidad excepcional de autorización de entrada en el archivo y consulta directa para quienes acrediten un interés histórico, científico, estadístico y cultural relevante (no se habla de profesionales de la investigación), que puede someterse a condiciones y denegarse en razón de las necesidades de los servicios o de la garantía del carácter restringido de determinados fondos. Cuando existan reproducciones de los documentos solicitados, será esta la forma de acceso como norma general, salvo que se autorice el acceso a los originales cuando la materia o circunstancias de la investigación lo justifiquen y el estado de conservación de los documentos lo requiera. Como regla general, se reconocerá también el derecho a obtener copia de los documentos solicitados, salvo en los siguientes supuestos: 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; y c) cuando la reproducción suponga vulneración de los derechos de propiedad intelectual. La resolución que conceda el acceso expresará si es posible la obtención de copias y las condiciones de uso de las mismas. La expedición de certificaciones y copias y la transposición a formatos diferentes del original podrá someterse al previo pago de las exacciones que estén legalmente establecidas en la normativa sobre tasas y precios públicos.

En una nueva Ley de transparencia y acceso a la información sería necesario diseñar un procedimiento simple, ágil y económicamente asequible para todos los ciudadanos, pues está en juego precisamente su participación efectiva en la vida democrática. Además, debe darse respuesta a temas como el contenido de las decisiones sobre las solicitudes, las modalidades de acceso o el coste del ejercicio del derecho –que puede llegar a originar diversas tareas, como la búsqueda, revisión, reproducción y/o el envío, con mínimas formalidades para la presentación de solicitudes, que pueden hacerse por medios electrónicos, auxiliando al ciudadano para el ejercicio de su derecho, sin exigir en casi ningún caso la expresión

de motivación alguna y con previsión de mecanismos que permitan el traslado de las solicitudes a los órganos que poseen la información. Las solicitudes deben resolverse con prontitud, con plazos máximos que se sitúan mayoritariamente en una banda entre los veinte y treinta días, más inclinados hacia la primera. Cuando haya terceros afectados, debe dárseles entrada en el procedimiento para mejor ponderar, sin por ello otorgarles un derecho de veto. El silencio debe tener valor negativo. Los solicitantes deben poder escoger la modalidad de acceso, siempre que sea razonable y el coste del acceso no puede ser disuasorio, siendo la regla la gratuidad del acceso en dependencias públicas y de pago exclusivo de los costes de reproducción, cuando los hay.

Las garantías

Al margen de la garantía judicial última y de la posibilidad de queja ante el Defensor del Pueblo, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería prever la creación de una institución que permita una respuesta independiente, rápida y eficaz a las reclamaciones de los ciudadanos. En nuestro actual sistema institucional y en nuestro modelo político descentralizado, nos parece la mejor fórmula la creación en el ámbito estatal de una institución colegiada de nombramiento parlamentario de acceso a la información, dejando a las comunidades autónomas la decisión, en el ejercicio de sus competencias de autoorganización, sobre el modelo más adecuado en su ámbito, en el que podría funcionar de forma económica y jurídicamente muy eficaz la fusión de sus competencias con las de protección de datos.

En España, ni la LRJAP-PAC ni la LPHE ni el RDA han establecido previsiones específicas en materia de garantías, por lo que se rige por el sistema de recursos ordinarios administrativo y contencioso-administrativo, como ocurre también en materia ambiental y de reutilización. Sin embargo, la normativa sobre protección de datos sí prevé la existencia de agencias estatales y autonómicas sobre esta materia, que a menudo conocen asuntos relacionados con la comunicación pública de datos personales.

A mi juicio, se trata de una decisión político-administrativa con pros y contras y que debe respetar, en todo caso, en el ámbito autonómico y local, la potestad autonómica para autoorganizarse y para desarrollar el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

En nuestra realidad, debe tenerse en cuenta, me parece, que la extensión de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a las cuestiones sobre transparencia y acceso a la información cuenta con los siguientes inconvenientes:

1. La AEPD tiene un conocimiento especializado en protección de datos. Por tanto, la materia de acceso a la información pública le es ajena, salvo en lo tocante a su conexión con los datos personales. En particular, no pertenecen a su acervo de conocimientos las materias que se anudan a otro tipo de limitaciones al acceso (relaciones exteriores, seguridad pública, persecución de los delitos...).
2. La AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de los datos. Al extender su competencia a la información, se corre el riesgo (que se ha hecho sentir en otros sistemas) de que continúe actuando en una lógica “defensiva” y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales.
3. La AEPD ejerce sus competencias no solo respecto a entidades públicas, sino también respecto a sujetos privados, pues a ambos se le aplica la LOPD, mientras que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene como obligados a sujetos públicos y solo excepcionalmente a sujetos privados cuando ejercen funciones públicas, por lo que los sujetos controlados bajo una y otra ley son diferentes.
4. La AEPD tiene ya una importante carga de trabajo, pues su competencia se extiende a todos los ficheros públicos salvo los autonómicos y locales de comunidades autónomas que hayan creado sus propias agencias y a todos los privados, cualquiera que sea el lugar donde están ubicados, junto con competencias sobre videovigilancia o sociedad de la información.

En caso de que se decidiera atribuirle la competencia sobre transparencia y acceso a la información habría, pues, que intentar combatir las mencionadas desventajas. Respecto a los dos primeros puntos, sería necesario fijar que la Agencia integrara claramente la idea de que en adelante es una entidad de transparencia y protección de datos. Se requeriría una nueva cultura que fuera acompañada de una nueva organización interna que reflejara esta dualidad y, en su caso, de un reciclaje formativo de una parte de su personal. En relación con los dos últimos aspectos, sería necesario dotar a la Agencia con un incremento de medios personales y tal vez materiales, e incidir en la formación sobre las nuevas materias. Parece claro que ello no implicaría una duplicación de costes y que, por tanto, no quedaría anulado el objetivo de ahorro presupuestario, pero sí hay que asumir que no se puede extender la competencia de la AEPD con coste cero.

Sin embargo, y desde un punto de vista de política organizativa y eficacia presupuestaria, sí me parece más evidente que la unificación de competencias estaría más claramente justificada en el caso de las agencias autonómicas, en la medida en que muchas de esas desventajas no concurren o lo hacen en menor medida. En efecto:

1. En el ámbito autonómico, la protección de datos es la principal limitación a la transparencia, dado que muchas de las restantes, como las antes relacionadas, son en principio ajenas al ámbito de competencias de las comunidades autónomas.
2. El modelo de agencias autonómicas está aún, en gran medida, por desarrollar, pues, si bien han sido incluso previstas en la mayor parte de la nueva generación de estatutos de autonomía⁴², la realidad es que por el momento solo se han creado tres, la madrileña, la catalana y la vasca, por este orden temporal, todas ellas, además, más recientes que la española, por lo que es posible aún crear o adaptar (en estos tres casos) una institución que responda plenamente a esta doble lógica ponderada de la publicidad y de la privacidad.
3. Las agencias autonómicas ejercen sus funciones exclusivamente sobre ficheros públicos, porque así lo establece la LOPD y lo ha refrendado el Tribunal Constitucional en su sentencia 290/2000 –estableciéndolo, de forma probablemente excesiva, como una derivación necesaria del artículo 149.1.1 CE⁴³–. De este modo, y a partir de una concepción funcional del ejercicio de funciones públicas tanto en materia de acceso a la información como de protección de datos, se llega a una potencial coincidencia en el ámbito de los sujetos obligados.
4. Finalmente, y como consecuencias de las tres características diferenciales apuntadas, la carga de trabajo de las agencias autonómicas es inferior, por lo que podrían asumir razonablemente la competencia en materia de acceso a la información⁴⁴.

Medidas complementarias

En España, una auténtica falla del sistema ha sido la (falta de) regulación estatal de la gestión documental administrativa. En la doctrina española, Fernández Ramos ha explicado claramente en diversos escritos las “razones” históricas de la peculiaridad española acogida en el artículo 49.2 de la Ley de Patrimonio Histórico, que asocia los archivos –todos ellos, con independencia de la antigüedad de la documentación y de su valor histórico– al título competencial relativo al patrimonio cultural, y la enorme disfunción jurídica, organizativa y funcional que ello ha generado⁴⁵, y que trata de salvar, como hemos comprobado, el RDA, que fue aprobado por el Ministerio de la Presidencia y que adscribe el mismo a la Comisión de Archivos de la Administración General del Estado, órgano interministerial encargado de elaborar las instrucciones, recomendaciones, manuales y criterios para garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de archivos e impulsar la gestión coordinada de los mismos. Su Presidente es el Subsecretario del

Ministerio de la Presidencia y su Vicepresidente el Subsecretario del Ministerio de Cultura y en el que se integran representantes de dichos Ministerios y de los demás, así como de los Archivos General de la AGE y Provinciales. Además, en cada ministerio se constituyen Grupos de Trabajo adscritos a la Subsecretaría. En él se integran representantes de los Ministerios. A este órgano interministerial se adscribe ahora la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos como órgano consultivo superior. Este RDA ha dotado por fin de una regulación a nuestro sistema archivístico, al regular el Sistema Español de Archivos y el Sistema de Archivos de la AGE y de sus organismos públicos que esperamos suponga un hito en la modernización de la gestión de la información administrativa.

En lo que respecta a la estructura organizativa al margen de la regulación archivística, la norma estatal de referencia es el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, que regula los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, que crea el Centro de información administrativa y las unidades departamentales de información administrativa. Además, se contemplan las oficinas de información y atención al ciudadano. Una comisión interministerial de información administrativa actúa como órgano de coordinación de las comisiones ministeriales de información administrativa. A esta estructura se yuxtapone la red de oficinas integradas de atención al ciudadano 060, creadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005, modelo de “ventanilla única” basada en la colaboración voluntaria con las comunidades autónomas a través de convenios marcos, y que establece tres niveles de oficinas, que van acumulando y sumando competencias: de contacto, de información y de gestión integral. Lo cierto es que en la realidad, ni los diferentes órganos creados sobre el papel han tenido apenas funcionamiento ni la red 060 ha desplegado sus potencialidades.

En definitiva, es preciso dotar al derecho de acceso de eficacia, y eso pasa por una buena regulación y práctica de la gestión documental –acabando con la anomalía de la aproximación “cultural” a la información y documentación administrativa– la formación y especialización de las autoridades y funcionarios responsables de gestionar las decisiones sobre publicidad de la información, la previsión de sanciones disciplinarias para los que obstaculicen la aplicación de la ley, la creación de guías ciudadanas que hagan accesible a los ciudadanos el entendimiento de alcance del derecho y su ejercicio, unidos al auxilio personal a quien lo requiera, o la llevanza y publicidad electrónica de registros de documentos que permitan búsquedas con criterios sencillos.

La publicidad activa

El recientemente aprobado RDA incluye en su artículo 19 medidas de difusión de los documentos de archivo y de otros recursos culturales o informativos del Sistema Español de Archivos. Así, dispone que el Ministerio de Cultura impulsará

programas dinámicos encaminados a asegurar la difusión al conjunto de la sociedad, de los contenidos y de los servicios telemáticos y presenciales que ofrecen los centros de archivo del Sistema Español de Archivos, a través de:

- a) El desarrollo del Portal de Archivos Españoles que pone en Internet y al servicio de los ciudadanos, las bases de datos descriptivas y las imágenes digitalizadas de los documentos de los centros de archivo del Ministerio de Cultura y de cualquier otro centro de archivo del Sistema Español de Archivos que quiera adherirse a la mencionada plataforma, con el fin de fomentar el acceso libre y gratuito de los usuarios a los contenidos culturales e informativos que se custodian.
- b) El impulso a través del Centro de Información Documental de Archivos, del Censo Guía de Archivos, como guía electrónica y directorio de los archivos de España e Iberoamérica, que permite a los ciudadanos la localización inmediata de los centros de archivo así como los fondos y colecciones que custodian y los servicios que estos prestan
- c) La elaboración de un catálogo colectivo accesible por Internet, que incluya información de los ejemplares bibliográficos y hemerográficos de las bibliotecas históricas y las bibliotecas especializadas o auxiliares de los archivos del Ministerio de Cultura, coordinado desde el Centro de Información Documental de Archivos.
- d) El diseño y desarrollo de estrategias de comunicación y marketing y la utilización de la Web como instrumento inmediato de información.
- e) La programación y el diseño de exposiciones presenciales y visitas y exposiciones virtuales que permitan divulgar los documentos de archivo así como su interés histórico, científico y cultural.
- f) El impulso de actividades pedagógicas que acerquen los archivos y el contexto histórico de producción de los documentos a los estudiantes de los diferentes ciclos formativos.
- g) El desarrollo de programas de edición electrónica y en papel, de instrumentos de referencia, catálogos, boletines informativos y de cualquier otra obra de interés para el conocimiento y difusión del patrimonio documental.
- h) El apoyo y fomento de jornadas, conferencias, congresos y actividades culturales relacionadas con el ámbito de los archivos.

A ello añade en sus artículos 20 a 22 una regulación de los documentos electrónicos y la preservación digital que prevé, entre otros, la digitalización de los archivos y la implantación progresiva de los servicios telemáticos que permitan recoger, gestionar y dar respuesta al conjunto de solicitudes, reclamaciones y sugerencias que realicen los ciudadanos sobre acceso, localización, reproducción,

u otras cuestiones relacionadas con los documentos o los servicios que prestan los archivos del Sistema.

Por su parte, la LRJAP-PAC en su artículo 37.9 obliga a publicar relaciones documentales, si bien deja en una casi total indeterminación a qué tipo de publicación se refiere, qué información abarca, con qué periodicidad o cuáles son las vías de impugnación en caso de incumplimiento. El artículo 37.10, inspirado en la Ley francesa, refiere la publicación a circulares e instrucciones de aplicación del derecho, pero no a actos referentes a la organización y funcionamiento internos de la Administración. El precepto conecta con el 21.2, conforme al cual: “Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda”. De nuevo se omite precisar a qué modalidad de publicidad se refiere y su periodicidad. La referencia a los procedimientos omite, respecto a su modelo francés, o al portugués, que lo sigue, que se trata de documentos que comporten “una descripción de los mismos”, y no de interpretaciones sobre el propio procedimiento. La Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula el acceso a la información ambiental dedica un capítulo a la difusión por las autoridades públicas de la información ambiental. Al margen de las materias incluidas en esta obligación de publicidad proactiva, reguladas en los artículos 7 al 9, interesa destacar los principios generales contemplados en el artículo 6, que consagran el papel capital de dicha forma de publicidad y la preferencia por la publicidad telemática.

Desde luego, a nivel estatal, no es la única disposición encaminada a aportar transparencia a la actividad pública. Así, en relación con la publicidad de actos administrativos en tablones y boletines oficiales en papel y en formato electrónico, en la propia Ley 30/1992 se prevén mecanismos de publicidad en los artículos 59 y 60, en conjunción con los artículos 11 y 12 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Prevén también la publicación oficial diversas normas atinentes a los elementos más relevantes para el conocimiento y control de la organización, la actividad y los gastos públicos, como los artículos 62.1.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público y el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en materia de función pública; el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, acerca de la identidad de los beneficiarios y los términos de las subvenciones; el artículo 138 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, respecto de las adjudicaciones; y diversas normas sectoriales prevén la publicidad de las sanciones para conductas graves en salud humana (medio ambiente, narcotráfico, blanqueo de capitales, espectáculos taurinos, consumo, etc.); los acuerdos de cambio de apellidos, la concesión de indultos o los recursos gubernativos contra calificaciones registrales. Asimismo, se prevén medidas de transparencia en el ejercicio de responsabilidades públicas en el Código de Buen Gobierno

de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005); en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, con la creación del registro de actividades, que tiene carácter público, y el de bienes y derechos patrimoniales, que tiene carácter reservado y solo podrán tener acceso al mismo, además del propio interesado, determinados sujetos cualificados. Además, se dispone que el contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los secretarios de Estado se publique en el Boletín Oficial del Estado, en los términos previstos reglamentariamente en el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo. Finalmente, cabe aludir al Acuerdo de 14 de enero de 2005 de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos, sobre Mejoras en el Ámbito de la Información Administrativa y Estadística, conforme al cual el conjunto de la información económica y estadística debe publicarse de manera periódica y previsible, cumpliendo unos calendarios conocidos por el ciudadano, en un formato accesible, facilitando las fuentes, notas metodológicas y modelos utilizados. Los ejemplos más significativos de mejora se encuentran en el ámbito tributario y fiscal, en comercio exterior y en paro registrado. Fue ampliado por el Acuerdo de 11 de mayo de 2006 de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. A nuestro juicio, los sitios electrónicos de las diferentes Administraciones Públicas deberían ofrecer en su página inicial una ventana relacionada con el acceso a la información, como sucede en los países avanzados de nuestro entorno.

Una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debe ser necesariamente una Ley adaptada a la actual sociedad de la información, que dé el salto cualitativo de la publicidad pasiva a la activa, y que establezca disposiciones todo lo precisas posible que obliguen a poner a disposición de todos los ciudadanos en Internet la principal información que les permita participar, controlar y con ello contribuir a una gestión pública más eficaz y transparente. Buena parte de esta información ya es objeto de publicidad oficial; se trata, sobre todo, de centralizarla y ponerla en formatos que permitan su fácil localización y, en su caso, su posterior tratamiento.

Bibliografía

- Ackerman, J., y Sandoval, I. (2005), The Global Explosion of Freedom of Information Laws, *Administrative Law Review*, pp. 85-130;
- Álvarez Rico, M. (1979), El derecho de acceso a los documentos administrativos, *Documentación Administrativa*, núm. 183, pp. 103-133;
- Andrés Pereña, R. (2010), El derecho a la información de los ciudadanos ¿para cuándo?: el Gobierno regulará por ley el acceso a la información, *Archivamos: Boletín ACAL*, núm. 75, pp. 5-7;

- Banisar, D. (2006), Freedom of Information around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Records Laws, <http://freedominfo.org/countries/index.html>
- Carpizo Mc Gregor, J. (2004), Vida privada y función pública, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 3, pp. 61-71;
- Cendejas Jáuregui, M. (2010), El derecho a la información. Delimitación conceptual, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, pp. 3-47;
- Cendejas Jáuregui, M. (2007), Evolución histórica del derecho a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, pp. 57-84;
- Comisión Europea (2003), Comparative analysis of the Member States' and candidate countries' legislation concerning access to documents, 1 de julio de 2003, SG/616/03, Directorate B;
- Comisión Europea (2000), Estudio comparado de la regulación del derecho de acceso a la información en los Estados miembros, de 9 de octubre de 2000, www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/acc_doc/index_fr.htm#;
- Díaz, V. y Bringas Valdivia, J. M. (2007), Autoridades reguladoras independientes en materia de acceso a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, pp. 81-102;
- Fernández Casado, N. (2008), La información como derecho: Zapatero anuncia una ley para garantizar el acceso a la información pública, *Archivamos: Boletín ACAL*, núm. 69, pp. 5-6;
- Fernández Cuesta, P. (2010), El secreto desvelado: algunas notas apresuradas sobre el proyecto de ley de acceso a la información pública y los archivos, *Archivamos: Boletín ACAL*, núm. 77, pp. 5-7;
- Fernández Ramos, S. (2005), Políticas y normativas arhivísticas, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza;
- Fernández Ramos, S. (1997), El derecho de acceso a los documentos administrativos, Marcial Pons, Madrid; Florini, A. (ed.) (2007), *The Right to Know: Transparency for an Open World*, New York, Columbia University Press;
- Fung, A., Graham, M., y Weil, D. (2008), Full disclosure. The perils and promise of transparency, Cambridge University Press;
- Guichot, E. (2009), Publicidad y privacidad de la información administrativa, Civitas, Madrid;
- Guichot, E. (2008), El reparto de competencias sobre protección de datos tras los nuevos Estatutos de Autonomía, *Justicia Administrativa*, núm. 39, pp. 5-18;
- Guichot, E. (2003), El nuevo Derecho europeo de acceso a la información, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 283-316;
- Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla;
- Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid;
- Guichot, E. (2012), "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho comparado de la Información*, núm. 19, pp. 135-188;
- Hollrah, R. (2005), La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 6, pp. 103-154;
- Holsen, S. (2007), Journalists' Use of the UK Freedom of Information Act, *Open Government: a journal on freedom of information*, vol. 3, pp. 1-16;

- Ibarra Palafox, F. (2009), Poderes privados y transparencia, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 14, 2009, pp. 111-168;
- Jáuregui, M. (2007), Evolución histórica del derecho a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, pp. 57-84;
- Kranenborg, H. y Voermans, W. (2005), Access to Information in the European Union. A comparative Analysis of EC and Member State Legislation, Europa Law Publishing, Groningen;
- Lakhani, K. R., Austin, R. D., Yi, Y. (2009), Data.gov, <http://hbr.org/product/data-gov/an/610075-PDF-ENG?Ntt=610075>;
- Lessig, L. (2009), Against transparency, The New Republic, <http://www.tnr.com/article/books-and-arts/against-transparency>;
- Lessig, L. (2009), Code version 2.0, Basic Books, Nueva York, 2006. (Código 2.0, Traficantes de sueños, Madrid);
- Lessig, L. (2001), Code and other laws of cyberspace, Basic Books, Nueva York, 1999. (El código y otras leyes del ciberespacio, Santillana, Madrid);
- Mendel, T. (2006), Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 8, pp. 3-15;
- Mendel, T. (2003), Libertad de información: derecho humano protegido internacionalmente, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 1, pp. 41-74;
- Mestre Delgado, J. F. (1993), El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, Civitas, Madrid;
- Mirón Reyes, J. A. (2006), Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 8, pp. 45-52;
- Piñar Mañas, J. L. (2009), Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio, Documento de trabajo 147/2009, Fundación Alternativas, <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/seguridad-transparencia-y-proteccion-de-datos-el-futuro-de-un-necesario-e-incierto-equilibrio>;
- Piñar Mañas, J. L. (2010), Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario, en Ruiz Ojeda, A. L., (coord.), El gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña, Iustel, Madrid, pp. 1023-1044;
- Pomed Sánchez, L. A. (1989), El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, INAP. Madrid;
- Siraj, M. (2010), Exclusion of private sector from freedom of information laws: implications from a human rights perspective, *Journal of alternative perspectives on social sciences*, volumen 2, núm. 1, pp. 211-226;
- Villanueva, E. (2006), Derecho de acceso a la información en el mundo, Porrúa-UNAM, México DF;
- Villaverde Menéndez, I. (1995), Los derechos del público, Tecnos, Madrid;
- Vleugers, R. (2010), Fringe Special. Overview of all FOIA laws – Sept. 20 2010, en: <http://www.statewatch.org/news/2010/sep/foia-fringe-special-overview-sep-20-2010.pdf>

Notas

¹ Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

² Guichot, E. (2003), El nuevo Derecho europeo de acceso a la información, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 283-316; Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla.

³ Guichot, E. (2012), “Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América”, *Derecho comparado de la Información*, núm. 19, pp. 135-188.

⁴ Con su precedente en Suecia ¡en 1766! (última versión 1976) y, posteriormente, en 1951, Finlandia (u.v. 2009); en 1970, Dinamarca (u.v. 2000) y Noruega (u.v. 2006); y en 1978, Países Bajos (u.v. 2009).

⁵ Estados Unidos de América en 1966 (u.v. 2007), en 1982, Canadá (u.v. 2001), Nueva Zelanda (u.v. 2003) y Australia (u.v. 2009).

⁶ Lo he estudiado recientemente *in extenso* en *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla, 2011.

⁷ Véanse, entre otros, Ackerman y Sandoval (2005:85-130); Banisar (2006); Cendejas Jáuregui (2007:57-84), Florini (2007); Mendel (2003 y 2006); Villanueva (2006).

⁸ Véanse al respecto los datos sobre número de solicitudes de acceso por año por país y *per cápita* en el análisis de Vleugers (2010). Se trata, desde luego, tan solo de un indicador, crecientemente menos significativo con la generalización de la puesta a disposición de la información de forma activa en Internet. No obstante, aparecen en los primeros lugares de la lista países de contrastada tradición en esta materia como Noruega, Estados Unidos, Canadá o México (donde, como veremos, se ha puesto especial empeño en alcanzar un nivel muy elevado de transparencia) y en los últimos países africanos y antiguas repúblicas socialistas soviéticas de Asia. Asimismo, se maneja una lista de países con dos o más indicadores negativos (menos de una solicitud por cada 100.000 habitantes al año; exigencia de interés especial; bajas posibilidades o práctica de reclamaciones o apelaciones; poca ejecución de las decisiones; posibilidad de veto gubernamental; costes). Entre los países que reúnen más de dos criterios negativos (Bélgica, Georgia, Italia, Liechtenstein, Moldavia, Panamá, Tayikistán, Ucrania, Uzbekistán y Zimbabue), la mayoría son europeos. Italia y Liechtenstein, por exigir interés especial (únicos en el mundo junto con Nepal) y Ucrania, por sus bajas posibilidades de recurso y pobre ejecución de las decisiones.

⁹ S. Fernández Ramos (véase, en especial, Políticas y normativas archivísticas, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza, octubre de 2005, gentilmente puesto a mi disposición por su autor) ha explicado claramente en diversos escritos las “razones” históricas de la peculiaridad española acogida en el artículo 49.2 LPHE, que considera integrantes del patrimonio documental todos los documentos administrativos (“Forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”) y en consecuencia asocia los archivos –todos ellos, con independencia de la antigüedad de la documentación y de su valor histórico– al título competencial relativo al patrimonio cultural, y la enorme disfunción jurídica, organizativa y funcional que ello ha generado.

¹⁰ “1. La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas: a) Con carácter general, tales documentos concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta [...] 2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos”.

¹¹ Artículo 8.

¹² Artículos 23 a 32.

¹³ Junto con esta regulación, hay que mencionar la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, aprobadas al calor de la necesidad de transponer sendas directivas comunitarias, que deberían ser un complemento, una parte (en el caso de la primera) o una regulación específica (en el caso de la segunda) respecto a una ley general de Transparencia y acceso a la información.

¹⁴ El compromiso de promover en esta legislatura la aprobación de una nueva ley “que garantice el mayor acceso posible a la información pública en España” fue reafirmado por el presidente del Gobierno, en la ceremonia de clausura de la 64ª asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, el 7 de octubre de 2008, entre otros foros [Fernández Casado (2008: 5-6) y Andrés Pereña (2010: 5-7)].

¹⁵ http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf

¹⁶ Fernández Cuesta (2010:5-7).

¹⁷ Mediante la resolución número 33 aprobada tras el Debate sobre el Estado de la Nación de 2010, “sobre el derecho de libre acceso a la información pública”, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a: “1. Presentar, en el presente año, un Proyecto de Ley de acceso a la información pública para toda la ciudadanía de obligado cumplimiento para todos los poderes del Estado, las entidades que ejercen funciones públicas y aquellas otras que perciban fondos públicos. 2. Limitar dicho derecho de acceso en los supuestos previstos en la Constitución y los Convenios internacionales, con pleno respeto a los derechos fundamentales, y mediante resolución debidamente motivada. 3. Garantizar que en dicha ley se determine un trámite para la obtención de la información sencillo, rápido y gratuito que, en caso de incumplimiento o denegación, dé derecho a un proceso eficiente de reclamación y apelación. 4. Atribuir a una autoridad independiente la garantía del derecho al libre acceso a la información pública y, en consecuencia, la competencia para resolver sobre la entrega de la información solicitada”.

¹⁸ El movimiento conocido como 15-M, “Democracia Real Ya”, abanderó como una de sus reivindicaciones más señeras la necesidad de aprobación de una Ley de Transparencia.

¹⁹ Proposición de Ley relativa a la Transparencia, Acceso a la Información y Bueno Gobierno, de 28 de junio de 2011, con mayor regulación de la publicidad activa y sin órgano independiente de control como principales diferencias.

²⁰ Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública del Grupo Parlamentario Socialista de 27 de diciembre de 2011.

²¹ Proposición de Ley sobre Transparencia y lucha contra la corrupción del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia de 5 de enero de 2012.

²² Junto con numerosos editoriales y artículos de opinión aparecidos en los últimos años en casi todos los diarios, baste señalar la propuesta de resolución conjunta de los diarios *ABC* y *El País* en la 64ª asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, el 7 de octubre de 2008).

²³ Al respecto, hay que destacar que la aprobación de una Ley de acceso a la información es el objeto de la llamada “Coalición pro acceso”, creada en octubre de 2006. Junto con ciudadanos a título individual, está integrada por quince organizaciones no gubernamentales (el número de ellas se encuentra en permanente aumento) y prestigiosas asociaciones. No hace mucho tiempo, hizo público un informe (“Cuando lo público no es público. ¿Por qué se necesita una ley de acceso a la información pública en España?”), elaborado a partir del seguimiento de cuarenta y una solicitudes de información presentadas ante veintitrés instituciones públicas españolas en el último año. Los resultados son elocuentes y ponen de manifiesto hasta qué punto la combinación de una mala regulación y de la ausencia de una cultura administrativa de la transparencia vienen a situarnos a la zaga de las democracias avanzadas. En positivo, esta misma coalición ha elaborado un catálogo con nueve principios básicos que deberían inspirar la futura regulación, y que no son más que un compendio de las regulaciones existentes en otros países, a saber: el derecho a la información es un derecho de todos; el derecho se aplica a todas las entidades públicas; realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito; los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes; el secreto y la denegación de la información son la excepción; las denegaciones de acceso a la información deben ser

limitadas y estar debidamente motivadas; toda persona tiene el derecho de recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas; las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público información básica y esencial sin que sea necesario realizar una solicitud; el derecho debe ser garantizado por un órgano independiente.

²⁴ Por todos, Fernández Ramos, S. (1997), *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid; Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid; Piñar Mañas, J. L. (2011), “La necesidad de una ley de transparencia”, en Blasco Esteve, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo*, INAP, Madrid.

²⁵ Una reflexión general sobre la naturaleza y alcance del derecho a la información en Mendel (2003:41-74) y en Cendejas Jáuregui (2010:3-47).

²⁶ Es esta la solución a que se ha llegado en la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006, en el caso *Claude Reyes* y otros contra Chile, interpretando el artículo 13 de la Convención).

²⁷ En Europa se repite esta dualidad de enfoques con un mismo resultado de considerar el derecho de acceso como un derecho fundamental. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, fuente crucial de interpretación de los derechos constitucionales conforme al artículo 10.2 de la Constitución, no reconoce expresamente el derecho de acceso a la información pública. En diversas ocasiones, se ha planteado ante el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) si este derecho debe considerarse incluido en el artículo 10 CEDH, referido a la libertad de expresión, que comprende la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber interferencias de la autoridad pública²⁸. Tras una jurisprudencia vacilante, en 2009 parece haberse asumido ya que el derecho de acceso a la información pública forma parte de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, incluyendo una admisión expresa de que su jurisprudencia ha evolucionado en este punto. Si bien se trata de asuntos en que los solicitantes de informaciones o ideas son, por así decirlo, sujetos cualificados—un historiador y una organización no gubernamental, lo que por lo demás es algo común en el espectro de solicitantes de información en todos los sistemas jurídicos—, el tenor de las sentencias parece apuntar a la generalidad de este enfoque²⁹. Este enfoque, de hecho y como coincide con el de los documentos emanados del Consejo de Europa en forma de recomendaciones o convenios, incluido el Convenio núm. 205 de 2009, que enlazan de modo expreso el derecho de acceso a la información pública con la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 CEDH y con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por su parte, en el Derecho comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, consagró asimismo el derecho de acceso como derecho fundamental relacionado con la ciudadanía en su artículo 42, autónomo de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información, y figura hoy además en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (TFUE, conocido también como Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009). Además, como es sabido, el Tratado de Lisboa ha dado rango constitucional a la Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada en 2000. Asimismo, el juez comunitario ha puesto de relieve desde un principio esta vinculación entre derecho de acceso y principio de democracia y transparencia (desde la STJ de 30 de abril de 1996, Reino de los Países Bajos (apoyado por el Parlamento) contra Consejo, asunto C-58/94, Rec. 1996, pág. I-2169).

³⁰ Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

³¹ Conforme a la disposición adicional sexta, “las disposiciones del presente Real Decreto se aplicarán sin perjuicio de las reglas específicas de acceso a los fondos de los Archivos Históricos de titularidad y gestión estatal, en razón de su carácter de archivos abiertos al público, siempre que resulten más favorables al derecho de acceso”.

³² Conforme a la disposición adicional séptima, el derecho de acceso a archivos y documentos custodiados por el Ministerio de Cultura en virtud de compra, comodato, depósito, donación o cualquier otra figura jurídica, se someterá a las condiciones establecidas en el título en el que se materialice dicho negocio jurídico”. Si se trata de documentos de autoría de las Instituciones europeas, el acceso se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria, como dispone la disposición adicional octava “El

acceso a los documentos de las instituciones europeas que se encuentren en los archivos incluidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto se realizará sin perjuicio de las previsiones contenidas en la normativa europea y, en particular, de lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”. Conforme a su artículo 5: “Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento. Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución”. Sobre el particular, véase Guichot, E. (2003), El nuevo Derecho europeo de acceso a la información, *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 283-316; Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla.

³³ Por su parte, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público prescinden ya de estas restricciones, situándose en armonía con las directivas que desarrollan.

³⁴ La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente señala que “solicitante” de información ambiental puede ser cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos, que solicite información ambiental, requisito suficiente para adquirir la condición de interesado. La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público tampoco exige ningún requisito especial para ser solicitante.

³⁵ Si bien la necesidad de transparencia es predicable de todos los poderes públicos, en este trabajo nos centramos en la transparencia gubernamental y administrativa. Sobre la publicidad de actuaciones legislativas y judiciales, me remito a Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, *Fundación Alternativas*, Madrid, pp. 18-21.

³⁶ Este ámbito no es enteramente coincide ni con el de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente ni con el de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

³⁷ La regulación de esta materia se halla aún en la Ley preconstitucional 9/1968, de Secretos oficiales, reformada por la Ley 48/1978, según la cual “podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”. Hay, pues, un paralelismo entre el límite al acceso contemplado en el artículo 105 CE, el previsto en el 37.5 de la Ley 30/1992 y las materias que pueden clasificarse como secretos de Estado. Ahora bien, ninguna norma concreta que deba entenderse como asuntos relativos a seguridad y defensa. La Ley de Secretos Oficiales, a diferencia de sus homólogas en el Derecho comparado, no fija un plazo o un procedimiento para reconsiderar la decisión o en su caso a entender *ope legis* producida la desclasificación, de tal forma que se exige siempre una desclasificación formal (como lo subrayó el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995). Además, prevé que tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declararlas por Ley, como ocurre con la Ley 11/1995 sobre uso de los fondos reservados. Se plantea por todo ello la pertinencia de modificar o sustituir dicha Ley y, en todo caso, coordinar la exclusión de la información que afecte a la defensa y a la seguridad nacional con la normativa sobre secretos oficiales. El ámbito de una u otra parece idéntico, por lo que podría preverse en ambos casos que puede denegarse el acceso cuando “pueda dañar o poner en riesgo” (fórmula empleada actualmente por la Ley de Secretos Oficiales, añadiéndose que se denegará en todo caso cuando se trate de materia clasificada y que, en caso contrario, la denegación corresponderá al órgano competente para clasificar y, en caso de denegación, se procederá a su clasificación). Además, había que integrar no solo la defensa nacional, sino la actuación en el marco de organizaciones internacionales.

³⁸ La disposición adicional cuarta establece que “El Sistema Archivístico de la Defensa se rige por su normativa específica. No obstante, el régimen de acceso a los documentos obrantes en el mismo será el

establecido en el presente Real Decreto.” Y la disposición adicional quinta establece que la posibilidad de establecimiento de un sistema Archivístico propio del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si bien “en todo caso, el régimen de acceso a los documentos obrantes en dicho sistema archivístico será el establecido en el presente Real Decreto”.

³⁹ Respecto al derecho a la protección de datos, el Tribunal Constitucional ha considerado que el artículo 18.4 supone el reconocimiento en nuestra Carta Fundamental del derecho a la protección de datos, que es un derecho autónomo del derecho a la intimidad (desde su sentencia 254/1993, de 20 de julio). Tuvo su primer desarrollo legal en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), y actualmente se encuentra regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) y en sus reglamentos de desarrollo. La LORTAD, antes, y ahora la LOPD, sencillamente, ignoran la cuestión. La regulación del régimen de la comunicación de datos no contempla específicamente este supuesto, que queda por tanto bajo el paraguas general que pueda otorgarle una ley específica que autorice la comunicación in-consentida. Por su parte, el régimen específico de los ficheros públicos, que sí regula la comunicación de datos de una Administración Pública a otra en el artículo 21, no contiene ninguna previsión respecto a su comunicación a particulares, salvo la relativa a la prohibición general de comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público, que no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa. Reina el más absoluto silencio en ambos bloques normativos acerca de las relaciones entre acceso y protección de datos, silencio especialmente criticable cuando concurre la circunstancia de que la LORTAD y la LOPD son coetáneas, respectivamente, a la LRJAP-PAC y a su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, falta de la necesaria conexión esta pese a la contemporaneidad en la aprobación de estas regulaciones que ha sido constatada por el propio Tribunal Supremo, en la STS de 31 de octubre de 2000. Sobre este tema, me remito a Guichot, E. (2009), *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid y la bibliografía allí citada.

⁴⁰ La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente prevé su propio sistema de excepciones. El artículo 3 de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público remite a las excepciones contempladas en la LRJAP-PAC y en leyes singulares a la vez que las complementa con otras específicas.

⁴¹ Al establecer que el derecho será ejercido “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”.

⁴² “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”.

⁴³ Me remito a Guichot, E. (2011), *Transparencia y acceso a la información en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid.

⁴⁴ Al respecto, he escrito en El reparto de competencias sobre protección de datos tras los nuevos Estatutos de Autonomía (2008:5-18).

⁴⁵ Véanse las consideraciones sobre el particular en el artículo mencionado en la nota anterior.

⁴⁶ Piñar Mañas (2010:1023-1044) se muestra favorable a un sistema de agencia única, que es “la tendencia más actual” y, de hecho, “los modelos inglés y alemán, recientes, se han mostrado sumamente eficaces”, cuya principal virtud es que aporta “una perspectiva de conjunto”. Correspondería a las comunidades autónomas fijar su propio modelo y si no podría aplicarse el sistema previsto en la LOPD y bendecido por el Tribunal Constitucional en su STC 290/2000, conforme al cual, a falta de atribución de las competencias sobre acceso a la información a autoridades independientes autonómicas, estas podrían recaer en la AEPD. También en Piñar Mañas (2009).

⁴⁷ Véase, en especial, Políticas y normativas archivísticas, Congreso Los archivos municipales en la España democrática, Zaragoza, octubre de 2005, gentilmente puesto a mi disposición por su autor.



pandora
gestión documental

cincodias.com

La gestión documental, un salvavidas en plena crisis.

La externalización de los archivos y procesos permite rebajar los costes de esta partida hasta en un 50%, lo que asegura la supervivencia de muchas empresas.

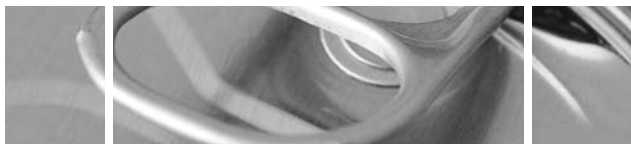
- **ASESORAMIENTO** en la gestión integral de sus documentos.
- **CLASIFICACIÓN y ORDENACIÓN** adaptadas a cada organismo.
- **SIMPLIFICACIÓN** de los flujos de trabajo a fin de evitar colapsos de documentación.
- **FORMACIÓN** del personal en materia archivística.
 - **DIGITALIZACIÓN** certificada.
- **IMPLANTACIÓN DE SOFTWARE** a medida.
 - **DESTRUCCIÓN** confidencial.
 - **CUSTODIA** de archivos.
- **Realización de AUDITORÍAS** periódicas.

Noelia Vicente Castro
TLF. 646804495
Diego Rodríguez Gutiérrez
TLF. 639372958

www.pandoragestiondocumental.es
info@pandoragestiondocumental.es
C/Giuseppe Verdi, 1,3-2. 05003 ÁVILA







MIGUEL SUÁREZ CURBELO / SAMUEL CARRILLO FUMERO

Transparencia, interdisciplinariedad y participación social en el proceso de valoración documental

Sin duda, la controversia iniciada hace décadas en relación al acceso a la información disponible en las administraciones públicas, en su sentido más amplio, ha suscitado numerosos debates desde el ámbito de la sociología política, la filosofía moral o la economía. Ya centrados en nuestro ámbito profesional, este debate ha quedado circunscrito a las distintas formulaciones de corte jurídico-administrativa, junto a las propuestas de mejora que han desarrollado los profesionales de la Archivística. Sin embargo, y a pesar de las iniciativas legislativas publicitadas recientemente, tanto en el ámbito de la Unión Europea¹ como en el caso del Gobierno español², da la impresión de no haberse alcanzado un acuerdo sobre cuestiones esenciales para garantizar derechos constitucionales que armonicen el interés objetivo a la privacidad junto a intereses sociales que trascienden el ámbito privado de las relaciones sociales³.

Crisis del sistema de representatividad

Buena parte de las iniciativas en materia de acceso a la información se han desarrollado como respuesta a la crisis de representatividad de los partidos políticos en las democracias liberales. Uno de los fenómenos que caracteriza nuestra sociedad

*Miguel Suárez Curbelo. E-mail: msuacurl@gobiernodecanarias.org
 Archivo de la Presidencia del Gobierno. Administración Pública del Gobierno de Canarias
 Samuel Carrillo Fumero. E-mail: 3f7c9d1s@gmail.com
 Asociación de Archiveros de Canarias (ASARCA)*

es la creciente desconfianza que los ciudadanos experimentan con respecto a la clase política. Descontento, que está ampliamente documentado por la literatura especializada (HUSE, 2003; HAGUE Y LOADER, 1999; CASTELLS, 2001) y que se ha materializado en una disminución de la participación en las elecciones⁴, la caída en la afiliación a las organizaciones políticas tradicionales y a los sindicatos. Frente a esta crisis de legitimidad, que no ha supuesto una despolitización de la sociedad civil, podemos contemplar el surgimiento de nuevas formas de participación, alternativas a los sistemas de representación tradicionales, no tan jerarquizadas y burocratizadas como estos últimos.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) ha ofrecido la oportunidad de afrontar esta crisis de legitimidad a través del desarrollo de nuevos canales de participación y comunicación entre ciudadanos y gobierno. Sin embargo, el alcance de estas iniciativas, agrupadas bajo el nombre de *eDemocracia*, ha sido muy limitado, ya que se han concentrado en el desarrollo de consultas electrónicas sobre temas muy específicos y que han tenido escaso impacto a nivel internacional.

Pero esta crisis de legitimidad también se ha extendido a la propia estructura y funcionamiento de las administraciones públicas, siendo estas calificadas de oscurantistas, ineficaces, lentas, etc.

Para poder transformar esta percepción negativa que tienen los ciudadanos respecto a la administración pública, los esfuerzos se han orientado durante las dos últimas décadas hacia el desarrollo de planes de mejora de la calidad de la información y de los servicios que prestan, incorporando para ello valores propios del ámbito de las empresas. De esta forma, siguiendo el *paradigma de la orientación al cliente* o *paradigma consumista*, se ha pretendido sustituir el concepto de ciudadano por el de cliente, procurando una asimilación de los servicios prestados por la administración pública a la del sector privado. Por lo tanto, nos encontramos en un nuevo escenario político-social en el que se potencian las estrategias de marketing, centradas en ofertar servicios a los ciudadanos a través de múltiples canales de información, pero como contrapartida, tienden a minimizar la capacidad de participación democrática en la toma de decisiones. Valores distintivos de la administración pública como debería ser la rendición de cuentas⁵, han sido desplazados por estrategias organizativas que se caracterizan por ser opacas. Finalmente, la implantación del paradigma consumista en las estrategias de reformas de las administraciones públicas ha conllevado la pérdida del potencial democratizador asociado al uso de las TICs, en cuanto al incremento del nivel de participación social en las toma de decisiones.

Todo esto constata la pérdida de interés de la clase política y de la administración pública en abrir espacios efectivos de participación social y que estos resulten vinculantes. El potencial democratizador asociado a la administración electrónica ha quedado reducido a su mínima expresión, orientándose las discontinuas reformas

administrativas hacia la mejora de la gestión de los servicios públicos, antes que a la profundización de los procesos democráticos y de transparencia en la toma de decisiones. Podemos constatar que los numerosos portales administrativos se orientan casi en exclusividad a ofrecer información sobre servicios ofertados antes que a potenciar los espacios de participación o de debate social (CHADWICK, 2000).

En el caso de las estrategias desplegadas por las administraciones públicas españolas, se manifiesta la influencia promotora de las grades multinacionales de la consultoría, que han propiciado el mismo efecto mercantilista gracias al desarrollo de estrategias de marketing, el diseño de páginas webs institucionales que recrean entornos sutiles y la apertura de innumerables oficinas de información y atención al ciudadano que emulan un entorno comercial. Por lo tanto, nos encontramos ante el mismo isomorfismo institucional en lo concerniente al despliegue fallido de estrategias de participación social, obviando debates claves en este asunto como es el de la “brecha digital”⁶.

Pero el elemento más frustrante, junto a la inversión multimillonaria en los procesos de modernización administrativa, es la inhibición por parte de la clase dirigente de su responsabilidad con respecto a proclamar derechos constitucionales que luego son desarrollados legislativamente de manera oscura y deliberadamente ininteligible. Un ejemplo de esta forma de actuar lo encontramos en la confusa redacción del artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que obliga a un ejercicio de inflación interpretativa⁷ entre defensores y críticos que demandan aclaraciones semánticas sobre el alcance del derecho a la intimidad⁸, o de la acreditación de un interés “legítimo y directo” sobre los “documentos nominativos” que se pretenden consultar, se hallen incorporados o no a un expediente y custodiados en archivos de oficina, central o intermedio-histórico. Sin dejar de mencionar el solapamiento que se produce entre dos regímenes jurídicos: el referido al artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre (supuestamente aplicable a los archivos de oficina y centrales) y el referido al artículo 49.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, que declara que son constitutivos del patrimonio documental “*los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios*”. Este solapamiento genera otro ámbito de incertidumbre pues no parece claro qué régimen de acceso aplicar, sobre todo cuando se trata de los documentos custodiados en los archivos centrales, siendo en estos donde emerge el problema de la coincidencia en tanto objeto jurídico, entre la Ley de Patrimonio Histórico Español y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (RAMS RAMOS, 2008).

Por último, debemos mencionar el hecho de que la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos⁹, tampoco resuelve el problema de la accesibilidad ya que su artículo 6.1 se limita a remitirnos al artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. “La técnica de la mera remisión [...] es insatisfactoria puesto que realmente estos derechos requieren de una regulación concreta para su proyección en plenitud a las relaciones electrónicas” (COTINO HUESO, 2009: 176).

Todo lo expuesto es reflejo de la falta de perspectiva del legislador a la hora de desarrollar nuevas propuestas legislativas que pasa por alto la crítica de buena parte de la disciplina jurídica y menoscaba los problemas y responsabilidad a los que nos enfrentamos el conjunto de la profesión.

Sobre la participación social en los procesos de valoración documental

Confirmada la aberración hermenéutica a la que debemos enfrentarnos los profesionales de la Archivística, cada vez que debemos consultar el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para proceder al análisis del grado de participación social en los procesos de valoración documental, tomaremos como referencia discursiva la tesis posmodernista y su crítica al principio de neutralidad ideológica con que supuestamente se desarrollan los procedimientos de valoración.

Siguiendo esta línea argumentativa, proponemos una reflexión sobre el grado de transparencia y participación social a la hora de justificar el que unos documentos, que potencialmente forman parte del patrimonio documental¹⁰, queden condenados a su expurgo o, por el contrario, sean susceptibles de entrar a formar parte de ese espacio privilegiado de la memoria colectiva (BROTHMAN, 2007).

Debemos a la crítica posmoderna el haber trasladado el debate sobre la falta de rendimiento predictivo de las disciplinas sociales al ámbito de la teoría de la valoración, al poner en tela de juicio la supuesta neutralidad positivista, científica, carente de todo prejuicio ideológico con que abordamos los procesos de selección y valoración documental. A diferencia de lo que consideramos ciencia plena o ciencia desarrollada, en el ámbito de la teoría de la valoración, coexisten diferencias interparadigmáticas enfrentadas entre sí, sin que por el momento, se disponga de un criterio indiscutible por el cual elegir aquel paradigma de mayor capacidad predictiva.

El proceso de valoración documental y la accesibilidad

Llegados a este punto nos acogemos a la tesis desarrollada por Terry Cook que propone que la teoría de la valoración no guarda relación directa con la teoría

archivística (COOK, 2003), pues una trata de la asignación de valores a los documentos para la memoria social e institucional y la otra se ocupa de las características de los documentos como pruebas de evidencias. En la segunda predomina una base tecnológica y metodológica bien definida, mientras que en la primera predomina una perspectiva hermenéutica, ligada a experiencias comunicativas entre hablantes. Asistimos, por tanto, a lo que podríamos denominar el giro antropológico en la valoración documental, donde el centro de atención se traslada desde el objeto (documento) hacia el sujeto, que es el creador del documento producido en un contexto social e histórico condicionante. De ahí la necesidad de documentar los procesos de interacción comunicativa, en un contexto funcional de estructura organizativas, guardando un equilibrio entre la macrovaloración y la microvaloración o valoración taxonómica (centrada en el documento y el órgano productor).

Uno de los principios rectores de la valoración consiste en plantear la necesidad de incorporar la dimensión social a los procesos de análisis desde una doble perspectiva: guardando testimonio de las actividades de la organización productora y del contexto social de producción de esos documentos. Por lo tanto, es necesario guardar un equilibrio entre el análisis de los valores primarios y los secundarios de los documentos de archivo, debiendo ser estos argumentados, y sobre todo, los valores secundarios, bajo criterios de racionalidad discursiva (COUTURE, 2003).

De aquí la necesidad de establecer un vínculo metodológico entre la asignación de valores a los documentos y los mecanismos que garanticen que esta asignación de valor se ha desarrollado con las suficientes garantías de transparencia en la toma de decisiones sin menoscabo de la participación social.

Agencias de responsabilidad

En los estados democráticos, a los ciudadanos les asiste el derecho de participar, tanto individualmente como desde el ámbito de pertenencia a un grupo social, en cuantos procesos de toma de decisión afecten a sus derechos y deberes como miembros integrantes de la sociedad civil. En este sentido, en el contexto de una sociedad democrática en que se desarrolla la valoración documental, los ciudadanos tienen el derecho de conocer cómo se les gobierna, a través de qué documentos se procede a la rendición de cuentas, qué metodología se ha empleado y quiénes han participado en una toma de decisiones que supondrá establecer las bases para la configuración de la memoria colectiva y el desarrollo de una conciencia autónoma y crítica.

Por esta razón, entendemos que las instituciones archivísticas deben convertirse en “agencias de responsabilidad” de los gobiernos democráticos, logrando

cierto grado de autonomía e independencia con respecto a las estructuras jerarquizadas y burocráticas de las que dependen (EASTWOOD, 2003), al tiempo que, como principio axiológico, debemos rendir cuentas ante la sociedad civil, en la medida en que esta ha depositado sobre nosotros la confianza y la responsabilidad de documentar el fruto de la interacción político social.

En España, como apunta Luis Hernández Olivera (HERNÁNDEZ OLIVERA, 2009a), todos estos debates han pasado prácticamente desapercibidos hasta hace bien poco. Las causas pueden hallarse (aparte del tradicional retraso con el que llegan las nuevas ideas al “mercado” académico español) en una tardía aplicación de políticas de valoración en la gran mayoría de administraciones públicas, en una concepción historicista de la profesión que repercute directamente en la asignación de valores a los documentos y, por último, en el papel subsidiario de la profesión dentro de cada organización.

A partir de finales de los años 80 y principio de los 90 del pasado siglo, comienza a generalizarse el desarrollo de normativas y redacción de propuestas para la adopción de políticas de valoración en distintas administraciones públicas¹¹, todas basadas en el modelo taxonómico de Schellenberg (SCHELLENBERG, 1987). Este modelo, articulado en torno a los valores primarios (administrativo, legal y fiscal) y secundarios (evidencial e informativo) del documento, no tiene en cuenta su contexto social de producción. Este énfasis en el objeto (documento) permitió reforzar al archivero dentro de las organizaciones mediante la asunción exclusiva de las herramientas y metodología para valorar y eliminar documentación. Sin embargo, como contrapartida, como se ha comentado más arriba, produjo una falsa apariencia de objetividad en los procesos de valoración y también unas valoraciones ajenas al contexto social de producción, ensimismadas con el valor histórico y empeñadas en *adivinar* las futuras líneas de investigación.

El modelo taxonómico se ha adaptado muy bien a las necesidades de la profesión en España porque permite solucionar uno de los problemas más graves con los que deben enfrentarse los responsables de los archivos: descongestionar sus atestados depósitos; y, además, afianza el tradicional sesgo historicista de la profesión, mimando a los investigadores (aunque, irónicamente, muchas veces, arrogándose la potestad de determinar el valor histórico de los documentos sin contar con ellos). Sin embargo, y a pesar del esfuerzo, este modelo no ha conseguido reforzar la posición del archivero en las instituciones españolas.

En la actualidad muchas administraciones públicas cuentan con comisiones de valoración documental, habiéndose generalizado la adhesión al modelo taxonómico. Pero, aparte de la ya señalada descongestión de los depósitos, la “absoluta certeza” que se le ha atribuido a este modelo ha supuesto un anquilosamiento del debate sobre la teoría de la valoración ya que, “a diferencia de lo ocurrido en otros países, no se suscitaban dudas ni se desarrolló el más mínimo escepticismo entre la

comunidad profesional sobre las fuentes y las influencias en que basar el valor, la trascendencia e importancia de los documentos y su aplicación” (HERNÁNDEZ OLIVERA, 2009a: 139). Esta situación ha supuesto una desconexión con las tendencias más innovadoras de la teoría valorativa y la continuidad de un modelo corto de miras y, por lo que concierne al tema de este Congreso, con una praxis generalmente poco transparente y escasamente abierta a la participación social.

Conclusiones

Contrastadas las deficiencias metodológicas y conceptuales de la valoración taxonómica, proponemos asumir el modelo macrovalorativo canadiense (COOK, 2003; 2007a y 2007b) a la vez que consideramos necesario abrir el debate sobre la valoración documental a la opinión pública, tal como propone Hans Booms (BOOMS, 2004: 56). Para ello, consideramos oportuno un cambio tanto en el objetivo (para qué se valora) como en el método (cómo se valora) mediante la asunción de unos criterios que faciliten los cauces para la participación de la ciudadanía y que al mismo tiempo hagan transparente la asignación de valor.

Atendiendo al principio de transparencia y participación en la toma de decisión de las comisiones de valoración documental, la duda expuesta la concretamos formulando la siguiente pregunta: ¿debemos establecer las bases para que las comisiones de valoración documental se constituyan definitivamente en verdaderos grupos de trabajo interdisciplinar y que las propuestas de dictámenes sean sometidas al debate público? Dado el entorno discrecional en el que se desarrollan las comisiones de valoración documental y el secretismo por el que se procede a la justificación de los valores secundarios, entendemos que esto sigue siendo una asignatura pendiente del modelo de valoración implantado en nuestras instituciones públicas¹².

Propuestas

Participación social

El artículo 86¹³ de la actual Ley 30/1992, de 26 de noviembre, nos brinda la posibilidad de introducir el trámite de información pública en los procedimientos de valoración documental. Como señala Miguel Ángel Sendín García, “no se trata de un acto imprescindible en todo procedimiento, dependerá de la naturaleza de cada concreto procedimiento. Sin perjuicio de la posibilidad de que *la legislación sectorial lo pueda establecer como obligatorio para determinados procedimientos*”¹⁴ (SENDÍN GARCÍA, 2009: 91). Por lo tanto, entendemos que es perfectamente plausible acudir a la apertura de este trámite de información pública pues

“su finalidad no es la tutela de los intereses particulares de los interesados, sino permitir la accesibilidad de todos los posibles datos que puedan ser de utilidad a la hora de resolver los procedimientos” (SENDÍN GARCÍA, 2009: 91).

Dicho esto, a los profesionales de la Archivística se nos presenta dos opciones: o intentamos influir para que las normas sectoriales incluyan como obligatorio el trámite de información pública para los procedimientos de valoración documental o que sean las propias comisiones de valoración documental quienes promuevan la apertura del trámite de información pública dentro de su ámbito de actuación.

Transparencia

Para lograr que el proceso de valoración sea transparente, es imprescindible que se dé una condición previa: “procedimientos claros, documentados y difundidos entre todos los operadores internos y externos” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2009: 8). Esto se concretará en documentación exhaustiva de todo el procedimiento, una relación nominal de los componentes de la comisión de valoración que incluya su curriculum profesional y, por último, la redacción motivada y publicación de los criterios que justifican la asignación de cada uno de los valores de las series documentales.

Es necesario superar la discrecionalidad informativa a la hora de publicar las resoluciones por las que se aprueban las tablas de valoración.

Interdisciplinariedad

Si pretendemos abordar la valoración documental de forma integral, incluyendo elementos de la macrovaloración funcional, es necesario desplegar una perspectiva interdisciplinar que evite el atomismo disgregador de la valoración taxonómica y que incluya de manera integradora la perspectiva de disciplinas sociales como la sociología, la antropología, la historia o la economía. Difícilmente se podrá dar cuenta de la interacción entre ciudadanos y Estado y su reflejo documental si no se acude metodológicamente a la perspectiva interdisciplinar. Esta idea pasa por la reconfiguración del perfil de los miembros de las comisiones de valoración de tal forma que no sea únicamente el discurso elaborado por archiveros, juristas y responsables funcionales (parcialmente condicionados por los objetivos de la institución) el determinante a la hora de aprobar los dictámenes de valoración.

Igualmente, esta perspectiva interdisciplinar en la valoración documental se vería enriquecida si se establecieran alianzas estratégicas con otros grupos profesionales (colegios profesionales, juristas, periodistas, etc.), potencialmente interesados en los procesos de valoración.

Bibliografía

- AIBAR, Eduard, URGELL, Ferran. 2007. *Estado, burocracia y red: administración electrónica y cambio organizativo*. Barcelona: Ariel.
- BENVENISTE, Guy. 1984. *Bureaucracy*. San Francisco: Boyd & Fraser.
- BOOMS, Hans. 2004. "El orden social y la formación del patrimonio archivístico: a propósito de la valoración de las fuentes archivísticas". *Revista d'Arxius*. n. 3, p. 11-59.
- BROTHMAN, Brian. 2007. "Órdenes de valores: cuestionando los términos teóricos de la práctica archivística". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 10, p. 27-57.
- CASTELLS, Manuel. 1997-2001. *La era de la información*. Madrid: Alianza.
- CERMENO MARTORELL, Lluís, RIVAS PALÁ, Elena. 2010. *Valorar y seleccionar: qué es y cómo se hace*. Gijón: Trea.
- CHADWICK, Andrew. 2000. *Internet Politics. States, Citizens and New Communication Technologies*. Oxford: Oxford University Press.
- CHAMORRO, José María. 2006. *Lenguaje, mente y sociedad: hacia una teoría materialista del sujeto*. La Laguna: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna.
- COOK, Terry. 2003. "Macrovaloración y análisis funcional: la preeminencia de la interacción político-social sobre el gobierno". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 6, p. 87-102.
- COOK, Terry. 2007a. "Archivística y posmodernismo: nuevas fórmulas para viejos conceptos". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 10, p. 59-82.
- COOK, Terry. 2007b. "Imposturas intelectuales o renacimiento profesional: posmodernismo y práctica archivística". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 10, p. 83-108.
- COUTURE, Carol. 2003. "La función valoración en la archivística contemporánea: una sinergia entre varias consideraciones complementarias". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 6, p. 23-49.
- EASTWOOD, Terry. 2003. "La valoración archivística en las sociedades democráticas". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 6, p. 75-86.
- FARIÑA PESTANO, Febe, DÍAZ FARIÑA, Fernando, RODRÍGUEZ ACEVEDO, José Manuel. 2006. "¿Archivos al servicio del ciudadano? Paradojas y contradicciones de una legislación restrictiva e ineficaz". En: *El Archivo, ¿un servicio público? I Congreso de Archivos de Canarias. Libro de Actas*. Las Palmas de Gran Canaria: Anro-art.
- HAGUE, B., LOADER, B. D. 1999. *Digital Democracy, Discourse and Decision Making in the Information Age*. Londres: Routledge.
- HERNÁNDEZ OLIVERA, Luis. 2009a. "La memoria híbrida. De la crisis del modelo taxonómico de selección a la gestación de propuestas macrovalorativas". *Tábula: revista de Archivos de Castilla y León*. n. 10, p. 131-154.
- HERNÁNDEZ OLIVERA, Luis. 2009b. "Determinando la memoria: la valoración de documentos". En: Sendín García, Miguel Ángel, Gómez Díaz, Raquel (dir.). *Régimen jurídico de los documentos: aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*. Granada: Comares, p. 327-356.
- HERNÁNDEZ OLIVERA, Luis, MORO CABERO, Manuela. 2002. *Procedimientos de valoración documental*. Salamanca: ACAL.

- HUSE, M. 2003. "Renewing Management and Governance: New Paradigms of Governance?". En: *Journal of Management and Governance*, n. 7, p. 211-221.
- LLANSÓ SANJUÁN, Joaquim. 2009. *Gestión de documentos electrónicos. La importancia de los sistemas de gestión de documentos. Nociones generales*. Las Palmas de Gran Canaria: Asarca.
- RAMS RAMOS, Leonor. 2008. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus.
- RAMS RAMOS, Leonor. 2011. *Los documentos de archivo: cómo se accede a ellos*. Gijón: Trea.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. 2009. "Estudio preliminar sobre la transparencia en la administración pública". En: Sendín García, Miguel Ángel, Gómez Díaz, Raquel (dir.). *Régimen jurídico de los documentos: aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*. Granada: Comares, p. 1-17.
- SCHELLENBERG, Theodore. 1987. *Archivos modernos. Principios y técnicas*. México: AGN.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. 2009. "La documentación administrativa II: el expediente administrativo". En: Sendín García, Miguel Ángel, Gómez Díaz, Raquel (dir.). *Régimen jurídico de los documentos: aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*. Granada: Comares, p. 83-98.

Notas

¹ Véanse 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 <http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_es.pdf>, así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2009, sobre las mejoras necesarias en el marco jurídico de acceso a los documentos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2009-0116+0+DOC+PDF+V0//ES>>. Véase también el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documentnts_CofE_es.pdf>.

² Véanse: Borrador de Ley de transparencia y acceso a la información pública <http://www.access-info.org/documents/BORRADOR_LTI_para_CM_290711_conExpoMotivos.pdf>; Proposición de ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso <http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_326-01.PDF#page=1>; Proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_010-01.PDF#page=1>; Borrador de Anteproyecto de Ley Foral de la transparencia y el gobierno abierto del Gobierno de Navarra <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/248F1E44-BDBB-44A0-B9DD-84A1DF83E09F/208622/Borrador_Anteproyecto_20enero.pdf>.

³ Véanse los comentarios a los borradores de la ley de transparencia de entidades como Access Info o Coalición Pro Acceso <<http://www.access-info.org/es/coalicion-pro-acceso/138>>.

⁴ En el caso de la democracia política más antigua del mundo, la de Estados Unidos, con más de doscientos años celebrando elecciones libres y periódicas, un candidato para participar en las elecciones primarias debe recaudar aproximadamente un millón de dólares. Si a esto sumamos que cada presidente de Estados Unidos es votado por un cuarto de sus conciudadanos, podemos hacernos una idea de este fenómeno de la crisis de representatividad de los partidos políticos.

⁵ Mediante la que se expone ante la opinión pública, la manera en que se logran los fines sociales y se rinde cuenta ante los ciudadanos (BENVENISTE, 1984).

⁶ Mientras que el uso de las nuevas tecnologías de la información se ha extendido entre las capas sociales con los suficientes recursos económicos, existen amplias zonas del territorio (predominantemente las zonas rurales) y amplios sectores de la población que carecen de acceso a las TICs dando lugar a un agravamiento de las desigualdades sociales.

⁷ Véanse las innumerables sentencias de Tribunales Superiores de Justicia.

⁸ Cuando se alude en la art. 37.2 de la LRJAP a “datos referentes a la intimidad de las personas” nos lleva inevitablemente a relacionarlo con el art. 18.4 de CE y al mismo tiempo, con las Leyes Orgánicas de protección de datos. Resulta paradójico, y así es reconocido por numerosos juristas, el hecho de que la LRJAP no estuviera en este punto coordinada con la Ley Orgánica 15/1999, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), cuya tramitación parlamentaria se realizó de manera paralela. Y resulta mucho más sorprendente el que no exista tampoco ningún vínculo entre este precepto y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que vino a sustituir la anterior legislación en el año en que se llevó a cabo la reforma de la LRJAP, por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

⁹ A pesar del aparente logro que para el colectivo profesional ha supuesto el desarrollo de esta Ley (LLANSÓ SAN JUAN, 2009: 77-80).

¹⁰ Véase el art. 49.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

¹¹ Entre ellas cabe destacar la propuesta sobre expurgo del Grupo de Archiveros Municipales de Madrid concretada en una monografía publicada en 1989 o la creación de la Comisión Nacional d’Avaluació i Tria de Documentació de Cataluña de Cataluña y de la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Ayuntamiento de Zaragoza, ambas de 1990.

¹² Solo con ver los extractos de las tablas de valoración documental publicadas en los Boletines Oficiales, nos podemos hacer una idea.

¹³ Artículo 86. Información pública.

1. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de este lo requiera, podrá acordar un período de información pública.

2. A tal efecto, se anunciará en el *Boletín Oficial del Estado*, de la Comunidad Autónoma, o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde.

El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a veinte días.

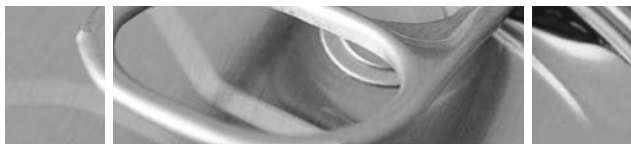
3. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

4. Conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos.

¹⁴ La cursiva es nuestra.





ANTONIA SALVADOR BENÍTEZ / M^a ESTRELLA GUTIÉRREZ DAVID

Ciudadanos al poder. Activismo 2.0 en las demandas de transparencia y acceso a la información

Más allá de la llamada “Primavera árabe”, las herramientas 2.0 (redes sociales, blogs, micro-blogs, comunidades virtuales y de contenidos) han conseguido “globalizar” a través de Internet los movimientos sociales de protesta contra el sistema político y financiero (Atenas, Madrid, Londres o Nueva York). Buena prueba de ello es que la revista *Times* ha declarado personaje del año 2011 al “protester” (o manifestante, en castellano). “Las redes sociales –dice Richard Stengel, redactor-jefe de la revista– no son la causa de estos movimientos, pero ellas los mantienen vivos y conectados”. Una de las consecuencias más relevantes de este activismo 2.0 es que ha multiplicado, sin duda, la percepción ya generalizada de corrupción e ineficacia de los poderes públicos y financieros, lo que ha llevado a los ciudadanos a mayores demandas de transparencia y acceso a la información relevante.

En efecto, si en las sociedades democráticas avanzadas, el primer indicador objetivo de la transparencia es el derecho de acceso a la información pública, entendido éste como instrumento de control democrático del ejercicio del poder, la ausencia de leyes de acceso a la información pública, como ha sido tradicionalmente el caso español, favorece la opacidad de las Administraciones Públicas. En este sentido, se observa cómo el empleo de los llamados *social media* por

Antonia Salvador Benítez. E-mail: asalvador@ccinf.ucm.es
 Dpto. de Biblioteconomía y Documentación de la Universidad Complutense de Madrid
 M^a Estrella Gutiérrez David. E-mail: megutier@der-pu.uc3m.es
 Dpto. De Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid

los movimientos de protesta contra la crisis ha acelerado la conciencia ciudadana sobre la necesidad de reclamar leyes de acceso a la información pública.

Ante tal estado de la cuestión surge una pregunta inevitable: ¿Estamos ante el inicio de una nueva forma de entender la participación democrática (e-democracia) basada en la participación, la responsabilidad, la rendición de cuentas y la transparencia a través de las TICs y de los *social media*?

El presente trabajo tiene, por tanto, el objetivo principal de analizar esta demanda de transparencia de los movimientos sociales de protesta, el papel multiplicador de los *social media* en dicha demanda y valorar en qué medida el activismo 2.0 puede contribuir al arraigo de una auténtica cultura cívica en los ciudadanos, en las instituciones públicas y privadas, y en los distintos grupos de interés políticos, económicos y financieros, sociales y culturales.

Metodológicamente se parte de la constatación de cómo los distintos movimientos sociales de protesta, y su *know how* basado en el activismo 2.0 y los *social media* han contribuido a la multiplicación de las demandas de transparencia y de acceso a la información relevante. Se planteará asimismo un concepto más amplio del derecho de acceso no sólo a la información pública, sino en general a la información relevante con independencia de la naturaleza pública o privada de la institución.

Tomando como referencia las experiencias del Derecho comparado e internacional, y a la espera de la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno dado a conocer el 26 de marzo de 2012, se analiza la tradicional regulación restrictiva de la transparencia y del derecho de acceso en España, identificando las consecuencias prácticas de esa situación, a través del análisis de supuestos reales de demandas de acceso a la información.

Para finalizar se presentan las relaciones simbióticas existentes entre la demanda de transparencia y el efecto multiplicador de los *social media*, y cómo éstos, a su vez, están potenciando nuevas formas de participación democrática fundamentadas en la implementación de las TICs: la e-participación (Sæbø; Rose; Nyvang, 2009), el activismo 2.0 en el ámbito de la sociedad civil para movilizar a la opinión pública en asuntos de relevancia (Rodan; Balnaves, 2009), la Administración electrónica (e-Government) como una nueva forma de entender las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública, o la Gobernanza electrónica (e-Governance) como la gestión de las distintas estructuras de poder basada en la transparencia en la rendición de cuentas y en la responsabilidad a través de las TICs (Kolsaker; Lee-Kelley, 2008).

Activismo 2.0, transparencia y acceso a la información relevante

Mientras que la “acción” se refiere a la condición de actuar, hacer o ejercer influencia, el “activismo” presupone una política, doctrina o programa que define las formas o acción. En el sentido más amplio, el activismo puede ser visto tanto como una creencia en un programa de acción, como el proceso de adopción de

medidas. Por tanto, el activismo no es “sinónimo de acción directa” y hay “prácticas o formas de activismo que son una acción menos directa impulsada para operar más en el sistema político dominante y judicial” (Cammaerts, 2007: 217).

Meikle (2002: 4) define el activismo en Internet como una forma de activismo político que se aplica a diversos usos de la red con la intención de “lograr un cambio social, cultural o político” tanto online como offline. De este punto de vista, el activismo de los medios de comunicación se refiere a una serie de actividades de los nuevos movimientos sociales emergentes que se cruzan y se superponen en el contexto de producción y uso de los medios de comunicación. Los activistas de los medios están muy contextualizados en el escenario socio-político actual. Por consiguiente, las actividades y prácticas que podrían ser descritas como ejemplos de activismo en los medios están más relacionadas con la afiliación que con un conjunto de prácticas individuales.

En coherencia con lo anterior, el uso de las TICs –entre ellas, Internet– y de los llamados *social media* o medios sociales, como los blogs y los micro-blogs (*Twitter*), las redes sociales (*Facebook* o *MySpace*), o las comunidades de contenidos (*YouTube*), están teniendo actualmente un impacto muy relevante en el contexto global, político y social, por su amplia capacidad de favorecer la interacción grupal y nuevas formas de participación ciudadana (Attia et al., 2011: 372).

En particular, el uso de las redes sociales está generando una serie de valores asumidos por los miembros de la comunidad virtual como la confianza, la interacción social, la lealtad, la información transmitida “boca-a-boca”, la colaboración. Y ello, a su vez, está potenciando las discusiones interpersonales y el intercambio de información, la participación ciudadana y el activismo político, especialmente, entre la gente joven, con un impacto evidente en el entorno político y social (*Idem*: 373).

Ese impacto político y social de los *social media* se ha dejado sentir con fuerza en la creciente proliferación de movimientos sociales de protesta que, en medio de una crisis global y sin precedentes desde el Crack del 29, han alzado sus voces contra el sistema político y financiero en Túnez, Egipto, Siria, Atenas, Madrid o Nueva York. En la “Global Censorship Conference” (Information Society Project, Yale Law School: 2012) Irwin Cottler, miembro del Parlamento Canadiense y observador internacional, explicaba: “Internet y las redes sociales han supuesto una movilización cívica y transnacional de la Primavera Árabe al resto del mundo. El activismo a través de las redes sociales ha amplificado la capacidad de crear masas críticas de ciudadanos en favor de la defensa de los derechos humanos y de las libertades civiles bajo un mismo principio común: “la movilización social de la vergüenza” (Irwin Cottler, Yale: 2012).

Al margen de la ubicación geo-política de estos movimientos sociales, lo cierto es que existen dos elementos o factores comunes que se repiten en este sentimiento de protesta “sin fronteras”. Por un lado, se ha generalizado una percepción “globalizada” de corrupción e ineficacia de los poderes públicos y financieros,

lo que ha llevado a los ciudadanos a una demanda generalizada de transparencia y acceso a la información relevante. Por otro, el uso de las TICs y, particularmente de los medios sociales, ha contribuido a la propagación y a la multiplicación del virus de la protesta y, con ello, la aparición de nuevas fórmulas de activismo social mediante herramientas 2.0 (activismo 2.0) que están empezando a operar al margen de los cauces tradicionales de la representación política y social como son los partidos políticos, parlamentos, medios de comunicación e incluso de los distintos agentes sociales con capacidad de movilización ciudadana (sindicatos y organizaciones no gubernamentales).

Sedra (2011) considera que las revoluciones sociales de Túnez y Egipto han demostrado claramente el potencial de las herramientas 2.0 en el cambio de actitudes de los ciudadanos. De hecho, las mayores manifestaciones en Túnez y Egipto fueron organizadas vía *Facebook* y *Twitter*. “Ciertamente –señala el autor en la publicación electrónica *The Global and Mail*–, *Facebook* y *Twitter* no son los responsables exclusivos de la creciente ola revolucionaria en los países árabes, pero han coadyuvado a canalizar la frustración en acción”.

En España, esta movilización ciudadana a través de los *social media* o activismo 2.0 tiene uno de sus primeros precedentes en la aparición de numerosas plataformas virtuales contra la Ley Sinde (Red SOS-tenible, Libertad 2.0, No a la Ley Sinde, No les Votes) y la fuerte oposición de los internautas a la nueva regulación de las descargas ilícitas a través de redes P2P.

Pero será el Movimiento 15M el que genere una auténtica marea de activismo 2.0, con más de 7.570.000 de entradas en Google y la aparición diversas plataformas en Internet como Democracia real ya, Spanish Revolution, Virtual Pol, Afectados por la Hipoteca. Según *La Vanguardia*, en mayo de 2011, el 15-M conseguía 200.000 seguidores en *Facebook* y 500 ‘tuits’ a la hora. La plataforma Spanish Revolution explica en *Youtube* el germen de este activismo 2.0 del Movimiento 15M: “Nos hemos enterado por Internet”.

Lo cierto es que, a través de los *social media*, estos movimientos de protesta intercambian información, debaten, votan, se movilizan, y sobre todo, defienden un nuevo concepto universal de acceso a la información que va más allá del tradicional acceso a la información pública o en poder de las Administraciones e instituciones públicas. A través de sus sitios webs y de sus perfiles públicos en las redes sociales, reclaman distintas iniciativas en materia de transparencia y acceso a la información relevante –con independencia de que ésta se encuentre en poder de agentes públicos o privados–, y necesaria para una verdadera participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones políticas, económicas, sociales, culturales y medioambientales.

Porque, en realidad, acceso a la información relevante es lo que la sociedad civil está pidiendo cuando reclama la difusión pública de la lista de cajas de ahorros y entidades bancarias que han recibido ayudas del FROB (Fondos de Reestructuración

Ordenada Bancaria), de los sueldos y distintos conceptos retributivos de los miembros de los Consejos de Administración de instituciones financieras y de grandes empresas o de las cuentas anuales de aquellas empresas privadas que reciben dinero público o que han suscrito convenios de colaboración con la Administración pública. El acceso a la información relevante consiste también en la demanda ciudadana de una mejor regulación de los mercados financieros que pase por mayores controles a través de obligaciones de información y transparencia reales, más allá de las meras declaraciones de intenciones que constituyen los Códigos de Buen Gobierno Corporativo y los compromisos en responsabilidad social corporativa.

El acceso a la información relevante está llamado a jugar también un rol esencial en la batalla por la gobernanza descentralizada de Internet. Actualmente, en EEUU el debate doctrinal se está centrando en exigir transparencia, y por tanto, acceso a la información, tanto a los Gobiernos, como a las corporaciones privadas que operan en Internet (MacKinnon, Yale: 2012) sobre la implementación de sistemas de filtrado, bloqueo o vigilancia electrónica aplicados a la información que circula en la red –incluidos los datos personales y de tráfico–, así como a la clase de contenidos y datos que quedarían afectados por esta clase de restricciones. Se observa con gran preocupación cómo los clásicos sistemas de censura previa ejercidos por el Estado están siendo sustituidos por una suerte de “censura blanda”, más sutil y a menudo bastante opaca (Bambauer, Yale: 2012), que es ejercida a través de los intermediarios de Internet o Internet Service Providers (ISP), principalmente, los proxy-server o los prestadores de servicios de motores de búsqueda y de alojamiento de contenidos.

Asimismo, actualmente se está tramitando en EEUU el proyecto de ley, denominado GOFA, *Global Online Freedom Act 2011* (HR. 3605), cuyo Título II, “Transparencia corporativa y rendición de cuentas sobre la protección de la libertad en línea”, exige a las empresas presentes en países que restringen o controlan el acceso a Internet que incluyan en su Informe Anual de Gobierno Corporativo la siguiente información sobre: a) la aplicación de cualquier medida de bloqueo o vigilancia de contenidos por parte de la empresa, de cualquier empresa subsidiaria o controlada a petición del país; b) políticas y procedimientos aplicados por la empresa para la retención, recogida y obtención de datos personales o de tráfico a petición del país; c) todas las medidas adoptadas por la empresa para notificar a los usuarios y clientes de forma “clara, destacada y oportuna” sobre las medidas de control y bloqueo requeridas por el país. El principio subyacente en la GOFA es claro: “Como ciudadanos –señala Mackinnon–, tenemos derecho a saber cómo nuestra información es compartida, con quién, y bajo qué circunstancias. Tenemos derecho a saber también cómo nuestro acceso a la información, así como nuestra capacidad de difundirla, está siendo modelado por cualquier tipo de servicio o plataforma. Actualmente, este derecho es respetado sólo por algunas compañías o gobiernos”. En este sentido, debería exigirse a las compañías que

operan en Internet que informasen regular y sistemáticamente al público sobre cuál es política de contenidos, y bajo qué circunstancias es retirado o bloqueado y en interés de quién (Mackinnon, 2012: 244-245)¹.

Ya sea en términos de acceso a la información pública o, más ampliamente, en términos de acceso a la información relevante, resulta en cualquier caso significativo que la Comisión de Medios Audiovisuales del 15M haya difundido en Internet un vídeo sobre la pertinencia de una ley de acceso en España: “Nos convertiremos en 40 millones de auditores capaces de revisar con mucha más conciencia las cuentas del Estado y eso va a provocar que la clase política necesariamente tenga que [...] adecuarse a los requerimientos y necesidades que de verdad tenga el ciudadano”.

Por su parte, la plataforma Democracia real, en sus propuestas para la regeneración democrática difundidas a través de su sitio web, ha reclamado la publicación obligatoria del patrimonio de todos los cargos públicos; la eliminación de gastos inútiles en las Administraciones Públicas; el establecimiento de controles independientes de presupuestos y gastos; el control real y efectivo del fraude fiscal y de la fuga de capitales a paraísos fiscales; y, sobre todo, la protección de la libertad de información y del periodismo de investigación. En definitiva, más transparencia y una Ley de acceso a la información.

Lo cierto es que al hilo de las distintas manifestaciones del 15M en diferentes ciudades españolas, en julio de 2011, el Congreso aprobaba una moción parlamentaria de ERC, IU y ICV sobre “medidas para profundizar en la credibilidad, la transparencia, la austeridad y los controles democráticos de las instituciones y poderes del Estado”. IU quería asimismo incluir al 15M en los debates sobre la futura Ley de Transparencia. El Consejo de Ministros de 29 de julio de 2011 daba a conocer un borrador de Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que no llegaría nunca al Congreso por el adelanto de las elecciones generales a noviembre de ese año. Casi todos los partidos políticos acabaron incluyendo en sus programas electorales un compromiso con una futura Ley de transparencia.

Tras la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, las mesas de las Cámaras del Congreso y del Senado hacían públicas el 8 de septiembre las declaraciones de rentas y bienes de diputados y senadores. A partir de esta reforma, los parlamentarios quedan obligados a especificar cualquier ingreso, salvo sus retribuciones parlamentarias, que ya eran públicas y accesibles en las páginas web de ambas Cámaras. El 28 de diciembre de 2011 la Casa Real hacía público en su sitio web, y por primera vez desde 1979, el desglose de su presupuesto de Gastos.

La última iniciativa política se produce el 24 de enero de 2012 cuando la Vicepresidenta del Gobierno, en su comparecencia ante Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, anunciaba que la nueva “Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno” comenzaría a tramitarse

en el Congreso antes del verano². Los primeros pasos se han dado ya en la buena dirección: el 26 de marzo de 2012, el Gobierno publicaba a través de Internet texto del Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y abría un periodo de consultas públicas para que los ciudadanos realizaran durante un plazo de 15 días los comentarios que considerasen oportunos sobre el texto.

Transparencia, acceso y participación ciudadana en la toma de decisiones

Como señala Fariñas (2010: 119), el mundo se encuentra en una situación de crisis, de cambio o de tránsito paradigmático más allá de la explosión financiera o de las burbujas inmobiliarias de los últimos años.

La actual crisis –económica, política y social– ha reforzado la percepción ciudadana de falta de transparencia de las instituciones públicas. La necesidad de “Gobiernos a la luz del sol” constituye uno de los “problemas cruciales de la gobernanza contemporánea” (Dehaussé, 1998: 615).

Los movimientos sociales de protesta y su activismo 2.0 han contribuido a esta percepción global, y han coadyuvado a potenciar la idea de que los objetivos de justicia social han de pasar necesariamente por mecanismos que garanticen la transparencia y el acceso a la información relevante concerniente no sólo a las instituciones públicas, sino también de los grupos de interés que participan de forma directa e indirecta en los procesos de toma de decisiones que afectan a las políticas públicas.

La transparencia contribuye a garantizar la legitimidad democrática de las instituciones públicas en su toma de decisiones, la eficacia y la rendición de cuentas sobre su gestión, la responsabilidad ante los ciudadanos y el respeto a los derechos fundamentales.

Esta afirmación es ya un lugar común en la jurisprudencia comunitaria que, con mayor o menor amplitud, ha resuelto las decisiones denegatorias de acceso a los documentos públicos en poder de las instituciones de la Unión Europea. En particular, en el asunto Aldo Kuijer/Consejo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) señalaba que “[...] el principio de transparencia tiene por objetivo asegurar una mejor participación de los ciudadanos en el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático. Contribuye a reforzar el principio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales”.

Villoria (2010: 48) define la transparencia con relación al acceso como “el flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico,

social y político, accesible por todos los actores relevantes [...], información que en el ámbito de lo público, debe permitir evaluar a las instituciones que la aportan y formar opiniones racionales y bien sustentadas a quienes deciden o participan en la decisión”.

A su vez, en las sociedades democráticas avanzadas, el primer indicador objetivo de la transparencia es el derecho de acceso a la información pública o en poder de las Administraciones, autoridades e instituciones públicas.

Para Guichot (2003: p. 314), el acceso de los ciudadanos a la información pública constituye un instrumento de control democrático del ejercicio del poder, pues garantiza la responsabilidad y la rendición de cuentas limitando la arbitrariedad de la Administración, y posibilita asimismo la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones políticas. Precisamente, para la aún vigente Ley de Libertad de Expresión sueca de 1766 este poder de decisión sobre los asuntos de interés general que ostentan las autoridades públicas es el que justifica su obligación de garantizar el acceso a los ciudadanos a los documentos oficiales que obran en su poder.

El asunto *Access Info Europe/Consejo* dilucidado en 2011 por el TJUE muestra, sin embargo, las reticencias de los poderes públicos a hacer efectiva la participación democrática de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones políticas o legislativas, al plantearse el conflicto entre dos intereses opuestos: el interés en la eficacia del proceso interno de toma de decisiones por parte de las instituciones públicas y el interés consistente en el fortalecimiento de la transparencia que garantiza, a su vez, la legitimidad democrática de las instituciones representativas al hacerlas más responsables frente a los ciudadanos. La posición del TJUE en este asunto supone un importante paso en la apertura a los ciudadanos de los procesos de toma de decisiones políticas y legislativas, en la medida en que ello permite a las instituciones no sólo asumir la responsabilidad frente a los ciudadanos de las decisiones que toman, sino también justificar la racionalidad y el interés público existente detrás de la propia decisión.

La regla general en un Estado democrático ha de ser, por tanto, la del mayor acceso posible a la información pública (Dryberg, 1999: 158), de manera que cualquier posible denegación de acceso ha interpretarse siempre de forma restrictiva y siempre sobre la base de excepciones legalmente tasadas (Joerges, 2002: 42).

El derecho de acceso en España: esperando a Godot

Parece claro que “si no se garantiza un derecho del público a la documentación en poder de la Administración”, difícilmente pueda hablarse de transparencia de las instituciones públicas (Fernández Ramos, 1997: 19).

Como se ha dicho anteriormente, la utilización de los social media por parte de los movimientos sociales de protesta ha tenido un auténtico efecto multiplicador

en las demandas ciudadanas de transparencia. Actualmente, las redes sociales y los micro-blogs son una auténtica marea de demanda social de acceso a la información pública.

En este sentido, y a diferencia de otros ordenamientos, España se ha caracterizado por carecer de una Ley de acceso a la información pública, y eso se ha traducido en que, en términos de transparencia, el legislador ha venido favoreciendo tradicionalmente la opacidad de las Administraciones e instituciones públicas. Dicho en palabras del Defensor del Pueblo Europeo: la ausencia de regulación del derecho de acceso a los documentos en poder de las instituciones públicas constituye un caso de “mala administración”.

A expensas de que se tramite y apruebe el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno presentado el 26 de marzo de 2012, el derecho de acceso a la información pública está regulado básicamente en la Constitución (art. 105.b CE), que reconoce el derecho de acceso a archivos y registros públicos, y en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 (art. 37 LRJAP) que desarrolló el precepto constitucional.

El planteamiento de la Constitución española es restrictivo en la medida en que no configura el acceso a archivos y registros públicos como un derecho fundamental, sino como un derecho de configuración legal. Esto tiene dos consecuencias importantes. Por un lado, deja un amplio margen al legislador a la hora de establecer los principios, contenido y posibles límites que ordenan tal derecho. Por otro, excluye el derecho de acceso a la información pública de las garantías reforzadas que la Constitución otorga a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha sostenido este planteamiento en la Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, al señalar que el art. 105b) CE no reconoce “ninguno de los derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución”.

Precisamente, una de las críticas realizadas al Anteproyecto de Ley de Transparencia es que “no fundamenta el derecho de acceso en el artículo 20.1.d de la Constitución, con lo que no lo reconoce como un Derecho Fundamental (como hacen las más modernas constituciones), hecho que hará que prime la protección de datos sobre la transparencia en los casos de conflicto” (Garrigues, 2012).

Frente a esta concepción restrictiva, se advierte en el Derecho comparado e internacional una tendencia, cada vez mayor, a considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano, conectado íntimamente con el derecho a la información.

Así por ejemplo, con relación al acceso público a la información relativa al medio ambiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en el asunto Claude Reyes (2006), que el acceso a la información pública es un derecho humano de contenido prestacional –es decir, que el Estado tiene la “obligación positiva” de suministrar dicha información y procurar los medios para

que ello sea posible— y una manifestación directa del derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas” consagrado en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, frente a un primer momento en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se muestra reticente a reconocer la conexión entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a recibir o comunicar informaciones protegido por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (asunto Guerra v. Italia³), dos resoluciones de 2009 acaban reconociendo que la actitud “obstruccionista” o “renuente” por parte de las autoridades públicas encaminada a impedir “de forma arbitraria” el acceso (Kenedi v. Hungría⁴), puede constituir una “forma indirecta de censura previa” y una violación del “derecho a recabar información” inherente al art. 10 del CEDH (Tárasaság v. Hungría), especialmente, cuando la información cuya acceso se solicita es de “interés general para el debate público”.

Volviendo a la normativa española, y en línea con la visión limitada del texto constitucional, el acceso a la información pública ha merecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992 (LRJAP) un tratamiento restrictivo, como en alguna ocasión ha reconocido, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo, que ha hecho depender a menudo el ejercicio de este derecho de la discrecionalidad de la Administración.

Un análisis comparativo del texto del art. 37 LRJAP y de la normativa comunitaria, así como de las Leyes de acceso a la información que rigen en otros ordenamientos⁵, pone de manifiesto las carencias de la regulación española y la acuciante necesidad de una verdadera Ley de acceso que garantice la transparencia de las instituciones públicas. En clara ruptura con la regulación tradicional, el texto del Anteproyecto consagra el principio de transparencia pro-activa, así como el de publicidad de la información institucional, organizativa y de planificación y de la información económico-presupuestaria⁶ y estadística de los sujetos obligados por el ámbito de aplicación de la futura Ley de Transparencia. Prevé además la creación en el ámbito de la Administración del Estado de un Portal de Transparencia a través del cual los ciudadanos puedan acceder a la información referida.

La aplicación de los niveles de transparencia normalizados a nivel internacional y comunitario lleva a la afirmación de que no ha de exigirse al ciudadano la acreditación de ningún interés legítimo para el acceso a la información en poder de las instituciones públicas. Es decir, el ciudadano no tiene por qué alegar ningún motivo o interés concreto que justifique su solicitud de acceso.

En este sentido, *a priori*, la normativa española no ha exigido la acreditación de ningún interés legítimo para ejercer su derecho de acceso a la información pública⁷. Así parece deducirse del art. 37.1 LRJAP cuando se afirma que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando

parte de un expediente, obren en los archivos administrativos”. Ahora bien el apartado séptimo del mismo precepto establece que, cuando se trate de solicitudes genéricas de documentos –por regla general, prohibidas–, y cuando “los solicitantes sean investigadores *que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante*, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”. Es decir, que la acreditación de interés histórico, científico o cultural relevante, puede legitimar una solicitud genérica de documentos. El problema está en la discrecionalidad que introduce el legislador, pues corresponderá a la institución pública a la que se haya dirigido la solicitud valorar la concurrencia de dicho interés.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 37.7 LRJAP el derecho de acceso habrá de ser ejercido por los particulares de forma que “no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos”. Para ello, los ciudadanos tendrán que formular “petición individualizada de los documentos que deseen consultar, sin que quepa plantear una solicitud genérica sobre materias o conjunto de materias”.

El planteamiento del legislador español no ha podido ser más favorable a la opacidad desde el momento en que se ha entendido que garantizar el acceso no es un deber de la Administración, sino una carga que merma la eficacia y el funcionamiento del servicio público. La consecuencia práctica de esta particular visión del principio de eficacia administrativa es que la petición no individualizada o imprecisa de documentos ha sido habitualmente causa inmediata de denegación⁸.

En efecto, la exigencia tradicional de petición individualizada exigida por la legislación española ha planteado serios problemas para los solicitantes de acceso, y en la práctica, ha limitado seriamente o impedido su derecho de acceso. Podía suceder así que el ciudadano identificase la clase de información a la que quería acceder, pero desconociera el número de registro del documento donde se contenía dicha información; o que no existiera un registro indizado y sistematizado de los documentos que estaban a disposición de una Administración pública, lo que impedía al ciudadano, siquiera, poder identificar el posible documento que incorpora la información que solicitaba.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2000 confirmaba así una resolución denegatoria sobre una solicitud de acceso a los registros, archivos, datos y expedientes obrantes en el Ministerio del Interior y que aludían a un grupo de asociaciones recurrentes. El argumento manejado por el Supremo fue que se trataba de una “petición genérica y opaca”. Sin embargo, el voto particular de esta Sentencia, suscrito por tres magistrados, ponía de relieve las dificultades reales que, para el ciudadano ordinario, se pueden plantear a la hora de identificar los documentos y cómo la exigencia legal del deber de identificación de los documentos cuyo acceso se solicita es contraria al principio de transparencia.

A diferencia de la regulación tradicional española, el Reglamento comunitario no exige “petición individualizada del documento”, sino que el ciudadano haga la solicitud “de manera lo suficientemente precisa para permitir que la institución identifique el documento de que se trate”. Pero en caso de que la solicitud no lo sea, “la institución pedirá al solicitante que aclare la solicitud, y le ayudará a hacerlo, por ejemplo, facilitando información sobre el uso de los registros públicos de documentos”. Por tanto, se impone a las instituciones comunitarias el deber de asistir a los ciudadanos en sus solicitudes de acceso.

El mismo principio preside la *Freedom of Information Act* 2005 (en adelante, FOI), en el Reino Unido, al reconocer que los solicitantes pueden encontrarse con la dificultad de que ignoren qué información detenta la autoridad pública o cómo está almacenada y registrada. Por tanto, las autoridades públicas tienen un deber de aconsejar y asistir a los solicitantes en sus peticiones de acceso (Golberg et al., 2009: 267). Planteamiento bastante lejano a la dicción del art. 37 LRJAP que parece estar inspirada, más bien, por el principio contrario.

La norma española contiene además varias omisiones relevantes en cuanto a la tramitación del propio procedimiento de acceso a la luz de la normativa comunitaria y comparada de referencia. En particular, la LRJAP no indica las Administraciones, autoridades o instituciones públicas sujetas deberes de acceso a la información, menciona la posible tramitación electrónica de las solicitudes de acceso, el acceso parcial a documentos que contenga algún dato o información sujeto a deber de reserva, obvia cualquier referencia a los plazos de contestación por parte de la Administración requerida, tampoco establece el deber de motivación de las resoluciones denegatorias de acceso o a las posibilidades de impugnación y de revisión judicial, ni prevé la existencia de un organismo concreto que supervise las solicitudes denegatorias.

A diferencia de las Leyes de acceso a la información sueca, norteamericana e inglesa, donde se indican cuáles son las autoridades y organismos públicos sujetos a deberes de acceso a la información pública y cuáles quedan excluidos, la normativa española no hace más que una referencia genérica en el art. 37.1 a los “archivos administrativos”. Esto plantea dudas sobre si el derecho de acceso regulado en la LRJAP se aplicaría, por ejemplo, a los archivos y registros dependientes de las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, a las sociedades empresariales y fundaciones públicas e, incluso, las sociedades privadas concesionarias de un servicio público. Su régimen jurídico, a medio camino entre el Derecho administrativo y el Derecho privado, las ha convertido en un campo abonado para lo que la doctrina legal ha denominado la “huida del Derecho administrativo” y, por tanto, la exclusión de los principios de publicidad, transparencia, eficacia y no discriminación de los ciudadanos que ordenan la actividad administrativa (Cfr. Cousido; Gutiérrez, 2009). El Anteproyecto de la Ley de

Transparencia delimita, por fin, quiénes son los sujetos afectados por el ámbito de aplicación de la Ley y, por tanto, sujeto a deberes de transparencia y acceso a la información pública⁹.

Resulta significativo, por tanto, que en España no haya sido posible acceder, por ejemplo, a la documentación (vgr. las cuentas anuales, los informes de auditoría, las actas del Consejo de Administración o los propios archivos audiovisuales) en poder de la Corporación de RTVE (sociedad mercantil estatal) o de las televisiones públicas autonómicas, mientras que en el Reino Unido, la BBC es una de las autoridades sujetas expresamente a los deberes de acceso al amparo de la FOI.

Tampoco en la LRJAP existen menciones expresas al uso de las TICs en el ejercicio del derecho de acceso por los ciudadanos¹⁰. El acceso electrónico a documentos simplifica las solicitudes de acceso y elimina los costes de expedición de copias de los documentos requeridos. Al acceso electrónico se refiere expresamente la el Reglamento 1049/2001 comunitario o Ley francesa de 1978. Por su parte, el Departamento de Estado norteamericano para la *Freedom of Information Act* incluye en su sitio web un formulario electrónico (*electronic FOIA request*) por el cual pueden remitirse directamente solicitudes de acceso y, asimismo, incorpora un link o enlace a todos los organismos públicos federales ante los cuales pueden realizarse solicitudes de acceso.

La LRJAP nada dice del acceso parcial a documentos cuando éstos incorporen alguna información o dato concreto sujetos a reserva, pero el resto del contenido del documento no esté limitado por ningún deber de confidencialidad, lo cual es dejar las puertas abiertas a la arbitrariedad de la Administración que detenta el documento¹¹. En el ámbito comunitario, el TJUE ha ido reconociendo paulatinamente el “acceso parcial” a los documentos de las instituciones públicas cuando sólo una parte de la información contenida en el documento esté afectada por una excepción.

La Ley española ha omitido también cualquier referencia a los plazos en los que la autoridad o institución pública consultada debía remitir una respuesta al solicitante de acceso o el sentido desestimatorio o estimatorio presunto del silencio de la Administración ante una solicitud de acceso. Una vez más, las ausencias de la Ley han favorecido la discrecionalidad.

Por el contrario, la normativa americana e inglesa estipula un plazo de 20 días de respuesta para la Administración, transcurrido el cual se entenderá por denegada la solicitud de acceso. Momento a partir del cual se abre otro plazo de 20 días para reclamar la denegación de acceso ante el órgano administrativo correspondiente. En el caso del Reglamento comunitario el plazo de respuesta por parte de las instituciones comunitarias es de 15 días. Contrariamente, a las tendencias internacionales y comparadas, el Anteproyecto de Ley de Transparencia regula un plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano

competente para resolver. Plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso en que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario. El silencio tendrá, en su caso, carácter desestimatorio.

Por último, la normativa comparada de referencia prevé la existencia de procedimientos de revisión de las denegaciones de acceso a través de un organismo público independiente *ad hoc* (por ejemplo, la *Commission d'accès aux documents administratifs* en Francia, el *Information Commissioner* en el Reino Unido, o el *Appeals Review Panel* del Departamento de Estado norteamericano) o por un órgano judicial (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación a las denegaciones de acceso a documentos en poder de las instituciones comunitarias o el *Information Rights Tribunal* en el Reino Unido). Por su puesto, en los procedimientos de revisión llevados a cabo por estos órganos administrativos o judiciales se examina detalladamente si la denegación de acceso está amparada en una excepción legalmente prevista, si está motivada adecuadamente so pena de incurrir en arbitrariedad y si, a pesar de concurrir una excepción legal, existe no obstante algún interés público superior que justificase la difusión de los documentos solicitados, previa ponderación de los intereses en conflicto (test de daños).

Frente a las omisiones de la LRJAP, el Anteproyecto de Ley de Transparencia regula expresamente el régimen de impugnaciones de las resoluciones denegatorias de acceso o presuntas por silencio en vía administrativa y contencioso-administrativa. No obstante, con carácter previo a la vía judicial contenciosa, el Anteproyecto ha previsto un recurso potestativo (es decir, opcional a instancias del interesado) ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios.

Si bien es cierto que el Anteproyecto de Ley ha sido acogido muy favorablemente por la doctrina y los distintos agentes sociales, lo cierto es que no hay que olvidar la prudente advertencia de Garrigues (2012): “[...] para que todo funcione adecuadamente es preciso que las comunidades autónomas lo creen también y que los entes locales o bien generen el suyo o bien inserten su información en el portal autonómico correspondiente, o en el del Estado, y que se interconecten todos. ¿Lo harán? Ya veremos”.

Periodismo de investigación y derecho de acceso

Este enfoque restrictivo tradicional del ordenamiento español ha tenido consecuencias prácticas importantes al impedir un control real de la actuación de la Administración y la consiguiente rendición de cuentas con relación, por ejemplo, al destino y gestión de la financiación pública o de las actuaciones en materia urbanística, ámbitos donde los casos de corrupción denunciados por la prensa se han multiplicado exponencialmente en los últimos años. Y estas cortapisas

al control de la actuación pública han cercenado las potencialidades del derecho de acceso con relación al ejercicio del periodismo de investigación y, por ende, el rol de “perro guardián” que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido a la prensa¹².

Con relación al control de la financiación pública, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2003 (Sala Tercera) plantea la cuestión de si el ejercicio del derecho fundamental a la información consagrado por el artículo 20.1.d) CE faculta al recurrente (un periodista) para acceder a los expedientes administrativos existentes sobre unos créditos procedentes de los Fondos de Ayuda al Desarrollo (FAD) concedidos a una empresa pública. Solicitud que resolvió en sentido negativo el Ministerio de Economía y Hacienda. El Tribunal Supremo confirma la decisión denegatoria sobre la base de que la Administración, “al dictar dicha resolución (...), no ha impedido al periodista recurrente comunicar libremente la información veraz que poseyese por cualquier medio de difusión, ni correlativamente, recibirla libremente a los lectores. Lo que le ha impedido es comprobar la veracidad de su información, negándole el acceso a los archivos y expedientes administrativos respecto a los expedientes que hacen referencia a los créditos FAD [...] concedidos a la empresa pública [...]. Este derecho a comprobar la veracidad de una información –añade la Sentencia– es un derecho derivado del artículo 20.1.d), pero que es imprescindible conectar en el caso examinado con el derecho establecido por el artículo 105.b [CE]”.

Yerra, sin embargo, el Tribunal en su argumentación, puesto que si bien reconoce que la decisión administrativa impugnada impedía al recurrente la comprobación de “la veracidad de su información, negándole el acceso a los archivos y expedientes administrativos respecto a los expedientes”, en la práctica no extrae las consecuencias de dicha denegación de acceso a los documentos solicitados. Lo que se le había negado precisamente al periodista era su derecho a investigar las fuentes informativas y contrastar la veracidad de la información, que es el objeto constitucionalmente protegido por el art. 20.1.d) CE.

El hecho de que los Tribunales españoles no hayan ido más allá de una simple declaración formal de la relación existente entre el derecho de acceso a archivos y registros públicos del art. 105b) CE y el derecho a la información del art. 20.1.d) –sin extraer las posibles consecuencias de tal afirmación– ha soslayado el potencial y el considerable valor que el derecho de acceso tiene para los medios de comunicación, lo que deja tal declaración en un mero brindis al sol.

Esta debilidad del planteamiento existente en el ordenamiento jurídico español contrasta frontalmente con el efecto revitalizante que en el ámbito anglosajón han tenido las Leyes de acceso a la información. En este sentido, Banks y Hanna (2009: 461-463) explican cómo la entrada en vigor en el Reino Unido de la FOI propició que “los periodistas empezaran a utilizar con entusiasmo las disposiciones de la Ley”.

Aunque ninguna de las previsiones de la FOI están hechas a la medida de los medios de comunicación, sin embargo, éstos disfrutaban de una posición privilegiada cuando hacen uso de las posibilidades que permite la norma, lo que se ha traducido en que un número relevante de casos resueltos al amparo de esta Ley han implicado solicitudes de acceso a información pública realizadas por los medios de comunicación.

Así por ejemplo, en aplicación de la FOI, el *Information Rights Tribunal* amparó las solicitudes del diario *The Guardian* y de la freelance y activista, Heather Brooke, dirigidas a la BBC para que difundiese las actas de la reunión mantenida por el Consejo de Administración de la Corporación el 28 de enero de 2004 y en la que se discutió sobre el polémico Informe *Hutton* que cuestionaba la actuación de la BBC en el caso “David Kelly”. En apoyo de su decisión de amparar el acceso a las actas requeridas, el Tribunal razonaba que “las decisiones adoptadas en aquella reunión de 2004 fueron cruciales para el debate sobre los estándares del periodismo y la independencia de la BBC”. Y añadía: “Dentro de la BBC hubo algo de rebelión en protesta contra la decisión de los Consejeros, así como una preocupación extendida sobre la independencia de la BBC [...] y sobre si el Gobierno había presionado a los Consejeros. Dado que la BBC es un servicio público de radiodifusión, la Corporación tiene la responsabilidad de rendir cuentas sobre su conducta”. Según el Tribunal, la política subyacente en la FOI está basada en la idea general de que “la difusión de información está al servicio del interés público general en promocionar una mejor Administración a través de la transparencia, la rendición de cuentas, el debate público, el mejor entendimiento público de las decisiones y una informada y significativa participación de los ciudadanos en el proceso democrático”.

En el caso *Társaság v. Hungría* (2009), ya citado, el TEDH ha reconocido indirectamente que el derecho de acceso a la información pública está contenido en el derecho a recabar información, protegido por el art. 10 CEDH, y se caracteriza por ser “una actividad de investigación” que constituye un “paso preparatorio esencial en el periodismo y una parte inherente y protegida de la libertad de prensa”.

Pero las potencialidades del derecho de acceso a la información pública no se quedan en el periodismo de investigación desarrollado habitualmente por los medios de comunicación tradicionales, sino que están surgiendo iniciativas, a partir de proyectos colaborativos 2.0, que invocan el derecho de acceso para poner a disposición de la comunidad información pública online y para desarrollar actividades propias del periodismo de investigación¹³.

A través de la web social los periodistas y los medios se dirigen a los internautas para que éstos colaboren activamente en la búsqueda y difusión de noticias¹⁴. Un ejemplo de esto, es el blog *Investigate your MP's expenses* (“Investiga los gastos de tus miembros del Parlamento”), del rotativo inglés *The Guardian* requiriendo

la ayuda de sus lectores online para ordenar y aclarar la información prácticamente “ilegible e indescifrable” sobre los gastos que los parlamentarios británicos exigían en concepto de honorarios con cargo a los presupuestos públicos y contenida en más de 450.000 documentos que fueron hechos públicos en aplicación de la FOI. Algunos de los grandes hallazgos realizados por los internautas sobre los gastos reclamados por los diputados comprendían 160 libras en una sesión de rayos uva, 3.800 libras sin justificar de un ex primer ministro laborista, otras 1.000 libras en comidas sin justificar, o una alfombra de 2.339 libras¹⁵.

Por su parte el blog *helpmetoinvestigate.com* se define como un proyecto para facilitar la colaboración con “periodistas, bloggers o cualquiera otra persona dedicada al periodismo de investigación sobre cuestiones de interés público”. El blog incluye una guía sobre cómo realizar solicitudes de acceso a la información al amparo de la FOI¹⁶.

e-Gobernanza: ¿nueva forma de cultura cívica y democracia participativa?

Los cambios en las actitudes culturales, en la vida social y en los valores políticos (por ejemplo, la privacidad, o la aspiración a formas de gobierno más participativas) también han afectado a los hábitos de navegación y consumo de servicios en línea, y sobre todo, en el modo en que se busca noticias e información a través de las redes sociales debido, en parte, a la aceleración de la convergencia de móviles, apps, micro-bloggings (especialmente Twitter).

A lo largo del 2010 la forma de consumo con más gancho ha tenido que ver mayoritariamente con el sector de la telefonía 3G (Android y iPad) que han sido los dispositivos más usados. Nuestro país encabeza la lista en el uso de redes sociales a través de dispositivos móviles, junto a Luxemburgo y Suecia, según se recoge en el Informe *eEspaña 2011*. A su vez este Informe destaca que es entre los menores de 34 años donde la tasa de acceso a Internet desde el móvil es más alta en España.

Como señala Pilar Gonzalo (2011a) desde la “«Primavera árabe» al 15-M, la actual corriente de empoderamiento social [...] apuesta por estructuras organizacionales más abiertas, transparentes y colaborativas”. Las TICs y los medios sociales están implantando estas nuevas estructuras.

Lovink (2008) y Bennett (2003) han argumentado que hay actividades y estructuras que pueden extraerse de estos grupos de activistas y de sus foros que constituyen guías potenciales para el compromiso cívico. En particular, las TICs y los medios sociales, “por su estructura relacional horizontal, multiplicidad de actores, funcionamiento descentralizado y no acotado geográficamente, permiten

—como mínimo a nivel técnico— traspasar el sistema de representación tradicional y avanzar hacia una democracia representativa con una fuerte participación ciudadana” (Colombo, 2006: 32).

En efecto, si algo ha quedado patente con los movimientos sociales de protesta es que tanto las TICs y, en particular, los *social media*, están siendo utilizados como nuevas formas de interrelación y participación social no sólo por los medios de comunicación tradicionales, los grupos de interés, las organizaciones de la sociedad civil o los ciudadanos. También los gobiernos, Administraciones públicas y partidos políticos están tomando una mayor conciencia de que existe un nuevo espacio público 2.0 donde expandir el discurso y la acción pública.

Así por ejemplo, algunas Administraciones públicas españolas, especialmente en el ámbito local, como la Federación Española de Municipios y Provincias, está presente en redes sociales como *Facebook*¹⁷. Y la mayoría de los Ministerios tienen perfil en Facebook, Tuenti o Twitter. Los partidos políticos y sus principales figuras públicas también tienen sus perfiles públicos en las redes sociales o *twitteen* con los internautas a través de micro-blogs. “Solo hay que recordar que en España una de las mejores formas de pulsar el debate colectivo de la campaña a las elecciones generales 2011 fue siguiendo su flujo de *hashtags* en Twitter”, señala Gonzalo (2011b).

Como consecuencia de estas nuevas formas de relación entre ciudadanos y poder político, a través de las TICs, en los últimos años se han generalizado las expresiones e-Administración, e-democracia, e-participación y como concepto más amplio que los engloba a todos, e-gobernanza.

La Administración electrónica (*e-Government*) puede ser definida como “el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas”. En el caso de la e-Administración española, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP) ha sido un paso importante. El texto consagra un derecho del ciudadano a “comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos”, y tal derecho genera una auténtica contraprestación para la Administración, esto es, la obligación de “dotarse de los medios y sistemas electrónicos para que ese derecho pueda ejercerse”. Como señala la propia Exposición de motivos de la Ley, “al servicio, pues, del ciudadano la Administración queda obligada a transformarse en una Administración electrónica regida por el principio de eficacia que proclama el artículo 103 de nuestra Constitución”.

En este sentido, tanto la mejora en la prestación de los servicios públicos como el impulso a los sistemas de gestión e intercambio de información entre las e-Administraciones se ha convertido en uno de los aspectos fundamentales de legitimidad institucional y política de las propias Administraciones¹⁸.

Si se concibe a los ciudadanos como consumidores de servicios públicos, la utilización de las TICs enfocada a la gestión de las políticas públicas debe ser entendida como un elemento incentivador de la eficacia y de la eficiencia de las instituciones (Colombo, 2006: 30). La e-Administración, además de facilitar y simplificar el procedimiento de acceso a la información también constituye un canal para ofrecer servicios específicos que se adapten al perfil y circunstancias de los administrados.

Según los datos del Informe *eEspaña 2011* elaborado por la Fundación Orange, nuestro país muestra un importante nivel de desarrollo de los servicios de e-Administración, pero a pesar de este “notable desarrollo, la utilización de los servicios no experimenta un avance tan significativo”. De hecho, precisa que “más del 27% de la población dispone de DNI electrónico, pero que sólo el 4,7% de los ciudadanos hacen un uso efectivo de este DNI”. En el caso de las empresas, la escasez de demanda servicios de e-Administración es “especialmente remarkable”.

El hecho de poner más servicios en línea ayuda a reducir los costes para las Administraciones públicas y también reduce la burocracia para las empresas y los ciudadanos. Por esta razón, todos los planes de actuación en materia de Administración electrónica no pueden perder de vista las condiciones de usabilidad, accesibilidad y calidad de los servicios, que se deben “personalizar” en función de sus destinatarios principales: la ciudadanía y las empresas.

El término e-democracia (*e-democracy*) hace referencia a la utilización de las TICs –principalmente Internet– en los procesos políticos democráticos de las comunidades locales, estatales, regionales, nacionales o globales (cfr. Colombo, 2006: 29). Pero el concepto de e-democracia, también comprende, según Steven Clift, el uso de los *social media*, la participación ciudadana y la representatividad real, el Gobierno 2.0, la transparencia y la rendición de cuentas.

Actualmente, la mayoría de las formas de participación electrónica en contextos democráticos dependen de las redes sociales. Los sistemas democráticos favorecen los intereses de los grupos más grandes de ciudadanos –a mayor número de voces detrás de una propuesta política, mayores serán sus posibilidades de éxito. La mayor parte del trabajo político consiste en la movilización de intereses, el respaldo de la comunidad, la discusión deliberativa y otras formas de actividad proporcionadas por las redes sociales. En este contexto, el estudio de las redes sociales resulta interesante para la investigación sobre e-participación, ya que proporcionan una plataforma para el debate y la interacción. A este respecto parecen resolver algunos problemas relacionados con la participación de los usuarios con los que a menudo luchan los servicios de participación electrónica.

En este sentido, la participación electrónica (*e-participation*) tiene como objetivo la ampliación y transformación de la participación en las sociedades democráticas y en los procesos consultivos mediante el uso de las TICs. Este enfoque es

resultado de la percepción de una disminución del compromiso político, una desconexión entre los ciudadanos y sus representantes, y un consiguiente descenso de la legitimidad de las instituciones políticas (Sæbø, Rose y Flak, 2008).

Si hay alguna lección que extraer de los movimientos sociales de protesta frente a la crisis y su activismo 2.0 es que ahora más que nunca es preciso pasar de una democracia delegativa a una verdadera democracia representativa, en la que los ciudadanos tomen parte de los procesos de toma de decisiones que afectan a las políticas públicas.

Todas estas nuevas formas de gestión y participación confluyen en el concepto de gobernanza. Según Villoria, del concepto tradicional de gobernabilidad democrática, en el sentido del Gobierno legal y jerárquico que es capaz de formular e implementar políticas y programas desde las reglas del juego democrático, estamos pasando al concepto de gobernanza, entendida como la forma en la que el Gobierno democrático y las organizaciones que lo representan se relacionan con su entorno (grupos de interés, actores privados, organizaciones sociales y sociedad civil) para la elaboración e implementación de políticas públicas, de manera que el Gobierno se ha convertido en un actor más de los procesos de gobernanza colectiva. Como señala el autor, la gobernanza supone reconocer que “las políticas públicas se formulan y se implementan a través de una plétora de instituciones, mecanismos y procesos, formales e informales, que toman formas muy variadas y que expresan pautas de interacción entre los gobiernos, la sociedad y el sector privado” (2010: 38-40).

Pues bien, existen evidencias de que las TICs y los medios sociales están produciendo cambios en el modelo de gobernabilidad democrática, al incidir en el marco legal y reglamentario, en los procedimientos organizacionales y administrativos, en los roles asumidos por los diferentes actores involucrados, en el propio proceso de toma de decisiones, en la gestión pública y la prestación de servicios públicos y en la adopción de políticas públicas socio-económicas (Misurca et al., 2011: 98). Hemos pasado a la e-Gobernanza.

Pilar Gonzalo (2011b) ha apuntado cómo el concepto de gobernanza pública “está cambiando impulsado por la tecnología”. Parece inevitable –sigue sosteniendo la autora– que “las administraciones públicas tengan que adaptar sus sistemas de gestión para incorporar de forma sistémica la participación equitativa, activa, permanente y vinculante de los ciudadanos”.

De hecho, cada vez hay más proyectos basados en modelos de gobernanza abierta, como el movimiento *Open-Government*, que propugna un acceso a la información completo, primario, oportuno, procesable informáticamente y no discriminatorio, utilizando y promoviendo la utilización de herramientas 2.0 y del software libre, y favoreciendo un rol activo de la ciudadanía¹⁹.

Precisamente, los movimientos sociales de protesta han revelado cómo este activismo 2.0 y el uso de las TICs pueden estar sembrando el germen de una

nueva cultura cívica (del Hierro en Villoria, 2010: 231) que, basada en el principio de legalidad, respeto a la ley, transparencia en la gestión y rendición de cuentas, transforme la tradicional gobernabilidad democrática en una nueva gobernanza democrática a través de modelos de *open-government*.

Conclusiones

Los movimientos sociales de protesta, a través del activismo 2.0, están teniendo un doble impacto social y político. Por un lado, han “globalizado” las crecientes demandas ciudadanas de transparencia y acceso a la información relevante. Por otro, han contribuido a la aparición de nuevas fórmulas de activismo ciudadano que están operando al margen de los cauces tradicionales de la representación política y social.

A diferencia de las experiencias en otros países de nuestro entorno y de los estándares internacionales de transparencia, la tradicional regulación española del derecho de acceso a la información pública ha favorecido la discrecionalidad y la opacidad de las Administraciones, instituciones y autoridades públicas. Por si fuera poco, los Tribunales españoles han favorecido una interpretación muy restrictiva del art. 105 CE y del art. 37 LRJAP, en clara discordancia con las tendencias en el Derecho comparado e internacional.

La futura Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública debería: 1) reconocer y garantizar su carácter de derecho humano, vinculado al derecho de la información, y por tanto, la titularidad universal sin limitación en razón de la nacionalidad o residencia y sin necesidad de acreditar interés por parte del ciudadano; 2) incluir en su ámbito de aplicación tanto a las administraciones y autoridades administrativas sujetas a deberes de transparencia, como a las personas físicas o jurídicas privadas en la medida en que ejerzan algún tipo de autoridad administrativa o reciban fondos públicos; 3) incorporar una lista tasada y cerrada de excepciones, estableciendo su aplicación restrictiva, y en su caso, garantizando el acceso parcial; 4) elaborar procedimiento simple, ágil y rápido de acceso para todos los ciudadanos, con plazos de contestación administrativa entre 15 y 20 días; 5) implementar las TICs, fomentando el acceso electrónico a través de un portal de la Administración pública y garantizando el principio de auxilio y colaboración de las Administraciones en las solicitudes de acceso; 5) garantizar la revisión de las decisiones denegatorias de acceso a través de un órgano independiente *ad hoc*, y en su caso, a través de la impugnación judicial; 6) establecer buenas prácticas de gestión documental mediante la llevanza de registros públicos de documentos que permitan su acceso mediante búsquedas con criterios sencillos, la formación y especialización de las autoridades y funcionarios responsables de gestionar las solicitudes de acceso, y la creación de guías ciudadanas

accesibles *online* que faciliten a los ciudadanos el ejercicio de su derecho de acceso (cfr. Guichot, 2011: pp. 58-60).

En líneas generales, “ha de insistirse en la mayor transparencia que permiten las tecnologías de la información y las comunicaciones aplicadas a la actividad administrativa” (Valero Torrijos, 2007: p. 13), en la medida en que favorecen el principio de buena Administración, la transparencia de la actuación administrativa, la rendición de cuentas con respecto a la gestión de los servicios públicos y genera instrumentos de *soft law* sobre buenas prácticas electrónicas que legitiman o, en su caso, deslegitiman la actuación administrativa. En definitiva, cuando las TICs son bien implementadas en el seno de la Administración son vehículo de nuevas formas de participación ciudadana (Gutiérrez, en Villoria 2010: 234-235).

Asimismo, debiera plantearse una concepción amplia del derecho de acceso desde la perspectiva no sólo de la información pública, sino de la información relevante –con independencia de la naturaleza pública o privada del sujeto detentador–. En este sentido, las distintas movilizaciones ciudadanas contra la crisis han conducido a una creciente demanda social de transparencia, de rendición de cuentas y de responsabilidad no sólo de los poderes públicos (transparencia administrativa), sino también de las instituciones privadas y de ciertos grupos de interés (transparencia corporativa) con capacidad de tomar decisiones que afectan al conjunto de los ciudadanos.

Si hay algo que están enseñando los movimientos sociales de protesta es que el activismo 2.0, a través de las TICs y de los *social media*, posibilitan la posible reformulación de los conceptos de gobernabilidad y gobernanza democrática. Ello ha de pasar necesariamente por la superación del contexto tradicional en el que se han desenvuelto la formulación teórica y práctica de los principios de transparencia, acceso a la información pública, responsabilidad y rendición de cuentas, exclusivamente circunscritos al ámbito de la gestión pública.

La gobernanza democrática, a través de las TICs, debe ser entendida como la participación real de los ciudadanos en la toma de decisiones y como un lugar común donde no sólo los poderes públicos sino también los grupos de interés privados con capacidad de influir en las políticas públicas queden sujetos a los principios de transparencia y publicidad de la información relevante, así como responsabilidad y rendición de cuentas reales y efectivas.

Los servicios 2.0 no son sólo (o principalmente) un desarrollo tecnológico, sino que deben entenderse como una evolución social. Los nuevos medios ofrecen opciones reales en la cultura de la democracia participativa, ahora y en el futuro. Se caracterizan por los principios de transparencia, libre acceso a la información, la auto-gestión, la colaboración masiva, los servicios no exclusivos, y la participación de los usuarios –aspectos que también se reflejan en otros movimientos como el desarrollo de recursos de código abierto o *software libre*.

En definitiva, los ciudadanos tienen que estar en el centro de la gestión de las instituciones y los poderes públicos, y por tanto, se debe mejorar la prestación de los servicios y estar presente allí donde están los ciudadanos. Si los negocios se adaptan a las nuevas mentalidades, a los nuevos modelos de comunicación, a las nuevas presencias en Internet, los gobiernos también tienen que hacerlo. Se trata de un reto organizativo y un cambio de estrategia cuya clave del éxito parece estar ligada a las redes sociales y la movilidad.

Posiblemente los movimientos sociales de protesta y su activismo 2.0 nos estén mostrando el *know how* o cómo generar una verdadera transición de la gobernabilidad democrática tradicional a la nueva gobernanza democrática. “La democracia está cambiando” sostiene el Manifiesto de la plataforma cívica en Internet *Personal Democracy Forum*. “Las voces en red están reavivando la conversación cívica. Mucha gente –sigue diciendo el Manifiesto–, descubre todos los días ese nuevo poder. Después de años de ser tratados como sujetos pasivos del marketing y la manipulación, los ciudadanos quieren ser escuchados”²⁰. Y además tienen derecho a saber.

Bibliografía

- ATTIA, Ashraf et al. 2011. “The impact of social networking tools on political change in Egypt’s «Revolution 2.0»”. *Electronic Commerce Research and Applications*. Vol. 10, Issue 4, pp. 369-374.
- BAMBAUER, Derek E. “Orwell’s armchair”. INFORMATION SOCIETY PROJECT. 30 Mar- 1 Apr 2012. *Global Censorship Conference*. New Haven: Yale Law School. [79 U.Chi. L. Rev. forthcoming 2012].
- BANKS, David; HANNA, Mark. 2009. *McNae’s Essential Law for Journalists*. Oxford: Oxford University.
- BENNETT, W. Lance. 2003. “Communicating global activism”. *Information, Communication and Society*, 6(2), p. 143–168.
- CAMMAERTS, Bart. 2007. “Activism and media”, en CAMMAERTS, Bart; CARPENTIER, Nico (ed.), *Reclaiming the media: Communication rights and democratic media roles*. European Communication Research and Education Association, vol. 3, pp. 217–224.
- CERRILLO-I-MARTÍNEZ, Agustí. 2011. “¿Cómo facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en la Administración electrónica?” *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*. N° 12, pp. 31-43.
- COUSIDO, Pilar; Gutiérrez, Estrella (Coords.). 2008. *Transparencia en el sector audiovisual. Comentarios a la normativa española y comunitaria*. Barcelona: Bosch.
- CLIFT, Steven. 2008. *Government 2.0 Meets Everyday Citizens and Democracy* [discurso ante el Consejo de Europa]. Disponible en <http://stevenclift.com/?p=273> [consultado 04/02/2012].
- COLOMBO, Clelia. 2006. “Innovación democrática y TIC, ¿hacia una democracia participativa?” *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*. N° 3, pp. 28-40.

- DEHOUSSE, Renaud. 1998. "European institutional architecture after Amsterdam: parliamentary system or regulatory structure?" *Common Market Law Review*. Vol. 35, n° 3, pp. 595 – 627.
- DYRBERG, Peter. 1999. "Current issues in the debate on public access to documents". *European Law Review*. Vol. 24, n° 2, pp. 157-170.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. 1997. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons.
- GOLDBERG, David; SUTTER, Gavin; WALDEN, Ian. 2009. *Media Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- GONZALO, Pilar. 2011a. *Activismo 2.0 y empoderamiento ciudadano en red (I)*. Disponible en <http://www.compromisoempresarial.com/actualidad/2011/10/activismo-2.0-y-empoderamiento-ciudadano-en-red-i-de-la-reunion-on-line-a-las-comunidades-de-changemakers/>
- 2011b. *Activismo 2.0 y empoderamiento ciudadano en red (II): Gobernando en modo 2.0*. Disponible en <http://www.compromisoempresarial.com/nombres-proprios/contexto-social-rsc-aplicada/2011/12/activismo-2.0-y-empoderamiento-ciudadano-en-red-ii-gobernando-en-modo-2.0/>
- GUICHOT, Emilio. 2003. "El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública". *Revista de la Administración Pública*. N° 160, enero-abril, pp. 283-316.
- 2011. *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Madrid: Fundación Alternativas, documento de trabajo 170/2011, pp. 1-68.
- JOERGES, Christian. 2002. *Governance in the European Union and the Commission White Paper*. San Domenico [Firenze]: European University Institute.
- LOVINK, Geert. 2008. "Toward open and dense networks: An interview with Geert Lovink", en BOLER, Megan (ed.) *Digital media and democracy: Tactics in hard times*. Cambridge: The MIT Press, pp. 123–136.
- MACKINNON, Rebeca. 2012. *Consent of the networked. The worldwide struggle for Internet freedom*. New York: Basic Books.
- MEIKLE, Graham. 2002. *Future active: Media activism and the Internet*. New York; London: Routledge / Pluto Press.
- MISURACA, Gianluca; ALFANO, Giuseppe; VISCUSI, Gianluigi. 2011. "Interoperability challenges for ICT-enabled governance: towards a pan-European conceptual framework". *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*. Vol. 6, Issue 1, pp. 95-111.
- POMED, Luis Alberto. 1989. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- SAEBØ, Øystein; ROSE, Jeremy; FLAK, L. Skiftenes. 2008. "The shape of e-Participation: Characterizing an emerging research area". *Government Information Quarterly*, 25, pp. 400–428.
- SEDRA, Mark. 2011. "Revolution 2.0: democracy promotion in the age of social media". *The Globe and Mail*.
Disponible en <http://www.theglobeandmail.com/news/opinions/opinion/revolution-20-democracy-promotion-in-the-age-of-social-media/article1891015/> [consultado 12/01/2011].
- VALERO TORRIJOS, Julián. 2007. *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*. Granada: Comares.
- VILLORIA, Manuel; WENCES, M^a Isabel. 2010. *Cultura de la legalidad*. Madrid: Catarata.

Notas

¹ En este sentido, Mackinnon pone como ejemplo el *Transparency Report* que publica electrónicamente el buscador Google sobre las solicitudes que recibe de distintos Gobiernos para retirar contenidos, remitir información sobre usuarios, o los niveles de accesibilidad a los servicios y herramientas 2.0 que proporciona Google en cada país, así como los lugares donde aquellos servicios son sistemáticamente restringidos. Sin embargo, no debe olvidarse que, por otros frentes, la nueva política de transparencia de Google está siendo cuestionada actualmente en el seno de la Unión Europea con relación a la protección de datos personales (habitual excepción al derecho de acceso en las leyes de transparencia). Ante solicitudes particulares de cancelación de datos personales accesibles a través del buscador (el llamado “derecho al olvido”), las filiales europeas de Google responden de forma negativa argumentando que la competencia para realizar tales operaciones reside en la matriz Google.Inc., cuya sede está en California y, sujeta por tanto, a la ley y a la jurisdicción norteamericana, evitándose de esta forma la aplicación de la normativa europea o nacional en materia de protección de datos que daría la razón a los particulares. Así desde luego, lo ha entendido la Agencia Española de Protección de Datos. En otras palabras, como ha dicho recientemente el Auto de la Audiencia Nacional 19/2012, de 27 de febrero, en la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este conflicto, lo que se está debatiendo es si el particular debe soportar que, con las nuevas tecnologías, su información personal pueda ser localizada “a lo largo de toda su vida y la de sus descendientes”.

² “El patrimonio de diputados y senadores es público a partir de hoy”. *El País*. 08/09/2011.

³ Disponible en http://www.casareal.es/noticias/news/20111228_desglose_presupuestario-ides-idweb.html.

⁴ Vid. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. 24/01/2012. *Comparecencia de la Vicepresidenta, Ministra de la Presidencia y portavoz del Gobierno en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados*. En su intervención, la Vicepresidenta señalaba que la futura Ley responde a los “las exigencias de transparencia que los ciudadanos demandan”, en la medida en que “la austeridad, transparencia y responsabilidad son requisitos imprescindibles para restaurar la credibilidad de las instituciones”; y reconoce el derecho de los ciudadanos a “saber y conocer lo que sucede en la Administración” y el correlativo deber de la Administración “de contárselo y enseñárselo”. Las peticiones de acceso se gestionarán a través de un “Portal Digital de la Transparencia” –como sucede en otros países como EEUU, Reino Unido, o Francia–, al que los ciudadanos “podrán dirigir su solicitud y del que recibirán la información”, teniendo en cuenta las lógicas limitaciones al acceso (como la seguridad nacional o la protección de datos personales) que se establezcan en una lista cerrada.

⁵ Véase Kuijter/Consejo (T-211/00), de 7 de febrero de 2002, párrafo 52. El demandante era un profesor universitario que, en el ámbito de un proyecto de investigación sobre derecho de asilo e inmigración, solicitó acceso a una serie de documentos en poder del Consejo relacionados con la actividad desplegada por el Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de Asilo. El Consejo denegó la solicitud de acceso a los documentos solicitados, alegando que su divulgación podía “amenazar la protección [...] y la intimidad” de los solicitante de asilo “provocando acosos y amenazas personales”.

⁶ Como ha recordado la Comisión Europea, “la principal finalidad de las leyes sobre libertad de información es permitir que los ciudadanos participen más de cerca en la toma de decisiones democrática”. Vid. COMISIÓN EUROPEA. 2007. *Libro Verde sobre el acceso público a los documentos en poder de las instituciones de la Comunidad Europea*. COM (2007)185final.

⁷ En particular, el art. 5 del Capítulo II de la Ley sueca, titulado “Sobre la naturaleza pública de los documentos oficiales”, dispone que, a efectos de garantizar el derecho de acceso de los ciudadanos suecos a los documentos oficiales en poder del Parlamento nacional, la Asamblea de la Iglesia, los gobiernos locales y, en general, todas aquellas autoridades públicas “investidas con competencias en la de toma de decisiones, tendrán la condición de autoridad pública”.

⁸ Véase T-233/09, de 22 de marzo de 2011. Los antecedentes del caso se remontan a una solicitud de acceso formulada por la organización Access Info Europe (www.access-info.org) al Consejo de la Unión Europea con relación a una nota interna dirigida al “Grupo de Trabajo sobre la Información” sobre la propuesta de futuro Reglamento relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión. El Consejo concedió a Access el acceso parcial al documento solicitado, excluyendo, sin

embargo, la identificación de las delegaciones de cada Estado miembro, lo que impedía conocer la postura oficial mantenida por dichas delegaciones. Para justificar la negativa a comunicar esta información, el Consejo aducía que el riesgo de comprometer gravemente el proceso de toma de decisiones era “razonablemente previsible y no puramente hipotético”, en la medida en que, si se hiciera pública esta información, “algunas delegaciones se verían incitadas a no presentar su punto de vista por escrito y a limitarse a los intercambios orales con el Consejo y sus instancias preparatorias”. Lo que, a juicio del Consejo, “resultaría perjudicial para la transparencia global del proceso de toma de decisiones [...]”. Access Info Europe impugnó la denegación parcial de acceso ante el TJUE, que terminaba anulándola con el siguiente razonamiento: “Las delegaciones formulan opiniones y enmiendas que permiten al Consejo definir su posición. Por lo tanto, el acceso del público a esas posiciones permite a los Estados miembros y a las instituciones ser responsables frente a los ciudadanos. Aun suponiendo que la identificación de las delegaciones las exponga al riesgo de una presión exterior, ese riesgo no es suficiente para justificar la aplicación de la excepción invocada, ya que es inherente a la exigencia de responsabilidad y al principio de participación de los ciudadanos”.

⁹ En sentido idéntico, Access Info Europe/Consejo, T-233/09, párrafo 39: “El acceso del público a los documentos de las instituciones constituye el principio y la denegación la excepción, que debe interpretarse restrictivamente”. Anteriormente, otras decisiones del TJUE han abundado en esta misma línea. Cfr. Petrie y otros/Comisión, T-191/99, de 11 de diciembre de 2001, apartado 66; Bavarian Lager/Comisión, T-309/97, de 14 de octubre de 1999, apartado 39; Interporc Im-und Export GMBH/Comisión, C-41/00 P, de 6 de marzo de 2003, apartado 46; Olli Mattila, C-353/01 P, de 22 de enero de 2004, apartado 2, entre otras.

¹⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. 1997. *Informe Especial del Defensor del Pueblo al Parlamento Europeo elaborado tras la investigación de oficio sobre el acceso del público a los documentos* (616/PUBAC/F/IJH).

¹¹ De ahí que un sector importante de la doctrina y, muy especialmente, la jurisprudencia contenciosa del Tribunal Supremo español haya negado sistemáticamente al acceso la naturaleza de derecho de fundamental, a pesar de su relación instrumental con otros derechos fundamentales, como el derecho de acceso a cargos públicos, el derecho a la información, el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de acceso a la cultura (cfr. Pomed, 1997: 445; Fernández Ramos, 1997: 335).

¹² Básicamente, las contenidas en el art. 53 CE, es decir, el necesario desarrollo por Ley Orgánica –que refuerza el principio democrático y el consenso parlamentario a la hora de legislar el derecho fundamental–, el respeto al contenido esencial del derecho, el control de las leyes reguladoras de los derechos fundamentales a través del recurso de inconstitucionalidad, y la tutela judicial específica de estos derechos, a saber, el procedimiento especial preferente y sumario, y el recurso de amparo constitucional.

¹³ Véanse, por ejemplo, en el seno del Consejo de Europa, tanto la Recomendación (2002)2, sobre el acceso a documentos oficiales, y más recientemente, como el Convenio núm. 209, sobre acceso a documentos oficiales, de 18 de junio de 2009. Este último texto relaciona el derecho de acceso particularmente con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información contenido en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el art. 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950.

¹⁴ En el asunto Claude Reyes y otros v. Chile, de 19 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda la negativa del Estado Chileno a proporcionar a los recurrentes una documentación concreta del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el proyecto de deforestación llamado “Río Cóndor”, el cual podía ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile. En particular, la Corte Interamericana señalaba en su sentencia (fundamento 77) que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”. Consecuentemente, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión ampara, según la Corte, “el derecho de las personas a recibir dicha información y la *obligación positiva* del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”.

¹⁵ En el asunto *Guerra v Italia*, [1998] ECHR 7, de 19 de febrero de 1998, los hechos tuvieron su origen en la falta de información a la población local por parte de las autoridades sobre un accidente ocurrido en una industria química de la localidad italiana de Foggia. Los demandantes afectados alegaron ante el TEDH que las autoridades italianas no habían adoptado las medidas oportunas para difundir o posibilitar el acceso público a la información sobre los riesgos y sobre cómo proceder en caso de un accidente mayor, por lo que consideraban que había existido una vulneración de su derecho a la información reconocido y protegido por el art. 10 CEDH. El Tribunal, al asumir las tesis del Gobierno italiano, señaló que la libertad de recibir información “prohíbe básicamente al Gobierno que restrinja el derecho de cualquier persona a recibir la información que otros deseen o puedan querer comunicar”, pero que dicha libertad “no puede ser reconstruida imponiendo al Estado, en circunstancias como las del presente caso, obligaciones positivas de recabar y difundir información por su propia cuenta (párr. 53)”.

¹⁶ Vid. *Kenedi v. Hungría* [2009] ECHR 78, de 26 de agosto de 2009, párrafo 45. El recurrente era un historiador que había obtenido una orden de los Tribunales húngaros que le garantizaba el acceso sin restricciones a determinados documentos sobre el funcionamiento de los servicios secretos en Hungría durante los años 60. Sin embargo, las autoridades húngaras pusieron todo tipo de reparos a dicho acceso, por lo que el historiador no pudo terminar su investigación. En su decisión, el Tribunal tuvo en cuenta “el carácter esencialmente obstruccionista del comportamiento” de las autoridades, su “obstinada renuencia [...] en claro desafío a la legislación nacional” e incluso la multa que los órganos judiciales húngaros impusieron al Ministro del Interior por no ejecutar la orden de acceso concedida al recurrente, lo que supuso una clara violación del art. 10 del CEDH.

¹⁷ *Társaság a Szabadságjogokert v Hungary* [2009] ECHR 618, de 14 de abril de 2009, párrafo 27. Una ONG húngara activa en la lucha contra la droga había solicitado al Tribunal Constitucional húngaro el acceso a un recurso presentado por un miembro del Parlamento en el que se pedía el examen constitucional de unas reformas del Código Penal relacionadas con ciertos delitos por narcotráfico. El Tribunal Constitucional denegó el acceso al documento con el contenido del recurso. La organización presentó entonces una demanda ante el TEDH frente a dicha resolución denegatoria por vulnerar el derecho de acceso a la información pública en conexión con el derecho a recibir y difundir información de interés general protegido por el art. 10 del CEDH. El TEDH declaró que, a la luz del interés protegido por el art. 10 CEDH, el establecimiento de “obstáculos a la obtención de información” por parte de las autoridades podía constituir una “forma indirecta de censura”, en la medida en que dicha “actividad de investigación constituye un paso preparatorio esencial en el periodismo y una parte inherente y protegida de la libertad de prensa”.

¹⁸ En la Sentencia de 14 de noviembre de 2000, el Tribunal Supremo (Sala Tercera) reconoce que, durante el procedimiento en primera instancia a que da lugar el posterior recurso de casación, se había discutido “ampliamente si la regulación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos contenida en la [LR]AP *que en algunos aspectos es restrictiva* resulta aplicable al caso enjuiciado”.

¹⁹ Para dicho análisis comparativo, fundamentalmente, se tendrán en cuenta el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos de 2009; el Reglamento (CE) 2001/1049, relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión; la Ley sueca de Libertad de Prensa de 1766 (*Tryckfrihetsförordningen*); la Ley norteamericana de Libertad de Información de 1966 (*The Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552); Ley francesa 1978-753, relativa a diversas medidas de mejora de las relaciones entre la Administración y el público (*Loi n° 78-753, du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*); y la Ley británica de Libertad de Información de 2005, de aplicación en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, (*The Freedom of Information Act*).

²⁰ Entre la que se encuentra los contratos adjudicados, convenios suscritos, subvenciones y ayudas públicas, retribuciones de altos cargos y resoluciones sobre Buen Gobierno y Conflicto de Intereses sobre compatibilidades).

²¹ Cfr. el Convenio de Aarhus, de la ONU, sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la Justicia en asuntos ambientales, firmado el 25 de junio de 2004, y ratificado por España. En particular, su art. 4.1.1 a) no exige “que el público tenga que invocar un interés particular” para acceder a información relacionada con el medioambiente. Por su parte, el art. 6.1 del

Reglamento Comunitario 1049/2001, sobre acceso público a los documentos en poder del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, dispone: “El solicitante no estará obligado a justificar su solicitud”.

²² Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Transparencia señala que el solicitante podrá incluir los motivos por los que realiza su petición de información. Motivos que deberán ser tenidos en cuenta cuando se dicte resolución. Sin embargo, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud.

²³ El Anteproyecto de Ley de Transparencia destierra la referencia a las solicitudes genéricas como posible causa de denegación, imponiendo en tal caso, el deber de la Administración de que requiera al solicitante que concrete la información cuyo acceso se pretende en el plazo de 10 días.

²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2003, ya citada, es un exponente claro de un supuesto de denegación de acceso por solicitud genérica de información, al desconocerse por parte de un periodista la referencia concreta de los documentos relativos a unos créditos oficiales concedidos por una empresa pública en el marco de un reportaje de investigación que estaba realizando. El Tribunal Supremo concluía que: “La solicitud del recurrente (...) no es individualizada. No se concreta en ella qué documentos se desea consultar, en relación con uno o varios créditos determinados”.

²⁵ Frente a esta práctica, la Ley sueca de acceso a la información establece como deber del funcionario incorporar a un Registro Público la referencia de los documentos redactados o recibidos, así como una relación de informaciones esquemáticas relativas de documentos secretos existentes.

²⁶ Entre las asociaciones requirentes se encontraban, entre otras, el Centro de Mejoramiento Personal Asociación Española de Mejoras Sociales y dos Centros de Rehabilitación de Toxicómanos. Los recurrentes alegaron que no pretendían acceder directamente al contenido de lo archivado, sino que el Ministerio del Interior les informase simplemente sobre los documentos que obraban en su poder, ya que se estaban manejando públicamente datos inexactos que les habían causado perjuicios en investigaciones policiales y judiciales.

²⁷ Así, el voto particular considera “incompatible con el principio de transparencia” exigir a las recurrentes que especifiquen los datos concretos que permitan especificar los documentos a los que quieren acceder, pues tal cosa “equivale a dar por supuesto que conocen el contenido o al menos el alcance de los documentos en poder de la Administración, o que lo dan por cierto, cuando lo que pretenden precisamente es averiguarlo o confirmarlo”. Se añade que la respuesta denegatoria absoluta de la Administración no es, por tanto, adecuada a derecho, dado que se funda en el carácter genérico de la petición; pues con ello “se dificulta la efectividad del derecho y el respeto a ésta sólo podía conseguirse mediante una respuesta indicativa de la documentación obrante en su poder, aun cuando revistiera el carácter de explicación, relación o sumario indicativo, o mediante la indicación de no existir documentación conocida de la naturaleza solicitada, o bien una motivación de las razones por las que no podría concederse el acceso”.

²⁸ Están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local; los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, incluidas las Universidades Públicas; el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo; las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100; las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones; las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Asimismo, las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones previstas en esta Ley. Sin embargo, el Anteproyecto no aclara si el ciudadano podría solicitar el acceso a la información relativa a sociedades concesionarias de servicios públicos o que ejercieran potestades administrativas y en poder de la Administración

con la que se encuentran vinculadas o, si la Administración podría, por el contrario, hacer valer algún tipo de excepción absoluta o relativa.

²⁹ El Anteproyecto de Ley de Transparencia, en consonancia con la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos de 2007 posibilita al solicitante optar o no por la tramitación electrónica de todo el procedimiento de acceso.

³⁰ Accesible desde <http://foia.state.gov/foiareq/foialetter.asp>.

³¹ El Anteproyecto de Ley de Transparencia garantiza el acceso parcial, previa omisión de la información a la que se le aplique el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido.

³² Véanse, entre otras, las Sentencias del TJCE de 6 de diciembre de 2001, Consejo/Hautala, C-353/99 P, apartado 29; de 22 de enero de 2004, C-353/01 P, Mattila/Consejo y Comisión, apartados 30 y 32; de 26 de abril de 2005, Sison/Consejo, T-110/03, T-150/03 y T-405/03, apartados 63 y 88; de 6 de julio de 2006, Yves Frachet y Daniel Byk/Comisión, T-391/03 y T-70/94, apartados 117 y 118; de 25 de abril de 2007, WWF European Policy Programme/Consejo, T-264/04, apartado 50.

³³ Véanse, en este sentido, Von Hannover v. Alemania, 2004; Riolo v. Italia, 2008; Tărasag V. Hungría, 2009.

³⁴ En primer lugar, porque los medios británicos son usuarios regulares de esta legislación, y por tanto, pueden desarrollar la pericia necesaria para emplearla adecuadamente. En segundo lugar, los periodistas especializados en determinadas materias están muy bien situados para identificar qué información es conveniente solicitar y si existen posibilidades reales de que esté en poder de la institución requerida. Y por último, porque los medios (a diferencia de la mayoría de los solicitantes individuales) pueden tener recursos para instruir legalmente a sus representantes en las impugnaciones ante los Tribunales por denegaciones de acceso. Vid Goldberg, 2009: 261.

³⁵ El *Information Rights Tribunal* (Tribunal de los Derechos de Información) tiene competencia para resolver los recursos contra las decisiones del *Information Commissioner* (Comisionado de la Información), órgano administrativo encargado de resolver, en primera instancia, las impugnaciones relacionadas con solicitudes de acceso a la información pública bajo la FOI. Fuente: <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/tribunals/information-rights/index.htm> [citado 04/02/2012].

³⁶ Véase, la Decisión del Information Tribunal en *Guardian Newspapers and Brook v Information Commissioner and BBC*, Números de Apelación: EA/2006/0011 and 0013, párrafos 118-119. En el año 2003 se iniciaba una investigación judicial dirigida por Lord Hutton (nombrado por el Gobierno laborista) para determinar las circunstancias que rodearon el aparente suicidio de David Kelly, funcionario del Ministerio de Defensa británico y experto en armas biológicas, y que había participado en el grupo de inspectores de la ONU enviado a Iraq para investigar la posible existencia de armas de destrucción masiva. El 18 de julio de 2003, Kelly fue encontrado muerto después de haber sido citado como fuente en la información publicada por el periodista de la BBC Andrew Gilligan en el programa de radio, *The Today Programme*, emitido por la cadena pública, en el cual se afirmaba que el Gobierno laborista de Tony Blair había “exagerado”, a sabiendas, el informe (el “Dossier de septiembre”) sobre las armas de destrucción masiva en poder de Iraq y que justificaron la guerra. El Informe Hutton negó cualquier actuación ilícita por parte del gobierno de Blair, mientras que sembraba dudas sobre la fiabilidad y la veracidad de la información de Gilligan y la BBC. Esto llevó a la Corporación a retractarse públicamente ante el Gobierno y a la renuncia de su presidente, Gavin Davies, y de su director general, Greg Dyke. En su declaración ante el *Information Commissioner*, Dyke alegó lo siguiente: “En mis funciones como Director General he trabajado estrechamente con muchos Consejeros de la BBC. En mi experiencia, ellos no son el tipo de individuos que se inhibirían de expresar sus opiniones por miedo a que aquéllas opiniones fuesen hechas públicas en un futuro. En mi rol como Director General era completamente consciente de que la BBC iba a ser sometida a la Ley de Libertad de Información, y que aquellos documentos que creé probablemente acabarían estando sujetos a una inspección pública en una fecha futura. Estoy seguro de que los miembros del Consejo de Administración también sabían que la [FOI] se aplicaba a la BBC [...]. En cualquier caso, cualquier persona involucrada en una importante e histórica decisión como aquélla, que fue hecha en respuesta al Informe Hutton, sabría que las deliberaciones sobre asuntos de interés e importancia serían inevitablemente estudiadas

por otros que estuvieran buscando entender y analizar lo que había ocurrido”. En la prueba oral, Dyke dejó claro que no sugería que todas las actas del Consejo de Administración fuesen públicas de forma rutinaria, pero afirmó que “los acontecimientos eran únicos en la historia de la BBC, por lo que consideraba que el público “tenía derecho a saber por qué se tomaron aquellas decisiones”.

Con relación a los detalles del caso, véase EVANS, Rob; TRYHORN, Chris. 2006. “Public has right to know why BBC apologised after Hutton, Dyke says”. *The Guardian*. 21/12/2006, p. 13.

³⁷ “Un nuevo periodismo de investigación a través de las redes sociales”. ABC. 28/11/2010. Disponible en <http://www.abc.es/20101128/medios-redes/nuevo-periodismo-investigacion-traves-201011261912.html> [Consultado 05/02/2012].

³⁸ LAVRUSIL, Vadim. 24/11/2004. “How Investigative Journalism Is Prospering in the Age of Social Media”. Disponible en <http://mashable.com/2010/11/24/investigative-journalism-social-web/> [Consultado 05/02/2012].

³⁹ “MPs’ expenses – what you’ve found so far”. *The Guardian*.. Disponible en <http://www.guardian.co.uk/politics/blog/2009/jun/19/mps-expenses-what-you-ve-found> [Consultado 05/02/2012].

⁴⁰ “What Do They Know- submit Freedom of Information requests to get information from a public body”. Disponible en <http://helpmeininvestigate.com/helpmeininvestigate.html> [Consultado 05/02/2012].

⁴¹ “Así han cambiado nuestros hábitos de navegación”, ABC, 10/12/2010 <http://www.abc.es/20101210/medios-redes/habitos-lectura-internet-201012101526.html>

⁴² Perfil disponible en Facebook en <http://es-la.facebook.com/pages/Federaci%C3%B3n-Espa%C3%B1ola-De-Municipios-Y-Provincias/167808429964514>.

Sobre este tema, véase GUARDIÁN, Carlos. 06/04/2009. Ayuntamientos y Facebook. Disponible http://www.k-government.com/2009/04/06/ayuntamientos_y_facebook/ [consultado 15/01/2009]; e *Idem*. 24/02/2009. *La revolución dospuntocrista de las AAPP*. Disponible en http://www.k-government.com/2009/02/24/la_revolucion_dospuntocrista_de_la_aapp/ [consultado 15/01/2012].

⁴³ COMISIÓN EUROPEA. 2003. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de las Regiones. COM/2003/0567 final.

⁴⁴ En este sentido, el art. 6 LAECSP desarrolla el contenido de ese derecho de los ciudadanos a comunicarse por medios electrónicos con la Administración, que comprende, a su vez, el derecho a obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar peticiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos; a elegir el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas; a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas; a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados; a obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado; a la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente; y a obtener los medios de identificación electrónica necesarios, como el DNI o la firma electrónica.

⁴⁵ De ahí que el uso de sistemas de código abierto en el ámbito de la Administración y el propio concepto de interoperabilidad sea abordado predominantemente como un medio de implantación y desarrollo de la e-Administración en los distintos niveles que ésta puede operar, a saber, local, regional, nacional y supranacional. La interoperabilidad se ha convertido, por tanto, en la espina dorsal de los procesos de desarrollo de la Administración y la gobernanza electrónica (Misuraca et al., 2011: 99).

⁴⁶ Estudio Comparativo 2011 de los Servicios Públicos *online* en los 20 mayores Ayuntamientos españoles. Disponible en http://www.informeespana.es/docs/Estudio_Comparativo_Ayuntamientos_2011.pdf

⁴⁷El Informe trata de evaluar el mayor número posible de variables recogidas en la estrategia 2011-2015 del “Plan Avanza2”. Se encuentra disponible en <http://www.informeespana.es/docs/eE2011.pdf>.

⁴⁸ Según el estudio *Digitizing Public Services in Europe: putting ambition into action*, la disponibilidad media de servicios públicos en línea en la UE pasó del 69% al 82% entre 2009 y 2010.

⁴⁹ Cfr. Sobre el concepto de e-democracia, véase CLIFT, S. 2004. *E-Government and democracy. Representation and citizen engagement in the information age*. Disponible en www.publicus.net; y <http://stevenclyft.com/> [consultado 15/01/2012].

⁵⁰ <http://www.ogov.eu/open-government/open-government-un-nuevo-modelo-de-gestion-publica/>

⁵¹ <http://personaldemocracy.com/static-content/about-personal-democracy-media>





JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ LUIS

Carestía de papel y destrucción de documentos en Zamora durante la Guerra Civil

La Guerra Civil de 1936-1939 afectó en gran medida a los archivos españoles (Cerdá, 2005-2006, 53-70; Jaramillo, 2003, 163-169). Muchos conjuntos documentales perecieron a consecuencia de la acción revolucionaria incontrolada, la proximidad de los combates, el deseo de borrar pruebas comprometedoras o la imperiosa necesidad de papel. Otros corrieron mejor suerte y se salvaron gracias a la concentración en depósitos que se habilitaron sobre la marcha. Como contrapartida a tanta destrucción, la contienda provocó el nacimiento de nuevos archivos, entre los que descuellan los ideados para la represión y la propaganda.

Respecto a la desaparición de archivos, la investigación se ha centrado en la zona republicana, debido a la mayor trascendencia de la destrucción que originaron la acción revolucionaria y los combates frente a la que causó la elaboración de papel¹, predominante en la zona nacionalista. Disponemos así de estudios exhaustivos sobre áreas concretas de la zona republicana que han utilizado como fuentes, primordialmente, encuestas relativas a la situación de los archivos confeccionadas en la posguerra (Arco, 1999; Borque, 1997; Girona, 2005-2006; Grau, 2001).

El presente trabajo examina la destrucción de documentos para fabricar papel en un área concreta de la España nacionalista, la provincia de Zamora.

Comienza analizando el problema de la carestía de papel y la solución que buscaron las autoridades: la utilización de papel usado para elaborar nuevo papel. A continuación repasa la operación de recogida en Zamora. Concluye con la exposición de los efectos de este proceso sobre los archivos zamoranos.

Para este artículo se han empleado las fuentes más importantes, boletines y libros de actas, emanadas de los principales actores: la Administración Central nacionalista, el Gobierno Civil, la Diputación y la Cámara de Comercio. No ha faltado, tampoco, un vistazo selectivo a la Administración de Justicia y a las principales instituciones religiosas y culturales zamoranas. Futuras investigaciones podrán, sin duda, aportarnos un mejor conocimiento de esta triste página en la historia de nuestros archivos.

La carestía de papel en la España nacionalista

La paulatina creación de dos grandes maquinarias bélicas con una minuciosa burocracia castrense; la fragmentación del poder en múltiples instancias que hubieron de hacerse cargo, además, de funciones tan complejas por causa de la guerra como el control de la población y los abastecimientos (Beevor, 2005; Carr, 1986; Jackson, 1999; Thomas, 1983; Vilar, 1986), y el extraordinario desarrollo de la propaganda, crucial en una guerra ideológica como la de 1936-1939², produjeron un aumento de la demanda de papel que no podía ser atendida al quedar separados, en varias áreas geográficas bajo distinto control, los abastecedores de materias primas, las industrias transformadoras y los consumidores finales (Sánchez Asiaín, 1999, 42-43).

El problema fue aún más agudo en la zona nacionalista por encontrarse el grueso de la industria papelera en la zona republicana (Sánchez Asiaín, 1999, 45-46). La respuesta al asunto que dieron las autoridades nacionalistas fue utilizar el papel existente, que se considerara inútil, para elaborar nuevo papel. Se trataba de una solución en consonancia con la política autárquica que venían desarrollando, de larga tradición en España, aunque renovada a imitación de los fascismos europeos (Sánchez Asiaín, 1999, 62-63):

“Para la fabricación de papel es precisa la importación de materias primas cuyo pago se efectúa en divisas extranjeras y su adquisición provoca la salida del Territorio Nacional de cantidades que ascienden a varios millones de pesetas oro, reduciéndose nuestras reservas con el consiguiente perjuicio para nuestra balanza comercial y por tanto para la economía Nacional. A evitar esto tienden las disposiciones dictadas por el Gobierno del Estado Español que se refieren a la recogida de papel usado, el cual, reducido a pasta, se vuelve a emplear en la fabricación de nuevo papel”³.

La recogida de papel comenzó con la orden del Gobierno General de 4 de febrero de 1937, que disponía que los particulares, corporaciones públicas, entidades, compañías y asociaciones entregasen el papel que no fuera imprescindible en los centros benéficos señalados por los gobernadores civiles⁴. Las cámaras de comercio colaborarían reuniendo el papel de los comercios e industrias. Del producto líquido que se obtuviese del papel acumulado, se destinaría la mitad a la beneficencia provincial y la otra mitad al Fondo de Protección Benéfico Social⁵. De esta forma, se proporcionaban recursos a la beneficencia pero, sobre todo, se incentivaba la entrega de papel⁶.

El 29 de marzo una orden de la Junta Técnica de Estado mandó a las juntas de expurgo constituidas en audiencias y juzgados revisar las resoluciones que pusieran fin a causas o expedientes gubernativos caducados⁷. Deberían declarar inútiles las causas cuya sentencia hubiese sido dictada antes de 1927 si la pena fuere grave, de 1932 si fuese menos grave y de 1935 si fuere juicio de faltas, salvo que en ellas hubiera enunciación de derechos distintos a la indemnización por daños y perjuicios. También los expedientes gubernativos cuya resolución fuese firme antes de 1932 y no pudieran ser medio de prueba para la declaración de derechos⁸. Del mismo modo, los fiscales habrían de poner a disposición de los presidentes de las audiencias los extractos de sus archivos que consideraran sin utilidad⁹. Toda la documentación inútil se depositaría en un lugar adecuado a disposición de la Comisión de Hacienda.

Al tiempo que ordenaron el expurgo de la documentación judicial, y transcurridos apenas dos meses de la disposición que había iniciado la recogida, las autoridades nacionalistas convocaron un concurso para la adjudicación del papel. Los interesados tendrían que proponer un precio por tonelada (igual en toda la península) en los puntos de recogida, que se ubicaban en las capitales de provincia. El traslado a las capitales sería a cuenta de las autoridades, y del almacén a la fábrica correría a cargo del concesionario. El Gobierno General, oídas la Jefatura de Industria de Valladolid y la Sección de Beneficencia, haría la adjudicación¹⁰.

Todas las propuestas que se presentaron fueron desestimadas, por infringir unas las disposiciones sobre reintegros y otras las que determinaban la forma de apoderamiento de los concurrentes¹¹. Inmediatamente anunciaron un nuevo concurso, con idénticos requisitos, para adjudicar todo el papel almacenado hasta el momento y el que se recogiera en un periodo de dos años a partir de la firma del contrato¹².

Mediado el mes de mayo tuvo lugar la subasta. Hubo dos propuestas: de la Sociedad Central de Fabricantes de Papel y de Luis Fernández Abecia¹³. El papel fue asignado al segundo por ser mejor para los intereses de la beneficencia, al precio único de 237,50 pesetas la tonelada¹⁴. La fabricación de nuevo papel cae en manos de industriales de Guipúzcoa, única zona industrial, con importante tradición papelera, en poder de los nacionalistas en ese momento¹⁵.

Por último, a finales de octubre de 1937, se convocó un concurso para adjudicar el papel resultante del expurgo de documentos de juzgados y tribunales. Las ofertas habrían de expresar el valor medio por tonelada en sus puntos de recogida, las cabezas de partido judicial, debiendo presentar un precio único para toda la península. La colocación del papel en las cabeceras iría a cargo de los juzgados y por cuenta del adjudicatario el porte de los puntos de recogida a la fábrica. La Comisión de Hacienda recomendaría al presidente de la Junta Técnica de Estado la resolución del concurso¹⁶.

El proceso de recogida de papel que se puso en marcha para abastecer a la España nacional tuvo dos vertientes, como se ha podido comprobar: una más general, en la que nos centraremos, que afectó a particulares, empresas, instituciones públicas y asociaciones; y otra más concreta, circunscrita a la Administración de Justicia.

La recogida de papel en Zamora

En aplicación de la orden de 4 de febrero de 1937, se organizó la recogida a mediados de dicho mes. El gobernador civil hizo un llamamiento a la entrega de papel y mandó a los alcaldes que habilitasen locales para la recepción y conservasen las existencias hasta que recibieran órdenes sobre su entrega¹⁷. El papel reunido en la capital, y el que se traerá más adelante del resto de localidades de la provincia, se almacenaba en un local contiguo a la imprenta que había en el Hospicio Provincial. El regente de la imprenta era responsable de la admisión y depósito¹⁸. El transporte de los locales señalados por los alcaldes al almacén del Hospicio dependía del Servicio de Recogida de Papel, adscrito a la Jefatura Provincial de Falange Española Tradicionalista y de las JONS (Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalista)¹⁹. Asimismo, de la recogida entre comerciantes e industriales se ocupó la Cámara de Comercio e Industria, que estableció un servicio gratuito de recogida a domicilio, previo aviso, para el 7 de mayo²⁰. Una vez en el almacén de la capital, la clasificación y el empaquetado del papel eran realizados por mujeres de la Sección Femenina e internos del Hospicio²¹.

La sociedad zamorana respondió con timidez a las disposiciones sobre entrega de papel²². La primera autoridad civil de la provincia y la prensa local apelaron al patriotismo para fomentar la donación de papel, ya que hacerlo era una forma de combatir al enemigo. Incluso hubo que requerir mayor celo a los alcaldes en la recopilación y custodia del papel usado²³:

“[...] con papel y a fuerza de papel el marxismo logró imperar en nuestra Patria. En papel circulaba sus órdenes; con papel agitaba a las masas y fue su principal elemento de propaganda. [...] el papel es arma indispensable para combatir: sostiene la disciplina nacional, lleva a los frentes el aliento confortador de la retaguardia;

lanzado por la aviación sobre el enemigo le hace abrir los ojos y pasarse a nuestro lado; para la retaguardia misma, sin papel, ni las autoridades ni la prensa podrían cursarle órdenes e información”²⁴.

Cuando se publicó la resolución del concurso de concesión de papel, el gobernador civil ordenó a los alcaldes, a comienzos de agosto de 1937, que enviasen las existencias recogidas al hospicio provincial²⁵. Por su parte, el adjudicatario, Luis Fernández Abecia, autorizó al vecino de Zamora Antonio Nieto Delgado para que empaquetase y facturase el papel procedente de la provincia, según menciona el acta del 30 de octubre²⁶. Esa labor de embalaje y remisión debió de llevarse a cabo a lo largo de noviembre de 1937, pues el acta del día 30 de dicho mes refleja que va a hacerse efectiva la suma de 6.500 pesetas para la beneficencia provincial por el papel colectado²⁷.

El concurso tenía una duración de dos años y la recogida de papel en Zamora tuvo que continuar, pero a un ritmo lento y en escasa cantidad, ya que son frecuentes las exhortaciones del gobernador civil en este sentido²⁸. Sin embargo, en las fuentes consultadas no vuelve a aparecer ninguna otra referencia a cantidades libradas por el papel recogido con posterioridad.

Así pues, la beneficencia provincial zamorana obtuvo, al menos, 6.500 pesetas por el acopio de papel usado. Teniendo en cuenta, como se ha señalado más arriba, que recibía la mitad del producto, el valor total del papel debió ascender a 13.000 pesetas. Si se divide este monto entre el precio fijado por tonelada, arroja una cantidad de aproximadamente 55 toneladas de papel reunido en el almacén de la Diputación²⁹.

Efectos sobre los archivos zamoranos

En las normas que organizaban la recogida de papel no se especificaban criterios de selección de los documentos que podrían considerarse sin importancia, excepto para la Administración de Justicia. Pronto hubo consultas por parte de los ayuntamientos y juzgados municipales de la provincia acerca de la cesión de publicaciones oficiales. Las autoridades estatales contestaron que deberían conservarse las colecciones legislativas al uso y entregar solamente las publicaciones sobrantes o manifiestamente innecesarias³⁰. Pero, por lo general, fue el secretario de cada institución el encargado de discernir de qué documentos podrían desprenderse³¹.

Desde el punto de vista de los archivos institucionales, fueron quizá los municipales los que se llevaron la peor parte, ya que los consistorios no solo se ocuparon de la recogida en sus respectivos términos, sino que también estaban obligados a facilitar todo “papel viejo, carente de interés”, que existiese en las oficinas municipales³².

El proceso de recogida también influyó, aunque de momento es imposible inquirir en qué medida, en el archivo de la Delegación Provincial de Hacienda, donde su responsable, Carmen Pescador del Hoyo, llevó a cabo “limpieza del papel inútil que estaba amontonado por el suelo” y lo entregó³³.

Sí es posible, en cambio, conocer con mayor detalle lo que ocurrió en los archivos de las principales instituciones que participaron en la operación: la Diputación Provincial y la Cámara de Comercio e Industria de Zamora. En el repositorio de la corporación provincial fueron eliminados los expedientes de quintas de los años 1897 a 1915, las listas de votantes anteriores a 1923, los repartimientos de paja y leña, además de las cuentas y padrones de cédulas personales anteriores a 1930³⁴. El expurgo, por tanto, afectó a series documentales muy concretas, producidas en periodos bien delimitados, que se consideraron sin valor. Series, por otro lado, pertenecientes a la administración de servicios y a la administración económico-financiera; que se generaron por funciones como el reclutamiento y las elecciones, para las cuales las diputaciones han servido de infraestructura administrativa, o la recaudación de determinados tributos, en el caso de los repartimientos y las cédulas personales (Rodríguez Clavel, 1999, 258-265). En lo que atañe al archivo de la Cámara de Comercio, esta acordó poner a disposición del gobernador civil, previa selección por parte del secretario, correspondencia, folletos y documentación de obras que habían perdido actualidad³⁵.

A fin de dar unas pinceladas sobre lo que sucedió con los documentos de la Administración de Justicia, se ha tomado como botón de muestra el archivo de la Audiencia Provincial, el órgano jurisdiccional más importante de la provincia (véase fig. 1). Como puede verse, la revisión de las causas tuvo lugar entre el 14 de abril y el 7 de agosto de 1937, siguiendo un criterio cronológico. En total declararon inútiles algo más de 5.900 causas, prácticamente todas las que dirimieron las Audiencias Criminales de Zamora y Benavente y su sucesora, la Audiencia Provincial de Zamora, desde 1883 a 1905; a excepción de las del año 1892, que no tienen diligencias de expurgo sin que se sepa el motivo, y las de 1901, que no se han podido verificar por no conservarse el libro de sentencias.

En cuanto a los archivos de la Iglesia, la recogida parece que no perjudicó, por fortuna, a un archivo tan relevante para la historia local como es el de la Catedral de Zamora³⁶. Tampoco, en general, a otros archivos eclesiásticos zamoranos, si juzgamos la inexistencia de disposiciones acerca de la recogida de papel en el *Boletín Oficial del Obispado*³⁷.

Año	Número de causas		Fecha de declaración de inutilidad
	Audiencia Criminal de Zamora	Audiencia Criminal de Benavente	
1883	81	82	14/4/1937
1884	145	104	15/4/1937
1885	143	113	17/4/1937
1886	157	113	19/4/1937
1887	212	87	20/4/1937
1888	208	135	24/4/1937
1889	204	125	27/4/1937
1890	186	92	29/4/1937
1891	217	93	30/4/1937
1892	Sin diligencias de expurgo	—	
	Audiencia Provincial de Zamora		
1893	385		5/5/1937
1894	339		13/5/1937
1895	301		24/5/1937
1896	324		1/6/1937
1897	356		2/6/1937
1898	369		5/6/1937
1899	256		9/6/1937
1900	350		19/6/1937
1901	No se conserva el libro de 1901		
1902	179		23/6/1937
1903	175		5/7/1937
1904	172		5/7/1937
1905	231		7/8/1937

Fig. 1: Causas expurgadas en el archivo de la Audiencia Provincial de Zamora
Fuente: AHPZa, Audiencia Criminal de Zamora, libs. 1-10 y 14; Audiencia Criminal de Benavente, libs. 1-9 y Audiencia Provincial de Zamora, libs. 1-20

A modo de conclusión

Este estudio es una primera aproximación que tan solo pretende reconstruir el proceso en sus rasgos esenciales. Por desgracia, sobre la destrucción de documentos para fabricar papel no han llegado hasta nosotros demasiadas noticias, bien porque se tratara de una práctica habitual y prosaica, bien por la desaparición o difícil acceso a las fuentes de la época. Probablemente los efectos sobre el patrimonio documental hubieran sido aún mayores, en muchos casos, de no ser por el desinterés que mostraron particulares e instituciones en relación con la recogida de papel. Investigaciones futuras podrán ayudarnos a calibrar en toda su dimensión el impacto de este proceso sobre los archivos zamoranos³⁸.

Bibliografía

- AGIRRE KEREXETA, Iñigo. 1994. El fenómeno industrial en Euskadi. *Lurralde: Investigación y Espacio [Recurso electrónico]*. n. 16.
- ARCO MOYA, Juan del. 1999. La destrucción de archivos en la provincia de Jaén al comienzo de la Guerra Civil de 1936-1939, según las fuentes republicanas. *Boletín del Instituto de Estudios Gienenses*. n. CLXXIII, 225-249.
- AUBERT, Paul. 2005. Crisis del papel y consecuencias de la industrialización de la prensa (1902-1931). *Prensa, impresos y lectura en el mundo hispánico contemporáneo*. Burdeos: Presses Universitaires de Bourdeaux. 73-95.
- BEEVOR, Anthony. 2005. *La Guerra Civil Española*. Barcelona: Crítica.
- BORQUE LÓPEZ, Leonardo. 1997. *Bibliotecas, archivos y Guerra Civil en Asturias*. Gijón: Trea.
- CARR, Raymond. 1986. *La tragedia española: la Guerra Civil en perspectiva*. Madrid: Alianza.
- CERDÁ DÍAZ, Julio. 2005-2006. La república de la memoria: gestión y acción sobre el patrimonio documental (1931-1939). *Revista d'Arxius*. n. 4-5, 33-82.
- ESCOLAR SOBRINO, Hipólito. 1987. *La cultura durante la Guerra Civil*. Madrid: Alhambra.
- GIRONA ALBUIXECH, Albert. 2005-2006. Destruam et aedificabo. Els arxius valencians durant la Guerra Civil: entre la destrucció i la conservació. *Revista d'Arxius*. n. 4-5, 13-32.
- GRAU PUJOL, Josep M. T.; GÜELL, Manel. 2001. La crònica negra de la destrucció d'arxius a la demarcació de Tarragona. *Lligall: Revista Catalana d'Arxivística*. n. 18, 65-120.
- JACKSON, Gabriel. 1999. *La República Española y la Guerra Civil (1931-1939)*. Barcelona: Crítica.
- JARAMILLO GUERREIRA, Miguel Ángel. 2003. Los archivos y la Guerra Civil (1936-1939). *Historia de los archivos y de la archivística en España*. Valladolid: Universidad de Valladolid. 161-174.
- RODRÍGUEZ CLAVEL, José Ramón. 1999. La documentación de la Administración Local contemporánea. *El patrimonio documental: fuentes documentales y archivos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 239-269.

SÁNCHEZ ASIAÍN, José Ángel. 1999. *Economía y finanzas en la Guerra Civil Española (1936-1939)*. Madrid: Real Academia de la Historia.

THOMAS, Hugh. 1983. *La Guerra Civil Española*. Madrid: Urbión.

VILAR, Pierre. 1986. *La Guerra Civil Española*. Barcelona: Crítica.

Notas

¹ Las pérdidas más significativas ocurrieron durante los primeros meses de lucha, en los archivos eclesiásticos. Para las organizaciones obreras estos y otros conjuntos documentales eran base y símbolo del poder “opresor”. A medida que avanza el conflicto, los bombardeos aéreos o de artillería ganarán protagonismo en la destrucción (Arco, 1999, 225-228; Borque, 1997, 61 y 141-144; Girona, 2005-2006, 18-27; Grau, 2001, 82 y 104).

² Amén de la propaganda, pero en íntima relación con ella, crecieron la prensa escrita y la producción editorial y se establecieron abundantes bibliotecas en unidades militares y hospitales (Escolar, 1987, 101-106, 137, 138, 145-149, 233-237, 269-271 y 274-285).

³ *Boletín Oficial de la Provincia de Zamora* (en adelante BOPZa), 26/10/1938, pág. 1.

⁴ BOE, 8/2/1937, pág. 355.

⁵ La orden de 4 de febrero de 1937 (véase nota anterior) fue completada con la orden del Gobierno General de 30 de marzo de 1937, BOE, 2/4/1937, pág. 876.

⁶ Los nacionalistas instituyeron el Fondo de Protección Benéfico Social a fin de paliar los problemas asistenciales generados por la guerra. Se nutría de la recaudación del plato único, cuestaciones, rifas, funciones benéficas y otros caudales que el Estado destinase. BOE, 3/1/1937, págs. 18-19.

⁷ En las audiencias la junta estaba formada por un magistrado nombrado por el presidente, un representante del fiscal, un abogado designado por el decano del colegio y el secretario de la audiencia. En los juzgados de primera instancia e instrucción constituían la junta el juez, el registrador de la propiedad, el delegado del Ministerio Fiscal y el secretario de gobierno del juzgado. *Gaceta de Madrid*, 31/5/1911, pág. 592 y 14/8/1911, pág. 457.

⁸ BOE, 31/3/1937, págs. 858-859.

⁹ La circular de la Junta Técnica de Estado de 8 de abril de 1937 (BOE, 8/4/1937, pág. 931) completó la orden de 29 de marzo de 1937 (véase nota anterior).

¹⁰ BOE, 2/4/1937, pág. 875.

¹¹ BOE, 30/4/1937, pág. 1186.

¹² *Ibid.*, pág. 1187.

¹³ La Sociedad Central de Fabricantes de Papel de España tenía su domicilio en Tolosa (Guipúzcoa). BOE, 7/4/1937, pág. 915. Probablemente Luis Fernández Abecia, vecino de San Sebastián, fuese un comerciante especulador, pues en 1944 se le sancionará por tráfico clandestino y venta a precio abusivo de chatarra. BOE, 5/10/1944, pág. 7443.

¹⁴ BOE, 17/7/1937, pág. 2407.

¹⁵ Acerca de la industria papelera en vísperas de la guerra véase Aubert, 2005, 73-95. La industria papelera vasca se concentra desde su origen, a mediados del siglo XIX, en la cuenca del río Oria, cuya capital es la villa guipuzcoana de Tolosa (Agirre Kerexeta, 1994).

¹⁶ BOE, 25/10/1937, pág. 4011.

¹⁷ BOPZa, 15/2/1937, pág. 2.

¹⁸ Archivo de la Diputación Provincial de Zamora (en adelante ADPZa), lib. 192, fol. 58 v.

¹⁹ Era llevado a cabo por medio de pequeños camiones requisados. BOPZa, 26/10/1938, pág. 1; entrevista a Fausto Gamazo Segovia, 17/9/2004.

²⁰ Para el traslado se ofreció el vocal Tomás Gómez Carrascal, propietario de Transportes Pintas. Archivo de la Cámara de Comercio e Industria de Zamora (en adelante ACCIZA), libro de actas de 1932 a 1938, fols. 80 v. y 81; *El Correo de Zamora*, 4/5/1937, pág. 2.

²¹ Entrevista a Fausto Gamazo Segovia, 17/9/2004; ADPZa, lib. 193, fol. 85.

²² BOPZa, 10/3/1937, pág. 2.

²³ BOPZa, 12/4/1937, pág. 1.

²⁴ *El Correo de Zamora*, 10/4/1937, pág. 3.

²⁵ BOPZa, 6/8/1937, pág. 2.

²⁶ ADPZa, lib. 193, fol. 71 v. Antonio Nieto Delgado aparece como propietario de un horno de hacer cal en Zamora. ACCIZA, Censo de comerciantes e industriales de 1937, fol. 21.

²⁷ ADPZa, lib. 193, fol. 85.

²⁸ BOPZa, 17/1/1938, pág. 1; 18/3/1938, pág. 2 y 26/10/1938, pág. 1.

²⁹ ADPZa, lib. 193, fol. 85; BOE, 2/4/1937, pág. 876 y 17/7/1937, pág. 2407.

³⁰ BOPZa, 26/2/1937, pág. 1 y 15/3/1937, pág. 1.

³¹ ADPZa, lib. 192, fol. 58 v.; ACCIZA, libro de actas de 1932 a 1938, fol. 80 v.

³² BOPZa, 26/10/1938, pág. 1.

³³ Memoria sobre el archivo de la Delegación Provincial de Hacienda de Zamora, Archivo de la Biblioteca Pública de Zamora, registro de entrada y salida, 1937-1952, s. fol.

³⁴ ADPZa, lib. 192, fol. 62 v. y lib. 193, fol. 71.

³⁵ ACCIZA, libro de actas de 1932 a 1938, fol. 80 v.

³⁶ Archivo Catedralicio de Zamora, libros de actas, lib. 216.

³⁷ Téngase en cuenta que otros muchos mandatos del poder civil que concernían a la Iglesia Católica siempre se publicaron. Véase el *Boletín Oficial del Obispado de Zamora* de este periodo.

³⁸ En el Archivo General de la Administración (fondo de la Dirección General de Bellas Artes, Archivos y Bibliotecas) se conservan correspondencia, partes de trabajo, memorias, informes y actas de inspección sobre los archivos en este periodo.

Este trabajo va dedicado a D. Fausto Gamazo Segovia, archivero, que vivió aquellos aciagos días de enfrentamiento cainita y que ha empleado gran parte de su vida en defensa del patrimonio documental. Su redacción no hubiese sido posible sin la amable colaboración de Javier Díaz, secretario de la Cámara de Comercio e Industria, y la orientación de Florián Ferrero, director del Archivo Histórico Provincial de Zamora. Agradecemos igualmente las sugerencias de los evaluadores anónimos y de Eva Belén Carro, que sin duda han contribuido a mejorarlo.



on.

Criticism.

Comparison.

Reasoning

Causality

Planning

Eventuality.
Association.

Actions.

Locality
Exploration.

Time

Individuality.
Mental.

Physical.

Weight.

Color.

Neat

Language.

Exp



ROBERTO LOPES DOS SANTOS JUNIOR / ALUF ALBA ELIAS

Análisis del uso de las ideas de Michel Foucault por la archivística brasileña

A pesar de poco explorada por los investigadores de la Archivística en Brasil, es posible percibir una relación considerablemente próxima y significativa entre la Archivística y la Filosofía contemporáneas. Aun observando un relativo alejamiento entre las áreas, derivado de la baja incidencia de investigaciones que traten de analizar sus relaciones teóricas y prácticas, encontramos influyentes autores –que dedicaron sus estudios a la Filosofía y al análisis de los componentes sociales– que ocasionalmente citaron o analizaron el tema del archivo en parte de su obra.

Tal ejemplo puede ser visualizado mejor en la corriente filosófica denominada Postestructuralismo¹, vigente entre el final de la década de 1960 hasta la mitad de los años 1990, que tuvo como sus principales representantes a los filósofos Jacques Derrida (1930-2004), Giles Deleuze (1925-1995) y Michel Foucault (1926-1984), entre otros. Estos tres autores, en determinados momentos de su producción intelectual –por ejemplo en *El Mal de archivo, Papel máquina* (Derrida, [1995] 2001, 2004), *El misterio de Ariadna*. (Deleuze, [1988] 1996), *Arqueología del saber* y *Vigilar y castigar*, (Foucault [1969] 2007, [1975]1999)– debatieron críticamente la temática del concepto “archivo” y asuntos relacionados con su función, producción, acumulación, estructura o uso.

En lo que respecta a la Archivística brasileña, entretanto, a pesar de que las obras de Deleuze y Derrida son citadas ocasionalmente por autores del área, son las ideas de Foucault, con considerable ventaja, las más discutidas por la disciplina. Su aproximación al archivo, sugiriéndolo como un dispositivo de afirmación/construcción de los saberes, relativizando la cuestión del documento (de archivo), causó un impacto considerable en la disciplina archivística en el Brasil.

El presente artículo busca iniciar una breve reflexión acerca de la aproximación *foucaultiana* al concepto archivo y, en una segunda propuesta, plantea observar la forma en que el campo archivístico nacional se apropió y configuró las ideas y propuestas de Foucault, para identificar la influencia *foucaultiana* en la Archivística brasileña.

Inicialmente se realizará un breve acercamiento a la corriente vinculada al postestructuralismo, identificando de forma resumida los análisis realizados por este campo del pensamiento sobre los conceptos información y documento. Después de este análisis se presentará un breve estudio biográfico sobre la vida y obra del filósofo francés. Posteriormente se discutirá la perspectiva de Michel Foucault, en partes localizadas de su producción intelectual, referente a los archivos y documentos. Por último, se analizará la apropiación por los autores relacionados con la Archivística brasileña, y de áreas relacionadas, de las ideas *foucaultianas* en su producción bibliográfica. En esta parte, debido al objetivo diversificado del tema estudiado, se realizaron investigaciones en publicaciones de las áreas de Biblioteconomía y Ciencias de la Información, o en congresos y conferencias tanto de Archivística como de otros campos de conocimiento.

Breve análisis de la relación entre el Postestructuralismo y las Ciencias de la información

Ronald Day, en un artículo escrito para el *Annual Review of Information Science and Technology*, publicado en 2005, hizo un resumido y conciso análisis sobre la relación entre los conceptos de la Filosofía postestructuralista y las Ciencias de la Información. Para este autor, la relación entre las disciplinas es problemática, pero al mismo tiempo “intrigante”.

Una primera característica destacada en el artículo es la metodología relacionada con el “análisis del discurso”, directamente unido a las ideas de Foucault, que aparece como una de las relaciones más fuertes entre este campo filosófico y los estudios relacionados con la información². Con todo, Day subraya que, a pesar de mostrarse como una metodología, el análisis del discurso sería mejor entendido como un conjunto de hechos o de propuestas en busca del perfeccionamiento.

Otra característica mostrada en esta investigación es la gran atención dada por los autores del postestructuralismo a los aspectos semánticos y lingüísticos de la diseminación y producción del conocimiento, relacionados con los “juegos de lenguaje” del filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein (1889-1951) –o de la identidad que se constituye por los juegos de diferencia³, también influenciados por Wittgenstein– y de ideas de los teóricos de la escuela de Frankfurt (en la llamada “primera generación”) Martin Heidegger y Walter Benjamin.

Al abordar su análisis sobre el uso de las Ciencias de la Información sobre las ideas de esta corriente, Day (2005) aprovecha para realizar algunas críticas, como, por ejemplo, la forma epistémica u ontológica de la noción de Ciencia de la Información, que muchas veces es auto-referente (o auto-afectiva) mostrando ser un efecto sociocultural de contextos muy vagos o generales (“información”, “datos”, “hechos”, etc.). La reapertura del lenguaje para otra cosa que no signifique auto-referencia o datos y, de la misma forma, del conocimiento como algo diferente de ciertos contenidos mentales, y la interpretación de la información como algo diferente de la representación, hecho o creencia verdadera, constituyen un desafío para el área en la realización eficiente de diferentes presupuestos epistemológicos.

En este sentido, aun según Day, las teorías de los estudios de la información se han mostrado como una empresa positivista encuadrándose dentro de la tradición metafísica occidental de los actos de lenguaje, sustituyendo una pragmática variable con modelos idealistas y de poca practicidad u objetividad.

Por último, el autor afirma que el Postestructuralismo, en relación a los estudios de la información, tiene como uno de sus principales objetivos destruir (con sentido de cambio, sustitución) estos “presupuestos metafísicos del positivismo”.

Michel Foucault: breve biografía⁴

Paul-Michel Foucault nació el 15 de octubre de 1926, en Poitiers (Francia). Hijo de una tradicional familia de médicos, inclinó sus intereses, desde joven, a los estudios de la Historia y la Filosofía, contrariando la voluntad de su padre que quería verlo como médico cirujano. En 1945, con el apoyo de su madre, se mudó a París para ampliar sus estudios. En esta época fue alumno del filósofo Jean Hyppolite, quien le mostró la obra de Hegel. En 1946 entraría en la École Normale.

De temperamento introspectivo, se tornó solitario, agresivo e irónico. Intentó el suicidio en 1948, iniciando en seguida un tratamiento psiquiátrico. Algunos autores consideran este como el momento de su inmersión en el mundo de la psicología, psiquiatría y psicoanálisis. Probablemente hay una relación entre este período y su inmersión en la lectura de Platón, Hegel, Marx, Nietzsche, Husserl, Heidegger, Freud, Bachelard, Lacan y otros, especialmente Kant, aunque criticaba

la noción del sujeto como mediador y referencia de las cosas, ya que, para él, el hombre sería un producto de las prácticas discursivas.

Se licenció en Filosofía y Psicología en la Sorbonne, enseñando, entre las décadas de 1950 y 1960, en diversas universidades por el mundo, escribiendo para diarios y trabajando durante algún tiempo como psicólogo en hospitales psiquiátricos y prisiones. Tuvo la oportunidad de viajar llevando sus ideas a través de conferencias, en auditorios casi siempre repletos. Al mudarse a Suecia (1955) conoció a Georges Duménil, figura importante para la evolución de su pensamiento. Se relacionó, como amigo y alumno, con otros importantes intelectuales como Jean-Paul Sartre, Jean Genet, Georges Canguilhem, Gilles Deleuze, Maurice Merleau-Ponty, Henri Ey, Jacques Lacan, Ludwig Binswanger, etc.

En 1954, con 28 años, publica *Enfermedad Mental y Psicología*. Entretanto, es en 1961, con la publicación de *Historia de la Locura* cuando se reafirma como filósofo, aunque detestaba esta referencia. Le gustaba que lo trataran como “arqueólogo”, o sea, aquel que se dedica a la “excavación” de lo que existe de más profundo en una cultura o sociedad. Esta perspectiva acompañó sus siguientes trabajos: el arqueólogo del silencio impuesto al loco en su libro *El Nacimiento de la clínica* (1963); de las ciencias humanas con *Las palabras y las cosas* (1966); y del saber en general con *La arqueología del saber* (1969) este último, como se verá posteriormente, tendrá un considerable impacto e influencia para la Archivística y otros campos relacionados con la información.

El primer giro en la obra de Foucault vino con el libro *Vigilar y castigar* (1975), que trata de un estudio sobre la disciplina en la sociedad moderna, desde su perspectiva “una técnica de producción de cuerpos dóciles”. Analizando los procesos disciplinares empleados en las prisiones, los consideró ejemplos de la imposición de patrones “normales” de conducta, muchas veces forjados por el sistema social vigente. Con este trabajo pudo explicitar su recelo sobre la noción de que las formas de pensamiento fueran también las de las relaciones de poder, que implican coerción e imposición. Propone que es posible luchar contra la dominación representada por ciertas normas de pensamiento y comportamiento. Aun así, reconoce la imposibilidad de escapar completamente a todas y cualesquiera relaciones de poder. Este es el aspecto más criticado de su teoría.

Foucault fue activista en diversos movimientos políticos. Se embarcó en disputas políticas en las guerras de Irán y de Turquía, debatiendo e intercambiando ideas también en Japón. El filósofo, en los años 1970 y 1980, pasó largas temporadas en los Estados Unidos, concretamente en San Francisco, donde pudo vivir algunas experiencias decisivas en lo que respecta a su homosexualidad. Estuvo en Brasil, donde impartió conferencias y estableció amistades. Brasil fue sede de una de las conferencias más importantes sobre su trabajo, titulada *La Verdad y las formas jurídicas*, celebrada en la década de 1970, en la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro.

El 25 de junio de 1984, a los 57 años, Foucault muere, por complicaciones derivadas del SIDA, dejando inacabado su más ambicioso proyecto: *La historia de la sexualidad*. Este trabajo preendía mostrar la forma en que la sociedad occidental hizo del sexo un instrumento de poder, no por medio de la represión, sino de la expresión. El primero de los seis volúmenes prometidos fue publicado en 1976 con el título de *Las ganas de saber*, seguido por *El uso de los placeres* (1984) –donde analiza la sexualidad en la Antigua Grecia– y luego *El cuidado de sí* (1984), último volumen publicado –que focaliza el tema de la sexualidad en la Antigua Roma–.

La Filosofía de Michel Foucault y la cuestión del archivo: análisis y primeras “aproximaciones” con la Archivística

Considerando la filosofía de Michel Foucault y su intensa reflexión sobre el tema del poder y sus instrumentos (aparatos, dispositivos y discursos) en los diversos contextos sociales, se torna evidente y análogo el tema de la constitución y acumulación de acervos documentales orgánicos, o sea, archivos, con la perspectiva de asegurar la materialidad de un discurso y la constitución de un poder.

Uno de los primeros análisis realizados por el filósofo francés sobre la construcción y función de los archivos y documentos fue en el (ya citado) libro *Arqueología del saber*, publicado originalmente en 1969, donde destaca el estudio del uso y la propiedad del archivo, según su visión teórica y a partir de las metodologías de investigación utilizadas en obras anteriores.

Para llegar a las definiciones sobre archivo, el autor en esta obra propone una construcción que inicialmente se basa en la elaboración del signo y de la palabra y a partir de este análisis gradual va identificando las funciones, construcciones y usos del archivo y del documento de archivo⁵.

Su aproximación a las fuentes documentales, a pesar de que se dedica a la construcción de los saberes, las sugiere como dispositivo de afirmación/construcción de los mismos, relativizando la cuestión del documento (de archivo) como un “monumento” repleto de intenciones futuristas. El autor muestra al documento (de archivo) como un instrumento historiado, por lo tanto, niega su concepción de legado verdadero del pasado y afirman el papel del historiador al transformarlo, ofreciéndole una elaboración, un estatuto. A partir de esta perspectiva el archivo pierde su “pureza” e inmutabilidad y pasa a tornarse algo maleable, que se transforma conforme a la manipulación (Foucault, [1969] 2007).

Foucault resume su definición de archivo en un (influyente) pasaje de esta obra:

El archivo es, de inicio, aquello que puede ser dicho, el sistema que rige la aparición de los enunciados como eventos singulares. Pero el archivo es, también, lo

que hace que todas las cosas dichas no se acumulen indefinidamente en una masa amorfa, no se inscriban, tampoco, en una linealidad sin rupturas y no desaparezcan al simple acaso de los accidentes externos, pero que se agrupen en figuras distintas, se compongan unas con otras según relaciones múltiples, se mantengan o se esfumen según regularidades específicas (...). (Foucault, [1969] 2007, 147).

Esta concepción *foucaultiana* del archivo abre el camino para entender este concepto no como un conjunto de documentos, sino como una ley que organiza la comprensión de los enunciados. Así, puede servir de interesante contrapunto a la concepción comúnmente mostrada por la disciplina Archivística, como en esta definición de un influyente autor del área.

(...) conjunto de las informaciones, cualquiera que sea su fecha, naturaleza o soporte, orgánicamente reunidas por una persona física o jurídica, pública o privada, para las necesidades de su existencia y el ejercicio de sus funciones, conservadas inicialmente por su valor primario, esto es, administrativo, legal, financiero o probatorio y posteriormente por su valor secundario, esto es, de testimonio o, más simplemente, de información general. (Rousseau, 1991, 2)

Aun tomando como principio la perspectiva *foucaultiana*, es posible discutir sobre la idea mostrada en Rousseau y Couture (1998), de que el hombre, en su contexto individual o colectivo, tiene una necesidad insaciable de información. Las razones de su búsqueda interminable muestran múltiples facetas cuyos orígenes se multiplican en su deseo continuo por el absoluto, por la libertad, por la comunicación, para minimizar las fronteras del conocimiento facilitando, en todos los niveles, el ejercicio del poder.

La búsqueda humana de información⁶ está unida directamente al ansia por la sabiduría, que sugiere una especie de perfección intelectual. Como la presencia de la sabiduría en una persona implica una dependencia con relación al conocimiento y, en otro grado, a la información, es fácil concebir la fascinación humana ante este paradigma (Rousseau & Couture, 1998).

En las épocas en las que la información era transmitida oralmente, esta constituía un bien escaso, incierto y aun impreciso; al final, la memoria (su principal dispositivo hasta entonces) olvida, selecciona y distorsiona. Queda claro que la humanidad al disponer de la información documentada, o sea, la información que es registrada materialmente en un soporte a través de códigos predefinidos, bajo la “guardia” del archivo, inició una gran transformación en su modo de vida a través de la nueva forma de utilizarla. Como señalan los autores, fue posible registrar, copiar, autenticar, transmitir, comprar, recibir, difundir, clasificar, recuperar, almacenar, conservar y, finalmente, utilizar la información de una forma relativamente fácil, estable y *exacta* (Rousseau & Couture, 1998, *lo destacado es nuestro*).

A pesar de que solo ocasionalmente Foucault recurre al tema del archivo y documento en textos posteriores, estos conceptos volverían a ser analizados, de

forma diferenciada y con otros sesgos y perespectivas, en la (también ya citada) obra *Vigilar y castigar*, publicada originalmente en 1975. En este trabajo, el análisis del archivo aparece, en su conjunto, específicamente relacionado con los documentos de las instituciones carcelarias, donde se dilucidan la estructura y la forma en que la sociedad o los órganos de poder utilizan esos conjuntos documentales.

Identificando a Foucault en la bibliografía archivística brasileña y en las áreas relacionadas

La literatura archivística brasileña, conforme consta en la introducción del artículo, tiene por costumbre citar las ideas *foucaultianas* con cierta regularidad. Entretanto, a través de un análisis un poco más atento de esa bibliografía, se percibe que las ideas de “archivo” o de “funciones de archivo” propuestas por el filósofo francés son más citadas que necesariamente estudiadas con profundidad por los archiveros o investigadores que se dedican a los archivos y a la Archivística.

Por un lado, existen autores que mencionan mal su obra o que muestran ideas aisladas en puntos específicos de sus trabajos (por ejemplo, en Jardim, 1995, 1999; Fonseca, 2005), unidas a aspectos epistemológicos. Otros investigadores, que también hicieron una breve cita, buscaron la utilización de conceptos más específicos del filósofo francés con relación a la función o definición de archivo. Esto se ve, por ejemplo, en Heymann (2008, 3-4) y Duarte (2007, 143-144), que citaron la clasificación de los archivos realizada por Foucault en el libro *Arqueología del saber*, específicamente en relación entre saber y poder, donde las afirmaciones de poder se actualizan o quedan evidenciadas cuando se establece, directa o indirectamente, lo que es “interdicto” o lo que es permitido.

Heymann (2011, 113-114) volvería a citar la influencia del filósofo francés en las Ciencias Sociales, sobre todo en la Antropología, acerca de los estudios sobre los archivos. Según esta autora esa relación se acentúa a partir de la década de 1990, por la inspiración derivada del libro *Arqueología del saber*. Seducidos por la propuesta de un nuevo enfoque que cuestionaba la visión tradicional atribuida a los archivos, o sea, el valor de prueba, los investigadores comenzaron a producir una serie de nuevos trabajos cuyo acercamiento se localizaba en la visión de los archivos como espacios de construcción de los discursos sobre el pasado.

Desarrollando las ideas del autor, Heymann (2011,114) subraya que, en general, las grandes transformaciones operadas en el ámbito de las ciencias humanas y sociales a fines del siglo XX giraron alrededor de la idea de verdad. Esas transformaciones incidieron directamente en la forma de ver las fuentes documentales, que pasaron “de una perspectiva en la cual la verdad estaría depositada en el archivo, esperando ser consultada o descubierta” a la afirmación de “que el archivo constituye la verdad que guarda, así como aquella que omite”. Anteriormente la

preeminencia de su función se concentraba solamente en el tema de la reunión de las fuentes documentales. La visión contemporánea agrega “el cuestionamiento en relación a la estructura por medio de la cual las fuentes son acumuladas e disponibilizadas”. O sea, “el archivo deja de ser medio para la consecución de un fin, [...] deja de ser visto, apenas, como repositorio de informaciones para transformarse también en objeto de investigación (Heymann, 2011, 114)”.

Entre los enfoques un poco más profundos de las ideas de Foucault, específicamente sobre la relación entre documento, información y poder, podemos citar inicialmente a la profesora Valéria Cristina Wilke. La autora, en un trabajo específico (Wilke, Jardim, 2006; Wilke, 2009 a, 2009b, 2010), construyó y desarrolló una adaptación al concepto de “dispositivo” de Foucault, el cual fue clasificado por la investigadora como “dispositivo Informacional”.

Primeramente, Wilke y Jardim (2006) al discutir el concepto *foucaultiano* de dispositivo, buscan relaciones del mismo con otras ideas y propuestas mostradas por las Ciencias de la Información y la Documentación –específicamente por el concepto de Régimen de Información, abordado por María Nélide Gonzalez de Gomez y Bernd Frohmann⁷– y a partir de este análisis, buscar una fusión entre esos conceptos informacionales con las ideas del filósofo francés.

El resultado de esa “fusión” de conceptos, el citado “Dispositivo Informacional”, estaría constituido por tres características principales:

- Conjunto variado de discursos; instituciones; organizaciones arquitectónicas; decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas; enunciados científicos, filosóficos, morales, filantrópicos; y producciones artísticas.
- “(...) la existencia de juegos entre los elementos discursivos y no-discursivos en que no hay posiciones y funciones fijas. Tales juegos implican relaciones de fuerza que, teniendo la positividad de poder hacer valer y/o validar los elementos discursivos y no-discursivos, especialmente las mediaciones comunicacionales e informacionales, actúan junto con ellos en la formación de modos de ser sujeto en nuestra época (Wilke, Jardim, 2006, 8)”.
- “(...) función estratégica en la actualidad, una vez que la dimensión informacional presente en él nos remite a una forma peculiar de organización social, económica, política, científica, cultural –en que la generación, el procesamiento y la transmisión de información se tornaron fuentes de poder y de productividad, de circulación y distribución de riqueza o de pobreza– (Wilke, Jardim, 2006, 8)”.

La autora, con esa concepción más desarrollada y precisa, lo usó en determinados ejemplos, relacionados con las políticas públicas de digitalización del Gobierno brasileño (Wilke, 2009 a, 2009b) y de la memoria científica brasileña, debatiendo el (a veces oscuro) proceso de formación y consolidación del estado científico en Brasil (Wilke, 2010).

A pesar de encontrar puntos en común con las ideas de Wilke, la (también) profesora Lidia Freitas hizo un análisis más complejo y diversificado de la

(pretendida) relación entre Foucault, documento e información, con un fuerte sesgo interdisciplinar que transitó por la Biblioteconomía, Archivística y Documentación.

En un primer momento, la autora busca mostrar conceptos relacionados con el análisis del discurso –específicamente el desarrollado por Foucault– y su posible relación o uso en áreas que tienen a la información como norte o principal foco de análisis (Freitas, 2010). En esa investigación, después de una revisión de la literatura de autores nacionales y extranjeros (y donde, como en el trabajo de Wilke, nombres como González de Gómez y Frohmann reciben considerables citas), usando métodos cuantitativos y cualitativos de análisis, la investigadora afirma que las áreas relacionadas con la información, a pesar de que ganarían si utilizaran conceptos vinculados al análisis del discurso, y no ignoraran la obra del filósofo francés, tienen una tenue relación, a veces lejana, con el análisis del discurso, donde Freitas muestra tres problemas principales:

- a) la falta de visibilidad de su fuerte –aunque disperso– crecimiento internacional y nacional como fundamentación teórica y dispositivo metodológico para el campo informacional;
- b) obstáculos a su incorporación al cuerpo de saber reconocido y legitimado por el campo [informacional]; y
- c) el desconocimiento del alcance (potencial) teórico y metodológico del análisis del discurso para aspectos prácticos y teóricos aún inexplorados por la producción intelectual del campo informacional (Freitas, 2010,33)”.

Pero la autora, más allá de la aproximación “informacional”, especifica aún más el objeto de su análisis, direccionándolo hacia la escritura, documento y documento de archivo (Freitas, 2009 a, 2009 b, 2011). En estos trabajos, Freitas, dirige sus esfuerzos a la discusión del documento como efecto discursivo, a la relación directa entre documento, poder, y el archivo como un dispositivo. Indica, basándose en la bibliografía de las Ciencias de la Información, una especie de retomada gradual a la centralidad del documento, que había sido relegado por el término información. En este contexto, la autora aclara que no siempre queda claro que ese movimiento tenga como base diferentes motivaciones que se relacionan “a los problemas planteados y a las formas mediante las cuales el enfoque teórico del documento puede responderlos”. (Freitas, 2011, 145).

Para ejemplificar su abordaje, Freitas (2011) muestra el siguiente esquema:

“Podemos subdividir la producción sobre el tema, básicamente en:

- Aproximaciones pragmáticas u operacionales: esfuerzos conceptuales de sistematización de los objetos que efectivamente vienen siendo socialmente producidos o movilizados como documento y considerados como vehículos de informaciones socialmente relevantes;

- Aproximaciones filosóficas o epistemológicas: esfuerzos teóricos, analíticos y críticos tanto de los usos socio-históricos que producen y movilizan objetos como documento, como esfuerzos conceptual-pragmáticos de sistematización de tales objetos (Freitas, 2011, 145)”.

Otra aproximación de la autora tiene que ver con los mecanismos de funcionamiento de las instituciones archivísticas y su cuerpo legislativo, cuyo efecto responde directamente al propio dispositivo de archivo vigente (Freitas, 2011).

Aún en relación con autores que usaron de forma un poco más profunda las propuestas de Foucault, se citan trabajos (específicos) del historiador Marlon Salomon. El autor (Salomon, 2002, 2010), en un primer momento, dedicó espacio para el análisis de la relación de las ideas de Foucault y los archivos personales, especialmente la correspondencia producida y almacenada, donde Salomon indica conexiones entre la forma de construcción de ese tipo de documento personal con las ideas de estructuración documental mostradas por el filósofo francés en trabajos como *La palabra y las cosas* y (en el nuevamente citado) *Arqueología del saber*.

Otra aproximación del investigador (Salomon, 2011a, 2011b) se relaciona con el uso del archivo en el campo del saber y en aspectos culturales y sociales. El autor afirma que existen factores tanto positivos como negativos respecto a la inclusión de aspectos relacionados con la relación de saber y poder o al concepto de verdad cuando son discutidos conceptos archivísticos en los campos relacionados con la cultura y la intelectualidad.

Finalmente, el autor buscó analizar la (interesante) relación que podría haber entre los documentos archivísticos y los conjuntos documentales con el laboratorio, más específicamente el ligado a los campos de la Psicología y Psiquiatría, más allá de la construcción y funcionamiento de los archivos en diferentes centros médicos o de investigación (Salomon, 2004). En ese trabajo, se percibe el interés del autor por el uso de las obras más antiguas de Foucault, y que, de maneras diferentes, discutieron aspectos psicológicos e psiquiátricos, como *Historia de la locura* y *El nacimiento de la clínica*.

Marques y Rodrigues (2010), al estudiar las referencias teóricas de la interlocución entre la Archivística nacional e internacional, separaron, entre otros conceptos, uno llamado “campo de los acontecimientos discursivos” donde se analizan aspectos de circulación y constitución de los discursos a partir de la (ya citada) correlación entre saber y poder mostrada por Foucault en la obra *Arqueología del saber*.

Barros (2010, cap.4) también usa parcialmente las ideas *foucaultianas*, a partir del desarrollo de un “análisis del discurso” (influenciado por las propuestas mostradas por Lúcia Freitas, pero con un sesgo y un alcance del estudio más específico) que permite, según el autor, contribuir al crecimiento de la disciplina archivística, y entender los discursos más influyentes en el área.

Silva y Romão (2011) realizaron una interesante y compleja investigación, aunque un poco abstracta en algunos pasajes, estudiando y dilucidando el papel de los archivos y del “archivero” existentes en la película *Brazil* (1985), dirigida por Terry Gilliam. Con relación a las ideas de Foucault, los autores indican la pertinencia de la definición del filósofo francés para los archivos, o sea, la de no poseer el peso de la tradición o de transformarse en obsoletos con la aparición de nuevas palabras (informaciones), beneficiando a la práctica archivística que “(...) permite a los enunciados tanto subsistir como modificarse, en un sistema que forma y transforma enunciados. El análisis y la descripción del archivo debe ser vista a la luz de su alteridad, con el exterior de nuestro lenguaje allí presente (Foucault *apud* Silva y Romão, 2011)”. Para los autores, esas transformaciones y modificaciones en el enunciado y la multiplicidad de lecturas posibles, permiten la aproximación de la noción *foucaultiana* de archivo con el análisis del discurso, alejando la interpretación unívoca que la Archivística muchas veces busca realizar con la noción de “discurso”.

En un estudio reciente, Elias (2012) se ocupó de investigar la relación entre la voluntad de la verdad y el archivo. Para ello utilizó como base parte del dispositivo filosófico de Foucault, poniendo énfasis en el tema del *discurso*, que se desglosa en la relación saber-poder.

Para Elias (2012) no estaría equivocado relacionar la noción del *discurso* como un campo favorable a los inicios de los debates sobre la voluntad de la verdad, en lo que respecta a forjar el documento de archivo. Basada en Foucault, la autora dice que la idea del *discurso* hace referencia al conjunto de reglas y prácticas que construyen una versión de la realidad al producir representaciones sobre ciertos objetos y conceptos y al definir lo que se puede decir sobre esos objetos y conceptos, en un momento histórico específico. El archivo actuaría como instrumento y agente de un discurso social vigente o que se desea fortalecer. Subraya que la representación, el discurso y el conocimiento están íntimamente ligados a las prácticas sociales y a temas relativos al poder, o a la forma en que determinados actores sociales tienen acceso diferencial a ciertos discursos o tienen más autoridad para hablar sobre ciertos asuntos, o para construir determinadas representaciones, que otras. Siendo así, la percepción del vínculo entre el conocimiento y las prácticas sociales habría llevado a Foucault a cuestionar la noción de “verdad absoluta” adoptada por la metafísica occidental. Aparece el argumento de que ciertos discursos sustentan determinados “régimenes de verdad” en diferentes momentos históricos. Los documentos y los archivos asumen un rol decisivo en este proceso.

La autora observa además que en el campo de la Archivística, las ideas desarrolladas por Terry Cook (2001a, 2001b), sobre el abandono de supuestos patrimonialistas en busca de una Archivística funcional y la ruptura de la influencia de la Diplomática se alineaban con el pensamiento de Foucault. Cook alerta

de la desnaturalización del documento de archivo, dado que ningún documento sería inocente en su génesis. La instrumentalización del archivo contribuiría a cambiarlo en un producto del discurso vigente.

Consideraciones finales

El presente artículo buscó, de forma preliminar, estudiar el análisis de Michel Foucault en relación al documento y a los archivos e identificar aproximaciones o usos de autores de la disciplina archivística brasileña (y de áreas relacionadas) sobre su obra.

Se percibe que, en general, los análisis realizados por autores de la Archivística en Brasil se centran en obras específicas de Foucault, principalmente, en el libro *Arqueología del Saber*, aunque no es la única.

A pesar de que parte de los estudios analizados se han mostrado insuficientes, con un abordaje tímido o localizado de las ideas del filósofo francés, se encontraron algunas excepciones que buscaron mayor profundidad de su teoría, focalizadas en aspectos como la relación saber-poder, en los conceptos de verdad y dispositivo, en la metodología del análisis del discurso o de la definición del concepto de archivo en la obra *Arqueología del saber*, intentando, de diferentes formas, obtener una relación de esas ideas con la Archivística.

También se percibe una escasa participación de los autores en la formación directamente ligada a la Archivística. La mayoría de los investigadores son graduados en áreas como Historia, Ciencias de la Información, Biblioteconomía, Filosofía y Ciencias Sociales, aunque dedican una parte considerable de sus investigaciones a los estudios sobre archivos. Esto explica parcialmente las aproximaciones, que, a pesar de prestarle atención al archivo y documento, desvían su foco a aspectos más allá de las cuestiones estrictamente ligadas a la Archivística.

Mientras tanto, y a pesar de esa insuficiencia de algunos autores que citan las ideas de Foucault, se percibe que el tema, por la complejidad de la obra del filósofo francés y también de su visión diferenciada del objeto archivo, permite nuevos desarrollos y análisis que se pueden realizar por el campo archivístico en Brasil.

Irónicamente percibimos que si el artículo respondió parcialmente a algunas preguntas, otras, de manera inevitable, surgen (o se consolidan) en el horizonte: ¿podría la Archivística usar la obra de Michel Foucault para su perfeccionamiento teórico y epistemológico? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿cómo podría hacerse esa apropiación? ¿Las excepciones mostradas en este trabajo, de discusiones más profundas, pueden de alguna forma servir como base para este perfeccionamiento? Son preguntas interesantes, y hasta necesarias para la disciplina archivística brasileña, pero solo nuevas (y extensas) investigaciones podrán ofrecer respuestas más satisfactorias para las mismas.

Bibliografia

- Barros, Thiago. H. B. (2010) *A Construção Discursiva em Arquivística: Uma Análise do Percurso Histórico e Conceitual da Disciplina por meio dos Conceitos de Classificação e Descrição*. Dissertação de mestrado (ciencia de la Información), UNESP.
- Buschman, John (2010). Transgredir ou estagnar? Desafiando Foucault na teoria da Biblioteconomia e Ciência da Informação (BCI). *InCID: Revista de Ciência da Informação e Documentação*, vol.1, nº 1, p. 3-31.
- Cook, Terry (2001a). Fashionable nonsense or professional Rebirth: postmodernism and practices of archives. In: *Archivaria*, n. 51, p. 14-35.
- Cook, Terry (2001b). Archival Science and Postmodernism: new formulations for old concepts. In: *Archival Science*, The Netherlands, vol. 1, p. 3-24.
- Day, Ronald. E. (2005) Post-structuralism and Information Science. In B. Cronin (Ed.), *Annual Review of Information Science and Technology*, vol. 39, p. 575-609.
- Deleuze, Giles. (1996) *O mistério de Ariana*. Lisboa: Editora Vega – Passagens.
- Derrida, Jacques. (2001) *Mal de arquivo. Uma impressão freudiana*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- Derrida, Jacques. (2004) *Papel Máquina*. Editora Estação Liberdade.
- Duarte, Zeny. (2007) Arquivo e arquivista: conceitualização e perfil profissional. *Revista da Faculdade de Letras*, Porto.
- Elias, Aluf. Alba. V. (2011) Foucault para o jovem arquivista. In : *Inspiração Miscelânea Arquivística*, Uni-rio, vol. 13, p.6-8.
- Elias, Aluf Alba V. (2012) *A vontade da verdade, a Informação e o Arquivo*. Rio de Janeiro. Dissertação de mestrado (ciencia de la Información). Universidade Federal do Rio de Janeiro/IBICT, Rio de Janeiro.
- Fonseca, Maria Odila. (2005) *Arquivologia e Ciência da Informação*. Editora FGV.
- Foucault, Michel. (2007) *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense, 7ª edição.
- Foucault, Michel. (1999) *Vigiar e Punir*. Petrópolis, editora Vozes.
- Freitas, Lídia. S. (2009 a) Documento e poder: uma arqueologia da escrita / The Document and power: an archeology of writing. *Morpheus (UNIRIO. Online)*, v. 7, p. 1-15.
- Freitas, Lídia. S. (2009b) A escritura e o fato: o documento como efeito discursivo e textual. In: II Seminário Brasileiro Livro e História Editorial. *Anais do II Seminário Brasileiro Livro e História Editorial*. Niterói : LIHED.
- Freitas, Lídia. S. (2010) A análise do discurso e o campo informacional: usos atuais e alcance epistemológico: uma atualização. *InCID: Revista de Ciência da Informação e Documentação*, vol.1, nº1, p. 32-55.
- Freitas, Lídia. S. (2011) O dispositivo de arquivo: a construção histórico-discursiva do documento e do fato. In: FREITAS, L.S.; MARCONDES, C.H.; RODRIGUES, A.C. (Org.). *Documento: gênese e contextos de uso*. 1º ed. Niterói: Eduff, p. 141-160.
- Frohmann, Bernd. (2000) Discourse and Documentation: Some Implications for Pedagogy and Research. *The Journal of Education for Library and Information Science* 42, p. 13-28, Disponível em: <http://www.fims.uwo.ca/people/faculty/frohmann/selected%20papers.htm>. Consultado el 10 de enero de 2011.
- Frohmann, Bernd. (2004) Documentation Redux: Prolegomenon to (Another) Philosophy of Information. *Library Trends* 54, p. 387-407. Disponível em: <http://www.fims.uwo.ca/people/faculty/frohmann/selected%20papers.htm>. Consultado el 15 de noviembre de 2010.

- Frohmann, Bernd. (2009 a). Revisiting “What Is a Document?” . *Journal of Documentation*, vol. 65, n° 2: 291-303. Disponible en: <http://www.fims.uwo.ca/people/faculty/frohmann/selected%20papers.htm>. Consultado el 10 de enero de 2011.
- Frohmann, Bernd. (2009b). Documentary Ethics, Ontology, and Politics. *Archival Science*, vol.3 n n°8, p. 165-180.
- González de Gómez, Maria Nélide. (2006) A informação como Instância de Integração de Conhecimentos, Meios e Linguagens. Questões Epistemológicas, Consequências Políticas. In: Maria Nélide González de Gómez; Evelyn Goyannes Dill Orrico. (Org.). *Políticas de memória e informação: reflexos na organização do conhecimento*. Natal: EDUFRN-Editora da UFRN, p. 29-84.
- Heymann, Luciana Q. (2008) Arquivos e interdisciplinaridade: algumas reflexões. In.: *Seminário CPDOC 35 anos: A Interdisciplinaridade nos estudos históricos*, Rio de Janeiro.
- Heymann, Luciana Q. (2011) Um olhar antropológico sobre o documento: representações e usos sociais. In: Lídia Silva de Freitas; Carlos Henrique Marcondes; Ana Célia Rodrigues. (Org.). *Documento: gênese e contextos de uso*. Niterói: Editora da UFF, v. 1, p. 111-122.
- Jardim, José Maria. (1995) *Sistemas e políticas públicas de Arquivos no Brasil*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense.
- Jardim, José Maria. (1999) *Transparência e opacidade do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense.
- Marques, Angélica & Rodrigues, Georgete (2010). Interlocações entre a Arquivologia internacional e a nacional: referenciais teóricos para a sua compreensão. *ENANCIB - Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação*.
- McGarry, K. J. (1984). *Da documentação à informação: um conceito em evolução*. Lisboa: Editorial Presença.
- Otlet, Paul (1934). *Traité de documentation: le livre sur le livre: théorie et pratique*. Bruxelles: Mundaneum.
- Otlet, Paul (1937). Documentos e documentação. In: *Congresso de documentação Mundial*, Paris. Discursos... Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. Separata. Disponible en: <http://www.conexaorio.com/bit/otlet>. Consultado el 25 de marzo de 2010.
- Ortega, Cristina Dotta & Lara, Marilda L. G (2010). A noção de documento: de Otlet aos dias de hoje. *DataGramZero - Revista de Ciência da Informação* - v.11 n.2 . Disponible en: http://www.datagramazero.org.br/abr10/Art_03.htm. Consultado el 19 de junio de 2011.
- Peters, Michael (2000). *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Belo Horizonte. Ed. Autêntica.
- Rousseau, Jean-Yves (1991). *Lês archives – transfert et accès. Guide pratique pour lês sciences sociales*, Ottawa.
- Rousseau, Jean-Yves & Couture, Carol (1998). *Os fundamentos da disciplina arquivística*. Lisboa, Dom Quixote.
- Salomon, Marlon J. (2002). *As correspondências: uma história das cartas e das práticas de escrita no Vale do Itajaí*. Florianópolis: Edufsc.
- Salomon, Marlon J. (2004). A verdade entre o arquivo e o laboratório. In: *Grifos*, Chapecó, v. 16, p. 211-223.
- Salomon, Marlon J (2010). *Arquivologia das Correspondências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Salomon, Marlon J. (2011 a). Saber dos Arquivos. In: Marlon Salomon J. (Org.). *Saber dos Arquivos*. Goiânia: Ricochete, v. 1, p. 5-17.

- Salomon, Marlon J. (2011b). A danação do arquivo: ensaio sobre a história e a arte das políticas culturais. In: Marlon Salomon. (Org.). *Saber dos Arquivos*, v. 1, p. 29-41.
- Silva, Jonathan Rafael B. & Romão, Lucília Maria S. (2011). Arquivo em (dis)curso: o sujeito-arquivista discursivizado em Brazil, o filme. *Datagramazero* (Rio de Janeiro), v. 12.
- Veyne, Paul (2011). *Foucault – seu pensamento, sua pessoa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Wilke, Valéria. C. L. (2009 a). *O dispositivo informacional: Informação, Estado e Poder na Contemporaneidade a partir do contexto das políticas públicas de inclusão digital do Governo Federal brasileiro*. Tesis doctoral en ciencia de la Información - IBICT/Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, Niterói.
- Wilke, Valéria. C. L. (2009b). Informação, poder e estado: o Dispositivo Informacional e as políticas públicas de inclusão digital do Governo brasileiro (2003-2008). In: *X Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação, Anais do X Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação*. João Pessoa: Enancib/PPGCI/UFPB.
- Wilke, Valéria. C. L. (2010) Dispositivo Informacional e a formação para a ciência no Estado-nação brasileiro: elementos para a memória da ciência no Brasil. In: *XVI Encontro regional da ANPUH-RIO*, Rio de Janeiro, UNI-RIO.
- Wilke, Valéria. C. L. & Jardim, José M. (2006). Dispositivo de informação contemporâneo: considerações preliminares para uma arqueogenealogia do horizonte informacional em nossa contemporaneidade. In: *VII Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação. Anais do VII ENANCIB*

Notas

¹ El Postestructuralismo instaura una teoría de la deconstrucción en el análisis literario, liberando al texto para una pluralidad de sentidos. La realidad es considerada una construcción social y subjetiva. El abordaje es más abierto en lo que respecta a la diversidad de métodos. En contraste con el estructuralismo, que afirma la independencia y superioridad del significante con relación al significado, los post-estructuralistas ven al significante y al significado como inseparables (Peters, 2000).

² Ese aspecto puede ser parcialmente verificado en obras específicas de autores como John Buschman (2010), Bernd Frohmann (2000, 2004, 2009a, 2009b) y Lidia Freitas, que discuten o usan características de esa metodología en sus estudios e investigaciones.

³ Según Day, a partir del uso de esos juegos de diferencia, la identidad y el valor en el lenguaje no serían establecidos por una relación de correspondencia o representación entre significante y significado, pero sí por un sistema de diferencias.

⁴ Las informaciones sobre los trabajos y la biografía de Foucault fueron retiradas de Elias (2011) y Veyne (2011).

⁵ Según Frohmann (2000; 2004) esa construcción podría ser definida como “materialización” del documento por el filósofo francés.

⁶ Información, en un abordaje “clásico”, es “(...) el nombre dado al contenido que es cambiado por el mundo del exterior cuando nos ajustamos a él y en él hacemos sentir nuestro ajuste. Así, vivir de hecho, es vivir con y a través de información” (Wiener apud McGarry, 1984).

⁷ Frohmann, realizó interesantes inter-relaciones entre las ideas de Foucault y las de investigadores como el belga Paul Otlet (Otlet, 1934, 1937). Ya González de Gómez usó un amplio marco filosófico, pasando por diferentes corrientes de pensamiento, para construir su abordaje sobre los conceptos “política” y “régimen” de información (ver González de Gómez, 2006 y Ortega y Lara, 2010).

— Events (real life) upcoming)

— News (Blog)

— You see what's going on (blog cat)

— Current inventory (Post trail)

— ~~mail~~ Contact

— ~~Location~~

— ~~Directions~~ (Open + a page)

— photos (Photo) widget

— Reviews (blog cat) (Reviews)

— Currently open all — of

— Staff Picks page

Some Mens Events/Reviews/cont

The Reading Post

Red power for leg, green for hand, blue for head

The Shop's open until 7pm

5 Events & Reviews

DMZ Vol 3 (4.7)

in reviews area

Recent Photos

Directions

Handwritten text and graphics on a page, including a large, stylized, 3D-effect word 'EVENTS' in the center, and various smaller text elements and arrows scattered around it.

OS: 01.007

Grand Opening! Tim Sale Sing
Location: by Stage Area
Time: 5p-7p

EVENTS
Season at the top

(congrats)

pas

Date of...



ANTONIA HEREDIA HERRERA

Archivística y legislación: términos y conceptos

Mis reflexiones teóricas sobre la Archivística son insistentes en estos últimos años (Heredia, 2011-2012) quizá porque temo por ella cuando se dice que los documentos electrónicos no existen (Delgado, 2011) y cuando se afirma que los “archivos”, “como realidad y como concepto están muertos”, (Brown, 2011) y que trabajaremos con “evidencias” que según define la ISO 30300 es “*documentación de una actividad*” que bien podría entenderse como una serie. Los “espacios de la memoria” y las plataformas de usuarios en los denominados “gobiernos abiertos” están sustituyendo a los Archivos como instituciones y no se distingue, amparados en la memoria, al documento de archivo de cualquier registro de información.

Hoy que la disciplina archivística está en pleno debate quiero adentrarme en dos textos normativos recientes y próximos entre ellos, de diferente rango legal: una Ley y un Real Decreto. El primero la Ley 7/2011 de 3 de noviembre de Documentos, Archivos y Patrimonio documental, para Andalucía, (Boja 22, 11-11-2011), el segundo el Real Decreto 1708/2011 de 18 noviembre (BOE 284, 25-11-2011). Este último más esperado, por necesario, que el primero viene por una parte a paliar la ausencia de una Ley que nunca existió para el Estado frente a la abundancia de legislación autonómica al respecto, por otra viene a diseñar el Sistema español de Archivos previsto en la ley de Patrimonio histórico del 85 y

a constatar la existencia del Sistema de Archivos de la Administración central regulándolo y por último a establecer un procedimiento simplificado y normalizado para el acceso, de aplicación en el contexto del segundo de los Sistemas. Una de las consecuencias significativas es la derogación del Reglamento de Archivos de 1901 cuya larguísima existencia era tan acreditada como su obsolescencia. El primero por su parte viene a sumarse a las leyes autonómicas de segunda generación y trata de situarse en el nuevo contexto administrativo, digital, social y archivístico. Inicialmente, entiendo, hay diferencias con respecto a sus contenidos, más limitados en el segundo que en el primero, aparte de una, substancial entre ambos, la distinta posición frente a la gestión documental: pasiva e indirecta en el Real Decreto y comprometida en la Ley.

Mis observaciones para la Ley, en primer lugar, y luego para el Real Decreto. Textos que son solo el pretexto para hacer comentarios sobre conceptos archivísticos.

Han transcurrido casi veintiocho años desde que se hizo pública la primera Ley de Archivos andaluces (Ley 4/1984, de 9 de enero; BOJA n° 11, de 28 de enero del 1984) hasta la ley de Documentos, Archivos y Patrimonio documental. El nuevo texto era del todo necesario, no solo por el tiempo transcurrido sino, sobre todo, por el gran cambio que ha significado la aparición del espacio digital a partir de la aplicación generalizada de las nuevas tecnologías en el contexto archivístico que ha supuesto una profunda renovación para la que la ley del 84 resultaba insuficiente.

Pero a este respecto no podemos obviar –porque sería totalmente injusto– que las comparaciones de la nueva ley y sus aportaciones han de establecer una relación obligada con el Reglamento del Sistema andaluz de Archivos del 2000 (Decreto 97/2000 de 6 de marzo, BOJA n° 43, 11 abril 2000) que supuso ya la constatación de un primerísimo cambio significativo en el contexto archivístico andaluz, hasta el punto que la nueva ley es deudora de dicho texto.

Cambios, pues, tecnológicos, desarrollo archivístico y también cambios sociales en el camino de las dictaduras a las democracias. Hemos pasado de la historia a la memoria, de la posesión al control, de la concreción a la contextualización, a las relaciones y a los sistemas, del aislamiento a la globalización y a la interoperabilidad, del secretismo al derecho a la información, del hermetismo a la transparencia, de la autonomía a la corresponsabilidad.

En este contexto también hemos pasado de la gestión documental de puertas adentro de los Archivos bajo la responsabilidad exclusiva de los archiveros, a una e-gestión documental de las Organizaciones corresponsable y compartida entre archiveros, gestores administrativos e informáticos. En esta situación hubiera sido bueno, como alguno propusimos, la colaboración en la redacción de la ley de todos los gestores documentales añadidos a los archiveros, que hubiera permitido ir más allá de la voluntad reconocida en el texto de “los principios de

cooperación y colaboración entre las consejerías competentes en materia de documentos, archivos y patrimonio documental, administración electrónica y política informática” (tit. II, art. 27,3)

El desarrollo de la nueva ley ha sido muy laborioso. Se preveía su conclusión para un tiempo mucho más reducido que, sin embargo se alargó desde el 19 de junio del 2008 hasta la aprobación por el Parlamento andaluz el 26 de octubre de 2011, hasta su difusión en el BOJA el 11 de noviembre y hasta su puesta en vigor el 6 de diciembre de dicho año, fecha significativa por ser conmemorativa de la Constitución española. Han transcurrido tres años y medio desde la sesión constitutiva del grupo de trabajo encargado de redactar el borrador de la futura ley que, dada la premura con que se nos instó, fue concluido antes de finalizar el año 2008 en apretadas jornadas de trabajo. El texto del anteproyecto se entregó el 2 de diciembre de 2008 y fue difundido y sometido a todas las observaciones de quienes debían de estar interesados. Posteriormente, fueron las numerosas sesiones correspondientes al estamento político las que alargaron la elaboración definitiva con cambios no exentos de negociación. Hubo en esta etapa una participación bastante amplia que vino a paliar en cierta medida la falta de una inicial corresponsabilidad exigida a la hora de encarar una gestión documental que por transversal afectaba a todas las actuaciones de la Junta de Andalucía.

Finalmente, sin enmiendas parlamentarias, fue aprobada por unanimidad por todos los grupos parlamentarios. Lo cual era un sólido triunfo que llevaba al Director General del Libro, Archivos y Bibliotecas de la Consejería de Cultura, en la primera jornada de difusión de la ley el pasado 14 de diciembre en Sevilla, a reconocer que estaba razonablemente satisfecho y confiaba en su utilidad.

A partir de aquí, mi intención, como ya he apuntado con anterioridad, es adentrarme en su contenido para detectar la presencia de los cambios de la doctrina archivística a partir de los conceptos y terminología más generales, utilizados.

El haber formado parte del grupo de trabajo redactor del borrador de la ley para el que propuse, como el resto de compañeros, sugerencias, conceptos, terminología que no siempre, lógicamente, fueron aceptados, no son un obstáculo para el análisis de un texto que –dadas las modificaciones al borrador, como suele ocurrir– dieron como resultado un texto diferente al inicial. Y es de este definitivo texto de donde voy a partir, Mis comentarios, como tales, son personales y van en la línea de hacer un ejercicio de adecuación entre teoría y práctica archivísticas a partir –repito– de la terminología y conceptos utilizados. En definitiva los dos textos comentados no son sino puntos de referencia para comentar y reflexionar sobre conceptos que, entiendo, nos importan.

Cuando iniciamos la elaboración del borrador de la que iba a ser la segunda ley de “archivos” para Andalucía, en ese momento entre las últimas leyes publicadas correspondientes al siglo XXI eran la segunda para Cataluña en el 2001 con el título de “Archivos y documentos”, la de “Archivos” para Valencia en el

2005, la de “Archivos y Patrimonio documental” de Extremadura en el 2007, la de “Archivos y documentos” también en el 2007 para Navarra que repite el título catalán y la de “Archivos y Patrimonio documental” para Galicia que repite el título de la de Extremadura en el 2008. En todas destacan en sus títulos a los Archivos en primer lugar.

No sé si alguien se ha detenido en el título de la nueva ley andaluza porque no es casual, tampoco ha sido porque haya querido diferenciarse de Cataluña y Navarra invirtiendo el orden de la enumeración: Archivos y documentos por Documentos y Archivos, sino porque teníamos conciencia de que hoy los documentos reclaman una atención primera con relación a los Archivos como instituciones, No hay Archivos sin documentos y sin embargo los documentos existen sin los Archivos. De aquí ese nuevo orden que, insisto, no es casual pero tampoco es una novedad archivística; solo viene a constatar algo asumido desde antiguo en la legislación española al respecto: con independencia de los títulos, siempre hemos acotado primero el Patrimonio documental, es decir los documentos, y luego nos hemos ocupado de las instituciones para su custodia. Y este orden no trastoca nuestra teoría al estimar a la Archivística ciencia de los “archivos”¹ en su doble acepción de contenido documental y de institución. Recordad, además, que para el término “archivo” la definición primera fue la de conjunto o conjuntos orgánicos de documentos, en la ley del 84, y fue más tarde cuando se asumió además para él, el concepto de institución para custodia de ese conjunto documental, en la ley de Patrimonio histórico andaluz (Ley 1/1991 de 3 de julio).

Y algo más que viene a favorecer ese orden de Documentos y Archivos y no de Archivos y documentos. Hoy la atención a la gestión documental se ha hecho prioritaria. Hablamos más de gestión documental y de documentos que de Archivística y de Archivos quizá porque a la hora de la Administración electrónica los Archivos físicos tienden a reducirse y hasta desaparecer.

El nuevo título y su orden, en definitiva vienen a testimoniar que el trabajo de los archiveros no se inicia en los Archivos a partir del ingreso de los documentos, sino antes, muchísimo antes, incluso antes de la producción de los documentos, de tal manera que los archiveros han de mover su silla para situarse en ese espacio anticipado donde han de empezar a trabajar.

Y hablando de terminología, no se usa en ninguno de los artículos ni una sola vez! “documentación”, en lugar de documentos de archivos, ni siquiera en la extensísima exposición de motivos. ¡Y ya esto es difícil! En cambio, siguiendo con el texto de la ley, el uso ambivalente del término “archivo” da lugar, como suele ser habitual, a alguna confusión, como veremos.

Y algo más que trasciende del título, al incorporar el tercer término: Patrimonio documental. Se ha querido marcar la no identificación a ultranza de los documentos de titularidad pública con el Patrimonio documental cuando no todos los referidos documentos serán Patrimonio documental al existir un alto porcentaje de

los mismos que ha de ser eliminado. De aquí que se afirme en la exposición de motivos que los ejes fundamentales de esta ley están en la *protección, custodia y difusión de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio documental* protección para unos y para otro, que son realidades diferentes, sin perjuicio de que protegiendo a los primeros se facilita la configuración del Patrimonio documental. Patrimonio documental que es parte no solo de la memoria de las instituciones públicas sino de la memoria colectiva para la que las medidas de protección para los fondos privados se han intensificado. En este sentido no se ha podido ir más lejos porque la ley de Patrimonio histórico del Estado del 85, que tendría que modificarse porque casa mal la eliminación con el concepto de Patrimonio, obliga e impide un desarrollo conceptual más coherente de Patrimonio documental al estimar como tal a cualquier documento público desde el momento de su nacimiento, cuando no es la antigüedad la que ha de configurar dicho Patrimonio, siendo la valoración –y esto ya lo reconocíamos en el Reglamento del 2000– la función que ha de configurar dicho Patrimonio.

Tengo que insistir en que con el Reglamento del Sistema andaluz de Archivos del 2000 ya teníamos un firme recorrido hecho porque siendo tan larga la distancia entre la ley del 84 y ésta, es precisamente el referido Reglamento el que ha hecho posible el salto a este texto legislativo. Muchas de las novedades que se atribuyen a esta ley que, sin duda las tiene, estaban ya previstas en dicho texto: así el papel de la valoración, no como función destructora sino todo lo contrario, como determinante a la hora de configurar el Patrimonio documental, el reconocimiento de los Archivos de oficina como parte de las redes de Archivos, el ingreso de los documentos y no de los fondos, la regularidad y obligatoriedad de las transferencias, la estimación de los préstamos administrativos como servicios y no salidas temporales, además de quedar estructurado el Sistema de Archivos sin perjuicio de que ahora se refuerce con los Archivos territoriales intermedios para remedio de los colapsos documentales existentes. Ese salto ha supuesto pasar de una gestión documental integrada que rompía definitivamente las barreras entre los Archivos administrativos y los históricos con la identificación como función inicial del proceso documental y con la valoración como única función compartida a una e-gestión documental que ante los múltiples modelos existentes para ella, la ley se ha posicionado apostando por uno, en principio, ceñido a las funciones archivísticas sin excluir otros procesos a lo largo de la vida del documento y que por transversal no concluye a las puertas de los Archivos históricos.

Mucho hay que decir de este texto normativo cuyo espíritu y objetivos quedan plasmados en el primer párrafo de la tercera parte de la exposición de motivos².

De acuerdo con el título de la ley, importa, y mucho, analizar dos de los términos protagonistas: “documento” y “archivo” marcando su evolución a partir de la primera ley andaluza de Archivos de 1984.

La amplia definición, entonces, de documento –sin más–³, se iniciaba como “toda expresión...” y lo estimaba como “testimonio de funciones y actividades” excluyendo las obras de creación y de investigación editadas, con lo que los originales de dichas obras –documentos científicos– sí se sobrentendía que entraban en la definición.

Más acertada la definición de “archivo” que lo limitaba al contenido documental y se definía como *conjunto orgánico de documentos o la agrupación de varios de ellos, conservados total o parcialmente por personas públicas o privadas con fines de gestión, defensa de derechos, información, investigación y cultura*, es decir, uno o más conjuntos orgánicos documentales (no se identificaba exclusivamente con fondo pero quedaban excluidas las colecciones) conservados con fines de gestión (gestión administrativa, porque todavía no habíamos asumido la gestión documental), defensa de derechos, información, investigación y cultura :fines en una secuencia coherente. No será hasta la Ley de Patrimonio histórico andaluz cuando se reconozca a dicho término la acepción de institución cuya identificación partía de las funciones de conservación, ordenación y difusión, sin perjuicio de que dicha acepción –sin definir– estaba presente en la ley del 84 aunque no hubiera ninguna precisión de grafía para distinguir una y otra realidad. La grafía solo va utilizarse a la hora de emplear la mayúscula para las instituciones creadas y reconocidas como tales (Archivo de la Chancillería), la minúscula se utilizará tanto para las instituciones genéricas (archivos municipales”) como para fondos (archivos privados, de empresas), de aquí que hasta hoy se arrastre la confusión entre “fondos privados” y “archivos privados” ¿Son instituciones los denominados “archivos privados” cuyos propietarios solo conservan pero no ordenan/organizan, ni difunden sus documentos?

Llegados a la ley de “Documentos, Archivos y Patrimonio documental” se van a definir seis términos: documento, archivo, además de red de Archivos, sistema archivístico de Andalucía, gestión documental y patrimonio documental de Andalucía (título preliminar y art.1).

Se define “documento” obviando el calificativo de archivo toda vez que reconociéndolo como “producido” queda acotado como tal: *toda información producida por las personas físicas o jurídicas, de cualquier naturaleza como testimonio de sus actos, recogida en un soporte, con independencia de la forma de expresión o contexto tecnológico en que se haya generado. Se excluyen de este concepto las publicaciones que no formen parte de un expediente administrativo.*

“Toda información” viene a sustituir a “toda expresión”, se incluye la producción como manera específica de generarse los documentos de archivo en un contexto de competencias atribuidas que suponen un flujo documental de documentos salidos y recibidos., el testimonio afectará a los actos no a las funciones ni actividades, además de reconocerse tanto al documento en papel como el electrónico. La precisión sobre las “ediciones” resulta totalmente innecesaria, desde

un punto de vista personal. Después de la definición genérica de documento trata de acotar los documentos de titularidad pública y de titularidad privada siendo la acotación más precisa para los primeros que para los segundos.

Resulta evidente que las definiciones, en uno y otro caso, se apartan sensiblemente de la definición de documento dada por la ISO 30300 (“información u objeto registrado que puede ser tratado como una unidad”) que, a mi parecer, lo identifica con cualquier registro de información.

En cuanto a la definición de “archivo” se reconocen las dos acepciones más habituales: contenido documental e institución para dicho contenido, pero frente a la del 84 se limita y se identifica plenamente el contenido documental con un fondo documental de lo que se seguirán problemas de confusión entre archivo y fondo. Dice así *conjunto orgánico de documentos producidos o recibidos en el ejercicio de sus funciones por las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas*.

Por lo que afecta a la segunda acepción, como institución, se entiende como *aquella unidad administrativa o institución que custodia conserva, organiza y difunde los documentos, incluidos los electrónicos, en cualquier etapa de su producción o tratamiento, para la gestión administrativa, la información, la investigación y la cultura*, funciones más precisas que en la ley del 1991 además de distinguir para dicha acepción tanto la unidad administrativa, como la institución –quizá para reconocer tanto los Archivos integrados en la estructura de una organización, como aquellos creados al margen para concentrar fondos históricos de diversas instituciones. Y tengo que manifestar mi cuestionamiento a esta precisión –en principio correcta– porque una vez reconocidas, unidad administrativa e institución, deberían coherentemente haber trascendido a las definiciones que vienen inmediatamente después: Archivo de oficina, Archivo central, Archivo intermedio, Archivo histórico.

Llegados al “archivo de oficina” hay que partir de las disposiciones generales que en su apartado IV al referirse al título II dice *la conceptualización del archivo de oficina como el núcleo en el que se origina el ciclo vital de los documentos y la cadena de custodia*. Tal conceptualización puede ser discutible en tanto en cuanto los documentos no necesitan de los Archivos para producirse. Por otra parte la afirmación citada reconociéndolo como primer eslabón de la custodia contradice el articulado de la ley que no reconoce al “archivo de oficina” como parte de la red de Archivos de la Junta de Andalucía (art. 40).

Más tarde a la hora de definirlo (art. 2g) se entiende por tal *el conjunto orgánico de documentos producidos o recibidos en el ejercicio de sus funciones por una unidad administrativa*. Es decir se queda solo en la acepción de contenido documental de una unidad administrativa. Sin embargo a la hora de acotarlo (art. 38.1) se reconoce dicha acepción, pero inmediatamente (Art. 38,2) se sobreentiende también como institución al precisar funciones que sin duda corresponden al Archivo y no al archivo. Es decir para el Archivo de oficina se observan las dos

acepciones y como tal tendría que formar parte de la red de Archivos de la Junta de Andalucía, cosa que no sucede (Art. 40). En el Reglamento del 2000 (Art. 23) los Archivos de oficina encabezaban la red de Archivos de la Junta de Andalucía.

Llegados a la definición de Archivo central se dice que es una unidad administrativa mientras que para Archivo intermedio y para Archivo histórico se dice que son “archivos” (haciendo entrar lo definido en la definición). Debería haberse aplicado a los tres lo de unidad administrativa como partes de la estructura administrativa de la Junta de Andalucía. Por otra parte mientras que para el Archivo central y el intermedio se estima que su función es la gestión documental, el Archivo histórico limita su cometido a custodiar y conservar. Ahora bien de la gestión documental de la que aquí se habla es una gestión de puertas adentro por cuanto los documentos a los que se va a aplicar son los documentos transferidos. Y además –sin querer diría yo– pudiera dejarse entrever que la gestión documental no afecta a los Archivos históricos cuando el modelo de gestión documental que luego se propone, por transversal, va a afectar a toda la vida de los documentos que ciertamente no puede terminar a las puertas de los Archivos históricos.

El doble uso de “archivo” y su ambivalencia, sin duda, han determinado algunos equívocos –quizá no perceptibles por los gestores documentales que no son archiveros–. Ocurre al utilizar la mayúscula para el Archivo General de Andalucía y la minúscula para el “archivo del Patronato de la Alhambra” que custodia documentos de conservación permanente y realiza todas las funciones por las que puede hacerse acreedor de ser reconocido como una institución o Archivo.

Siguiendo con las definiciones, se incluye “red de Archivos” cuyo concepto se amplía más allá del precisado para tal expresión en el art. 23 del Reglamento del 2000, como sucesión de Archivos para custodia de los documentos según las distintas edades documentales, porque ahora se extiende al conjunto de Archivos que pueden compartir y explotar información y al conjunto de Archivos con características similares.

“Sistema archivístico” ha venido a sustituir “Sistema de Archivos” quedándose con la mayor amplitud de esta expresión sobre la limitación de la segunda que podía entenderse referida solo a los Archivos como instituciones, cuando el “Sistema archivístico” comporta órganos, Archivos y centros que llevan a cabo funciones de dirección, planificación, coordinación de la gestión documental y de la administración de Archivos. Como en otros entornos no se han enumerado entre sus elementos integrantes las normas, en el sentido más amplio del término, perspectiva siempre cuestionable.

Importa y mucho la definición de gestión documental porque precisamente en este texto, ante la diversidad de modelos existentes, la ley andaluza se ha comprometido y ha apostado por uno que supone corresponsabilidad total de todas las unidades administrativas de la Junta de Andalucía, entre las que se encuentran los Archivos.

En la parte IV de la exposición de motivos se reconoce como novedoso dentro del panorama legislativo tanto nacional como autonómico la inclusión de un título dedicado a la gestión documental. Y tiene razón por lo que respecta al ámbito nacional, pero no tanto referido al ámbito autonómico porque tanto la ley de Cataluña (2001), la de Valencia (2005), la de Navarra (2007) y la de Galicia (2008) –ya citadas– y el Reglamento del Sistema de gestión documental y organización de los Archivos de la Administración Pública de Canarias, definen sus respectivos “sistemas de gestión documental” aunque hay que reconocer que es la ley andaluza la que avanza en el modelo y en la acotación para su implantación.

En las disposiciones generales (apartado IV) se adelanta lo que se va a entender por gestión documental que va a afectar a los documentos públicos ciñendo el espacio temporal de aplicación a la “vida de los documentos” o ciclo vital, equivalencia para la que tengo dudas razonables (Heredia, 2011, 14-15). De aquí que hubiera sido pertinente –no siendo generales por comunes, los límites del ciclo vital y sus edades– dejar claro qué se iba a entender como tal en el marco de esta ley incluyendo su definición entre las que figuran en el art. 2 del título preliminar, para establecer la relación coherente con el modelo de gestión documental elegido.

Varía, sin embargo, en cierta medida la apreciación de gestión documental del apartado III al IV de las disposiciones generales. En el primero se habla de *conjunto de funciones o procesos reglados archivísticos*, y en el segundo de *conjunto de funciones y procesos reglados*, que no es lo mismo.

A la hora de su definición en el título preliminar (art. 2 m) se queda en *conjunto de funciones y procesos reglados aplicados a lo largo del ciclo vital de los documentos para garantizar el acceso y uso de los mismos, así como para la configuración del Patrimonio documental*, sin precisar a qué funciones y procesos afecta lo archivístico. Sin embargo a la hora del desarrollo de la gestión documental en el cap. II aunque se empieza hablando de funciones y procesos reglados se precisa que no solo son las funciones archivísticas enumeradas en el art. 54.1 sino tantas cuantas puedan derivar de la gestión documental

Así, las funciones que la integran son las archivísticas que inmediatamente precisa: identificación, valoración, organización, descripción, conservación, custodia, acceso, servicio. Funciones a las que añade: la definición de los sistemas de información para generar los metadatos necesarios que han de asociarse a los documentos; regulación de los procedimientos que permitan y faciliten los procesos de valoración, transferencia, acceso, diseño de los documentos para garantizar su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad. Se reconoce para dicha gestión, su carácter común e integrado en la gestión administrativa (III, cap. II, art. 56,1) Se añade *la gestión documental tiene un carácter transversal ya que participan en la misma todas las personas responsables de la gestión administrativa y se aplica a todos los .ámbitos de actividad* (III, cap. II, art. 56, 2). La responsabilidad

se atribuye a los “archivos” del Sistema archivístico andaluz (tit. II, cap. III, sección 3ª, art. 40). Lo que resulta extraño es que, dada la definición para los Archivos históricos, éstos puedan parecer excluidos, en buena medida, de dicha gestión.

Avanza la Ley en lo que será la adaptación de la gestión documental en el contexto de la Administración electrónica para la que el Registro General de los Sistemas de información se constituye en instrumento necesario para el control de la captura, seguimiento de la tramitación y custodia de los documentos electrónicos.

Al insistir la definición y su desarrollo en la participación en dicha gestión de todas las personas responsables de la gestión administrativa, se va más allá de lo archivístico y de aquí la conveniencia de haber hecho corresponsables desde el principio de la elaboración de este texto a los responsables de la implantación de la Administración electrónica de la Junta de Andalucía.

Y sigo con las definiciones. La última, la de “Patrimonio documental” referida al conjunto de documentos que lo integran con la precisión de “documentos producidos y recibidos”. Expresión que no por generalizada resulta acertada. Entiendo que sobra lo de recibidos porque al decir producidos ya implica esa recepción. Esa expresión se repite más de una vez con un doble uso –que entiendo discrecional– “producidos o recibidos” (art.2d, 2g) y “producidos y recibidos” (2b) por cuanto la o distingue y separa y la y, suma y añade. Insisto en que en uno y otro caso sobra lo de “recibidos” si, como considero, la producción se entiende como un flujo y reflujo documental que abarca los documentos despachados –que salen–, y los recibidos –que entran– en el contexto de una competencia y de una responsabilidad atribuidas y reconocidas al productor de los documentos (institución, familia o persona).

Y en relación con la producción y por tanto con el principio de procedencia, algún lapsus conceptual que podría haberse evitado. En la parte IV de la exposición de motivos y más tarde en el art. 59 al hablar de los documentos electrónicos y del Registro de los Sistemas de información de la Junta de Andalucía se dice que éste “reconocerá todos los sistemas que los produzcan...” (refiriéndose a los documentos) atribuyendo a los Sistemas el papel de productor. Ciertamente: producción, productor, son términos comunes pero en el contexto archivístico la relación con el principio de procedencia no debería solaparse.

Y sigo con el productor. A la hora de establecer los principios generales que inspiran esta ley (art. 4, 1, apartado. 3), se insiste en el *carácter transversal de las funciones archivísticas y los principios de respeto al origen y al orden natural de los documentos aplicados a lo largo del ciclo vital de los mismos con independencia de su productor* que puede dar lugar a algún malentendido cuando el productor siempre está implicado en el principio de procedencia.

A efectos conceptuales, hay un artículo (art. 13,1) referido a la transferencia de documentos con ocasión del traspaso y atribución de funciones de un órgano a

otro que puede tener implicación en determinados conceptos que afectan a la descripción archivística. Su casuística ya estuvo prevista en el Reglamento del 2000 (art. 56 de dicho Reglamento) que de forma clara, precisaba *el traspaso de funciones de algún órgano, ente u organismo público a otro conllevará la transferencia solo de los documentos producidos en el ejercicio de dicha función y que correspondan a procedimientos en tramitación o relativos a relaciones jurídicas vigentes que les afecten...* Pues bien, la cuestión a que me refiero es si, a la hora de la descripción, al conjunto documental resultante después de realizada la transferencia ha de seguirse estimando fondo o grupo de fondos. De la opción segunda se seguiría la multiplicación de grupos de fondos y su existencia sería más habitual que la de los fondos. Entiendo que, en este caso, deberemos seguir estimándolo fondo, sin perjuicio de que en su cuadro de clasificación funcional se incluya la nueva función traspasada.

A la hora de la terminología me parece coherente el cambio de denominación de Comisión andaluza calificador de documentos por la de Comisión andaluza de valoración y acceso a los documentos, toda vez que se ha entendido como “valoración” y no calificación, la función archivística que determina la utilidad –más allá de la utilidad administrativa– de los documentos además de configurar el Patrimonio documental y se ha ampliado su gestión al acceso de los mismos.

No se sustrae este texto a mantener ese vicio generalizado de hablar de “memoria histórica” abundando en una evidente redundancia cuando la memoria es histórica siempre con independencia de que sea remota o reciente (Vid. apartado III de las disposiciones generales)

Y del mismo modo que me he referido a lo conceptual y terminológico de la Ley, lo haré con el texto del Real Decreto 1708/2011 de 18 de noviembre de 2011.

Sin duda que este texto es más razonable que el del borrador que circuló en su día, conocido como “el de los tres Sistemas” que ahora se reducen a dos: el “Sistema español de Archivos”, previsto en la ley de Patrimonio histórico del 85, sostenido en la cooperación y en la voluntariedad –mucho de la una y de la otra– y el “Sistema de Archivos de la Administración general del Estado” que viene a plasmar una realidad archivística y una estructura organizativa existentes con alguna modificación como es la del reconocimiento del ascenso a Archivo de esa tradicional categoría o división, de sección de Archivo de la Nobleza.

Aparte del diseño del Sistema español, previsto hace veintisiete años en la Ley de Patrimonio histórico español, y de la regulación para el Sistema de la Administración General del estado ya existente, el decreto aborda en tercer lugar el ejercicio del derecho al acceso “a los archivos y documentos administrativos” con la introducción de un procedimiento común, muy simplificado, de “solicitud de acceso”. Menos mal que la expresión “procedimiento de solicitud de acceso” utilizada en el tercer párrafo del preámbulo, queda suficientemente aclarada en el art. 1 con la expresión correcta “procedimiento de acceso” pues es difícil concebir un “procedimiento de solicitud” por muy simplificado que sea.

Cuando los archiveros nos referimos al tratamiento, tal afecta a los documentos, sin embargo nada más iniciarse el preámbulo del Real Decreto el tratamiento afecta a los “archivos públicos” que según lo dicho debería entenderse como contenido documental de los Archivos. Pero no cabe tal interpretación cuando al concluir dicho párrafo queda claro que los “archivos públicos” no tienen más significado, en este caso, que el de instituciones archivísticas donde se contienen los documentos. Más tarde se refiere al “tratamiento de los fondos” cuando sigue siendo más correcto hablar de tratamiento de documentos con lo que las colecciones, de existir, también quedarían incluidas.

A ese mismo párrafo trasciende que para la disponibilidad de los documentos –menos mal que no se utiliza eso de “usable” tan familiar en la traducción de la ISO 30300– es necesario garantizar su “ordenación y conservación” y quizá sea demasiado simplista reducir a la ordenación –¡precisamente a la ordenación!– y a la conservación el “tratamiento” de los documentos.

En esas disposiciones generales aunque se habla del planteamiento historicista del pasado y de la necesidad de un cambio a partir de una “gestión documental y archivística” –que habría que precisar porque quizá no sea lo mismo que “gestión documental y gestión de Archivos”–, del articulado del Decreto puede dar la sensación que la gestión documental que invoca o se ha quedado dentro de los Archivos o le corresponde a otros.

Es cierto que esos preámbulos o disposiciones generales no son la norma, pero sí la filosofía que la sustenta y los conceptos volcados no deberían dar lugar a equívocos. Así, al final del segundo párrafo de dicho preámbulo no se si queda introducida alguna confusión que luego puede trascender a la gestión documental, al referirse a las “fases del ciclo vital”, a los documentos administrativos y a la “información administrativa”. Se afirma que durante la edad activa de los documentos “la gestión eficaz de la información administrativa” será clave para la Administración y finalizada la edad activa es la dimensión histórico-patrimonial y cultural la que cobra relevancia, por todo lo cual este decreto prevé *un tratamiento archivístico adecuado de los documentos administrativos a lo largo de su ciclo vital*. ¿Cuál es el ciclo vital de los documentos administrativos? ¿Da igual gestión de la información que gestión documental?

Quizá no sean estas matizaciones excesivamente afortunadas para iniciar un texto normativo que tanto se ha hecho esperar y cuya primera y más llamativa consecuencia es la derogación del Reglamento de 1901, de tan larga vigencia teórica. Tan prolongada espera es posible que de ocasión a una atención preferente con relación a los textos normativos autonómicos a los que ya estábamos acostumbrados.

Se inicia a partir de aquí la presencia de una expresión “documentos y archivos” que no se sabe si viene a sustituir aquella desafortunada de “registros y documentos” de la ley del procedimiento administrativo común” (Ley 30/1992 de 26 de noviembre) pero sin mejorarla, porque no estamos totalmente seguros

si “documentos y archivos” son respectivamente el contenido documental y la institución, teniendo en cuenta que los “archivos” también pueden ser conjunto o conjuntos de documentos. De ser así estaríamos ante una evidente redundancia.

El calificativo de “general” ahora va a exceder la aplicación que antes se daba a algunos Archivos significativos apeándose a éstos de su categoría al igualarse con los ahora también llamados generales de los ministerios.

Salvo algunas alusiones, poco abunda el preámbulo en la gestión documental en la que activamente deberían participar los archiveros y pudiera dar la sensación, a lo largo de todo el texto, que el espacio de trabajo de éstos seguirá estando en esa dimensión patrimonial e histórica, puertas adentro de los Archivos, a la espera del ingreso de los documentos, incluso de los electrónicos, que según parece han de recibirse a partir de la gestión documental llevada a cabo por otros.

Es el capítulo primero el que se posiciona terminológica y conceptualmente con un abundante glosario quizá con pretensiones de actualización del Diccionario de Terminología Archivística (1993) (en adelante DTA). Dicho glosario está constituido por los siguientes términos, ofrecidos en un orden discutible: archivo, sistema archivístico, documento de archivo, documento electrónico, expediente electrónico, ciclo vital de los documentos, calendario de conservación, identificación, valoración documental, eliminación, metadato, que siendo bastantes, no son todos los que debían estar con independencia de que más de uno pudiera sobrar. “Gestión documental” hubiera sido una buena expresión terminológica para posicionarse.

A la hora del primero de los términos: “archivo”, reconoce para él las dos acepciones más generales y en este caso prevalece el contenido documental sobre la institución archivística que lo contiene y lo define como *conjunto orgánico de documentos o la reunión de varios de ellos, producidos o reunidos por las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas*” quedando así descartada la identificación a ultranza con fondo documental a la vez que deja de utilizarse la equívoca expresión de “producidos y recibidos” (Heredia, 2011) cuando en los producidos también entran los recibidos. Por otra parte, las colecciones, de haberlas, también tienen su sitio a partir de aquello de “reunidos” aunque de ellas habría que decir conjuntos organizados.

En cuanto a la segunda acepción de “archivo”, referida a la institución contenedora/custodiadora, para la que hasta ahora habíamos ido alternando institución/organización, ahora se recurre para definirla a “entidad” invocando las normas internacionales de descripción archivística cuando precisamente ni la ISAD (G), ni la ISAAR (CPF), ni la ISDF definen la institución de archivo, ni siquiera la ISDIAH que podía haberlo hecho no define sino a la “institución archivística” que es algo más que un Archivo por cuanto una biblioteca, un banco, una academia, por el hecho de custodiar documentos de archivo de otras instituciones se estiman “instituciones archivísticas”. Puede resultar curioso que para la acepción de “archivo” como institución tal concepto se base en las normas de descripción archivística cuando la naturaleza del “archivo” no depende en absoluto

de la descripción archivística. Una representación no puede dar carta de naturaleza a algo real que es, antes de ser representado. Sería el mundo al revés.

Dicha definición reza así *las entidades que de acuerdo con las normas internacionales de descripción archivística, comprenden instituciones, personas y familias que reúnen, conservan, organizan, describen y difunden los conjuntos orgánicos de documentos y las colecciones de documentos*, ¿la institución o archivo empieza por reunir documentos?. Es una nueva definición de “archivo” como institución para añadir a la interminable lista de definiciones existentes.

Vuelvo a una cuestión que ya dejé planteada al referirme a la ley andaluza: cuando una familia o una persona a lo largo de su vida ha producido su fondo documental, lo ha conservado, pero no lo ha organizado, ni difundido, ni puesto a disposición de nadie ¿hasta donde puede hablarse de Archivo, como institución? ¿No sería más adecuado hablar solo de fondo?

Sistema de archivos y Sistema archivístico, siendo expresiones aparentemente sinónimas, no lo son. Ya vimos la sustitución y la opción en la ley andaluza, Aquí y ahora, en este texto, su uso es discrecional. No tendría sentido que el Sistema de Archivos de la Administración General (cap. II, art. 3, a, b) fuera distinto de los Sistemas archivísticos de las autonomías a no ser que quisiera introducirse cierto matiz de jerarquía entre ellos. A la hora de su definición se opta por “Sistema archivístico”: *conjunto de normas reguladoras, así como de órganos, centros y servicios competentes en la gestión eficaz de los documentos y de los archivos*. No cabe duda que aquí “los archivos” tienen la acepción de institución y frente a la ley andaluza que no las incluye, las normas se manifiestan unas veces y otras no, como uno de los elemento del sistema (art. 3,1).

Queda evidenciado que el Sistema Español de Archivos no tiene porqué estar constituido por todos los Archivos españoles, ni siquiera de los públicos, por cuanto la voluntariedad prima sobre la obligatoriedad y el Sistema de Archivos de la Administración General (art. 1 III), como no puede ser de otra manera, queda acotado a partir de los Archivos de todos los departamentos ministeriales y de todos los organismos públicos de dicha administración.

A la hora del funcionamiento del Sistema Español de Archivos no sé si puede resultar pertinente que el Ministerio de Cultura, y ahora a quien corresponda, como órgano coordinador del Sistema pueda establecer la colaboración con los responsables de los correspondientes Archivos y no con los responsables de la política documental y archivística de la comunidad (art. 3,4). ¿Y hasta dónde cada comunidad corresponsable a la hora del patrimonio documental no podrá elaborar y difundir su censo de Archivos y de fondos y colecciones y la información bibliográfica archivística elaborada por esa comunidad? (art.4, a, b)

En ese Sistema Español de Archivos, el Consejo de Cooperación Archivística asombra por el número de componentes (casi una treintena de miembros) y la alta cifra pudiera dar lugar a pensar en su operatividad.

La definición de “documento de archivo” una vez más resulta insatisfactoria: *ejemplar en cualquier tipo de soporte, testimonio de las actividades y funciones de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas*, cuando resulta que el documento de archivo no es testimonio y prueba de actividades y funciones sino de hechos, de transacciones, de actos integrados en actividades reconocidas y atribuidas al productor. El reconocimiento de ejemplar –siguiendo la definición de la ley 11/2007 de 22 de junio– y la falta de precisión determinan la equivalencia de documentos de archivo con cualquier documento identificado con cualquier información registrada en cualquier soporte. Así, cualquier registro de información puede ser un documento de archivo. En este caso el texto se alinea con la definición de documento dada por la UNE-ISO 30300 (2011) que dice *información u objeto registrado que puede ser tratado como una unidad*.

Pero, el documento electrónico que a los archiveros nos interesa acotar es el documento electrónico de archivo, porque documento electrónico, sin más, puede ser cualquier registro de información electrónica. Sin embargo aquí se repite la definición de documento electrónico dada por la Ley 11/2007 de 22 de junio que lo identifica con cualquier registro de información electrónica. Es evidente que la interoperabilidad semántica puede determinar la adopción de términos y de conceptos establecidos de antemano, con independencia de su adecuación, como es este caso.

Las relaciones con el documento electrónico, en este texto, empiezan en la recuperación y conservación y no antes, a partir de las transferencias, es decir a partir de la gestión documental llevada a cabo por los departamentos ministeriales, en línea con la ley 11/2007 de 22 de junio y de los decretos que la desarrollan. Es evidente que ya no puede ser de otra manera. El Ministerio de Cultura habría tenido que adelantarse y ocupar una posición anticipada y corresponsable a la hora de la implantación de la Administración electrónica para ocupar el puesto que corresponde a los archiveros en la consecuente e-gestión documental.

Poco que decir del “expediente electrónico” que siguiendo la definición de la ley 11/2007 de 22 de junio queda mejor acotado que el documento electrónico al establecer una relación inexcusable con un procedimiento administrativo quedando equiparado al expediente administrativo en papel.

La definición del “ciclo vital” ha mejorado sin duda la del DTA⁴ pero repite una, generalizada, y no por eso satisfactoria: *son las diferentes etapas por las que atraviesan los documentos desde que se producen hasta su eliminación conforme al procedimiento establecido, o en su caso, su conservación permanente*. No suele precisarse, y aquí tampoco, que esas etapas tienen que ver con el uso y utilidad de los documentos. Por otra parte la acotación de ese ciclo vital es discutible. Queda claro el inicio “desde que se producen” –mejor “una vez producidos”–, es decir a partir de que los documentos han sido producidos, desde su nacimiento, cuando son capaces de generar derechos y obligaciones. Pero no resulta tan claro el final del

ciclo vital: si es contundente, a partir del “hasta”, en el caso de la eliminación, no lo es tanto en el caso de la conservación permanente porque el “hasta la conservación permanente” puede suponer el momento de esa decisión no yendo más allá y por lo tanto no afectando al después de esa conservación permanente y por lo tanto excluyendo a los Archivos históricos. Afortunadamente el art. 14, dedicado al ciclo vital, parece deshacer la referida e imprecisa acotación y reconoce a partir de funciones y actuaciones generales para todos los Archivos integrados en el Sistema de Archivos de la Administración general del Estado que la vida de los documentos no termina a las puertas de los Archivos históricos sino que trasciende más allá de dichas puertas.

Con todo, puede detectarse cierta falta de adecuación entre el epígrafe del art. 14 “el ciclo vital” y sus contenidos porque una cosa son las etapas vitales y otras las actuaciones que pueden repetirse en cada una de ellas en todos los Archivos de un Sistema. A la falta de adecuación se añade cierta incoherencia al enumerar en primer lugar la garantía del acceso, sin haber dado primero el tratamiento archivístico a los documentos.

Sin haberse incluido el principio de procedencia hay muchos términos con él relacionados (cap. III, art. 6): documentos producidos y unidades productoras.

El “calendario de conservación” no figuraba en el DTA pero la definición por la que ahora se opta es la que sigue: *es el instrumento de trabajo del proceso de valoración documental, en el que se recoge el plazo de permanencia de los documentos 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*. Aparte de ser el instrumento resultado de la valoración –que quizá más que un proceso sea un conjunto de procesos– su objetivo ha venido siendo: establecer, a partir de sus valores, los plazos de conservación de los documentos en los Archivos de una red y a partir de aquí los plazos de transferencias. La selección quizá no exija un procedimiento. Y está claro que en el calendario de conservación se han de precisar los plazos de la conservación en otros soportes para los documentos electrónicos.

Habiéndose hecho presente el calendario de conservación, sorprende la ausencia de referencia al cuadro de clasificación como instrumento de mando de cualquier organización, indispensable en su gestión documental. Su mención y la fijación de su elaboración se sitúan en los Archivos centrales (art. 10, 1,2º) cuando la clasificación hoy ha de anticiparse a la producción de los documentos.

La “identificación” repite la definición del DTA, se sigue equiparando a la clasificación y hace referencia al fondo que no se ha definido, cuando la identificación va más allá del fondo documental y determina la clasificación, la valoración y la descripción

La “valoración documental”, como conjunto de procesos que es, debería haberse relacionado con la selección, con la eliminación y con la conservación

permanente. Quizá más pertinente que “identificación, valoración, eliminación” fuera “identificación, valoración, selección”. La eliminación (art. 15.2) es solo una de las dos opciones que trasciende de esa sucesión de procesos, la otra es la conservación permanente para la que no suelen existir propuestas (art. 15, 1). Y en relación con la valoración, la potenciación de calendarios de conservación debería estar precedida de la valoración coordinada de series y no a la inversa como se propone (art. 15,3). Creo que ha sido bueno mantener “valoración” en lugar de “calificación”.

La “eliminación” se define como *la destrucción física de unidades o series documentales por el órgano responsable del Archivo u oficina pública en que se encuentren, (¿órgano responsable del Archivo?), empleando cualquier método que garantice la imposibilidad de reconstrucción de los mismos y su posterior utilización* y curiosamente la eliminación no suele aplicarse a las series sino a las fracciones de serie, es la selección la que determina las series a eliminar o a conservar (art. 13,3). Para el documento electrónico se habla de “borrado”, lógicamente, en lugar de eliminación.

Sin duda que la finalidad de los “metadatos” es *garantizar la disponibilidad, el acceso, la conservación y la interoperabilidad* pero antes ayudan a mantener la autenticidad, la integridad y la fiabilidad de los documentos electrónicos.

Es evidente que al establecer la red de archivos (III, art. 8), oficina, central, intermedio e histórico, seguimos anclados en el espacio del dominio “papel”. No cabe duda que no podemos desentendernos de una etapa analógica que exige una gestión documental y unos Archivos que representan situaciones bien diferentes a lo que está ocurriendo en el espacio virtual. Esta doble situación debería contemplarse en todo momento y no solo a la hora de enfocar el acceso (cap. IV). La especificación de cada uno de los Archivos referidos lleva a precisar que solo los de oficina (art. 9) apoyan la gestión administrativa y ¿hasta donde podemos seguir manteniendo tal cosa? El apoyo a la gestión administrativa va más allá de los Archivos de oficina. Situados en el Archivo central (art. 10) sorprende la existencia de “normas” específicas para cada serie (art. 10, 1, 1º) –a no ser que se trate de los estudios de identificación y valoración–, extraña la responsabilidad aquí de la elaboración del cuadro de clasificación (art. 10, 1, 2º) y la insistencia en la descripción de fracciones de serie. Una vez más hay que recordar que la valoración y la clasificación con el cuadro de clasificación del fondo han de anticiparse. En el art. 10, 1, 8º hay un guiño a la participación en la gestión documental de las organizaciones al reconocer la necesidad de participar en los equipos multidisciplinares del diseño y gestión de los procedimientos administrativos gestionados electrónicamente.

En el preámbulo se habla de gestión documental y archivística y esa doble perspectiva hubiera exigido una aclaración porque, entiendo, no es lo mismo que gestión documental y gestión de Archivos. ¿De quién es la responsabilidad

en cada caso? Se sigue hablando de gestión documental sin precisarla ni acotarla, sin optar por un modelo y siempre puertas adentro de los Archivos (art. 11, 5; 13,3 a y b) y aquí entran las plataformas y proyectos digitales (art. 3,4e). Se habla de “implantación de sistemas de gestión de documentos” (art. 13,3^a): más de uno y quizá con uno bastaría. Se sigue situando la gestión documental puertas adentro de los Archivos

No muy afortunada la expresión de “archivos y fondos adquiridos” (art. 17,2) al referirse al enriquecimiento del Patrimonio documental y al tratamiento que ha de seguirse con ellos. Hubiera sido más simple y más claro hablar de “documentos adquiridos”.

Quizá por deformación personal, soy muy sensible al uso y abuso de términos como “documentación” y “creación” cuando sustituyen respectivamente a documentos de archivo y a producción. En este decreto solo se habla de documentos de archivo salvo en el art. 22 al referirse a las transferencias y una vez –de no equivocarme– se usa “creó” (art. 20, 2e). Entiendo –puedo estar enajenada– que los archiveros trabajamos prioritariamente con documentos de archivo y que éstos no se crean, sino se producen. Reconozco que, en esta línea, disiento de más de una traducción de las normas internacionales (UNE-ISO 30300) que afectan a la implementación de los sistemas de gestión documental en las que de forma generalizada se ha sustituido productor por creador y producción por creación.

Con todo, al margen del texto que vengo analizando y refiriéndome a “documentación” tendremos que reinstalarnos –al menos yo– porque dicho concepto y otro directamente relacionado, “evidencia”, nos ofrecen perspectivas diferentes a partir de la UNE-ISO 30300. Así “documentación” se define como: *conjunto de documentos que describe operaciones, instrucciones, decisiones, normas y procedimientos organizativos referidos a una determinada función, proceso o transacción* y de “evidencia” –como dijimos al principio– se dice: *documentación de una actividad* y aclara que es prueba de la realización de una actividad que no sé si podría llevarnos al concepto tradicional, y todavía vigente, de serie.

Siguiendo con mis comentarios, no se ha sustraído este texto a ese ya tradicional vicio de identificar “fondos” con documentos (art. 12, 1; 18, 2 a).

Trascienden al texto ciertas incoherencias archivísticas como las de estimar a las unidades documentales como agrupaciones documentales, cuando no todas las unidades documentales lo son (art. 12,2d). Quizá, además, que no haya series ni fracciones de serie de carácter histórico, sino de conservación permanente.

En uno y otro trabajo de los analizados, el acceso reconociendo su interés, siempre parte de lo regulado por textos normativos específicos, de aquí que la trascendencia de conceptos archivísticos a ese espacio sea menor y no ha sido mi propósito analizarlo porque entiendo existen foros y especialistas para el mismo.

La Archivística está evolucionando más allá de los textos legales que se basan en ella y que dada la aceleración de los cambios pueden quedarse anclados

porque no tienen la flexibilidad para avanzar con ella. Hay conceptos de ayer y de hoy, documentos, “archivos”, y otros más recientes como gestión documental que ciertamente son obligados y no siempre resultan satisfactorios. De aquí el debate profundo y continuo que están ocasionando al confrontar la teoría y la práctica archivísticas. Confrontación en las que juegan su papel las Normas internacionales y sus traducciones.

Bibliografía

- BROWN, R. 2011. La macrovaloración en el siglo XXI: hacia un nuevo marco documental para la memoria pública. *Seminario Internacional. El futuro de la memoria histórica: el patrimonio archivístico digital*. Xunta de Galicia (ESP).
- DELGADO ALONSO, A. 2011. Archivar en la nube. Reglas de producción del documento electrónico. Indicadores tecnológicos. *El profesional de la información*, julio-agosto, v. 20, n°4.
- Diccionario de Terminología Archivística*. 1993. Madrid: Ministerio de Cultura
- HEREDIA HERRERA, A. 2012. La Archivística a debate. *Boletín de ANABAD*, n° 1.
- HEREDIA HERRERA, A. 2011a. Archivística y gestión documental. *Revista Documentación*. Fundación Ciencias de la documentación, n° 26, pp8-18; 14-15
- HEREDIA HERRERA, A. 2011b. Formación profesional y Archivística: nuevas perspectivas. *XV ENEARQ*. Joao Pessoa, Paraíba (BRA). *En prensa*
- UNE-ISO 30300. 2011. *Información y documentación. Sistemas de gestión para los documentos. Fundamentos y vocabulario*. AENOR. AEN/CTN 50.
- UNE-ISO 30301. 2011. *Información y documentación. Sistemas de gestión para los documentos. Requisitos*. AENOR. AEN/CTN 50.

Notas

¹ En este caso “archivos” abarca la doble acepción de contenido documental y de institución. A partir de aquí y en este texto utilizaré la minúscula para la primera acepción: contenido documental, documentos, y la a mayúscula para los Archivos, como instituciones. Siendo ésta una postura personal, respetaré la grafía empleada por otros autores citándola de forma entrecorrida.

² *La protección, custodia y difusión de los documentos de titularidad pública y del Patrimonio documental de Andalucía, la organización del servicio público de los archivos y la consideración de la gestión documental como el conjunto de las funciones o procesos reglados archivísticos que aplicados con carácter transversal a lo largo de la vida de los documentos garantizan el acceso y uso de los documentos de titularidad pública y la correcta configuración del Patrimonio documental de Andalucía*

³ *Toda expresión en lenguaje oral o escrito, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material, así como cualquier otra expresión gráfica que constituya testimonio de funciones y actividades sociales del hombre y de los grupos humanos, con exclusión de las obras de creación y de investigación editadas y de las que por su índole formen parte del patrimonio bibliográfico, así como de las expresiones aisladas de naturaleza arqueológica, artística o etnográfica.*

⁴ *Etapas por las que sucesivamente atraviesan los documentos desde que se producen en el archivo de gestión y pasan por el archivo central y/o intermedio, hasta que se eliminan o conservan en un archivo histórico.* (DTA, 1993, 26).





Resúmenes analíticos

Protección de datos y acceso a ficheros públicos

Carlos Garrido Falla

Al referirnos a la protección de datos estamos hablando de un derecho fundamental, siendo considerado así por la Constitución Española y por la Constitución Europea aprobada el 18 de junio de 2003, derecho que ha sido desarrollado en España por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y en Europa por la Directiva Comunitaria 95/46/CE.

Del estudio de la normativa citada y de la interpretación efectuada por esta Agencia Española de Protección de Datos, organismo encargado en España de velar por el cumplimiento de la misma, cabría diferenciar una serie de supuestos y reglas de aplicación para el acceso a los datos contenidos en los archivos y registros regulados por el artículo 37 de la Ley 30/1992 y por la propia Constitución Española, teniendo en cuenta la naturaleza de los datos accedidos, la finalidad que justifica el acceso y la antigüedad de los mencionados datos:

1. Las normas de protección de datos de carácter personal no serán de aplicación en los supuestos en los que la información facilitada como consecuencia del acceso a los archivos o registros no contenga datos de carácter personal, bien por no incluirlos los documentos respecto de los que se solicita el acceso, bien al haberse producido un previo procedimiento de disociación.

2. Del mismo modo, las normas de protección de datos tampoco serán aplicables a las informaciones referidas a personas fallecidas que sean objeto del acceso, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, pudieran establecerse en las normas reguladoras del Patrimonio Histórico Español o en otras normas especiales.
3. Cuando el acceso se solicite por el propio interesado cuyos datos figuren en los documentos a los que dicho acceso se refiere no existirá una cesión de datos sino una solicitud por el interesado del ejercicio del derecho de acceso, que podrá tramitarse conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de la posible existencia de disposiciones específicas reguladoras de dicho acceso cuando se trate de archivos o registros sometidos a normas especiales, tal y como dispone el artículo 25.8 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.
4. El acceso a los documentos que contengan datos especialmente protegidos de personas distintas de quien solicita el acceso a los mismos requerirá el consentimiento del interesados, que deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999 o, tratándose de datos relacionados con la salud, el origen racial o la vida sexual de los interesados, que exista una norma con rango de Ley que así lo habilite por razones de interés público.
5. Del mismo modo, también sería preciso el consentimiento de los interesados cuando se trate de documentos que afecten a la intimidad de las personas, dado que en caso contrario el acceso queda únicamente limitado a ellas, conforme a lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley 30/1992.
6. El acceso a documentos de “carácter nominativo”, que no contengan otros datos que afecten a la intimidad de las personas será posible, además de cuando el interesado haya prestado su consentimiento para ello, en los supuestos en los que el solicitante acredite la existencia de un interés legítimo y directo, tal y como dispone el artículo 37.3 de la Ley 30/1992, en conexión con el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, entendiéndose que dicho interés puede deberse a que “en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos”.
7. De la regla anterior, no obstante, quedarán exceptuados los documentos referidos a los procedimientos sancionadores.
8. Finalmente, se podrá autorizar el acceso directo a los documentos en los supuestos en que el investigador solicitante acredite un interés histórico, científico o cultural relevante, “siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas”. A tal efecto, deberán tenerse en cuenta las reglas establecidas en las propias normas reguladoras del derecho de acceso a archivos y registros y las que establecen el régimen del Patrimonio Histórico Español.

Protección de datos en archivos públicos

Francisco Fernández Cuesta

El documento resume el contenido y las principales conclusiones de un trabajo de investigación que, con el mismo título, analiza el grado de aplicación y las repercusiones de la normativa de protección de datos en los archivos públicos, centrándose en el sistema archivístico de la Administración General del Estado.

ARCHIVÍSTICA / ARCHIVOS PÚBLICOS / ESPAÑA. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / LEGISLACIÓN / PROTECCIÓN DE DATOS

La protección de datos del usuario de archivos por Internet: del expediente de investigador a la analítica web

Javier García-Aráez Martín-Montalvo / Juan José Generelo Lanaspá

Los archiveros deben conocer las demandas de los usuarios para procurar un mejor servicio y adecuarlo a sus necesidades, más si se tiene en cuenta que en los últimos años se ha producido una gran diversificación en las tipologías y los perfiles de los usuarios de los archivos.

El cambio más importante en este proceso se está dando actualmente con la aparición de los buscadores por Internet. La incorporación por los archivos y los sistemas de archivos de herramientas de estadística y analítica de uso de esos buscadores obliga a buscar la forma de armonizar el obtener y procesar el máximo de información sobre esos usuarios con la protección de sus datos personales.

La protección de datos de los internautas -incluidos los que acceden a sitios webs de archivos- es tan importante como la protección de los mismos datos que se publican en la Web. La comunicación estudia los problemas relacionados con la aplicación de la analítica web y su relación con la protección de datos. Se parte de la experiencia de la puesta en marcha de DARA, el buscador de Documentos y Archivos de Aragón, y de la utilización de herramientas de analítica web para la gestión de este sitio web.

PROTECCIÓN DE DATOS / ANALÍTICA WEB / ESTADÍSTICA DE ARCHIVOS / DARA, DOCUMENTOS Y ARCHIVOS DE ARAGÓN / USUARIOS DE ARCHIVOS / BUSCADORES DE ARCHIVOS

Protección de datos y administración de documentos: el caso del ente público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias

Cruz Jolín Garijo / Carmen Fernández Vega

El proyecto del Ente Público de Servicios Tributarios del Principado de Asturias (en adelante EPST) para implantar las medidas de seguridad previstas en el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, comienza con la formación de un grupo de trabajo multidisciplinar que ha de impulsar el proyecto. El grupo de trabajo, constituido en Comité de Seguridad, elabora el Documento de Seguridad, que es un documento de obligado cumplimiento en toda la organización y que recoge las políticas de seguridad y los procedimientos para cada uno de los procesos que se ejecutan en los Servicios Tributarios, incluidos los procesos de administración de documentos. La revisión de todos los procesos archivísticos desde la perspectiva de la protección de datos personales ha aportado información de gran interés en el proceso de mejora continua del sistema de administración de documentos en el EPST.

PROTECCIÓN DE DATOS / DATOS PERSONALES / GESTIÓN DOCUMENTAL / INSTITUCIÓN PÚBLICA

La protección de datos de carácter personal en el sector de la intermediación inmobiliaria

María del Carmen Rodríguez López

El sector de la edificación ha sido durante años uno de los principales sectores económicos españoles, con repercusiones en el conjunto de la sociedad. Este trabajo no tiene como objetivo la documentación propiamente empresarial sobre organización de una pequeña y mediana empresa (PYME), sino aquellos ficheros que contienen datos de carácter personal y el tratamiento prescrito para ellos. La profesión de archivero, incura en la sociedad en la que se desenvuelve, se ve afectada (cada vez con mayor frecuencia) por los derechos de acceso en colisión directa con los derechos de protección de la intimidad de las personas. Trabajar como archivero al servicio de una empresa del sector obliga a conocer la legislación que regula la protección de datos de una documentación tan rica.

PROTECCIÓN DE DATOS / FICHERO / SECTOR DE LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA / CÓDIGOS TIPO / ARCHIVOS

Protección de datos y derecho de acceso a los fondos documentales del Registro Civil

Xavier Gayán Félez

La presente comunicación aborda la problemática del derecho de acceso a los fondos documentales del Registro Civil, atendiendo tanto a los aspectos normativos como a la casuística de solicitudes, denegaciones de acceso, recursos y consiguientes resoluciones que en este contexto se producen. Su discurso narrativo toma en consideración los siguientes puntos:

- Conocimiento de la evolución normativa experimentada por la institución del Registro Civil y, en especial, posterior análisis en materia de acceso.
- Consecución de una cierta radiografía del estado de la cuestión, capaz de orientar el foco hacia cuáles son los puntos fuertes y débiles al respecto.
- Promoción del derecho a la investigación, a través del necesario reconocimiento de la derogación singular de reserva, de acuerdo con unos criterios definidos en función de las distintas casuísticas.
- Consecución de una mayor clarificación del tema, en cuanto a la ponderación de los derechos a la privacidad e intimidad frente al derecho de acceso e información y balance de consideraciones conclusivas.

ACCESO / REGISTRO CIVIL / MEMORIA HISTÓRICA / MENORES

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

Blanca Desantes Fernández

La ponencia se centra en un estudio pormenorizado del proceso de elaboración del Capítulo IV relativo al Procedimiento de acceso del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre.

Tras un análisis general de los puntos fuertes y débiles del citado Real Decreto y de los obstáculos y problemas surgidos antes de su aprobación, se señala la regulación del Sistema Español de Archivos y del Sistema de Archivos de la Administración General del Estado, junto con la creación de sus órganos de cooperación y coordinación, como uno de los objetivos alcanzados y que estaban pendientes de desarrollo normativo.

En epígrafes posteriores se aborda uno de los problemas principales surgidos en el proceso de tramitación del Real Decreto, a saber, las continuas interferencias con la normativa sobre acceso y transparencia, que estaba desarrollando el Ministerio de la Presidencia. Se estudia detalladamente el impacto que los sucesivos proyectos del citado Ministerio de la Presidencia (anteproyecto de Ley de Acceso y Transparencia, proyecto sobre el Derecho de Acceso y Ley de la Memoria

Histórica y proyecto de Real Decreto de Acceso) tuvieron sobre el Real Decreto 1708/2011. Se incorpora asimismo un análisis detallado de todos los estudios, propuestas e informes aportados por la Subdirección General de Archivos Estatales en aras de estructurar un procedimiento de acceso para los documentos y archivos de la Administración General del Estado, desde principios comunes, clarificadores y aperturistas, siendo especialmente relevante la propuesta presentada por el Grupo de Trabajo ad hoc, integrado por representantes de diferentes departamentos ministeriales.

Posteriormente se analizan informes claves para entender los resultados contenidos en el Capítulo IV elaborados por la Agencia Española de Protección de Datos así como el significativo Dictamen del Consejo de Estado de 2011. También se señalan otros informes relevantes de distintos departamentos ministeriales presentados en el último trámite de audiencia del Real Decreto.

Se concluye con una valoración del citado Capítulo IV en el que se analizan sus posibles avances, pero sobre todo los nuevos problemas que su interpretación y aplicación puede suponer en materia de acceso. Pese a los esfuerzos realizados, la realidad no ha colmado el deseo y se considera que sigue siendo necesaria una Ley de Acceso y Transparencia como derecho constitucional de los ciudadanos en un país democrático.

ARCHIVOS / ACCESO / REAL DECRETO 1708/2011, DE 18 DE NOVIEMBRE / SISTEMA ESPAÑOL DE ARCHIVOS / SISTEMA DE ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO / ÓRGANOS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN / NORMATIVA SOBRE ACCESO Y TRANSPARENCIA / PROCEDIMIENTO DE ACCESO PARA LOS DOCUMENTOS Y ARCHIVOS / AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS / CONSEJO DE ESTADO / MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA / SUBDIRECCIÓN GENERAL DE LOS ARCHIVOS ESTATALES / DERECHO CONSTITUCIONAL

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

Daniel de Ocaña Lacal

En cualquier Estado democrático la transparencia del sector público es imprescindible y una de sus herramientas es el acceso a los documentos en los archivos, con las limitaciones legalmente aplicables por razones de interés público y privado. En España, sin embargo, el régimen jurídico de este derecho es confuso, con normas inconexas, ambiguas o poco favorables a su ejercicio que provocan inseguridad jurídica tanto en usuarios como en responsables públicos. La tendencia al secretismo y la indeterminación de conceptos dificultan las soluciones al conflicto entre acceso y, por ejemplo, intimidad o protección de datos personales, y agravan los problemas para ponderar la prevalencia de un derecho u otro, según los casos. Las deficiencias o escasez de infraestructuras y medios en los archivos

también empeoran la situación. El reciente Real Decreto 1708/2011, en el ámbito de la Administración General del Estado, pretende clarificar la situación pero presenta problemas importantes.

ACCESO A LA INFORMACIÓN / DERECHO A LA INTIMIDAD / PROTECCIÓN DE DATOS / LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA

El papel de las comisiones calificadoras en relación al derecho de acceso a documentos y archivos

Isabel González Corral

En relación con los problemas para el ejercicio del derecho de acceso a documentos y archivos en España, nos centraremos en el estudio de las competencias de las Comisiones calificadoras o de valoración, creadas por la Administración General del Estado, a partir del mandato de la Ley de Patrimonio Histórico Español, y en las Comunidades Autónomas.

Analizaremos sus competencias, funciones y composición, veremos las diferencias con los órganos creados en otros países del entorno europeo, y su relación con las Agencias de Protección de Datos.

Estudiaremos la vinculación entre las tareas de valoración y la determinación de los plazos de acceso, con respecto a la normativa de Protección de Datos, como parte de una adecuada gestión documental, básica para facilitar la transparencia.

Para finalizar, en relación con los problemas y lagunas legales detectados por la doctrina jurídica, los archiveros y los investigadores y usuarios de archivos, veremos algunas soluciones y propuestas de actuación derivadas de las labores de asesoramiento y dictamen de estos órganos colegiados.

COMISIONES CALIFICADORAS / PROTECCIÓN DE DATOS / DERECHO DE ACCESO

La acción en materia de acceso de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de Cataluña

Lluís Cermeno Martorell

En Cataluña la Ley de Archivos y Documentos del año 2001 atribuyó a la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental (CNAATD) las funciones de establecer el régimen general de acceso a la documentación de las administraciones públicas catalanas. La Comisión también tiene la competencia de emitir informes de carácter no vinculante a reclamaciones que los ciudadanos puedan solicitar cuando vean vulnerado su derecho de acceso a la documentación y también puede emitir informe para permitir el acceso a series documentales de acceso restringido.

Desde el año 2008, año en que se aprueba el decreto que desarrolla el acceso, es cuando se empiezan a ofrecer unos primeros resultados en esta materia. Algunos factores, que se describen en la comunicación, como la dificultad que ha supuesto conjugar el acceso con la valoración, el cambio de perfiles de los componentes de la comisión, el carácter no vinculante de sus informes, el desconocimiento de los ciudadanos de la existencia de la comisión, la existencia de otros organismos con competencia en acceso, etc. no han permitido su eclosión.

ACCESO / VALORACIÓN / ARCHIVOS PÚBLICOS

“Servir y proteger”: la valoración de la accesibilidad en el Archivo General de la Administración

Francisco Fernández Cuesta

La comunicación presenta la metodología empleada en el Archivo General de la Administración para valorar la accesibilidad de sus documentos y su utilidad de cara a hacer efectivas las previsiones del nuevo Real Decreto 1708/2011, sobre el procedimiento de acceso a los documentos obrantes en los archivos de la Administración General del Estado

ARCHIVO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN / LEGISLACIÓN SOBRE ARCHIVOS / METODOLOGÍA ARCHIVÍSTICA / PROCEDIMIENTO DE ACCESO

Los archivos personales y familiares en el Archivo General de la Universidad de Navarra: el difícil equilibrio entre el libre acceso y la restricción de uso

Inés Irurita Hernández

La dificultad de conciliar la normativa vigente y el derecho de acceso a los documentos por parte de usuarios e investigadores han llevado al Archivo General de la Universidad de Navarra a buscar la manera de solucionar este desencuentro. Se presentan aquí un sistema de ingreso de los fondos, una normativa de acceso y un documento de compromisos con los investigadores elaborados con este fin. El resultado de esta propuesta es que no existen fórmulas mágicas pero sí soluciones prácticas que empiezan por la sistematización de los procesos de trabajo que tienen lugar en todos los archivos y que pueden permitir a los profesionales compaginar el ser garantes de la documentación que custodian, de los derechos de las personas y de los datos de carácter personal y al mismo tiempo facilitar el acceso a los documentos de archivo.

ACCESO PÚBLICO / DOCUMENTOS / ARCHIVOS / DATOS PERSONALES / INVESTIGADORES

Conflicto entre confidencialidad y derecho de acceso en la documentación tributaria. La experiencia de la Comisión de Evaluación Documental del Gobierno de Navarra

Susana Herreros / M^a Teresa Sola / Juan Carlos Balda

Esta comunicación presenta la experiencia de la “Comisión de Evaluación Documental de Navarra” acerca de la valoración de la documentación tributaria de Navarra la cual se llevó a cabo entre 2009 y 2010.

El Archivo de la Administración de Navarra propuso esta evaluación por su gran volumen y su valor como una función peculiar reconocida por ley a esta Comunidad Autónoma dentro del conjunto de comunidades de España.

La Comisión de Evaluación Documental decidió que la documentación tributaria tiene un importante valor como fuente primaria para la investigación, pero no en soporte papel, así que decidió conservar el Fichero de Contribuyentes en soporte electrónico y eliminar los documentos en soporte papel por la dificultad para ser usados en la investigación.

El volumen de esta documentación era enorme y por tanto necesario acudir a la base de datos para procesar la información.

La Ley que regula el acceso a esta documentación no permite su consulta para la investigación, solo su uso para la gestión tributaria.

La Comisión decidió sugerir a las autoridades el cambio del artículo de la Ley que regula el acceso y poner un plazo concreto para poder abrir esta documentación a la consulta de los investigadores.

DOCUMENTACIÓN TRIBUTARIA / VALORACIÓN

El Archivo del Consejo Consultivo de Castilla y León y su página web

Margarita Ausín Íñigo

El objeto de esta comunicación, es dar a conocer una nueva Institución en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, como es el Consejo Consultivo, y por otro lado su archivo, los documentos que contiene así como el modo de acceso a ellos y su difusión a través de la página web, fundamentalmente la serie de archivo “Expedientes sometidos a dictamen” cuya información es la más solicitada por los usuarios internos y externos.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN / EXPEDIENTES SOMETIDOS A DICTAMEN

La transparencia en España: estado de la cuestión

Emilio Guichot Reina

La exigencia de una transparencia cada vez mayor de la actuación de los poderes públicos se ha generalizado. De hecho, la práctica totalidad de países democráticos ha ido aprobando normas generales en materia de transparencia. Sin embargo, en España la regulación general se contiene en un único artículo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común absolutamente deficitario. Sin embargo, no es la única norma sobre la materia; toda una serie de ellas, de diferente rango y de forma desconectada, regulan aspectos parciales. Todo parece indicar que en un futuro próximo se aprobará por fin una Ley de Transparencia y Acceso a la información. En estas páginas se explica el estado de la cuestión y se formulan algunas reflexiones sobre lo que podría venir.

TRANSPARENCIA / ACCESO A LA INFORMACIÓN / ARCHIVOS

Transparencia, interdisciplinariedad y participación social en el proceso de valoración documental

Miguel Suárez Curbelo / Samuel Carrillo Fumero

El objetivo de esta comunicación es el de argumentar que el proceso de valoración documental no se realiza bajo condiciones de neutralidad ideológica. Por esta razón creemos que en este proceso de valoración debemos introducir una perspectiva interdisciplinar que permita establecer un equilibrio entre el principio de transparencia, el principio de accesibilidad a la información y el de rendición de cuentas.

PROCESO DE VALORACIÓN / INTERDISCIPLINARIEDAD / RENDICIÓN DE CUENTAS

Ciudadanos al poder. Activismo 2.0 en las demandas de transparencia y acceso a la información

Antonia Salvador Benítez / M^a Estrella Gutiérrez David

La ola de descontento popular y de manifestaciones contra la crisis económica mundial ha mostrado cómo, desde Túnez a Egipto, de Madrid a Nueva York, el activismo 2.0 ha contribuido a “globalizar” las demandas sociales de transparencia y acceso a la información pública. En esencia, este artículo se centra en el examen de este fenómeno en España y hace hincapié en dos aspectos fundamentales. Por un lado, se analizará, a la luz del Derecho comparado e internacional, el estado actual de la regulación española del derecho de acceso (el llamado “derecho a saber”) y cómo una legislación defectuosa e insuficiente genera prácticas de opacidad en la administración pública, que ha hallado un amplio eco en una

interpretación restrictiva de la jurisprudencia española. Por otro, se pondrá especial hincapié en el potencial impacto que las TICs y las herramientas 2.0 pueden tener en la transición hacia un nuevo concepto de gobernanza basado en los principios de transparencia, acceso a la información relevante, responsabilidad y rendición de cuentas de agentes públicos y privados, y en la participación real de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones sobre las políticas públicas.

TRANSPARENCIA / ACCESO A LA INFORMACIÓN / REDES SOCIALES / MEDIOS SOCIALES / ACTIVISMO 2.0 / E-ADMINISTRACIÓN / E-GOBERNANZA

Carestía de papel y destrucción de documentos en Zamora durante la Guerra Civil

José Luis Hernández Luis

La Guerra Civil Española generó una fuerte escasez de papel que se resolvió, en parte, mediante el aprovechamiento de papel usado. Este artículo aborda tal proceso y sus consecuencias sobre los archivos de un área precisa de la retaguardia nacionalista: la provincia de Zamora.

DOCUMENTOS / DESTRUCCIÓN / ARCHIVOS / ZAMORA / GUERRA CIVIL ESPAÑOLA

Análisis del uso de las ideas de Michel Foucault por la archivística brasileña durante la Guerra Civil

Roberto Lopes dos Santos Junior / Aluf Alba Elias

Análisis e identificación del uso de la obra del filósofo francés Michel Foucault (1926-1984) por la Archivística brasileña, tratando de visualizar la influencia del autor en el área en el país. Inicialmente se hará un análisis mostrando la relación entre la corriente filosófica denominada postestructuralismo, donde el trabajo de Foucault en general se relaciona, con los estudios referentes a la información. Posteriormente, se presentará un breve resumen de la vida y obra de Foucault. A continuación se discutirá la perspectiva del filósofo francés, en determinadas obras, observando su análisis en relación a conceptos referentes a archivos y documentos de archivo. Por último, se realizará un breve estudio de autores nacionales, relacionados con la Archivística y las Ciencias de la Información y la Documentación, que hayan citado o discutido las ideas de Foucault en su producción intelectual. Se concluye, de forma preliminar, que los análisis realizados en buena parte de la bibliografía archivística, indican un enfoque aún insuficiente o muy específico de las ideas de Foucault, pero que permite la realización de nuevas investigaciones que podrán, de diferentes formas, enriquecer epistemológicamente la disciplina.

MICHEL FOUCAULT / POSTESTRUCTURALISMO / ANÁLISIS DEL DISCURSO / ARCHIVÍSTICA

Archivística y legislación: términos y conceptos

Antonia Heredia Herrera

La reciente y cercana aparición -entre ellos- de dos textos normativos de diferente rango legal como son la Ley andaluza de Documentos, Archivos y Patrimonio documental de 3 de noviembre de 2011, y el Decreto del Estado que establece el Sistema español de Archivos y regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su Régimen de acceso, de 18 de noviembre de 2011, me han dado pie para reflexionar sobre el uso de términos y conceptos archivísticos esenciales siempre susceptibles de revisión y de actualización. Revisión y actualización que no deberían ser compatibles con el invento y la discrecionalidad. Archivo, documento de archivo, gestión documental, entre otros.

La confrontación entre teoría y práctica en la que interviene la presencia de normas internacionales y sus traducciones ha supuesto un ejercicio práctico que puede resultar de interés para algunos.

ARCHIVO / ARCHIVÍSTICA / DOCUMENTO DE ARCHIVO / GESTIÓN DOCUMENTAL / LEGISLACIÓN ARCHIVÍSTICA / LEY ANDALUZA 7/2011 DE 3 DE NOVIEMBRE DE DOCUMENTOS, ARCHIVOS Y PATRIMONIO DOCUMENTAL / REAL DECRETO 1708/2011 DE 18 DE NOVIEMBRE / UNE-ISO 30300







Analitic summary

Data protection and access to public registries

Carlos Garrido Falla

When we refer to the data protection, we are talking about a constitutional right, being thus considered by the Spanish Constitution and the European Constitution approved on 18 June 2003, a right that has been developed in Spain by Law 15/1999, of 13 December, about Data Protection and in Europe by the Comunitarian Directive 95/46/CE.

From the study of the aforementioned regulations and their interpretation by the Data Protection Spanish Agency that in Spain is in charge of their observation, it would be possible to differentiate several cases and application rules to the access to the data contained in the archives and registries regulated under article 37 of the 30/1997 Law and the Spanish Constitution itself, taking into account the nature of the accessed data, the purpose that justifies the access and the antiquity of such data:

1. The personal information protection laws shall not apply when the information provided as a result of the access to the archives or registries does not contain personal details, either because the documents whose access is requested do not include them or because a dissociation process has previously occurred.

2. In the same way, regulations about data protection shall not apply to information about deceased, without detriment of the singularities that, if it comes to it, could be settled down in the regulations of the Spanish Historical Heritage or in other special regulations.
3. When the interested party whose data appear in the accessed documents, requests access to such documents, a data disclosure shall not be necessary but a request by the interested party to exercise the right of access, right that will be exercised under the dispositions of Law 15/1999, without detriment of the possible existence of regulating specific dispositions about this access when archives or registries are submitted to special laws as it is stipulated under article 25.8 of the development Regulation of Organic Law 15/1999.
4. When the interested parties gain access to documents containing particularly protected data about people different from those requesting access, the consent of the interested ones shall be required, consent that shall meet the requirements under article 7 of Organic Law 15/1999 or, being data regarding to the health, the racial origin or the sexual life of the interested ones, a law permit that authorizes it for reasons of public interest.
5. In the same way, the consent of the interested parties should be also needed when dealing with documents affecting the privacy of people, since on the contrary case the access is only limited to them, under the provisions of article 37.2 of Law 30/1992.
6. Access to “nominative nature” documents, not containing other data affecting the privacy of people will be possible, in addition, not only when the interested party has consented to it, but also in issues where the applicant credits the existence of a legitimate and direct interest, as stipulated under article 37.3 of Law 30/1992, in connection with article 11.2 a) of Law 15/1999, being understood that this interest can arise because taking “into consideration its content, it may be valid for the exercise of the rights of the citizens”.
7. However, those documents referring to the sanctioning procedures shall be exempted from the aforementioned regulations.
8. Finally, the direct access to documents may be authorized in the event the researching applicant credits an historical, scientific or cultural interest and “whenever the privacy of the people is properly guaranteed”. For this purpose, the rules established in the regulating laws about the right of access to archives and registries and the ones establishing the regime of the Spanish Historical Heritage shall be taken into consideration.

ARCHIVES AND REGISTRY (REGISTRIES) / CONSENT / DISSOCIATION / HISTORICAL, SCIENTIFIC OR CULTURAL INTEREST / INTERESTED PARTY / INTIMACY / PERSONAL INFORMATION PROTECTION / RIGHT OF ACCESS / SPANISH HISTORICAL HERITAGE / SPANISH DATA PROTECTION AGENCY / SPANISH CONSTITUTION / PARTICULARLY PROTECTED DATA

Data protection in public archives

Francisco Fernández Cuesta

This paper summarizes the content and main conclusions of a previous research paper with the same title that analyzes the level of implementation and the impact of data protection law and rules on public archives, focusing on the Spanish Public Administration Archives.

ARCHIVAL SCIENCE / DATA PROTECTION / LEGISLATION / PUBLIC ARCHIVES / SPANISH PUBLIC ADMINISTRATION

The data protection of the Internet archives user: from the researcher's files to the web analysis

Javier García-Aráez Martín-Montalvo / Juan José Generelo Lanaspá

Archivists must know the demands of users in order to provide a better service and adapt it to their needs, especially in recent years since there has been a great diversification in the types and profiles of archive users.

The most important change in this process is occurring now with the appearance of the Internet search engines. The incorporation through the statistical and analytical tools of the archives and archives systems of these search engines has forced to seek ways to harmonize the obtaining and processing of information on such users protecting at the same time their personal details.

Data protection of Internet users -including those who access archives websites- is as important as the protection of the data published on the Web. This paper examines the problems related to the implementation of web analytics and its connection with data protection. It starts from the experience of implementation of DARA, the search engine of Records and Archives of Aragon, and the use of web analytics tools to manage this website.

DATA PROTECTION / ANALYTICAL WEB / STATISTICS OF ARCHIVES / DARA, DOCUMENTOS Y ARCHIVOS DE ARAGÓN / USERS OF ARCHIVES / WEB SEARCH ENGINE

Data protection and records management: the case of the Public Body of Tax Services of the Principedom of Asturias

Cruz Jolín Garijo / Carmen Fernández Vega

The project of the Public Body of Tax Services of the Principedom of Asturias (Spain) (hereinafter EPST) in order to implement safety measures provided under the Royal Decree 1720/2007, of 21 December, that approves the development regulation of the Organic Law 15/1999, of 13 December of Personal information Protection begins with the formation of a multidisciplinary Working Group that shall promote such project.

The Working Group, formed as a Safety Committee, is responsible for drafting the safety document, which is a legally binding document for the entire Organization and which includes safety policies and procedures for every process run in the Tax Services, including records management processes. The review of all Archival processes from the Personal information Protection perspective has provided information of enormous significance in the continuous improvement of the records management system in the EPST.

DATA PROTECTION / PERSONAL INFORMATION / RECORD MANAGEMENT / PUBLIC INSTITUTION

The protection of personal information in the field of real estate brokerage

María del Carmen Rodríguez López

The construction sector has been for a long time one of the main Spanish economic sectors, with a great impact on the entire society. This paper is not about business documents on the Small and Medium-sized companies' management, but about those types of documents that contain personal information and the prescribed treatment of them. The profession of archivist, falling within the society in which it operates, is affected (with increasing frequency) by the rights of access in conflict with the rights of privacy. Working as an archivist for a company of this sector requires the knowledge of the laws governing the data protection of such a complete documentation.

DATA PROTECTION / DATA FILE / CONSTRUCTION SECTOR / TYPE CODES / FILES

Protection of the information and the right of access to the documentary funds of the Civil Registry

Xavier Gayán Félez

The present paper deals with the problems of the right of access to the documentary funds of the Civil Registry, dealing with the regulatory aspects as well as with the casuistry of access requests and denials, resources and the resulting resolutions

produced in this context. Its narrative speech takes into consideration the following points:

- Knowledge of the regulatory evolution experimented by the Civil Registry and especially of the post-analysis about the access.
- Achievement of a certain analysis of the situation, in order to focus attention on the strong and weak points.
- Promotion of the right of research, through the necessary recognition of the singular reserve derogation under defined criteria according to the different casuistry.
- Achievement of an explanation to the deliberation concerning the issue about the rights of privacy and intimacy against the rights of access and information and conclusive considerations evaluation.

ACCESS / CIVIL REGISTRY / HISTORIC MEMORY / MINORS

The Access procedure developed by Royal Decree 1708/2011, of 18 November. Between reality and desire

Blanca Desantes Fernández

This paper is focused on a detailed examination of the draft process of Chapter IV on the Access procedure developed in Royal Decree 1708/2011, of 18 November.

After a general analysis of the weak and strong points of the aforementioned Royal Decree and of the hurdles and issues arisen before its passing, the regulation of the Spanish Archives System and the Public Administration (“Administración General del Estado”) Archives System together with the creation of its cooperating and coordination organizations, is pointed out as one of the goals achieved since they were waiting for a regulatory development.

The following paragraphs will tackle one of the main issues arising during the processing of the Royal Decree, that is, the continuous interferences with the regulations on access and transparency, developed by the Presidency’s Department. It is considered in detail the impact of the aforementioned projects of the aforementioned Department (Bill on Access and Transparency, Bill on the Right of Access regarding the Historical Memory Law and Draft of the Royal Decree on Access) on the Royal Decree 1708/2011. It is included as well a detailed analysis of all the studies, proposals and reports submitted by the Agency of State Archives, in order to structure an access procedure for the records and archives of the Public Administration, from enlightening and progressive common principles. It is particularly outstanding the proposal submitted by the ad hoc working group, made up by representatives of several Departments.

Subsequently, key reports to understand the results contained in Chapter IV drawn up by the Spanish Data Protection Agency (“Agencia Española de

Protección de Datos”) and also the significant Report of the Council of State of 2011 are examined. Other important reports of the different Departments are mentioned as well, submitted during the last period of audience of the Royal Decree.

The paper concludes with an evaluation of the aforementioned Chapter IV, analyzing the potential progress but mainly, the new issues that its interpretation and application may involve with regard to access. Despite the efforts, the reality has not fulfilled the desire and a Law on Access and Transparency is still required, as a constitutional right of the citizens in a democratic country.

ARCHIVES / ACCESS / ROYAL DECREE 1708/2011, OF 18 NOVEMBER / SPANISH ARCHIVES SYSTEM / PUBLIC ADMINISTRATION ARCHIVES SYSTEM / COOPERATION AND COORDINATION BODIES / REGULATIONS REGARDING ACCESS AND TRANSPARENCY / ACCESS PROCEDURE FOR THE RECORDS AND ARCHIVES / SPANISH DATA PROTECTION AGENCY / COUNCIL OF STATE / PRESIDENCY 'S DEPARTMENT / STATE ARCHIVES AGENCY / CONSTITUTIONAL RIGHT

“To be or not to be”: the archivist between the right of access and information protection

Daniel de Ocaña Lacal

In any democratic state, transparency of public sector is essential. Access to documents in the archives is one of the most important tools of transparency, although it has got limits because of public and private interests. In Spain, however, the legal system of the right of access is confusing, ambiguous or unfavorable, leading to legal uncertainty for both users and public officers. The trend toward secrecy or the use of indeterminate concepts are some of the problems of law, making it very hard to decide when a right takes precedence over another one in case of, for instance, a conflict between access and privacy (or data protection). Problems on human resources or infrastructures contribute to worsen the situation. The recent Royal Decree 1708/2011, applicable to the Public Administration, seeks to clarify the situation, but contains some important obscurities to be solved.

ACCESS TO INFORMATION / RIGHT TO PRIVACY / DATA PROTECTION / ARCHIVES LAW

The role of the appraisal committees with regard to access to public records and archives

Isabel González Corral

With regard to the difficulties in the exercise of the right of access to public records and archives in Spain, we will focus on the study of the role of the Appraisal committees created by the Public Administration under the Law 16/1985, of 25 June, under the Spanish Historical Heritage Law, and also in the Autonomous Communities.

We will see its competences, roles and composition, and the differences with other committees created in the surrounding European countries, and their relationship with the Data Protection Agencies.

We will analyze the links between appraisal and selection of records and the establishment of access periods and access under the Data Protection regulations, as part of an adequate records management, essential to provide transparency.

Finally, in connection with the gaps and issues detected by the legal doctrine, the archivists, records researchers and archives users, we will examine some solutions and proposals developed from the appraisal works and reports of such committees.

APPRAISAL COMMITTEES / DATA PROTECTION / ACCESS TO DOCUMENTS

The action on access of the National Commission on Access, Appraisal and Selection of Records of Catalonia

Lluís Cermeno Martorell

The Catalan law of Archives and Records (10/ 2001) attributed to the National Commission on Access, Appraisal and Selection of Records (hereinafter CNAATD) functions to establish the general system of access to records of the Catalan public administration. The Commission has also authority to issue non-binding reports on complaints from citizens who consider that their right of access to documentation has been violated. It can also issue a report to allow access to restricted access records series.

Since 2008, when the decree developing access is passed, there have been some initial results in this area. Some factors, described in the paper, such as the difficulty in combining access with appraisal, the change of the commission members' profiles, the non-binding nature of their reports, the popular ignorance of the existence of the Commission, the existence of other agencies with jurisdiction over access... have not allowed its emergence.

ACCESS / APPRAISAL / PUBLIC RECORDS

"To serve and protect" the appraisal of accessibility in the Spanish Government Records Center

Francisco Fernández Cuesta

The paper presents the methodology adopted by the Spanish Public Administration Records center ("Archivo General de la Administración") to appraise the legal access of their records, and its usefulness in order to implement the requirements established under the new regulation (Royal Decree 1708/2011) on the procedure for accessing the Public Administration Archives.

ACCESS POLICY / ARCHIVAL LEGISLATION / ARCHIVAL METHODOLOGY/ ARCHIVO GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN

The personal and familiar archives in the General Archive of the University of Navarre: The difficult balance between the free access and the restriction of use

Inés Irurita Hernández

The difficulty of reconciling the existing rules and the right of access to records by users and researchers have led the General Archive of the University of Navarre to find a way to resolve this disagreement. We present here a system of income funds, a self-access policy and a document of commitment to the researchers developed for this purpose. The result is that there are no magic formulas but practical solutions starting with the systematization of the work processes in Archives that can enable professionals to ensure the preservation of the records, people's rights and personal information and simultaneously provide access to the records.

PUBLIC ACCESS / DOCUMENTS / ARCHIVES / PERSONAL INFORMATION / RESEARCHERS

Conflict between confidentiality and access rights of the tax records. The experience of the records appraisal committee of the Government of Navarre

Susana Herreros / M^a Teresa Sola / Juan Carlos Balda

This paper presents the experience of the Records Appraisal Committee of Navarre ("Comisión de Evaluación Documental de Navarra") regarding the assessment of the tax documentation of Navarre, carried out between 2009 and 2010.

The Archive of the Public Administration of Navarre proposed this appraisal due to the volume of documentation and its historical value as a particular function recognized by law to this autonomous region within Spain.

The Records Appraisal Committee decided that tax documentation had a great value as a primary source for research, but not in paper format. Thus it decided to preserve taxpayer files in electronic format and eliminate the paper copies as they were difficult to use for research purposes. The volume was huge and it was necessary to use a database to process the information.

Regarding the access to this documentation, it was very difficult to provide access to these records by researchers because the law specifically prohibits their use outside tax management.

The Committee decided to propose an amendment in the section of the law regulating the access by researchers to this documentation and the establishment of a deadline when accessing such records.

TAX DOCUMENTATION / ACCESS / APPRAISAL

The Archive of the Consultative Body of Castile and León and its website

Margarita Ausín Íñigo

The purpose of this paper is to introduce a new institution in the Castile and León area, which is the Consultative Body of Castile and León (“Consejo Consultivo de Castilla y León”), as well as its archives, the records contained in it, the way to gain access to them and also their diffusion through the website, especially the records series called “Expedientes sometidos a dictamen” (files under ruling) which are the most requested ones by the internal and external users”.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN / ARCHIVES / EXPEDIENTES SOMETIDOS A DICTAMEN

Transparency in Spain: state of the issue

Emilio Guichot Reina

The request for a greater transparency in the public authorities has become widespread. In fact, almost all democratic countries have passed general rules on transparency. However, in Spain a single article of Law 30/1992 on Administrative Procedure contains the only and highly deficient general rules on access to information. Apart from Law 30/1992, another set of rules regulates different aspects of transparency, in a fragmented and not even coherent way. It seems that in the near future the Parliament will finally pass the Law on Transparency and Access to information. In these pages we analyze the present state of law and express some thoughts about what might come.

TRANSPARENCY / ACCESS TO INFORMATION / ARCHIVES

Transparency, interdisciplinary and social participation in the records appraisal process

Miguel Suárez Curbelo / Samuel Carrillo Fumero

The aim of this paper is to discuss how the appraisal process is not performed under conditions of ideological neutrality. For this reason, we need to introduce an interdisciplinary perspective that allows a balance among the requirement of transparency, the requirement of accessibility and the requirement of accountability in the appraisal process.

APPRAISAL PROCESS / INTERDISCIPLINARY / ACCOUNTABILITY

Citizens in power. Activism 2.0 in the social requests for transparency and access to public information

Antonia Salvador Benítez / M^a Estrella Gutiérrez David

The wave of popular dissatisfaction and demonstrations against the worldwide economic crisis have shown how activism 2.0, from Tunisia to Egypt and from Madrid to New York, has contributed to “globalize” social requests for transparency and access to public information. Essentially, this paper focuses on how this phenomenon is developing in Spain putting special emphasize in two basic finds. On the one hand, it will be analyzed, in the light of the comparative and international Law, the current state of the Spanish regulation related to freedom of information (the so-called “right to know”) and how this defective and inadequate legislation creates opaque practices in the public Administration, broadly echoed by a restrictive interpretation of Spanish jurisprudence. On the other hand, it will be emphasized the potential impact of ICTs and 2.0 tools on the transition to a new concept of governance, based on the principles of transparency, access to relevant information, liability, accountability of both public and private agents, and on the effective participation of citizens in the decision-making process of public policies.

TRANSPARENCY / FREEDOM OF INFORMATION / RIGHT TO KNOW / SOCIAL NETWORKS / SOCIAL MEDIA / ACTIVISM 2.0 / E-GOVERNMENT / E-GOVERNANCE

Paper shortage and destruction of documents in Zamora during the Spanish Civil War

José Luis Hernández Luis

The Spanish Civil War caused a big paper scarcity which was partially solved using old paper. This paper deals with such process and its consequences on the archives of Zamora, a particular area of the nationalist rearguard.

DOCUMENTS / DESTRUCTION / ARCHIVES / ZAMORA / SPANISH CIVIL WAR

Analysis of the use of the ideas of Michel Foucault by the Brazilian Archival Science

Roberto Lopes dos Santos Junior / Aluf Alba Elias

Identification and analysis of the use of the work of French philosopher Michel Foucault (1926-1984) by the Archival Science discipline in Brazil, trying to visualize the influence of the author on this area of the country. Initially we will analyze the relation between the philosophical movement called post-structuralism, where Foucault’s work is commonly classified, with disciplines that study information. Subsequently, we will make a brief biographical description about

Foucault. Later, we will discuss the analysis of the French philosopher, in specific works, about his approach to concepts relating to archives and records. Lastly we will make a brief consideration of Brazilian authors related to the Archival and the Information and documentation science that have quoted or discussed Foucault's ideas in their intellectual production. It is concluded, preliminarily, that the analysis carried out in much of the Brazilian archival literature indicates an insufficient analysis of Foucault's ideas, but such analysis allows new research that may, in different ways, enrich epistemologically the discipline.

MICHEL FOUCAULT / POST-STRUCTURALISM / DISCOURSE ANALYSIS / ARCHIVAL SCIENCE

Archival Science and legislation: terms and concepts

Antonia Heredia Herrera

The recent publication in Spain, of different legal texts such as the Andalusian Law of Records, Archives and Documentary Heritage ("Ley andaluza de Documentos, Archivos y Patrimonio documental") of 3 of November 2011, and the Decree establishing the Spanish Archival System and regulating the Archival System of the Spanish Public Administration and its organizations and its access regime of 18 of November 2011 has made me think about the use of essential terms and concepts, in the context of Archival science, always open to review and update that should not be compatible with the invention and discretionarily: Archive, records, records management, among others.

A confrontation between theory and practice, in which International Standards and their translation into the Spanish language are involved, has been a practical exercise that might be of interest.

ARCHIVE / ARCHIVAL SCIENCE / RECORD / RECORDS MANAGEMENT / LEGISLATION ON ARCHIVES / LEY ANDALUZA 7-2011 DE 3 DE NOVIEMBRE DE DOCUMENTOS, ARCHIVOS Y PATRIMONIO DOCUMENTAL / REAL DECRETO 1708/2011 DE 18 DE NOVIEMBRE / UNE-ISO 30300

