

La ley regulará 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.
Artículo 105b de la Constitución Española

EL DERECHO DE ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA INFORMACION CONTENIDA EN LOS ARCHIVOS



Junta de Comunidades de
Castilla-La Mancha
www.jccm.es

La ley regulará el acceso de los ciudadanos

a los archivos y registros administrativos

EL DERECHO DE

ACCESO

salvo en

DE LOS

que afecte

CIUDADANOS

A LA INFORMACION

la seguridad

CONTENIDA

y defensa

EN LOS ARCHIVOS

del Estado, la averiguación de los delitos

la intimidad de las personas

Artículo 105b de la Constitución Española



Junta de Comunidades de
Castilla-La Mancha

www.jccm.es

© Edición: Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

© Textos: Autores

Coordinación Editorial: Servicio de Publicaciones de la Consejería de Educación y Cultura

Diseño: JORDAN DESIGN

Imprime: DITRESLA, S.L.

Depósito Legal: M. 23.991-01

Organización:

Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
Viceconsejería de Educación y Cultura
Dirección General de Bienes y Actividades Culturales

Coordinación:

Archivo de Castilla-La Mancha

Coordinador de la publicación:

Luis Martínez García
Director del Archivo de Castilla-La Mancha

Ponentes:

Severiano Fernández Ramos
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz

Daniel de Ocaña Lacal
Jefe del Servicio de Cooperación Multilateral del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes

INDICE

Presentación
D. José Valverde Serrano
Consejero de Educación y Cultura 7

Introducción
D. Luis Martínez García
Director del Archivo de Castilla-La Mancha 9

1ª PONENCIA

EL DERECHO DE ACCESO
A LOS DOCUMENTOS
PÚBLICOS EN EL MARCO
DEL SISTEMA ARCHIVÍSTICO
D. Severiano Fernández Ramos
Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz 13

2ª PONENCIA

EL ARCHIVERO Y LA APLICACIÓN
DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESO
D. Daniel De Ocaña Lacal 141

Tal vez parezca extraño que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha organice unas jornadas técnicas sobre el derecho de los ciudadanos a acceder a la información contenida en los archivos. Quizás pensemos que los archivos sólo custodian documentos históricos, apenas interesantes salvo para eruditos e investigadores. Nada más alejado de la realidad, nuestras vidas se relacionan continuamente con las Administraciones Públicas y los papeles y documentos que se producen asientan auténticos contratos de obligaciones y derechos entre ambas partes. Los archivos custodian miles de ellos que testimonian estas actividades y su protección garantiza a los ciudadanos que sus derechos se encuentran plenamente salvaguardados.

La Constitución Española dispuso que todos los ciudadanos tenían derecho a acceder a la información conservada en archivos y registros, y si en algo se ha caracterizado la política de la Junta de Comunidades es en fundamentar la gestión de los asuntos públicos en el principio de transparencia administrativa. Ejemplos como la Carta de los Ciudadanos, en la que se reconoce el derecho a no tener que presentar documentos que obren en poder de la Junta, o las cartas de servicios de la Biblioteca y del Archivo de Castilla-La Mancha, son muestras claras de una administración que dirige todos sus esfuerzos hacia el bienestar de los ciudadanos y que, al mismo tiempo, considera que una sociedad democrática es aquella que está perfectamente informada de todo lo que les atañe.

La Junta de Comunidades tiene la obligación de hacer accesible esta información a todas las personas. La elaboración de la Ley de Archivos, la construcción del edificio del Archivo de Castilla-La Mancha, la puesta en funcionamiento de los archivos de las Consejerías o las ayudas para la contratación de archiveros en los ayuntamientos, son algunas de las medidas que ayudarán a cumplir estos objetivos. Con la edición y publicación de las actas de esta Jornada Técnica, queremos hacer llegar a todas las personas la importancia de los archivos como fuente de información.

José Valverde Serrano
Consejero de Educación y Cultura

El 29 de junio de 2000, se celebró en la Biblioteca Regional de Castilla-La Mancha una jornada técnica, organizada por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades, sobre el derecho de acceso a la información contenida en los archivos, en la que se inscribieron cerca de un centenar de personas. El éxito de asistencia nos sorprendió a todos, puesto que la publicidad de las jornadas estaba dirigida, preferentemente, a profesionales de archivos y, sin embargo, no faltaron representantes de muy diversos colectivos que pertenecían a distintas administraciones públicas.

Este hecho debería hacernos reflexionar sobre el impacto e interés de un derecho fundamental para una sociedad que presume de su madurez de edad, y de un Estado que se asienta sobre fundamentos presuntamente democráticos. Efectivamente, la Constitución Española de 1978 destacaba en su artículo 105.b el derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos custodiados en archivos y registros, un claro ejemplo, por parte de nuestros ponentes constitucionales, de reafirmar y consolidar el principio de transparencia administrativa con que debe conducirse cualquier actividad pública.

Sin embargo, veintidos años después, y como nuestros ponentes en la jornada técnica se encargaron de subrayar, no se han cumplido aquellas expectativas que consideraban el acceso a la información como un derecho que iba a transformar a nuestra sociedad. En un corto período de tiempo nuestras instituciones públicas han ido recortando y cercenando este derecho mediante leyes cada vez más restrictivas y, lo que es peor, asumiendo comportamientos escasamente democráticos en su relación con los ciudadanos. La transparencia administrativa se ha confundido con el derecho a recibir información de forma pasiva mediante comunicados que las oficinas públicas seleccionan y que el público recibe sin contrastar con ninguna otra fuente; y el derecho a conocer, a estar informado, se ha encauzado y construido a través de la intervención de los medios de comunicación que bombardean al ciudadano con múltiples noticias más o menos objetivas.

En nuestro entorno más cercano, en aquellos países de la Unión Europea con mayor tradición democrática que nosotros, sí que existe una viva preocupación por el derecho de sus conciudadanos a conocer, de forma directa y exhaustiva, cualquier actuación administrativa que afecte a sus intereses. Incluso, el Consejo de Europa ha elaborado una serie de recomendaciones a los países miembros instándoles a garantizar este derecho. Garantías que no sólo descansan sobre una legislación más acorde con nuestra democracia, sino que inciden en la importancia de contar con archivos bien organizados, con personal cualificado para servirlos y en la existencia de un procedimiento administrativo claro y conciso que permita obtener el documento objeto de nuestro interés.

En Castilla-La Mancha, la Junta de Comunidades sí que es consciente de esta situación. Una Administración que no ha dudado en reconocer a sus administrados el derecho a no tener que presentar documentos que ya obren en su poder, circunstancia que supone el mantener archivos correctamente organizados, y que ha anunciado futuras leyes, como la de la Organización de la Administración y la de Archivos, en donde se reconoce el derecho de acceso a la información contenida en los documentos como uno de los pilares primordiales para el ejercicio de la vida democrática.

Sin duda esta mentalidad es altamente positiva, pues propicia una acertada reflexión sobre el concepto real que debe poseer el término ciudadano en un régimen democrático, y sirve para abrir al exterior a la administración española, tradicionalmente impregnada de cierto secretismo y habituada al oscurantismo en sus actuaciones.

Por ello, no debe extrañarnos que la Consejería de Educación y Cultura promoviera un foro de debate sobre este tema, al que invitó como ponentes a dos personas que recientemente habían publicado excelentes monografías y artículos sobre este tema. Severiano Fernández Ramos es profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz y autor de la obra "El derecho de acceso a los documentos administrativos". En la ponencia, que ahora se publica, el lector encontrará una interesante línea argumental fundamentada en la estrecha relación entre el derecho de acceso y el correcto funcionamiento del sistema español de archivos. La tesis de nuestro ponente representa un paso decisivo para entender la problemática existente en España para el ejercicio de este derecho. Su estudio de la legislación española del pasado, y su crítica de la del presente, nos muestra la escasa tradición legal en esta materia y la escasa mentalidad aperturista de nuestros legisladores durante los siglos XIX y XX. Finalmente, nuestro autor insistirá de manera reiterativa que sólo es posible la consolidación del acceso a los documentos mediante el correcto funcionamiento de los archivos.

Daniel de Ocaña Lacal pertenece al Cuerpo Facultativo de Archiveros del Estado y ocupa, en la actualidad, el puesto de jefe del Servicio de Cooperación Internacional Multilateral del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. Autor de un reciente artículo titulado "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", en su ponencia refleja la situación de los archivos públicos de forma clara y, en ocasiones, descarnada. La actitud ante el acceso de los estamentos políticos; de la propia administración y de los archiveros es analizada, relacionándola con las medidas legislativas, con la mentalidad de la sociedad y con las numerosas situaciones coyunturales, pero manifiestamente indicativas, que nos explican que conseguir un determinado

documento muchas veces sólo depende de la buena voluntad del custodio del mismo. Posee el valioso carácter de testimonio ante las contradicciones, restricciones y distorsiones que nos encontramos en la España actual, y es un fundamentado alegato contra la inacción política, la inercia administrativa y la desmotivación ciudadana.

Con la publicación de estas dos ponencias, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha pretende aportar su grano de arena para que el derecho de acceso a la información contenida en los documentos sea una realidad cada vez más consolidada.

Luis Martínez García

Director del Archivo de Castilla-La Mancha

1ª Ponencia

EL DERECHO DE ACCESO A LOS
DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL MARCO
DEL SISTEMA ARCHIVÍSTICO

SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

1ª Ponencia

EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL MARCO DEL SISTEMA ARCHIVÍSTICO

(Las conexiones entre el derecho de acceso
a los documentos administrativos y la legislación
sobre archivos)

SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), cumpliendo un mandato contenido en el art. 105.b) de la Constitución, dio carta de naturaleza, por vez primera en nuestro ordenamiento, a un derecho "general" de acceso a los documentos administrativos, esto es un derecho atribuido al conjunto de la ciudadanía, sin precisar mayor cualificación, y extensible, en principio, a cualquier documento en poder de las Administraciones Públicas, sin necesidad de que transcurran unos plazos temporales que determinen su absoluta falta de vigencia.

Obviando en este momento consideraciones sobre el carácter más o menos desafortunado de la regulación efectivamente contenida en el art. 37 de la LPAC¹, debe subrayarse que el reconocimiento legal de un derecho de acceso de carácter general constituye, con la salvedad de algunas experiencias lejanas, una rigurosa novedad incluso en países de profundas tradiciones democráticas. Así, su primera plasmación comparada significativa tiene lugar en 1966-74 en Estados Unidos, y de

¹ La regulación del derecho de acceso contenida en el art. 37 de la LPAC ha sido objeto de crítica tanto por la doctrina administrativista como archivística. En relación con la primera, vid. mi libro, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, en particular pp. 377 y ss. Y, entre la doctrina archivística son significativos los trabajos de D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, pp. 173 y ss.; así como de A. LASO BALLESTEROS, "El acceso a los documentos administrativos: derecho, laberinto y decepción", Boletín Acal nº 33, 1999, pp. 22 y ss.; R. ALBERCH i FIGUERAS J.R. CRUZ MUNDET, *iArchives! Los documentos del poder. El poder de los documentos*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 110 y ss.

ahí es tomada por Francia en 1978 y, posteriormente, por Italia en 1990². Y este carácter novedoso se explica fundamentalmente porque un derecho de acceso de carácter general constituye una manifestación evolucionada del sistema democrático, cuyas exigencias no se detienen ya, como sucedía en el Estado Liberal, en la conformación del Poder Legislativo y sus relaciones con el Ejecutivo, sino que penetran en las estructuras y funcionamiento de la Administración Pública, a la que se reclama hoy en día una transparencia en su actuación que posibilite un control difuso sobre su actividad, el cual para ser efectivo ha de ser un control tempestivo. De este modo, no constituye singularidad alguna la falta de un reconocimiento de un derecho de acceso de carácter general en el Derecho español anterior a la Constitución de 1978, sobre todo si se repara la ausencia de un contexto mínimamente democrático.

Ahora bien, en otros países y sistemas jurídicos sí existía, con anterioridad al reconocimiento del derecho de acceso general, un derecho de acceso a los documentos públicos que, a partir de determinados plazos fijados en la legislación de archivos, se consideraban de carácter histórico. No se trataba, pues, de garantizar la transparencia de la actividad pública, pero sí, al menos, de permitir la investigación sobre las fuentes documentales históricas.

Así, en Francia, en pleno período revolucionario, por Ley de 7 de mesidor del año II -art. 37- se permitió a todo ciudadano acceder a los documentos depositados en los archivos³, y a través de una serie de Decretos referentes a la organización de los archivos -el primero de 14 de mayo de 1887- se fijaron unos plazos amplios de antigüedad de los documentos para permitir su comunicación -el plazo general se fijó en cincuenta años-, multiplicándose los regímenes según las materias y categorías de documentos⁴. Y, de modo similar, en Italia, por Ley n. 340 de 13 de abril de 1953, se consideraron públicos los documentos a partir del transcurso de determinados plazos, fijándose como plazo general para los actos administrativos el de treinta años desde la finalización del procedimiento⁵. Asimismo, en la

² Sobre el Derecho comparado en materia de acceso a los documentos administrativos, nos remitimos a la primera parte nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit. Asimismo, sobre esta cuestión en el Derecho Comunitario, puede verse A. CERRILLO i MARTINEZ, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

³ Este precepto inicial sería interpretado por un avis del Consejo de Estado de 4-18 de agosto de 1807, aprobado por el emperador.

⁴ Vid. Jean-Marie BECET, "La communication des documents au public", en *La Commune*, primer volumen de la enciclopedia "Collectivités Locales", Dalloz, Paris, 1985, pág. 152-31.

⁵ No obstante, los actos relativos a la política exterior y la Administración interna se declararon públicos únicamente los anteriores a 1900. Asimismo, los documentos depositados en los archivos que por su origen o naturaleza sean de carácter particular, sólo devienen públicos tras cincuenta años desde su fecha. Incluso con la autorización de las autoridades competentes era posible obtener, tanto al objeto de la investigación como para fines particulares, la comunicación de actos no públicos, así como de actos administrativos o de carácter privado de fecha más reciente a las mencionadas con carácter general. Vid. Leopoldo SANDRI, "Archivi di Stato", *Enciclopedia del Diritto*, t. II, 1958, pp. 1001 y ss.

Comunidad Europea, diez años antes de que afloraran las preocupaciones sobre la transparencia de las Instituciones Comunitarias, fue aprobado el Reglamento del Consejo de 1 de febrero de 1983 sobre la apertura al público de los archivos históricos de la CEE y la CEEA, en virtud del cual se reconoció el acceso del público a dichos archivos tras un período de treinta años a contar desde la fecha de producción de los documentos y piezas⁶.

II. LA LEGISLACION HISTORICA SOBRE ARCHIVOS

2.1. Los Archivos y la renovación historiográfica del S. XVIII

Durante el Antiguo Régimen la organización y funcionamiento de los archivos públicos estuvo presidida, en líneas generales, por un secular y lamentable abandono y expolio. Así, todavía en 1804 tuvo que prohibir Carlos IV que los Ministros sacasen documentos de los archivos sin expresa orden del Consejo⁷.

No obstante, interesa destacar aquí cómo esta situación de abandono fue puesta de manifiesto cuando, en la primera mitad del siglo XVIII, se inicia en nuestro país un movimiento de crítica histórica. Los eruditos de la época precisan apoyar sus obras de renovación historiográfica en documentos fidedignos, para lo cual desarrollan una intensa labor de peregrinaje y rastreo por los archivos tanto públicos como eclesiásticos. De este modo indirecto se inició un interés creciente por los archivos, el modo de conservar los documentos y el acceso a los mismos⁸. Así, cada erudito se lamentó de las graves y continuas pérdidas documentales, provocadas por el descuido de los archivos⁹.

⁶ DO L 43 de 15.2.1983, p. 1. El plazo general de treinta años se consideró común en varios Estados miembros - Alemania, Francia, Reino Unido, Italia...-. Vid. Alan FORREST, "Naissance des archives historiques des Communautés européennes", *Revue du Marché Commun*, 1983, págs. 466-473.

⁷ Novísima Recopilación, Ley 20, tít. IV, lib. III. Las privanza del conde-duque de Olivares, en tiempos de Felipe IV, y la de don Luis de Haro y otros secretarios del despacho, dio lugar a esta situación. Estos señores se apoderaron de los títulos que servían para ilustrar los asuntos de gobierno, y no los restituían. De hecho, Felipe IV autorizó al conde-duque para que conservase en su casa, quedando en ella vinculados, cuantos documentos de aquella y otras épocas quiso retener en su poder. *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo III, 1911, voz "Archivos", p. 329.

⁸ El interés por los archivos es, como ocurrió con la Paleografía o la Diplomática, de carácter indirecto, como instrumentos indispensables en la labor de investigación del historiador. Sólo más tarde los eruditos comenzaron a mostrar un interés directo por los mismos.

⁹ Así A.M. Burriel expresará, sobre los archivos, la necesidad de que "que se ordenen, que se guarden y no se destruyen, como ha sucedido en grandísima parte de ellos, de los que por vergüenza no quiero referir dolorísimos ejemplos". Vid. Margarita GOMEZ GOMEZ, "Crítica histórica y Archivos. El caso de España en el siglo XVIII", *Historia, Instituciones y Documentos*, nº 12 (1985), Sevilla, pág. 220. Vid., igualmente, Joaquim LLANSO I SANJUAN, "L'accés a la documentació a l'Estat espanyol. Una panoràmica històrica", *Revista Catalana d'Arxivística Lligall/3* (1991), págs. 13 y ss.

Pero, sobre todo, debe subrayarse la dependencia que los investigadores tenían del favor real para consultar los archivos, aunque en su interior se conservase únicamente documentación de carácter rigurosamente histórico¹⁰. Por esta razón, será una constante aludir en escritos y obras de la época al bien que proporcionaría a la Nación formar comisiones de eruditos que, apoyadas por el Monarca, llevaran a cabo una labor de selección, depuración y edición de las fuentes manuscritas depositadas en los más diversos centros documentales. Esta publicación de fuentes resolvería la dificultad de consultar los documentos en los archivos, que se hallaban prácticamente cerrados al público¹¹.

Aparentemente en esta línea, bajo el reinado de Fernando VI, el Gobierno crea en 1750 una Comisión, integrada por eruditos y burócratas de la época, para el reconocimiento de los Archivos españoles¹². Al margen de la finalidad fundamental regalista -que se alcanzó con el Concordato de 1753-, la Comisión puso de manifiesto los males que afectaban a los principales archivos públicos españoles -el Archivo del Reino de Aragón, sito en Barcelona, o el Archivo de la Corona de Castilla, sito en Simancas, y los archivos de Valencia-, dando lugar a la adopción de ciertas medidas de reforma de los mismos¹³.

Durante el reinado de Carlos III, verdadero amante e impulsor de las letras, la labor de reconocimiento de los archivos se extiende, dando lugar en 1781 a la concentración de los fondos sobre las Indias -hasta entonces dispersos en varios

¹⁰ Sobre la necesidad de la protección real son expresivas las palabras de uno de los más significados eruditos de la época, E. Flórez: "La causa de todo esto ha sido la Real Beneficencia de nuestro Soberano, que mirando por el bien universal de sus estados mandó franquear las piezas que me faltaban, a fin de que pudieran darse juntos los escritos de los Autores Cordobeses inéditos (...) porque no contentándose a una sola producción particular, alarga su Real Beneficencia a quanto se encierra en los Archivos y Bibloteas de sus Reynos mandando reconocerlos a este fin". Ni que decir tiene que esta dependencia del permiso real daba lugar a un dirigismo intelectual, propio del llamado Despotismo Ilustrado, que relegaba a los autores considerados "hipercríticos", desahuciados del apoyo real, en beneficio de los eruditos de talante más templado". Vid. GOMEZ GOMEZ, *op. cit.*, pág. 215.

¹¹ Así otro erudito del momento, Fr. M. Sarmiento, en un escrito de 1743 -*Reflexiones literarias para una Biblioteca Real y para otras Bibliotecas públicas*- dirá: "En Simancas está el original y es como si no estuviera. Quede en hora buena el original en aquel público Archivo; pero imprímase con autoridad Real para que el público se aproveche de sus selectas noticias". Vid. GOMEZ GOMEZ, *op. cit.*, pág. 212.

¹² Debe señalarse que sobre los fines culturales y administrativos, la finalidad principal de la Comisión era de carácter regalista; en concreto, consistía en recabar pruebas documentales que favorecieran las pretensiones de la monarquía sobre el Patronato Universal frente a la Curia Romana. No obstante, si en un principio el reconocimiento se limitaba a los archivos eclesiásticos, aprovechando la coyuntura -el interés del monarca por conocer el contenido de los archivos-, el Ministro de Estado J. Carvajal logró que se reconociesen y mejorasen los archivos administrativos, cuyo desorden tantos perjuicios había causado a la administración pública. Para ello remitió un informe al monarca donde exponía la necesidad de mejorar la situación de los papeles, tanto en su conservación, como en su organización y servicio, y, así, los objetivos de la Comisión se ampliaron en 1752 a los archivos civiles del Reino.

¹³ Así, en 1754 la Corte dicta un nuevo reglamento para el Archivo de Barcelona, el cual quedaría bajo la inspección de un Juez Conservador, cargo éste que ocuparía casualmente la misma persona, A. de Simón Pontero, a la que la Comisión encargó el reconocimiento del archivo. Y la dispersión de los archivos de Valencia fue corregida en 1758, por decreto, que fundó el Archivo Real del Reino, si bien no fue hasta 1770, ya bajo el reinado de Carlos III, cuando se dispuso de edificio y archivero para el mismo, y no fue hasta comienzos del siglo XIX cuando ingresaron los primeros fondos.

archivos de Nueva España y Perú y en el de Simancas- en un único Archivo de Indias, sito en Sevilla. En 1790 se dictan las Ordenanzas que regulan el funcionamiento del nuevo archivo, en las que se incorporan ya criterios metodológicos propios de la moderna archivística para normalizar el tratamiento, conservación y servicio de los documentos -tales como el respeto a la procedencia de los fondos-. En sintonía con los nuevos aires ilustrados, en estas Ordenanzas se establece -capítulo LVIII-: "Si algunos interesados, así cuerpos como personas particulares, necesitaren algunos documentos para afianzar sus derechos, ilustrar sus familias, u otro fin honesto, acudiendo por escrito al Archivero con expresión de las causas, se buscará y dará razón de su existencia, a fin de que puedan solicitar por el Ministerio de Gracia y de Justicia de Indias mi Real autorización para obtener las razones o copias que les convinieren, comprobadas con los originales y autorizadas con la firma del Archivero". Pero esta práctica, en general, estaba prevista para facilitar el funcionamiento de la propia institución. Así se dispone -capítulo LXXII-: "Si alguna vez para fines de mi real servicio o del bien público tuviere a bien mandar que se franqueen papeles del Archivo a algunos sujetos, se cuidará de que se limiten a los objetos de su comisión, y que no se introduzcan consigo amanuenses ni acompañados". Y, en todo caso, es evidente que el Archivo se crea para el propio servicio de la Administración. Así las Ordenanzas vedan el acceso de manera explícita: "De otra suerte a nadie podrá darse copia ni razón de papel, ni aun insinuarse su existencia. Ni se consentirá a persona alguna manejar los inventarios e índices, ni estar presente a su reconocimiento, y mucho menos a la busca y saca de documentos de cualquier especie" -capítulo LXII-¹⁴.

Por tanto, aunque a fines del XVIII el movimiento historiográfico desarrollado ha dejado una importante huella en la política archivística y en el avance de la misma archivística como ciencia, el acceso a los Archivos por los investigadores está todavía sujeto a la obtención de licencia real, sin que exista aún una normativa general al respecto. Hay que esperar al siglo XIX para que los Archivos -históricos- abran tímidamente sus puertas a los investigadores.

2.2. El período moderado de 1843-1854

A partir del reinado de Isabel II, los sucesivos Gobiernos, cada vez más sensibilizados por la evidente importancia de contar con unos Archivos operativos, dictan una multitud de disposiciones para su "arreglo". Sin embargo, el estudio de la cuestión del acceso a los Archivos públicos no puede ya desligarse de otras cuestiones íntimamente vinculadas al mismo: la situación real de los archivos y su

¹⁴ Isabel SECO CAMPOS, "El derecho de acceso a la documentación: problemas jurídicos y prácticos", *Boletín ANABAD*, 1991, nº 3-4, pág. 31.

estructuración entre sí en un sistema que permita el deslinde entre los archivos netamente históricos y los propiamente administrativos.

Aunque metodológicamente es posible un estudio separado de cada una de estas cuestiones, parece preferible exponerlas enmarcadas en cada concreto período histórico, pues a pesar del carácter a primera vista aséptico de estas cuestiones, no dejarán de incidir sobre ellas -como tendremos ocasión de comprobar- los avatares políticos propios del siglo.

Sin perjuicio de la existencia de importantes antecedentes acerca del régimen para el acceso de los particulares a los Archivos -como el ya señalado de las Ordenanzas del Archivo de Indias-, puede considerarse a la R.O. Circular del Ministerio de la Gobernación de 20 de abril de 1844, por la que se establecen las *Reglas para franquear los archivos a las personas estudiosas*, como la primera norma que establece una completa reglamentación de carácter general, no circunscrita a un Archivo concreto, sobre esta materia.

Esta norma declaró -art. 1- que "los depósitos puramente literarios que existen en los Archivos del Reino y otros establecimientos análogos, se pueden franquear tanto a nacionales como a extranjeros, siempre con aquellas precauciones justas y encaminadas a evitar el menor daño ó extravío, que estén prescritas en los reglamentos particulares de dichos establecimientos, y bajo la inspección y responsabilidad de los jefes respectivos; suministrándose a cuantos lo deseen los datos de esta clase que les convengan, y permitiéndoles sacar apuntes y copias".

"En cuanto a los papeles puramente históricos, no se permitirá -art. 2- ni a nacionales ni a extranjeros, registrar ni mucho menos copiar, cuantos sean correspondientes al siglo próximo pasado y a lo que va del presente, pero sí podrán franquear los de épocas anteriores, con las restricciones que luego se dirán". Así la R.O. añade -art. 3- que "serán reservados para todos, a no ser que se conceda especial autorización, los papeles, de cualquier época que sea, que versen sobre títulos y modo de adquisición de propiedades del Estado y pertenencia de territorios, como asimismo los que contengan noticias particulares acerca de la vida de los señores reyes, príncipes u otros personajes eminentes".

Asimismo -art. 4-, "los papeles, que interesen particularmente, bajo cualquier aspecto que sea, a corporaciones, familias o individuos, quedarán también en la clase de reservados. Cualquiera podrá dirigirse al archivero para que averigüe si existen los que necesite, expresando el objeto para el que los desea; si existiesen, el archivero lo hará presente al Gobierno, manifestando si hay o no inconveniente en la entrega, y sólo en virtud de Real licencia se dará una copia; pero

nunca el original”¹⁵.

Por tanto, el acceso a la consulta de los documentos depositados en los Archivos se circunscribe a los “depósitos puramente literarios” y a los “papeles puramente históricos” anteriores a 1700, -es decir, precisamente desde la fecha de la ascensión a la Corona española por la Casa de los Borbones-. Respecto a los documentos “puramente históricos” de menor antigüedad, la R.O. prohíbe terminantemente su registro -“ni mucho menos copiar”-. Pero, incluso dentro de la categoría de documentos históricos anteriores a esa fecha, se consideran reservados determinados documentos -“de cualquier época que sea”- que traten sobre determinados aspectos de interés del Estado y sobre la vida privada de los gobernantes -elevándose así el interés particular de éstos a interés público-, así como aquéllos que afecten particularmente a “corporaciones, familias e individuos” -por este orden-. El acceso a tales documentos reservados requerirá la concesión de una específica Real licencia. Pero, además, los documentos que sean capaces de comprometer los intereses nacionales son calificados de muy reservados, con la consecuencia de que ni siquiera constarán en el registro general del Archivo. En definitiva, la norma presenta la importante innovación de suprimir la necesidad de que los investigadores obtengan un permiso real para acceder a una serie de documentos -literarios e históricos de más de ciento cuarenta años de antigüedad-. Y aunque las restricciones son -como se ha comprobado- amplísimas, no por ello debe minusvalorarse la importancia de esta disposición, que supuso llanamente la apertura del Archivos del Reino a los investigadores, aligerándose en cierta medida la situación -ya señalada- de dependencia del favor real, el cual quedará restringido a los documentos considerados reservados. Además, puede observarse cómo en esta norma se contemplan ya los dos grandes tipos de intereses -públicos y privados- que van a presidir las limitaciones a la libertad de acceso a la información.

Poco después, una Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 2 de diciembre de 1845, relativa a “las reglas que han de observarse en el reconocimiento y saca de copias de causas, pleitos y otros documentos de los Archivos judi-

¹⁵ En tal caso, la R.O. dispuso -art. 5- que “cuando se conceda autorización para ver, copiar, ó extractar algunos papeles de los no permitidos, se expresará la época, el hecho o documentos sobre que recaiga dicha autorización, y los encargados de los Archivos no permitirán que la investigación se extienda a más de lo que permita la Real licencia”. En todos los casos, añade la disposición -art. 6-, “se anotará en un libro de registro que han de llevar los empleados del Archivo, los extractos, copias ó notas que se saquen, expresándose de qué papeles, en qué días y por cuáles personas”. Asimismo, se establece que: “Todo papel que no sea puramente literario habrá de ser examinado por el arhivero antes de permitir que de él se saque copia, extracto ó anotación; y si a juicio del arhivero hubiere inconveniente en que se publique, consultará al Gobierno, expresando el objeto a que se refiere” -art. 7-. Añade, además, la R.O. -art. 8- que si entre “los papeles del Archivo hubiesen algunos que por su importancia y trascendencia sean capaces de comprometer los intereses nacionales, cuidará el archivero que de colocarlos en paraje reservado para que en ningún caso puedan ser examinados; y si constasen en el registro general, se pondrá al margen la nota de muy reservados para evitar exigencias inútiles”. La R.O. termina ordenando -art. 9- que “no se permitirá tomar apuntes, ni sacar copias de ningún papel como no sea por conducto de los dependientes del Archivo, que lo harán con la brevedad posible, y con sujeción por parte de los interesados al pago de los derechos establecidos por tarifa”.

ciales”, tras establecer las reglas que habían de seguir los Tribunales y Juzgados para facilitar testimonio de las causas o pleitos fenecidos¹⁶, dispuso -regla 7- que “las peticiones que se dirijan a reconocer y sacar copias de los documentos y papeles no comprendidos en los arts. 1, 2 y 3 -testimonios relativos a causas o pleitos-, y que se custodian en cualquiera de los demás Archivos dependientes de este Ministerio, se elevarán a S.M. por conducto del mismo, y serán resueltas con sujeción a las reglas establecidas en la circular del Ministerio de Gobernación de 20 de abril de 1844”, es decir, la norma antes examinada.

Por esta época empieza ya a ser constante la preocupación gubernamental por el estado de abandono de los Archivos. Así por R.D. de 5 de noviembre de 1847, reconociendo el Gobierno la necesidad de dar una organización común y uniforme a los Archivos generales dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia, se creó para su arreglo, dirección y conservación una Junta superior directiva, así como otras de distrito de Audiencia, de provincia y de partido¹⁷. Ahora bien, poco después, por R.D. de 1 de diciembre de 1848, se suprime esta Junta superior, y en su lugar se crea, con igual objeto, la Dirección General de los Archivos de España y Ultramar, la cual sería confiada a D. Pedro Sainz de Andino¹⁸. Y es justamente a partir de la creación de esta Dirección General cuando se inicia la gestación de la necesidad de formar de un Archivo central, y, a la vez, la temática referente a los archivos empieza a recibir un tratamiento orgánico¹⁹.

En este contexto, por R.O. de 4 de julio de 1851 del Ministerio de Justicia, se dispuso que las certificaciones de cualesquiera documentos que existan en los

¹⁶ *Diccionario Alcubilla*, Tomo I, p. 465. En el preámbulo de esta R.O. se dice: “Habiéndose dado a S.M. varias exposiciones dirigidas a que por los tribunales y Archivos dependientes de este Ministerio se permita reconocer y sacar copias de causas y otros documentos judiciales, se dignó S.M. oír el parecer del Tribunal Supremo; y deseando por una parte dar toda la laxitud posible al principio de publicidad de los juicios, consignado en nuestra actual legislación, y evitar por otra los abusos que pudieran cometerse fiando sin ninguna precaución a miras especulativas documentos en que se consignan respetables intereses de las familias y del Estado, se ha servido S.M. acordar las siguientes reglas: 1ª Los Tribunales y Juzgados mandarán facilitar testimonio a cualquiera que lo pida de las causas ó pleitos fenecidos que se hubieren incoado con posterioridad al 26 de septiembre de 1835, salva la excepción contenida en el artículo 10 del reglamento provisional. 2ª Cuando el testimonio que se solicite fuere relativo a causa ó pleito prometido con anterioridad a dicha fecha, ó a expedientes ó asuntos gubernativo-judiciales, ó correspondiente a la jurisdicción voluntaria, los tribunales y Jueces concederán ó negarán la licencia, según lo creyeren conveniente, atendido el interés de las familias y del público, pero oyendo siempre al Ministerio Fiscal y a las partes interesadas cuando sea procedente... 5ª Si los testimonios de pleitos ó causas se sacaren para imprimirlos, se suprimirán en la impresión los nombres de los magistrados ó jueces y de las demás personas que en cualquier concepto hubieren intervenido en el asunto, substituyendo en su lugar letras y números. 6ª La providencia judicial en que se mande franquear el testimonio no eximirá de la pena en que incurra con arreglo a derecho a la persona responsable de la publicación”.

¹⁷ *Diccionario Alcubilla*, T I, p. 466. Este R.D. fue desarrollado por una R.O. de 6 de noviembre de 1847, relativa a la Junta directiva, y otra de 29 de agosto de 1848, referente a la Juntas subalternas.

¹⁸ *Diccionario Alcubilla*, T I, p. 467. Se precisó una R.O. de 26 de junio de 1849 para autorizar al director general la inspección de los Archivos de las Provincias Vascongadas, con objeto de reclamar de las Diputaciones forales las noticias y documentos relativas a la administración de justicia, a la fe pública que debían formar parte de los Archivos del Ministerio, segregándose de los documentos de carácter político y administrativo.

¹⁹ Así por Circular de 8 de julio de 1849 se piden datos a los Archivos de provincia y partidos para la formación de un Archivo central, -*Diccionario Alcubilla*, T I, p. 468-.

Archivos de la Corte que dependan inmediatamente del Ministerio de Gracia y Justicia, se extenderán y librarán por el oficial de Sección a cuyo cargo está el archivo donde se encuentre el documento que haya de trasladarse ó referirse, previa orden por escrito del Ministro o Subsecretario. Sin embargo, de un modo general y más estricto, la R.O. de 25 de enero de 1852 del Ministerio de Justicia dispondrá: "A fin de regularizar el servicio público en lo concerniente a la expedición de copias y testimonios de las escrituras depositadas en los Archivos generales del Reino, S.M. se ha dignado disponer que en lo sucesivo no se libre por los jefes de los expresados Archivos documento alguno de aquella clase sino a virtud de la oportuna Real cédula, expedida por la Cancillería de este Ministerio"²⁰. Por tanto, la autorización de la expedición de certificaciones es reservada nuevamente a la obtención de licencia real.

Ahora bien, en este como en tantos otros ámbitos, el Ministerio de Hacienda se muestra pionero, pues es evidente la importancia para el propio Estado de los archivos de este señalado ramo. Así, el Ministerio de Hacienda es con diferencia el primero de los Ministerios civiles que constituye formalmente un único Archivo central. En virtud del R.D. de 21 de junio de 1850, por que el se reorganiza este departamento, se dispuso -art. 11- que habrá un solo Archivo General del Ministerio de Hacienda, en el que habrán de depositarse todos los expedientes y documentos de la Subsecretaría y Direcciones que forman parte del mismo Ministerio²¹. Y, seguidamente, se dictan las primeras normas para el arreglo de los Archivos de las provincias²².

Pero, sobre todo, merece destacar la R.O. de este Ministerio de Hacienda de 15 de enero de 1854, por la que se aprueba la "Instrucción para el régimen de los Archivos generales de Hacienda", la cual contempla las primeras disposiciones sobre el régimen de unos Archivos propiamente administrativos. En sustancia y a los efectos que nos interesa, la Instrucción de 1854 flexibiliza el régimen de expedición a los particulares de certificaciones de los documentos contenidos en estos Archivos.

Así establece -art. 17- que corresponde a los archiveros la expedición de certificaciones referentes a los papeles que tengan a su cargo, si bien no serán válidas sin

²⁰ *Diccionario Alcubilla*, T. I, p. 469.

²¹ *Diccionario Alcubilla*, T. I, p. 473. Así se refundieron en este Archivo central los de las Direcciones de Rentas y de la del Tesoro y Contaduría general del Reino.

²² Así, por R.O. de 27 de septiembre de 1852 se mandó "que concurrieran al arreglo de los Archivos del ramo de Hacienda de las provincias, en horas extraordinarias, los individuos de todas las oficinas del propio ramo, incluso los jefes". Como no debió lograrse el objetivo pretendido, por R.O. de 20 de abril de 1853 se resolvió que los gobernadores de las provincias nombraran comisiones temporales que se auxiliasen en las horas extraordinarias por los demás empleados, "debiendo pasar desde luego las oficinas provinciales a los Archivos todos los libros y documentos que conservan de años anteriores". *Diccionario Alcubilla*, T. I, p. 474.

que sean visadas por los contadores y selladas con el de las Contadurías -art. 20-²³. No obstante, dos años después los objetivos de arreglo de los Archivos provinciales seguían sin cumplirse, como prueba el hecho de que mediante Circular de 10 de junio de 1856 se encargó a las Contadurías de Hacienda Pública de las provincias "la eficacia en los trabajos para lograr el definitivo y pronto arreglo de los Archivos". Cabe pensar, por tanto, que si los Archivos de mayor interés para el Estado, los de su Hacienda, estaban en tal lamentable estado, esto nos puede dar una ligera idea de cómo habrían de estar los demás²⁴.

2.3. El bienio liberal de 1854-1856 y el período moderado de 1856-1868

Del bienio liberal debe citarse la R.O. de 10 de agosto de 1855 del Ministerio de Fomento, que vino a suavizar la excesiva rigidez de la mencionada circular de 1852: "... en lo sucesivo se proceda, en virtud de orden de esa Dirección general en cada caso, y previo informe del archivero respectivo, a la expedición de copias de testimonios de las escrituras depositadas en los Archivos generales del Reino que soliciten los particulares, sin que se les exija la Real cédula que previno la circular de 25 de enero de 1852"²⁵.

Ya en el siguiente período moderado, debe destacarse, en primer lugar, el Real Decreto de 17 de julio de 1858, adoptado a iniciativa del Ministerio de Fomento²⁶. Esta norma -art. 2- formula la primera clasificación legal de los Archivos públicos existentes, si bien limitada a los archivos en que se custodien documentos "históricos". El R.D. clasifica estos archivos en "generales", "provinciales" y "municipales", situando a los dos primeros bajo la dependencia de la Dirección general de Instrucción pública -art. 1-, lo cual será desde entonces una constante organizativa²⁷.

²³ *Diccionario Alcubilla*, T. I, p. 474. A este respecto, los contadores determinarán al informar sobre la procedencia o improcedencia de las certificaciones que se soliciten, con arreglo a reales órdenes e instrucciones, si han de insertarse íntegros los documentos que se pidan, o ha de hacerse solamente referencia de una parte de ellos. Asimismo, la Instrucción de 1854 procuró regular la transferencia de documentos desde las oficinas administrativas al Archivo. Así dispuso -art. 25- que las oficinas de provincia no conservarían otros libros y documentos que los del año corriente y aquellos de los anteriores que tuvieran en curso. De tal modo, que al final de diciembre de cada año debían haber entregado en el Archivo, con inventario duplicado, los libros, expedientes y demás documentos terminados del anterior -art. 26-. Los únicos documentos que no han de pasar a los Archivos, y se custodiarán en las Contadurías de provincia bajo la inmediata responsabilidad de sus jefes, son las escrituras de fianza no canceladas de todos los empleados que manejan caudales o efectos públicos -art. 32-.

²⁴ En este sentido, paralelamente, el Ministerio de Justicia procuraba también poner orden en sus archivos. Así por R.O. de 12 de mayo de 1854 se ordena hacer "sin levantar mano" un escrupuloso expurgo y arreglo de todos los Archivos de las Audiencias de la Península e islas adyacentes. Para realizar este cometido se ordena la constitución en cada Audiencia de una Junta, que deberá reunirse al menos una vez por semana, y clasificar los documentos en dos categorías: inútiles, que pueden venderse sin peligro alguno; y útiles, que deben conservarse. *Diccionario Alcubilla*, T. I, p. 469.

²⁵ *Diccionario Alcubilla*, T. I, p. 470. También en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 337.

²⁶ *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 338.

²⁷ La terminología de la clasificación tripartita no es exclusiva de ese ámbito, sino que se encuentra en otros sectores. Así, en materia de Beneficencia la Ley de 20 de junio de 1849 también clasifica los establecimientos de este ramo en generales, provinciales y municipales.

Pero, sobre todo, este R.D. será conocido por ser el que crea por fin un Archivo general central -ubicado en el antiguo palacio de los Arzobispos de Toledo, en Alcalá de Henares, al cual habrán de remitirse -art. 4- "en las épocas y con las formalidades que en el reglamento se establezcan, todos los papeles de carácter administrativo de las Secretarías de Despacho, cuando el transcurso del tiempo los haga inútiles para la instrucción de los negocios", de modo que no se estableció un plazo determinado para proceder a este remisión²⁸. Asimismo, esta norma presenta, además, la importante innovación de crear el Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios, el cual estará llamado a desempeñar un papel decisivo en la ardua labor de organización de los Archivos públicos a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX²⁹. Ahora bien, debe señalarse ahora cómo la creación de este Cuerpo Facultativo se vincula al servicio de Archivos calificados de "históricos", vinculación ésta sobre la que se va a incidir en los decenios siguientes.

Algunos años más tarde de la creación de este Archivo Central de Alcalá de Henares, se crea mediante R.D. de 28 de marzo de 1866 el Archivo Histórico Nacional, lo que determinaría el envío de fondos históricos del primero a este nuevo Archivo³⁰. Y, dada la pluralidad de Archivos ya existentes, mediante R.D. de 12 de junio de 1867, adoptado también a iniciativa del Ministerio de Fomento, se aprueba la clasificación de Archivos "generales", antes referidos por el R.D. de 1958, en dos clases: serán "de primera clase" el Central de Alcalá de Henares, el Histórico Nacional de Madrid, el de Simancas y el de Barcelona; y "de segunda clase", los de Valencia, Galicia y Mallorca. El R.D. procuró, además, regular el traslado de fondos a estos Archivos, tal como había previsto el R.D. de 1958. Con esta finalidad dispuso -art. 7- que no se remitirán a los Archivos "generales" más papeles que aquellos que el transcurso del tiempo haga innecesarios para la instrucción y despacho de los negocios corrientes, considerándose, por regla general, en este caso los referentes a los últimos treinta años, contados desde el día en que se efectúe la remesa. En todo caso, la práctica posterior de la remisión de fondos no va a seguir estrictamente unos criterios racionales, como prueba la exposición de moti-

²⁸ El propio R.D. ordena directamente remitir a este Archivo Central los de las cuatro Ordenes Militares y de San Juan de Jerusalem, los de la Inquisición y los de las Colegiatas. Según informa M^o C. PESCADOR DEL HOYO "La documentación de la Administración central y sus vicisitudes", *DA* n^o 184 (1979), pág. 94-, las obras de reparación y acondicionamiento del ruinoso edificio comenzaron en 1860, iniciándose los expedientes de envío de fondos en el mismo año.

²⁹ La creación de este cuerpo ya había sido contemplada en la Ley de Instrucción pública de 9 de septiembre de 1857 -art. 166-, y había sido precedida por la institución de la Escuela de Diplomática, declarada "superior" precisamente por esa Ley de 1857. Ni que decir que todo ello fue posible merced al movimiento historiográfico -antes señalado- que se cobró cuerpo durante el reinado de Fernando VI y se consolidó en el de Carlos III. Sobre la evolución legal del cuerpo facultativo de archiveros, puede verse R. PARADA VAZQUEZ- S. DEL SAZ, "Privado versus público en el ámbito de archivos, bibliotecas, museos y centros de documentación", en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, pp. 35 y ss.

³⁰ *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 339. El motivo de la creación de este nuevo Archivo parece que se debió a la resistencia de la Academia de la Historia a ceder los fondos del clero procedentes de Desamortización. Vid. M^o C. PESCADOR DEL HOYO, "La documentación de la Administración central y sus vicisitudes", op. cit., pág. 95.

vos del posterior R.D de 1893 relativo al Archivo central del Ministerio de Hacienda. Por lo demás, este R.D. se limitó a disciplinar el Cuerpo facultativo de archiveros, sin contemplar norma alguna relativa a la consulta de los documentos depositados en los Archivos³¹.

2.4. La Revolución liberal de 1868

Al poco de iniciarse este nuevo período, el anterior R.D. de 1867 sería derogado mediante R.D. de 10 de noviembre de 1868, con el propósito declarado de dejar sin efecto los nombramientos y ascensos dados a consecuencia del mismo³². Poco después la Circular de 4 de mayo de 1869 da cuenta de la situación real de los Archivos: "La Dirección de Instrucción Pública, teniendo en cuenta el abandono en que se hallan algunos Archivos que carecen de índices y hasta de meros inventarios de los documentos que conservan, expuestos a desaparecer en menoscabo de nuestra riqueza histórica y de nuestro propio crédito, manda que se proceda desde luego a sellar y numerar todos los documentos que existen en los Archivos, lo cual puede hacerse brevemente, y contribuirá sin duda a asegurar su conservación hasta que sea posible estudiarlos, clasificarlos y darlos a conocer"³³.

Por otro lado, por Orden de 19 de octubre de 1870 del Ministerio de Fomento, con objeto de que en todos los Archivos "históricos" de la Nación se regularice la entrega de las certificaciones que en los mismos se expidan, dando unidad a este servicio, se ordena que los "certificados pretendidos por personas o particulares para los usos que interesen a su derecho privado, cuya expedición haya sido autorizada por el Gobierno y no ofrezca inconveniente, serán entregados bajo recibo por los jefes de los Archivos a los recurrentes o a los individuos que debidamente autoricen a recogerlos... Sólo se remitirán a esa Dirección general por los jefes de los Archivos las certificaciones que el Gobierno hubiere reclamado de oficio". De este modo, se contempla un régimen de expedición de certificaciones mucho más flexible que los anteriores, si bien circunscrito a los Archivos históricos³⁴.

³¹ Este R.D. de 1867 está precedido de un larga exposición de motivos dedicada al cuerpo facultativo de archiveros creado en 1858, "como único medio para levantar de la lastimosa postración los opulentos depósitos de nuestra historia..., formando archiveros..., en sustitución de los exclusivamente empíricos llamados *lectores ó revisores* de letra antigua...".

³² La principal manifestación del Gobierno liberal en este campo será el Decreto de 1 de enero de 1869, por el que se dispone la incautación por el Estado de los Archivos de la Iglesia -catedrales, cabildos y monasterios- y órdenes militares. "Esta riqueza será considerada como nacional, y puesta al servicio público, en cuanto se clasifique, en los Archivos nacionales".

³³ *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. II, p. 340.

³⁴ La Orden llega a establecer, incluso, que "cuando a los interesados no convenga presentarse en el Archivo por sí o por medio de apoderado, el jefe del establecimiento podrá remitirles la certificación por el correo a la localidad que le indiquen, previa reclamación de los sellos necesarios". *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 340.

Pero deben citarse aquí determinados Reglamentos departamentales en materia de procedimiento administrativo. En primer lugar, el Decreto de 30 de noviembre de 1870, por el que se aprueba el Reglamento para el Ministerio de Gobernación, presentó también la innovación de confiar -art. 11- el archivo central del Departamento a un empleado del Cuerpo de archiveros del Estado. Contempló, asimismo, la conexión entre los expedientes en poder de los negociados y el archivo, estableciendo -art. 64- que los expedientes fenecidos se remitirán al archivo mensualmente ó en los períodos que determine el jefe de la sección³⁵.

Una vez depositado el expediente en el archivo, debe subrayarse que el Reglamento -art. 13- prohibió la entrega de expediente o documento del archivo sino en virtud de pedido efectuado por escrito por un jefe u oficial. Y, en todo caso, la norma dispuso -art. 14- que el archivero no expedirá copia ni certificación alguna de los documentos a su cargo sin orden expresa del Ministro o del subsecretario³⁶.

En segundo lugar, el Reglamento para el régimen de tramitación de los negocios del Ministerio de Hacienda de 18 de febrero de 1871, contempló varias disposiciones sustancialmente idénticas a las anteriores. Así confió -art. 27- igualmente la custodia del archivo a un empleado del cuerpo de archiveros-bibliotecarios. También esta norma dispuso -art. 56- la remisión de expedientes fenecidos al archivo "cada seis meses ó en el período que determine el jefe de la dependencia". Asimismo, este Reglamento dispuso -art. 29- que "no se entregará expediente o documento alguno del Archivo sino en virtud de pedido por escrito.

En este sentido, se dispuso que los índices estarán a disposición de los jefes y oficiales para su examen en el local del Archivo y Biblioteca". Por lo demás, este Reglamento reitera la prohibición de expedir copia ni certificado de los papeles que consten en el Archivo sin orden escrita del Ministerio o del subsecretario³⁷.

En tercer lugar, si bien más incompleto que los anteriores, el Reglamento de interior del Ministerio de Fomento, R.D. de 12 de mayo de 1871, estableció -art. 67.4- que corresponde al archivero autorizar las certificaciones que por resolución del Ministro, directores (generales) o Jefe del Negociado central (figura similar al subsecretario) le manden dar de documentos o asuntos que consten en el archivo.

³⁵ Al efecto debían formarse relaciones duplicadas, uno de cuyos ejemplares, con el recibí del archivero, se debía custodiar en el negociado. *Boletín Legislativo Alcabilla*, 1870, p. 815.

³⁶ En este sentido, el propio Reglamento -art. 4.13- atribuye al Subsecretario la competencia para autorizar las copias que hubieren de franquearse de todos los documentos.

³⁷ Asimismo, el propio Reglamento -art. 7- sitúa al Archivo bajo las inmediatas órdenes del Subsecretario. *Boletín Legislativo Alcabilla*, 1871, p. 107.

“Estas mismas certificaciones se entregarán a los interesados mediante recibo que podrán debajo del decreto que manda expedirlas”³⁸.

Debe destacarse, por lo tanto, que estas normas significan un primer intento de configuración de los archivos centrales ministeriales. En primer lugar, en los dos primeros Departamentos se sitúa al frente del Archivo a funcionarios técnicos que han acreditado ya su profesionalidad. En segundo lugar, se prevé -también en los dos primeros Reglamentos- la relación entre las unidades de gestión y estos archivos centrales, fijándose plazos de remisión, si bien, en último término, la periodicidad de esta remisión es confiada al jefe de cada unidad administrativa. En tercer lugar, está claro que las normas únicamente permiten acceder a los documentos depositados en estos archivos administrativos centrales a los propios agentes de la Administración, pues la finalidad de estos Archivos es exclusivamente de servicio a la propia Administración. Por último, mientras que para los Archivos históricos se ha podido comprobar el establecimiento de un régimen flexible en el que se atribuye, con carácter general, a los Jefes encargados de cada Archivo la facultad para expedir certificaciones relativas a los documentos depositados en dichos archivos generales, en cambio para la obtención de copias de documentos depositados en los Archivos departamentales se requiere la autorización de las máximas autoridades del Departamento.

Poco después, por R.D. de 5 de julio de 1871, adoptado a iniciativa del Ministerio de Fomento, se aprueba el primer Reglamento orgánico del Cuerpo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios. Este Reglamento se ocupa de los Archivos históricos, Bibliotecas públicas y Museos arqueológicos, los cuales se sitúan, tal como había dispuesto el Decreto de 1858, bajo la dependencia de la Dirección general de Instrucción pública, y a cargo del Cuerpo facultativo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios -art. 1-³⁹. Pero, sobre todo, este Reglamento, junto a las

³⁸ El Reglamento añade: “Los interesados presentarán previamente el papel sellado en que quieran se extiendan las certificaciones, quedando prohibido recibir cantidad ninguna por este servicio”. Por lo demás, el Reglamento -art. 69- dispuso que el archivero “impedirá bajo su responsabilidad que por ningún motivo ni pretexto se extraiga del archivo ningún papel custodiado en él, si no es por su conducto y previo pedido firmado por los jefes mencionados en el artículo anterior” -*Boletín Legislativo Alcobilla*, 1871, p. 271-. Por otro lado, el Reglamento “para el gobierno interior de las secciones de Fomento en las provincias”, R.D. 15 de septiembre de 1871 -*Boletín Legislativo Alcobilla*, 1871, p. 467-, dispuso -art. 6- que el Archivo de expedientes y documentos de los ramos de fomento será indendiente del de la Secretaría del Gobierno Civil, bajo la dirección del jefe de sección, y a cargo de un escribiente -art. 15-.

³⁹ *Boletín Legislativo Alcobilla*, 1871, p. 340. Ahora bien, separándose parcialmente del criterio del R.D. de 1867, este Reglamento de 1871 clasifica -art. 2-, “en atención a su importancia”, a los Archivos públicos, no ya en dos categorías sino en tres: en la primera de ellas sigue incluyéndose al Archivo Histórico Nacional, al de Simancas y al Central de Alcalá Henares, así como a otros archivos que “contengan documentos relativos a la generalidad de la Nación, o a varias de sus divisiones topográficas, antiguas o modernas”. Así el Archivo de la Corona de Aragón -establecido en Barcelona- pasa a la segunda categoría, junto al de Valencia, Galicia, Palma de Mallorca, “y cualquier otro que en lo sucesivo se creare con documentos de interés para la historia de los antiguos reinos en que estuvo dividida nuestra península”. Y en la categoría tercera, de nueva creación, se incluyen el histórico de Toledo -precisamente formado a raíz de la incautación ordenada en 1869-, los de las Universidades literarias, y los que se formaren con documentos relativos a una localidad o institución determinada.

normas que disciplinan al Cuerpo de Archiveros, dedica ciertas reglas al “servicio público”, claramente inspiradas en la Orden de octubre de 1870, antes referida. Es precisamente en este ámbito donde el Reglamento -art. 90- dispone que quedan autorizados los jefes de los Archivos generales para facilitar a los interesados y corporaciones que de ellos lo soliciten extractos de noticias, copias simples o certificaciones autorizadas de los documentos que custodian, formalizándose antes de la entrega el pago de los derechos de tarifa. Incluso se prevé -tal como lo hiciera la Orden de 1870- que la entrega podrá hacerse por correo, exigiéndose el envío al Archivo del número de sellos necesario. No obstante, el Reglamento añadió que en caso de que el jefe de un Archivo histórico creyere que no era conveniente expedir certificación de algún documento, consultará previamente al Gobierno.

Por otro lado, en época de la I República, debe citarse el Decreto de 12 de noviembre de 1873, por el que se crea el Archivo General del Ministerio de Justicia, con más de veinte años de retraso con respecto al Ministerio de Hacienda⁴⁰. Por último, en época del Gobierno provisional, se dictaron diversos Reglamentos orgánicos departamentales que también incidieron sobre los archivos administrativos. Así, cabe citar el Reglamento interior del Ministerio de Fomento, R.D. de 26 de abril de 1874⁴¹, y disposiciones similares se establecen en los posteriores Reglamentos orgánicos de los Ministerios de Gobernación⁴², Fomento⁴³, y Gracia y Justicia⁴⁴.

⁴⁰ En su preámbulo se declara que el Archivo del Ministerio presenta “el más lamentable estado. Esparcido en diversos locales, sin inventariar no pocos de sus legajos, sin clasificar gran número de sus papeles, sin catálogos ni índices rigurosamente científicos, sin agrupaciones metódicas en los distintos ramos que lo forman; faltar, en una palabra, de una organización general que los abraza y ordene, dista en gran medida de constituir un verdadero Archivo digno de esta Nación y útil por extremo a la administración de justicia”. *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 341.

⁴¹ Este Reglamento asignó -art. 42.5- al archivero -exactamente igual que el anterior Reglamento de 1871- la autorización de las certificaciones que por resolución del Ministro, directores generales o secretario general (figura similar al subsecretario) le manden dar de documentos o asuntos que consten en el archivo. Estas mismas certificaciones se entregarán a los interesados mediante recibo que podrán debajo del decreto que manda expedirla *Boletín Legislativo Alcubilla*, 1874, p. 161. Asimismo, el Reglamento -art. 2.17- atribuyó al Secretario general (figura similar al subsecretario) la autorización de copias de los documentos y de certificaciones. Asimismo, el Reglamento también contempló -como ya habían hecho los Reglamentos de Gobernación de 1870 y de Hacienda de 1871- la conexión entre los expedientes en tramitación y el Archivo, al establecer -art. 15- como deber de los oficiales auxiliares la remisión cada mes al Archivo de los expedientes terminados, formando el correspondiente índice. Colección Legislativa de España, 1875, 2º semestre, p. 441.

⁴² Reglamento del Ministerio de Gobernación de 1 de julio de 1874: Los expedientes fenecidos se remitirán al Archivo mensualmente “ó en los períodos que determine el jefe de la sección” -lo cual relativiza completamente el mandato de la remisión periódica-. Al efecto se formarán relaciones duplicadas uno de cuyos ejemplares con el recíbil del archivero, se custodiará en la sección -art. 50-. No se entregará expediente o documento alguno del Archivo sino en virtud de pedido por escrito y autorizado por un jefe de Sección o Negociado -art. 20-. El archivero no expedirá copia ni certificación alguna de los documentos que consten en el de su cargo sin orden expresa del Ministro o secretario general (órgano similar al subsecretario). *Boletín Legislativo Alcubilla*, 1874, p. 313.

⁴³ Reglamento del Ministerio de Fomento de 17 de julio de 1874, el cual establece -art. 55.5- que corresponde al archivero la autorización de las certificaciones que por resolución del Ministro, directores generales o jefe del negociado central (figura similar al subsecretario) le manden dar de documentos o asuntos que consten en el Archivo. Estas mismas certificaciones se entregarán a los interesados mediante recibo que podrán debajo del decreto que manda expedirla. Si bien, esta norma no dispone -a diferencia de la dictada tan sólo unos meses antes- la remisión periódica de los expedientes al Archivo. *Boletín Legislativo Alcubilla*, 1874, p. 360.

2.5. La Restauración

Con la Restauración, mediante R.D. de 12 de febrero de 1875 se deroga el R.D. de noviembre de 1868, y se restablece el de junio de 1867, con la consiguiente reproducción del conocido fenómeno de las cesantías⁴⁵. Asimismo, en esta época se dictan nuevos Reglamentos departamentales que mantienen, no obstante, las disposiciones de las normas precedentes acerca de la remisión de expedientes terminados al archivo y sobre expedición de copias y certificaciones de los documentos custodiados en el Archivo⁴⁶.

Por R.D. de 25 de marzo de 1881 se aprueba el Reglamento orgánico del Cuerpo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios, y establecimientos que del mismo dependen. Ahora bien, este Reglamento, adoptado durante un Gobierno liberal, mantiene en lo sustancial las disposiciones referidas del Reglamento de 1871, tanto respecto a la clasificación de los archivos históricos -art. 3- como al régimen de expedición de copias y certificaciones -art. 90-⁴⁷.

Sin embargo, por R.D. de 19 de junio de 1885, adoptado a propuesta del Ministerio de Fomento durante un gobierno conservador, se aprueba un nuevo Reglamento del cuerpo facultativo de archiveros y establecimientos que del mismo dependen, que si bien mantiene la clasificación triple de los Reglamentos de 1871 y 1881 -con la única variedad de la omisión del archivo de Toledo, debido a la

⁴⁴ Reglamento del Ministerio de Gracia y Justicia de 5 de octubre de 1874: Los expedientes fenecidos se remitirán al Archivo al fin de cada mes, o antes si lo dispusiese el Jefe del Negociado -art. 66-. Corresponde al encargo del archivo: autorizar la entrega de los expedientes del archivo que le sean pedidos por escrito del Ministro, secretario general, jefes de sección u oficiales de la secretaría; expedir las certificaciones que por resolución del secretario general se manden dar de los expedientes y documentos existentes en el Archivo; entregar, bajo recibo firmado por el interesado o persona que legítimamente le represente, los documentos existentes en el Archivo, cuya devolución orden el secretario general -art. 30-. *Boletín Legislativo Alcobilla*, 1874, p. 436.

⁴⁵ Asimismo, como era de esperar, inmediatamente se manda devolver a la Iglesia, mediante D. de 23 de enero de 1875, los Archivos incautados por los liberales en 1869. La disposición va precedida de una larga exposición de motivos en la que se dice que en casi todas las provincias el efecto de la incautación se limitó a cerrar y sellar los Archivos, "que han permanecido desde entonces faltos de la necesaria custodia, experimentando los perjuicios consiguientes, sin utilidad alguna para los que a ellos hubieran acudido durante ese período". *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 342.

⁴⁶ Reglamento del Ministerio de Gobernación, R.O. de 20 de abril de 1875. Los expedientes fenecidos se remitirán al Archivo mensualmente o en los períodos que determine el jefe de la Sección -art. 47-. No se entregará expediente o documento alguno del Archivo sino en virtud de pedido por escrito y autorizado por un jefe de Sección o Negociado -art. 18-. El archivero no expedirá copia ni certificación alguna de los documentos que consten en el de su cargo sin orden expresa del Ministro o del subsecretario -art. 19-. *Boletín Legislativo Alcobilla*, 1875, p. 233. Por su parte, el posterior Reglamento de Gobernación de 16 de septiembre del mismo año -art. 26- reforzó estas prescripciones al añadir que el archivero impedirá que sin las formalidades prevenidas en los artículos anteriores se extraiga documento alguno o se entregue copia ni certificado de los que consten en el Archivo. *Colección Legislativa de España*, 1875, 2º semestre, p. 465.

⁴⁷ Esta norma dispuso -art. 93-, además, que los extractos de noticias y las copias simples de documentos, tomadas por los mismos interesados para fines científicos, y previamente autorizados por los jefes de los establecimientos, no devengarán derechos al Estado. En realidad, la aprobación de este nuevo Reglamento obedeció, como en tantas otras ocasiones, a una razón coyuntural: poner fin a las llamadas entonces "plazas de gracia", es decir, ocupadas por personal no titulado. *Boletín Legislativo Alcobilla*, 1881, p. 311.

devolución de bienes al cabildo catedralicio. Pero, sobre todo-, a diferencia de los anteriores, omite toda referencia a la consulta y expedición de copias de documentos depositados en estos Archivos, lo cual constituía un evidente paso atrás en esta materia⁴⁸.

Por su parte, el Reglamento de 1885 fue sustituido por otro aprobado mediante R.D. de 18 de noviembre de 1887, también a iniciativa del Ministerio de Fomento, el cual sí contempló algunas previsiones sobre la consulta y expedición de copias. Así se dispuso -art. 53- que los jefes de los Archivos "permitirán la copia de los documentos, tomando para ello las precauciones convenientes. Si en algún caso no creyese prudente facilitar el documento, se copiará por un empleado abonando lo que se establezca en la tarifa"⁴⁹.

El Ministerio de Hacienda, por su parte, a la vista de los infructuosos resultados obtenidos hasta el momento en el arreglo de sus archivos, logra que por R.D. de 31 de julio de 1888 se confíe al Cuerpo de archiveros la reorganización, arreglo y servicio de los Archivos de Hacienda⁵⁰. Esta medida será debidamente desarrollada por el R.D. de 2 de julio de 1889, por el que se aprueba la Instrucción para el régimen y organización de los Archivos provinciales de Hacienda, que sustituye a la Instrucción de 1854, y en la que se reparten cuidadosamente las atribuciones de los delegados de Hacienda y de los archiveros provinciales de Hacienda recién incorporados, y que presumiblemente sería fuente de conflictos⁵¹. Por lo demás, esta Instrucción de 1889 pretende regular también, como ya lo hiciera la de 1854,

⁴⁸ El Reglamento se limitó -art. 99- a prohibir el préstamo de obra alguna para fuera de los establecimientos, a no mediar Real orden comunicada por el Ministro de Fomento que autorice la entrega. *Boletín Legislativo Alcabilla*, 1885, p. 501.

⁴⁹ Asimismo, los jefes de los Archivos acordarán que se expidan las certificaciones que se les pidiesen relativas a documentos que custodian, previo el pago de los derechos de tarifa -art. 54-. No se indica nada sobre las limitaciones, debiendo entenderse vigentes las previstas en la antigua Orden de 1844. *Boletín Legislativo Alcabilla*, 1887, p. 579. También en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 343.

⁵⁰ *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 352. Para ello, esta norma utiliza la técnica administrativa de la doble dependencia de los funcionarios afectados: del Ministerio de Fomento, en cuanto a la reglamentación y régimen del Cuerpo al que pertenecen, y del de Hacienda y sus delegados en provincias, en los referente al servicio especial para el que son destinados.

⁵¹ En concreto, se dispone que las certificaciones a instancia de parte que hayan de librarse con referencia a datos que obren en los Archivos se expedirán -art. 23- por el archivero, previo acuerdo del delegado -*visto bueno*-. "En los casos en que no sea necesario sacar antecedentes del Archivo y bastase con tomar nota de ellos dentro del local del mismo, pondrán en él de manifiesto los archiveros aquellos documentos que al efecto se pidan, si bien para ello será indispensable que se obtenga la correspondiente autorización del delegado de Hacienda" -art. 27-. Como puede verse, es bien perceptible la cuidada distribución de las competencias entre los responsables de Hacienda y los Archiveros. Por su parte, una Circular posterior de 12 de junio de 1891 de la Intervención General de la Administración del Estado tuvo que reiterar que los archiveros de Hacienda deben expedir las certificaciones que a instancia de parte hayan de librarse con referencia a los datos que obren en los Archivos, con las formalidades prevenidas en el art. 23 de la Instrucción de 1889. Y debido a la posterior contradicción producida por el Reglamento orgánico de la Administración provincial de 13 de octubre de 1903, que asignó -art. 21- a las dependencias de la delegación la competencia para expedir las certificaciones de antecedentes que obren en los archivos provinciales de Hacienda, debió dictarse la R.O de 26 de mayo de 1905, en la que se declara que los artículos referidos de la Instrucción de Archivos de Hacienda no se hallan derogados por el mencionado Reglamento.

la transferencia de fondos desde las oficinas provinciales dependientes del Ministerio a estos Archivos provinciales⁵².

En todo caso, a la vista de los buenos resultados a que condujo la adscripción de los Archivos provinciales de Hacienda al Cuerpo de archiveros, el R.D. de 5 de agosto de 1893 hace lo propio respecto al Archivo central del Ministerio de Hacienda, creado en 1850, confiando así su arreglo definitivo y servicio a este cuerpo ya prestigioso. Así dirá en un significativo preámbulo: "El Archivo general de este Ministerio exige también una radical transformación por su extraordinaria importancia en sus aspectos económicos, administrativo, legislativo e histórico, para evitar que en plazo breve el Archivo más grande e importante de la Nación se convierta en un inmenso depósito de papeles cuya clasificación sería tan difícil como costosa durante un largo período de años⁵³. Lo cierto es que, como se recordará, esta medida ya estaba prevista en el mencionado Reglamento de procedimiento 1871.

Asimismo, la iniciativa del Ministerio de Hacienda sería pronto seguida por el resto de los departamentos. Así por Ley de 30 de junio de 1894 se establece -art. 1- que los Archivos, Bibliotecas y Museos que dependan de la presidencia del Consejo de Ministros o de los Ministerios de Fomento, Hacienda, de Gobernación, de Gracia y Justicia y de Ultramar..., y los demás centros de naturaleza análoga, serán servidos por individuos del Cuerpo facultativo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios. Además, la Ley extiende la medida a la Administración local, pues

⁵² Así se establece que es competencia del Delegado provincial, entre otras, acordar el ingreso en los Archivos de los documentos que hayan de pasar a los mismos las oficinas de la Administración provincial, dando cuenta, en caso necesario, a la Intervención general de las dificultades que pudieran ocurrir para el cumplimiento de estas providencias. Además, se dispone -art. 18- que "en el primer semestre de cada año deberán las oficinas provinciales de Hacienda tener terminada la entrega en el Archivo de todos los libros, expedientes y documentos referentes a los asuntos del año anterior". Así se ordena -art. 21- que "antes de finalizar el mes de marzo de cada año remitirán las Administraciones subalternas y las de Aduanas y demás oficinas de Hacienda de la provincia a las administraciones principales respectivas los libros y documentos del año precedente, con índice de su pormenor...". Si bien, como ya estableciera la Instrucción de 1854, hasta que no sean liberadas las fianzas de los empleados públicos, no pasarán a los Archivos los expedientes y escrituras relativas a aquéllas -art. 22-, "pues como documentos afectos a responsabilidades pendientes, deberán hallarse bajo la inmediata custodia de los jefes de las Intervenciones de Hacienda". *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 354.

⁵³ *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p. 361. El preámbulo, altamente instructivo, añade: "Desde aquella fecha (la de refundición de los archivos parciales en uno General en 1850) han sido múltiples las reformas que se han hecho en los Centros directivos, en los impuestos y rentas, y por tanto, en la legislación. Los crecidísimos aumentos que tuvo el Archivo general durante este período de cuarenta y tres años, se han llevado a cabo en la mayoría de los casos sin verdaderos índices y formalidades necesarias para la fácil busca, consulta o compulsas de antecedentes. Esta clasificación, tan necesaria como indispensable, no pudo realizarse por las circunstancias del momento en que se implantaban las reformas, ni mucho menos después con un personal inexperto, que carecía de estabilidad y tenía criterios diversos en la dirección de los trabajos, produciendo todo ello una verdadera perturbación... En 78 salas y cuatro galerías, divididas en dos pisos subterráneos, se encuentra parte del Archivo general del Ministerio de Hacienda, cuyos importantes papeles y libros se hayan hacinados, sin método y regularidad, en millones de expedientes que ha ido allegando el transcurso de los años, sin que la riqueza que encierra pueda ser conocida, utilizada, ni aun medianamente conservada, por efecto de las malas condiciones del local. En distintas fechas se hicieron remesas por este Ministerio a los Archivos generales del Estado sin método alguno, como lo demuestra la existencia de documentación de un siglo antes a dichas traslaciones y la circunstancia de hallarse distribuida la de igual clase y ramo administrativo en Alcalá, Simancas, y el resto en los sótanos de la antigua Casa de Aduana de esta corte..."

ordena -art. 5- que las plazas de archiveros municipales y provinciales deben ser servidas por individuos del cuerpo de archiveros⁵⁴.

Ahora bien, debido al silencio por parte del Reglamento de 1887 respecto a las limitaciones a la consulta y obtención de copias de los documentos custodiados en los Archivos, por Real Decreto de 18 de mayo de 1900, adoptado a iniciativa del Ministerio de Instrucción Pública y de Bellas Artes -que sustituye desde entonces al de Fomento en esta materia-, se determinan “cuáles serán los documentos que no podrán ser examinados por razones de interés patrio”. Así se establece -art. 1- que “Será necesaria autorización especial del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, oída la Junta Facultativa del ramo (la del Cuerpo de Archiveros), para facilitar en los Archivos el estudio o copia de los documentos relativos a los límites o fronteras de las naciones, de los papeles inéditos, de negociaciones diplomáticas, informes y correspondencia reservados de embajadores y representantes, desde el advenimiento de la Casa Borbón -1700-, y los documentos y planos que no hayan sido publicados, referentes a fortificaciones y defensas nacionales”. No obstante, fuera de los casos de excepción señalados en el artículo anterior, los jefes de los Archivos -art. 2- “entenderán y aplicarán con el más amplio sentido el art. 53 del Reglamento orgánico del Cuerpo facultativo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios (de 1887), cuidando de adoptar las precauciones que el mismo determina. Sin embargo si los jefes de los establecimientos entendieran que por conveniencias circunstanciales de la patria fuese necesario reservar cualquier otro documento reclamado por el público, y no comprendido en los tres grupos fijados en el art. 1, se abstendrá de facilitarlo y consultará con la mayor urgencia la resolución del caso al Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes”, tal como ya había previsto el Reglamento del Cuerpo de 1871⁵⁵.

En todo caso, está claro -dadas las conexiones con el Reglamento de 1887- que la norma se refiere únicamente a los Archivos “generales” o históricos, pero en nada se aplica a los Archivos de los departamentos ministeriales. A pesar de ello, debe subrayarse que estas nuevas limitaciones son mucho más flexibles que las previstas en la R.O. de 1844, la cual exigía -como se recordará- la autorización real

⁵⁴ *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, p.362. Así por Rs. Os. de 9 y 14 de julio de 1894 se preceptúa la incorporación al mencionado Cuerpo facultativo del Archivo del Ministerio de Gobernación. Por R.O. de 7 de agosto de 1894 se declara incorporado al Cuerpo el Archivo de Indias de Sevilla... Tan generalizada se hace esta incorporación que por R.D. de 10 de enero de 1896 se establece que para agrerar en lo sucesivo al Cuerpo facultativo de archiveros algún establecimiento del ramo, con arreglo a la Ley de 1894, ser requisito indispensable que informe la Junta facultativa del Cuerpo respecto a la importancia del establecimiento y otras circunstancias. Lo cierto es que para entonces es ya perceptible el poder que había obtenido dicha Junta, parejo al prestigio de los profesionales de este Cuerpo facultativo.

⁵⁵ Por lo demás, las certificaciones a que se refiere el art. 54 del Reglamento orgánico de 1887, se solicitarán -art. 3- por escrito, en papel del sello correspondiente, y se expedirán en el que la ley del timbre determine, debiendo abonar el interesado, en papel de pagos del Estado, por derechos de expedición, 3 pesetas por el primer pliego y 2 por cada uno de los siguientes”. Ahora bien, no devengará -art. 7- derecho alguno la simple exhibición de documentos, así para el estudio y copia del público, como para que sean testimoniados por notario”.

para todo documento histórico posterior a 1700. A partir de este R.D. de 1900, ese requisito de la antigüedad anterior a 1700 jugará únicamente en relación con determinados documentos -los referentes a las relaciones exteriores-. No obstante, debe señalarse el amplio margen de discrecionalidad que se concede a la Administración -"por conveniencias circunstanciales de la patria"-.

Por otro lado, debido a la progresiva agregación al Cuerpo Facultativo de archiveros de Archivos dependientes de los Ministerios, se aprueba por fin, mediante el Real Decreto de 22 de noviembre de 1901, una disposición aplicable, en principio, no sólo a los Archivos "generales" -como los Decretos aprobados a partir de 1858-, sino también a los Archivos departamentales. Esta norma es el Reglamento de Régimen y Gobierno de los Archivos del Estado cuyo servicio está encomendado al Cuerpo Facultativo de Archiveros, debido al Conde de Romanones⁵⁶. Como no podía ser ya de otro modo, este Reglamento amplía la clasificación prevista en las normas anteriores, y ordena los Archivos que se hallan a cargo del mencionado Cuerpo facultativo en tres clases: Archivos generales, regionales y especiales -art. 1-. Se consideran Archivos generales los que contengan documentos referentes a la Nación en general, y su valor histórico y su número sean de gran importancia, calificándose como tales al Histórico Nacional, al Central de Alcalá de Henares, el de Simancas y el de Indias -es decir, los de primera clase, según la clasificación anterior-. Pertenecen a la segunda clase -los regionales- los que contienen documentos que se refieren a una sola región o a uno de los antiguos reinos de España, incluyéndose el de la Corona de Aragón, Galicia, Valencia y Mallorca. Finalmente, en la tercera clase -los Archivos especiales- se hallan -art. 2- los que pertenecen a un Centro, Instituto o dependencia de la Administración activa, considerándose tales el Archivo de la Presidencia del Consejo de Ministros y los de los Ministerios de Estado (Asuntos Exteriores), de Gracia y Justicia, de Hacienda, de Gobernación, de Agricultura y Obras Públicas, y de la Instrucción Pública y Bellas Artes, el de la Dirección General de la Deuda, los universitarios y los provinciales de Hacienda.

Como puede observarse, es aquí donde estriba la principal novedad de esta norma, al comprender, por vez primera, a los Archivos administrativos junto a los Archivos generales o históricos, como consecuencia del proceso -antes mencionado- de adscripción al Cuerpo facultativo de archiveros de los Archivos de los dis-

⁵⁶ Esta norma tiene su origen en la R.O. de 10 de septiembre de 1901 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, por la que se dispuso que la Junta facultativa de Archivos, Bibliotecas y Museos proceda a la redacción y propuesta de un Reglamento de carácter técnico administrativo para cada una de las tres Secciones cuyo servicio está encomendado el repetido Cuerpo. La R.O. añadió que en la redacción de los reglamentos se tenga presente por la Junta "la conveniencia de que se den todo género de facilidades, compatibles con la autoridad de los jefes de establecimiento y con la integridad de los fondos confiados a su custodia, para que los eruditos y amantes de la cultura puedan aumentar con el menor esfuerzo intelectual posible sus conocimientos científicos, literarios y artísticos".

tintos departamentos ministeriales. Así, con alguna salvedad este Reglamento de 1901 constituye la primera normativa que procura ofrecer un tratamiento conjunto a los Archivos históricos y administrativos⁵⁷.

En este sentido, el Reglamento contempló la transferencia de documentos de unos Archivos a otros. Así se dispuso -art. 77- que cuando por escasez de local o por otras causas el Jefe de un Archivo especial creyese que debía descargar de papeles el establecimiento, lo participará al Jefe del Departamento o Centro correspondiente, quien se dirigirá al Ministro o Subsecretario de Instrucción pública para que autorice la traslación de aquéllos al Archivo Histórico Nacional o al Central de Alcalá de Henares. En ningún caso se enviará a estos establecimientos documentación que sea posterior a los últimos treinta años. Como puede observarse, el régimen no podía ser más defectuoso, pues el traslado se hace depender de las meras circunstancias físicas de cada Archivo especial, según juicio del correspondiente Jefe del Archivo, y precisaba además la doble conformidad del Ministro del ramo de que se trate así como la del titular del departamento responsable de los Archivos Generales. Además, la norma parece únicamente preocupada por asegurar que los documentos administrativos permanezcan en los Archivos especiales de los departamentos al menos treinta años desde su producción, pero sin que ello signifique que vencido este plazo deben pasar a los Archivos generales. Además, como se ha notado, el traslado puede ser indistintamente al Archivo central de Alcalá de Henares o al Histórico Nacional⁵⁸.

Respecto al movimiento de fondos, el Reglamento -art. 81- dispone, con carácter general, que en los Archivos no se podrá servir ningún pedido, ni exhibir ningún documento, sin la orden del Jefe del Archivo. Asimismo, en la exhibición de los documentos a los particulares, los jefes de los Archivos "especiales" atenderán -art. 94- a las instrucciones que reciban de la autoridad inmediata. En todo caso, el Reglamento dispuso -art. 83- que sería necesaria una autorización especial del Ministro de Instrucción Pública para facilitar en los Archivos el estudio o copia de los documentos relativos a límites y fronteras de las naciones, de los papeles

⁵⁷ En efecto, no se nombra el Archivo general militar, creado poco antes mediante R.D. de 22 de junio de 1898, puesto que éste R.D. confió el Archivo al Cuerpo auxiliar de Oficinas militares. Por su parte, según SANCHEZ BLANCO -"El sistema de archivos: de las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas", REDA nº 67 (1990), pág. 365- la clasificación de archivos que estableció este Reglamento de 1901 propició el desglose de los archivos administrativos por Departamentos Ministeriales y por organismos con relevancia institucional, lo cual contribuyó a destacar las peculiaridades diferenciales en detrimento de la articulación de un efectivo sistema de archivos estatales que, si tiene alguna virtualidad, se limita a los Archivos Generales y Regionales Históricos. No obstante, como ha quedado dicho, en realidad este modo de proceder del Reglamento de 1901 no hacía más que constatar una situación ya consolidada con anterioridad.

⁵⁸ En realidad, la falta de capacidad del Archivo central de Alcalá para recibir las continuas remesas de fondos por parte de los archivos de los Departamentos Ministeriales daba lugar a periódicos momentos de saturación del mismo, obligándose a suspender la recepción de fondos en ciertos momentos. Vid. PESCADOR DEL HOYO, "La documentación de la Administración central y sus vicisitudes", *Documentación Administrativa*, nº 184, 1979, pág. 97.

inéditos de negociaciones diplomáticas, correspondencias e informes reservados de embajadores y representantes desde el principio del siglo XIX, y de los documentos y planos que no hayan sido publicados referentes a fortificaciones y defensas nacionales⁵⁹. Es decir, el Reglamento recoge las cautelas establecidas poco antes por el R.D. de mayo de 1900, si bien amplía el plazo de consulta durante todo el siglo XVIII -al pasar la limitación del 1700 a 1800-⁶⁰.

Como la aplicación general de Reglamento de 1901 a los Archivos especiales planteaba problemas, por Real Orden de 30 de octubre de 1912 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes se dispuso: "S. M. el Rey... se ha servido de resolver... que se prohíba en absoluto en los Archivos del Estado la comunicación al público de los papeles y documentos de carácter económico, sin acuerdo previo y particular, en cada caso, del Ministro de Hacienda"⁶¹. Se trata, por tanto, de una disposición de ámbito general, no circunscrita a los archivos dependientes del propio Ministerio de Hacienda, y en la que el Ministerio competente en materia de archivos cede su competencia en favor del de Hacienda.

Junto a las normas de carácter orgánico sobre Archivos, es preciso señalar también algunas disposiciones al respecto contenidas en la legislación sobre procedimiento administrativo. Ciertamente, a pesar de los antecedentes constituidos por los Reglamentos de Gobernación de 1870 y de Hacienda de 1871 y otros posteriores de 1874 y 1875 -antes referidos-, la Ley de Azcárate de 1889 no dispuso norma general alguna acerca del archivo de los expedientes una vez terminados -omisión ésta que será una inexplicable constante en las futuras leyes de procedimiento administrativo-. La única referencia al archivo de las actuaciones es la contenida respecto a la caducidad del expediente por paralización del mismo durante seis meses por causa del interesado: en tal caso se dará por terminado el procedimiento y se mandará pasar al archivo correspondiente -art. 2.80-. Este precepto

⁵⁹ Este precepto es reiterado más adelante, en el art. 127, al regularse la Biblioteca del Archivo Histórico Nacional: será necesaria autorización especial del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, previo informe del jefe de Archivo, para consultar los documentos, manuscritos relativos a límites y fronteras de las naciones o negociaciones diplomáticas desde los comienzos del último siglo, y a fortificaciones y defensas nacionales, al tenor de lo dispuesto en el R.D. de 18 de mayo de 1900.

⁶⁰ No obstante, este Reglamento de 1901 -art. 84- añadió también otras limitaciones, al exigir una orden del Ministro respectivo para copiar en los Archivos de los Ministerios los informes del Consejo de Estado y para dar certificaciones de ellos, y autorización del mismo Ministro, del Subsecretario o de los Directores Generales para facilitar la copia o dar certificaciones de los informes de los demás cuerpos consultivos o de las notas puestas en los expedientes para ilustrar la resolución de los mismos. Esta última limitación es coherente con la técnica del cuaderno de extractos, el cual quedaba fuera del alcance de los interesados en el procedimiento administrativo. Finalmente, y siguiendo de nuevo al R.D. de mayo de 1900, se dispone -art. 82- que las certificaciones se solicitarán por escrito, debiendo abonar el interesado, por derechos de expedición, determinadas cantidades. No obstante, la sola exhibición del documento, así para su estudio y copia como para ser testimoniado por Notario, no devengará derecho alguno -art. 88-. Vid. M^o C. SALAS LARRAZABAL, "Informe sobre la comunicación de Archivo", presentado al Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno el 14 de junio de 1974, recogido en P. SERRA NAVARRO, *Los Archivos y el acceso a la documentación*, Ministerio de Cultura, 1980, pág. 84.

⁶¹ *Boletín Legislativo Alcubilla*, 1912, p. 645.

pasará, consecuentemente, a los Reglamentos de desarrollo de la Ley, pero, dada esta falta de una norma general al respecto, solamente algunos reglamentos provisionales de 1890 contemplarán de un modo más o menos completo la cuestión del archivo de las actuaciones.

Así el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Justicia de 1890 se limitó a establecer -art. 76- que "Los expedientes terminados pasarán mensualmente al Archivo con índice duplicado, en que se consignen los folios de que consta cada expediente". Por su parte, el Reglamento de procedimiento administrativo de la Presidencia del Gobierno de 1890 dispuso -art. 51- que "Los expedientes terminados pasarán al Archivo acompañados de un índice duplicado en que se hará exposición del asunto a que se refieren, folios que contienen, documentos de que constan...". Asimismo, se especificó -art. 52- que "la remesa al Archivo de los expedientes terminados se verificará por trimestres"⁶².

El Reglamento orgánico de la Administración central de la Hacienda Pública de 1903, tras establecer -art. 41- que el Archivo central servirá todos los pedidos de expedientes y documentos que reclamen para consulta los jefes superiores y los de Administración de la Secretaría y de los Centros directivos, dispuso -art. 43- que el Archivo central facilitará cualquier legajo o documento, para su consulta dentro del mismo local, a los funcionarios de la Administración central de Hacienda que tengan por lo menos la categoría de jefe de Negociado. Es decir, el Archivo del Ministerio tiene por finalidad exclusiva servir a la propia Administración, de modo que únicamente se prevé el acceso a los mismos del personal a su servicio, e incluso, se impone un acceso restringido a ciertos funcionarios⁶³.

Por su parte, el prolijo Reglamento sobre organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia de 1917 contempló también algunas disposiciones detalladas sobre el Archivo de la Subsecretaría, como parte del general del Ministerio. Básicamente, este Reglamento restringe el acceso a los documentos custodiados en el Archivo aún más que en caso del Reglamento de Hacienda pública de 1903, pues únicamente se permite el acceso al jefe de la Sección -y exclusivamente a él- que hubiera tra-

⁶² Además, se dispuso -art. 53- que "No podrá sacarse del Archivo ningún expediente ni documento sin mandato superior escrito, firmando el recibo el Negociado que necesitare tenerlo a la vista temporalmente". De modo que se contemplaba exclusivamente la remisión de los documentos en el seno de la Administración.

⁶³ En este sentido, el Reglamento de régimen interior de la Presidencia del Consejo de Ministros, R.D. 4 de enero de 1915 -*Boletín Legislativo, Alcubilla*, p. 1- dispuso -art. 35- que el archivero cuidará que las remesas de expedientes que se envíen al Archivo como terminados, sean hechas por trimestres, no debiendo recibirlos fuera de esos plazos sin orden expresa del oficial mayor. Además, no debía permitir que se saque del Archivo expediente no documento alguno, sin mandato escrito del jefe de la sección administrativa, si aquéllos hubiesen de ser tenidos a la vista temporalmente.

mitado el expediente. Y aunque se prevé la expedición de certificaciones, ésta se somete, de un modo riguroso, a la autorización previa del Subsecretario⁶⁴.

En definitiva, de la regulación contenida en estos Reglamentos de desarrollo de la Ley de Procedimiento de 1889 puede fácilmente deducirse que la finalidad de estos Archivos departamentales no es otra que servir a las necesidades informativas de la propia Administración, estableciéndose, incluso, un acceso restringido, no indiscriminado a cualquier empleado del departamento.

2.6. La Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República

De la primera época merece reseñarse la R.O. de 12 de agosto de 1927 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, por la que se establece que queda prohibido "en absoluto obtener copias o fotocopias en serie de documentos existentes en los Archivos o en cualquiera otros establecimientos o centros del Estado. Sólo podrán concederse en casos excepcionales y de Real Orden. Además, sólo se permitirá la obtención de copias o fotocopias de un documento determinado o de parte del mismo, previa solicitud que a él se contraiga, en la que el peticionario habrá de precisar la parte del documento, ya investigado, que trate de fotocopiar, que se concederá por el jefe del establecimiento en que el documento se custodie, dando cuenta inmediata a la superioridad". Además, la R.O. dispuso que habrán de ser interpretados en el sentido anterior los preceptos respectivos del Reglamento de Archivos.

Del período de la Segunda República puede señalarse la creación, mediante el Decreto de 12 de noviembre de 1931 -convalidado por Decreto de 21 de enero de 1939-, de los Archivos Históricos de Protocolos, a base de la recopilación de los Protocolos Notariales de más de cien años, y que con el tiempo derivarían en depósitos provinciales de documentos de la propia Administración⁶⁵.

⁶⁴ Según el Reglamento -art. 67-, los expedientes cuya tramitación estuviere en absoluto terminada en la Subsecretaría debían remitirse al Archivo dentro de los cinco primeros días de cada mes, así como todo documento que ya no fuere necesario en la Sección de la Subsecretaría a que pertenezca. Una vez depositados en el Archivo, cuando una Sección de la Subsecretaría necesitara reclamar al Archivo alguno de los expedientes o documentos tramitados por la misma, o por la análoga que le precedió, debía dirigir -art. 69- el oportuno pedido firmado por el jefe de la misma. Ahora bien, el Reglamento añadió -art. 70- que el Archivo no proporcionará ningún expediente o documento, ni hará manifestación ninguna respecto a los mismos, cuando el jefe de Sección que firme el pedido lo sea de otra distinta a la que tramitó el expediente o remitió el libro o documentos reclamados, o de la que ha sustituido a aquélla, ni cuando la petición fuera de otro funcionario o empleado adscrito a dichas Secciones. Tampoco lo proporcionará ni informará a petición de ningún otro empleado o funcionario, aunque sea oficial técnico de la Sección que tramitó el documento, o de aquélla que ha reemplazado a la que lo tramitó o remitió, fuera del caso de que dicho oficial sustituya reglamentariamente a su jefe. Finalmente, se dispuso -art. 71- que el Archivo expedirá, con arreglo a sus disposiciones especiales, las certificaciones de los originales procedentes de la Subsecretaría existentes en el mismo; pero solamente cuando previamente lo disponga por escrito el subsecretario.

⁶⁵ El Decreto de 1931 confía, por fin, a la custodia del cuerpo de archiveros del Estado los archivos de las Audiencias y del Tribunal Supremo.

2.7. La etapa franquista

En esta época destacan dos normas reglamentarias: el Decreto de 24 de julio de 1947, por el que se dictan normas de general aplicación a todos los Archivos de carácter civil de la Administración central, provincial y local, y el Decreto 914/69, de 8 de 1969, por el que se restablece el Archivo General de la Administración Civil en Alcalá de Henares -en sustitución del Archivo central general, destruido en un incendio en 1939.

El Decreto de 1947, presenta la novedad de abandonar las categorías utilizadas por las normas anteriores -de archivos "generales" y "especiales"-, que el Decreto sustituye por las de Archivos Históricos y Administrativos, "en atención a la antigüedad y naturaleza de los documentos custodiados". "Son *Archivos Históricos* aquellos cuya documentación, en su mayor parte anterior al siglo XX, y en general innecesaria para la tramitación de los negocios públicos y privados, puede servir de fuente para el estudio de tiempos pretéritos"⁶⁶.

Se consideran *Archivos Administrativos* los que conservan documentos, generalmente de época actual, indispensables para el buen funcionamiento de la Administración, y que por el momento no pueden constituir un fondo histórico"⁶⁷.

Por tanto, estos Archivos Administrativos -dado su carácter "indispensable para el buen funcionamiento de la Administración"- están, pues, destinados a

⁶⁶ Los Archivos Históricos son clasificados a su vez en las categorías siguientes: a) Históricos Generales, entendiéndose por tales los que contienen numerosa e importante documentación sobre la Nación en general o varias de sus regiones, e incluyéndose al Archivo Nacional, y los de Simancas, Indias y Corona de Aragón -es decir, obviamente se omite al perdido Archivo central del Alcalá y se incluye aquí al de Barcelona, antes considerado regional-; b) Históricos Regionales, a la que pertenecen los que contienen documentos que en su mayor parte se refieren a una determinada región, como los de los reinos de Valencia, Mallorca y el de Galicia; c) Históricos de Distrito, nueva categoría a la que pertenecen los Archivos de las Chancillerías de Valladolid y Granada, de las Universidades literarias y de los Colegios Notariales; d) Históricos Provinciales, integrados por fondos varios referentes a cada provincia -protocolos notariales de más de 100 años de antigüedad, documentación histórica de las Audiencias y Juzgados, de las Delegaciones de Hacienda y de otras dependencias oficiales de la provincia-, existentes o que sean creados por el Ministerio de Educación Nacional; e) Históricos de Entidades Públicas y Corporaciones, en esta heterogénea categoría se incluyen los del Patrimonio Nacional, Academias, Ayuntamientos y los de las Secciones Históricas de los Archivos Administrativos de los organismos del Estado; f) Históricos de particulares, incluyéndose "principalmente los de la nobleza y en general cuantos tengan un marcado interés histórico que exceda del puramente privado".

⁶⁷ Los Archivos Administrativos a su vez se clasifican en las categorías siguientes: a) Archivos de la Administración Central: los de las Cámaras Legislativas, Presidencia del Consejo de Ministros, Consejo de Estado, Ministerios, Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas y cuantos radiquen en organismos centrales; b) Archivos de Distrito: los de las Audiencias Territoriales y de Universidades en su documentación viva; c) Archivos de la Administración Provincial: los de los Gobiernos Civiles, Delegaciones de Hacienda, Audiencias y Diputaciones Provinciales y demás dependencias de la Organización provincial; d) Archivos de la Administración Local: los Archivos Municipales y de otros organismos y entidades locales. Como ha puesto de manifiesto SANCHEZ BLANCO -op. cit., pág. 365-, la sistemática del Decreto de 1947 incorpora errores conceptuales que si no implicaban distonías en el contexto político-institucional de la época, son de muy difícil asimilación en la actual estructura constitucional. Vid. también en este sentido, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 137.

cumplir un servicio interno a la propia Administración Pública⁶⁸. En todo caso, el Decreto no dispone nada nuevo acerca de las reglas de consulta de los Archivos, por lo que hay que entender vigentes las normas anteriores, en particular el Decreto de 1901⁶⁹.

Hay que esperar a la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 4 de marzo de 1959, para que se regule la consulta de determinados Archivos históricos: el Histórico Nacional, los generales de Simancas, Corona de Aragón e Indias, y los regionales así como algunos de distrito. Respecto a estos Archivos históricos se permite la lectura e investigación de los fondos documentales, requiriéndose para ello la obtención de una tarjeta especial de identidad⁷⁰. Debe, además, señalarse que el acceso a estos Archivos es configurado como un derecho meramente reglamentario, en el marco de las reglamentaciones propias del funcionamiento de los servicios públicos⁷¹. En todo caso, para el resto de los Archivos históricos y la totalidad de los Archivos administrativos no se establece regla alguna.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, como ya hiciera la Ley de 1889, omitió la regulación del archivo de los expedientes terminados, ignorando las disposiciones previstas contenidas -como hemos comprobado- en algunos Reglamentos de desarrollo de la Ley de 1889 -en especial, en el completísimo Reglamento del Ministerio de Justicia de 1917. De un modo frustrante, la LPA se limitó a prever expresamente el archivo de las actuaciones para el

⁶⁸ Por otro lado, junto a la anterior clasificación de los Archivos en función de la antigüedad y naturaleza de los documentos depositados, el Decreto de 1947 clasifica -art. 7- también a los Archivos por las limitaciones de la consulta y aprovechamiento de sus fondos en públicos y privados, "reflejando su carácter la forma de efectuarse el servicio de acuerdo con los Reglamentos específicos de cada Centro". Ahora bien, la razón de esta clasificación se debe a que el Decreto -art. 2- entiende por Archivo el conjunto de fondos documentales que se hallan custodiados por organismos del Estado, Corporaciones oficiales y otras personas jurídicas y naturales, para su reglamentada utilización. Por tanto, pretende abarcar tanto Archivos de titularidad públicas como privada.

⁶⁹ Por otra parte, el Decreto de 1947 -art. 34- ordenó la creación de un Archivo Histórico Provincial en las capitales de provincia donde no hubiese un Archivo General, Regional o de Chancillería. Sin embargo, SANCHEZ BLANCO -op. cit., pág. 364- ha puesto de manifiesto el retraso en el cumplimiento de esta previsión. Así el Archivo Histórico Provincial de Burgos no es creado hasta de 1974, el de Murcia hasta 1976, y hasta 1977 los de Almería, Avila, Ciudad Real, Pontevedra, Salamanca, Tenerife, Toledo y Zamora. El de Sevilla no sería creado hasta 1987. Asimismo, debido probablemente a la ausencia de un Archivo general, por el incendio del de Alcalá y a la limitada capacidad del Archivo Histórico nacional, el Decreto -art. 6- se ve obligado a disponer que los Archivos Administrativos de organismos del Estado cuyos fondos lo requieran deberán tener una Sección Histórica en tanto no se disponga por el Ministerio de Educación Nacional el envío de los documentos que la integran al Archivo Histórico que corresponda.

⁷⁰ Para la obtención de esta tarjeta es necesario acreditar la personalidad del solicitante y la razón de la solicitud, y ofrecer la garantía de un académico, catedrático "o de otra personalidad de especial relieve cultural".

⁷¹ Así en la Orden de 1959 se dirá: "La lectura e investigación se extenderá a la consulta directa de índices no impresos, previa autorización del Director del Archivo o biblioteca, que podrá concederla si la estima necesaria para el trabajo que realice el investigador". Sobre la naturaleza legal y reglamentaria de la situación de los usuarios de los servicios públicos, vid. Pedro ESCRIBANO COLLADO, "El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica", RAP nº 82 (1977), págs. 113 y ss. Para este autor la conducta reglada de la Administración no es fuente de derechos subjetivos para los administrados -pág. 139-, sino que el derecho al servicio público sólo es posible encuadrarlo dentro del reconocimiento previo por la Ley de un derecho público subjetivo en el que precisamente el servicio público actúe como garantía jurídica de su satisfacción -pág. 128-.

caso de caducidad del procedimiento -art. 99.1-, exactamente igual que hiciera la Ley de Azcárate siete décadas antes. De este modo, la Ley de 1958 vino a consagrar una errónea desvinculación entre las unidades gestión administrativa y la función de los archivos como piezas integrantes de una correcta organización administrativa⁷².

En cuanto al mencionado Decreto 914/69, de 8 de mayo de 1969, por el que se crea el Archivo General de la Administración Civil en Alcalá de Henares⁷³, dispone que este Archivo tendrá por misión recoger, seleccionar, conservar y disponer, "para información e investigación científica", los fondos documentales de la Administración Pública *que carezcan de vigencia administrativa*⁷⁴. Ahora bien, este Decreto no se limita a la creación de este Archivo administrativo, sino que por vez primera pretende establecer el completo iter que han seguir los documentos administrativos desde su tramitación en las correspondientes dependencias administrativas hasta su depósito en el Archivo Histórico Nacional, pasando por los Archivos centrales y provinciales de cada Departamento Ministerial y por el propio Archivo General de la Administración Civil.

Dado que el Decreto se encuentra aún vigente su estudio detenido se realizará más adelante. En todo caso, debe subrayarse que este Decreto -ignorando las recomendaciones del VI Congreso Internacional de Archivos que tuvo lugar precisamente en Madrid en septiembre de 1968- no reconoce a los particulares derecho alguno de acceso a los archivos⁷⁵. Más aún, el Decreto de 1969 parece configurar definitivamente al Archivo General como un Archivo Administrativo, y no ya

⁷² Vid. PESCADOR DEL HOYO, "Los Archivos, esos grandes olvidados", *DA* nº 177 (1978), pág. 186. En este sentido, L. SANCHEZ BELDA. "Un lapsus en la Ley de Procedimiento Administrativos", *DA* nº 62-63 (1963), págs. 68-73, dirá que "Es como si a la Administración dejaran de interesarle los asuntos ya despachados y se desentendiera de los papeles que produjeron esos asuntos. Esto equivale a condenarse a vivir sin memoria en el presente y sin historia mañana. La consideración anterior justifica la necesidad de que en la ley se exprese explícitamente el destino que ha de darse a los expedientes, pues no basta la alusión del art. 99. Esta necesidad es tanto más apremiante porque la omisión de preceptos de tal naturaleza viene a ser un mal endémico en la legislación española. Son pocas, dispersas, parciales y fragmentarias las disposiciones relativas a la conservación de documentos". Esta carencia de una adecuada regulación de la interconexión de los archivos con la estructura organizativa pública ha sido puesta de manifiesto, más recientemente, por SANCHEZ BLANCO "El sistema de archivos", op. cit., pág. 359-.

⁷³ Este Archivo no entró en funcionamiento hasta 1972, resolviendo desde entonces el problema generalizado de saturación de los Archivos de los centros oficiales. Hasta entonces el Archivo Histórico Nacional únicamente se había hecho cargo de algunas remesas de documentos procedentes de los archivos administrativos. Vid. PESCADOR DEL HOYO, *La documentación de la Administración*, op. cit., pág. 105 y ss.

⁷⁴ Como dice SANCHEZ BLANCO "El sistema de archivos", op. cit., pág. 366-, estas funciones son coherentes con la dependencia orgánica del Archivo del Ministerio de Educación y Ciencia.

⁷⁵ En este Congreso se adoptó una importante resolución sobre la liberalización del acceso a los archivos, en la cual se recomienda a las Administraciones de archivos de los distintos países a establecer, entre otras, las siguientes reglas sobre consultabilidad: a) establecimiento de un plazo general que no exceda de 30 años; b) que no sea previsto un plazo más largo más que en caso de necesidad evidente, sin que pueda exceder de 80 años, c) que en la medida de lo posible ciertas categorías de documentos, fondos o series, sean abiertas a la consulta libre antes de la expiración del plazo general antes referido. El texto de la resolución se ha tomado de SERRA NAVARRO, op. cit., pág. 33.

como un Archivo Histórico, a diferencia de lo que había ocurrido con su antecesor -el Central General de Alcalá-⁷⁶.

Por lo demás, la Ley 26/1972, de 21 de junio, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, se limitó -art. 1.d- a calificar a los fondos existentes en los Archivos de la Administración Pública, Central, Local e Institucional como pertenecientes al Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, cualquiera que sea la época a la que pertenezcan, es decir, sin precisar un carácter histórico⁷⁷. No obstante, el régimen jurídico previsto en esta Ley para este patrimonio no incide en absoluto en la cuestión del acceso al mismo por parte de los ciudadanos⁷⁸, ni se garantiza la conservación de los documentos a pesar de su retórica integración en el Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación⁷⁹.

⁷⁶ Asimismo, a pesar de las previsiones del Decreto 914/1969 se vieron perturbadas por la de Secciones Históricas en los Archivos centrales de los Ministerios. Así por Orden de 26 de octubre de 1970 se dictan las normas sobre consulta y examen de fondos en la Sección Histórica del Archivo central del Ministerio de Asuntos Exteriores. En esta disposición se establece que la consulta y examen de fondos en la Sección Histórica del mencionado Archivo, por personas ajenas al departamento, sólo se autorizará con respecto a la documentación anterior a 1931 -es decir, a la Segunda República-. Además, la Orden establece un procedimiento complejo y formalizado para el acceso a los documentos de dicha Sección Histórica. Las personas ajenas al Ministerio que deseen examinar cualquiera de los fondos de la Sección Histórica deberán solicitarlo del secretario general técnico del departamento, por medio de instancia en la que acrediten suficientemente su personalidad y fines que persiguen, precisando el tema y las fechas de los documentos solicitados. Dicha instancia, después de los trámites reglamentarios, será informada por el director del Archivo, quien deberá indicar si la documentación solicitada está comprendida dentro de los plazos autorizados o si es común o reservada. El director del Archivo elevará un informe al Secretario General Técnico, quien, después de consultar con la sección correspondiente del Ministerio, determinará si procede conceder el permiso pedido. La autorización se otorgará por una sola vez y por un periodo de tiempo determinado. Si la resolución del secretario general fuese afirmativa, los documentos serán revisados por la sección correspondiente, especialmente aquellos de carácter reservado. El jefe de la sección comunicará al director del Archivo los documentos que pueden ser entregados al solicitante para su estudio.

⁷⁷ Debe señalarse que tal calificación estaba ausente en el Decreto de 17 de agosto de 1947, el cual se limitó a considerar como pertenecientes al Patrimonio histórico-documental y bibliográfico de España a los documentos de interés histórico, bibliográfico o artístico.

⁷⁸ Como es sabido, la Ley centra su atención en el problema de la exportación de las piezas integrantes de este Patrimonio.

⁷⁹ Así, María del Carmen PESCADOR DEL HOYO -"Los Archivos, esos grandes olvidados", DA n^o 177 (1978), pág. 184- cita casos bien ilustrativos de esta situación: como el de aquel Ministro de Educación y Ciencia que una vez cesado en el cargo se llevó consigo la documentación generada a lo largo de su mandato para depositarla en una Fundación particular, situación ésta que -como se recordará- tiene su origen en ciertas prácticas propias de la época absolutista -y que Fernando VII intentó atajar-; o el caso de la destrucción por órdenes de dos Ministros de la documentación del Ministerio de Comercio, que se había salvado del incendio que destruyó el primitivo Archivo central de Alcalá; o, en fin, tantos otros documentos vendidos para su reventa o para la fabricación de pasta de papel. En alguna ocasión ello se hará incluso en virtud de disposición legal. Así ocurrió con la Orden de 16 de abril de 1942, del Ministerio de Educación Nacional que, "a fin de colaborar en la justa demanda que ha formulado la Delegación Nacional de Prensa de entrega de papel inservible, con el fin de resolver la grave crisis de papel", en todos los centros dependientes de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas "se hará una escrupulosa búsqueda de todo el papel que no se considere necesario y que deba ser destinado al fin que queda indicado -art. 1-. Los funcionarios "dedicarán especial estudio al examen de la documentación que deba ser entregada -art. 2-; en caso de duda, consultarán a la Dirección General, "que resolverá en atención a las circunstancias -art. 3-. Como dice J.M. DESANTES GUANTER -*Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Eudema, Madrid, 1987, p. 311-, la posibilidad de que se perdieran documentos o fondos valiosos queda evidente; pero, lo que es más grave, nunca podrá conocerse.

2.8. Recapitulación

A lo largo de la segunda mitad del siglo XIX se van a desarrollar paralelamente dos regulaciones reglamentarias relativas a los archivos públicos, desconectadas entre sí hasta el inicio del siglo XX: de un lado, la legislación relativa a los archivos históricos y, de otro lado, la normativa referente a los archivos administrativos.

La legislación general sobre Archivos históricos -desde el R.D. de 1858 hasta el R.D. de 1887, pasando por Rs Ds de 1867, 1871, 1881 y 1885-, es elaborada desde el Ministerio de Fomento, al cual se adscribe la Dirección General de Instrucción Pública, y con ella la competencia sobre archivos. Se trata fundamentalmente de Reglamentos orgánicos del Cuerpo facultativo de archiveros, bibliotecarios y anticuarios -creado justamente por el R.D. de 1858-, en los cuales -en un magnífico ejemplo de vinculación corporativa de los servicios públicos a los cuerpos especiales-, junto a las normas propias del cuerpo técnico -referentes al ingreso y ascenso en el cuerpo y a las obligaciones generales de los individuos del mismo- se establecen normas acerca de la clasificación y del servicio público de los establecimientos -en nuestro caso los archivos- a cargo del Cuerpo.

De estas normas deben destacarse dos cuestiones. De un lado, que se circunscriben -como se ha dicho- a los archivos históricos, llamados "generales", y que se clasifican "en atención a su importancia" en distintas categorías. De otro lado, el distinto grado de apertura de estos archivos históricos al público en función del contexto político, pues los sucesivos avatares políticos del pasado siglo incidirán también en este ámbito, aparentemente alejado de las inquietudes políticas. En efecto, si las primeras regulaciones orgánicas -Rs.Ds. de 1858 y 1867- no contienen reglas relativas a la consulta de los documentos depositados en los Archivos, en cambio, el R.D. de 1871, aprobado en pleno sexenio revolucionario -y conforme con la mencionada Orden de 1870- autoriza a los jefes de Archivos la facilitación a los interesados de extractos, copias y certificaciones de los documentos que custodian. Asimismo, el Reglamento de 1881, aprobado durante un gobierno liberal, mantiene en lo sustancial las disposiciones del Reglamento de 1871, pero el Reglamento que lo sustituye de 1885, esta vez debido a un gobierno conservador, vuelve a omitir toda referencia a la consulta y expedición de copias de documentos depositados en estos Archivos.

Por otro lado, paralela a esta legislación, se va a desarrollar una normativa estrictamente departamental referente a los Archivos centrales de cada Ministerio y contenida en los Reglamentos orgánicos y de régimen interior de los departamentos ministeriales. Aun cuando la creación de estos archivos centrales es ante-

rior, esta normativa arranca de la revolución liberal de 1868. En concreto, corresponde el mérito al Reglamento orgánico del Ministerio de Gobernación de 1870. En efecto, además de las importantísimas innovaciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta norma -como el derecho de audiencia-, va a contemplar una serie de medidas verdaderamente precursoras en esta materia: la adscripción del archivo del departamento al cuerpo facultativo de archiveros, la remisión periódica de los expedientes ya terminados al archivo, su caracterización al servicio interno del Departamento, así como la necesidad de autorización de las máximas autoridades del mismo -básicamente por el Subsecretario de quien depende el Archivo- para la expedición de copias y certificaciones de los documentos custodiados en el archivo. Y, si bien la primera de las medidas se omitir, el resto de ellas se repetirá en lo sustancial en las siguientes regulaciones departamentales desde 1871 a 1875. A pesar de estos notables precedentes, la Ley de bases de procedimiento administrativo de 1889 ignora la necesaria conexión entre las normas de procedimiento y el archivo de las actuaciones, es decir, la transferencia de los expedientes terminados a los archivos administrativos. No obstante, esta omisión es subsanada, en mayor o menor medida, por algunos Reglamentos provisionales de 1890 de desarrollo de la Ley.

Ahora bien, debido al estado lamentable de conservación de los archivos departamentales a pesar de los repetidos intentos para su arreglo, y al ya entonces reconocido buen oficio de los profesionales del cuerpo de archiveros, se establecerá -primero para el Ministerio de Hacienda en 1888 y después para casi todos los demás Ministerios en 1893- la agregación a ese cuerpo de los Archivos departamentales -tal como ya había previsto el Reglamento de Gobernación de 1870-. Ante esta nueva situación, el siguiente Reglamento que regula los Archivos adscritos al Cuerpo facultativo -R.D. de 1901- contempla ya tanto archivos históricos como archivos administrativos -que denomina "especiales"-, y, consecuentemente, regula -si bien de un modo muy imperfecto- las transferencias de fondos de los archivos especiales (administrativos) a los archivos generales (históricos). Asimismo, este Reglamento pretende establecer, por vez primera, un régimen general de movimiento de fondos de todos los archivos, tanto generales como especiales, en el que se flexibiliza el régimen anterior, otorgando una competencia inicial al jefe del archivo para autorizar la exhibición de expedientes y documentos, y reservando la autorización del Ministro y Subsecretario para determinados tipos de documentos -como los referentes a las relaciones exteriores posteriores a 1800, o a los informes de los altos cuerpos consultivos-.

Sin embargo, como ha ocurrido con tantas regulaciones de carácter general, esta flexibilización pronto se vio desvirtuada por las normas departamentales, las cuales reservaron nuevamente a las máximas autoridades de cada departa-

mento -el Subsecretario, principalmente- la facilitación de copias y certificaciones de los documentos depositados en el Archivo departamental, así como acentuaron las restricciones para el acceso al Archivo por parte de determinados funcionarios del Departamento. Pero, sobre todo, por R.O. de 1912 se impone rigurosamente la necesidad de obtener una específica autorización del Ministerio de Hacienda -no ya del departamento competente en materia de archivos -para acceder a documentos de carácter económico depositados en cualquier archivo del Estado.

Ya en la época franquista, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 reproduce -ya inexplicablemente- la omisión de la Ley de 1889 acerca de la remisión de los expedientes terminados al archivo, dando lugar a una falta de tratamiento de la conexión entre las unidades administrativas de gestión, que tramitan los expedientes, y los archivos administrativos en donde, una vez concluidos, aquéllos deben ser depositados. Esta laguna se intentará subsanar mediante un Decreto de 1969, el cual regula de forma completa, por vez primera, el proceso documental desde la terminación de los expedientes hasta su transferencia a los Archivos Históricos, pasando por los Archivos Administrativos -departamentales y General-. Aunque la regulación contiene no pocas indeterminaciones, puede decirse que a los Archivos Históricos, aquellos que son en principio accesibles, no llegarán documentos con menos de 25 años de antigüedad. E, incluso, normas sectoriales establecen plazos superiores para el acceso a los fondos -así el Ministerio de Asuntos Exteriores sustrae al acceso por parte de los investigadores en 1970 todos los documentos posteriores a 1931-.

En definitiva, la situación del acceso a los documentos depositados en los archivos públicos en la etapa preconstitucional puede sintetizarse como sigue. En cuanto a los Archivos administrativos, entendiéndose por tales no sólo los archivos centrales de cada departamento ministerial sino también al Archivo General de la Administración Civil, están destinados exclusivamente al servicio interno de la Administración. De este modo, el acceso a los mismos queda, a reserva de la aplicación a partir de 1968 de la legislación sobre Secretos Oficiales, a la absoluta discrecionalidad de la Administración. Respecto a los archivos históricos, aun cuando se admite su consulta por parte de los investigadores acreditados, no se reconoce tampoco un derecho de acceso a los "documentos" históricos -objetivamente determinados por una antigüedad más o menos mayor-, sino meramente la consulta de los fondos documentales depositados en estos archivos y sean accesibles al público según el criterio libre de la Administración, y bajo la supervisión de los agentes públicos. La norma se limita a regular la "situación reglamentaria" de los usuarios de estos servicios públicos, pero sin reconocer derecho subjetivo alguno. Finalmente, no se garantiza la transferencia de documentos de los Archivos Administrativos a los Históricos.

Por todo lo anterior, puede decirse que lo más significativo de nuestro Derecho anterior a la Constitución de 1978, no es curiosamente lo que establece, sino "lo que no dice o declara". En efecto, no sólo no se prevé un derecho de los particulares al acceso a los documentos depositados en los Archivos administrativos, es decir, a los documentos administrativos -lo cual no produce mayor extrañeza, pues responde a la tónica general de los países de nuestro entorno-, sino que no se ha encontrado norma alguna -ya sea de rango legal o reglamentario- que, de un modo similar a lo previsto en Francia ya desde la época revolucionaria -o en Italia desde primeros de siglo-, reconozca un derecho subjetivo a la comunicación de los documentos administrativos históricos, es decir, documentos administrativos que a partir de determinados de plazos objetivos -treinta, cincuenta, cien años...- de antigüedad adquieren dicha condición. Por el contrario, las normas estudiadas se limitan a distribuir habilitaciones y prohibiciones entre los órganos de la propia Administración -p. ej., para la expedición de una copia o certificación se precisará la autorización de tal o cual autoridad-, cuidándose de no reconocer un derecho subjetivo alguno a los particulares. Y es, ciertamente, esta falta de reconocimiento de un derecho subjetivo referido a los documentos de carácter histórico, la característica más señalada de nuestro de Derecho, y que -según entendemos- va a influir tanto en la recepción de esta temática en el texto constitucional, como en su posterior desarrollo legal.

Desde un punto de vista formal, destaca la ausencia en todo este largo período de una norma con rango de Ley que discipline el régimen de los archivos, de modo que esta materia ha quedado relegada hasta la LPHE de 1985 al ámbito reglamentario, sujeta por consiguiente en el S. XIX a los vaivenes políticos, más preocupados por cuestiones de índole personal -selección de empedados públicos. Esta circunstancia no sólo explica la ausencia de un reconocimiento de un derecho subjetivo a acceder a los documentos depositados en los archivos históricos, similar al existente en otros países de nuestro entorno, sino también la ausencia de un verdadero sistema archivístico, coordinado y coherente. Lo cierto es que los órganos centrales de la Administración del Estado con competencias técnicas en materia de archivos históricos -primero integrados en el Ministerio de Fomento y después en el de Instrucción Pública- no han estado nunca en posición para imponer sus criterios racionalizadores al resto de los Departamentos -y, en particular, a los militares, a Hacienda y a Gobernación-. Por el contrario, la legislación de archivos se ha producido históricamente a partir del criterio de la "titularidad" o dependencia, es decir, cada centro de poder del Estado ha regulado sus propios archivos, de modo que ha existido una abierta disociación entre los archivos administrativos y los históricos.

III. LA LEGISLACION VIGENTE SOBRE ARCHIVOS

3.1. El reparto de competencias entre Estado y CC AA en materia de archivos

Con carácter previo al examen de la legislación vigente sobre archivos, en un Estado compuesto como el nuestro debe plantearse cuál el sistema de distribución de competencias que rige en esta materia concreta. A este respecto, el art. 149.1.28 CE establece como competencia exclusiva del Estado la "defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas". Es decir, el texto constitucional anuda la temática relativa a los archivos a una serie de instituciones inequívocamente de carácter cultural, como las bibliotecas y museos. De este modo, el constituyente se limitó a recoger una consideración de los archivos largamente asentada en nuestra legislación histórica -tal como hemos señalado- y que tuvo su plasmación más evidente en el Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios⁸⁰.

Por su parte, los Estatutos de Autonomía suelen diferenciar dos niveles competenciales en materia de archivos: de un lado, atribuyen a la respectiva Comunidad Autónoma una competencia plena o exclusiva (que incluye la función legislativa) en relación con los archivos de interés para la Comunidad Autónoma que no sean de titularidad estatal y, de otro lado, atribuyen una función ejecutiva a la Comunidad Autónoma en la gestión de los archivos de titularidad estatal de interés para la Comunidad Autónoma, en el marco de los convenios que, en su caso, puedan celebrarse con el Estado. Por tanto, la competencia normativa en materia de archivos dependería exclusivamente del criterio de la titularidad de los archivos. Así, el Tribunal Constitucional -STC 103/1988, f.j. 4- tiene establecido que las Comunidades Autónomas no pueden regular el régimen de los archivos de titularidad estatal⁸¹.

Este sistema de reparto, común a otras instituciones -puertos, aeropuertos, obras públicas...-, parte de la premisa nada fácil de determinar de cuáles son los archivos de titularidad estatal, pues ello condiciona el alcance de las competencias legislativas de ambas instancias. Y, una vez determinados cuáles son los archivos de titularidad estatal, todavía quedaría por determinar cuáles de ellos son susceptibles de gestión por las Comunidades Autónomas y sobre cuáles puede legítima-

⁸⁰ Vid. J. PUNZÓN MORALEDA- F SANCHEZ RODRIGUEZ, "La distribución de competencias y marco normativo en las materias de archivos y bibliotecas con especial referencia a Castilla- La Mancha", en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, pp. 605 y ss.

⁸¹ Estatutos de Autonomía de Andalucía -arts. 13 y 17-, Aragón -arts. 36 y 36-, Castilla y León -arts. 26 y 28-, Comunidad de Madrid -arts. 26 y 28-, La Rioja -arts. 8 y 10-, Región de Murcia -art. 10 y 12-, entre otros.

Para nosotros debe diferenciarse adecuadamente, tal como ha señalado el propio Tribunal Constitucional -STC 103/1988, f.j. 4- entre, de una parte, la técnica del Patrimonio Documental, exclusivamente ligada a la política de conservación y difusión de una parte del Patrimonio Cultural, y, de otra parte, los archivos que, como instrumentos imprescindibles para la gestión de los documentos, han cumplido y cumplen una función más amplia a la estrictamente cultural. En efecto, ciertamente, los archivos son instituciones instrumentales para la protección y difusión del patrimonio documental, pero no es menos cierto que -como nos consta- los archivos han venido desempeñando una función no menos importante de información y gestión administrativa. En todo caso, este tratamiento de los archivos desde la política cultural va a condicionar -como tendremos ocasión de comprobar- la ordenación contenida en la LPHE e, incluso, en la legislación autonómica posterior, dificultando la articulación de un verdadero sistema archivístico. De otro lado, en relación específicamente con el derecho de acceso, la ausencia de un reconocimiento de un derecho de acceso a los documentos históricos en la legislación preconstitucional, así como la equívoca recepción de este derecho por el texto constitucional -art. 105.b)-, que habla de acceso "a los archivos y registros administrativos"-, determinó que en la elaboración de la LPHE se suscitara planteamientos erróneos⁸⁵.

En efecto, el Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico Español incluía un apartado -art. 57.1- en el que se leía: "Todos los ciudadanos tienen derecho, conforme a lo establecido en el art. 105.b de la Constitución, a la libre consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental español, en las condiciones de acceso que establece la presente Ley". Como advirtió la doctrina, el proyecto venía así a crear una situación confusa. Por una parte, la mención del art. 105.b parecía obedecer al mandato constitucional de regular el derecho a la documentación oficial. Pero, por otra, reducía tal documentación a la constitutiva del Patrimonio Histórico español, lo que dejaba fuera de la futura Ley a la mayor parte de los documentos que la Administración posee. No obstante, en la tramitación parlamentaria de la Ley se optó por suprimir prácticamente el mencionado apartado y añadir un nuevo apartado en el que se difiere a una disposición reglamentaria las condiciones para la consulta de los documentos públicos -art. 57.3-⁸⁶.

⁸⁵ SANCHO CUESTA, "El derecho de acceso a los archivos y registros", op. cit., p. 89.

⁸⁶ La modificación mencionada fue obra de la Comisión del Congreso -BOCD 18.2.1985-. Según DESANTES GUANTER *-Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit., p. 158- esta solución final es correcta, puesto que el proyecto resultaba restrictivo e insatisfactorio, y no podía alcanzar a determinados aspectos reformadores que la entonces futura ley debía regular, conforme a la experiencia de la legislación comparada. En este sentido, POMED SANCHEZ *-El derecho de acceso de los ciudadanos*, op. cit., pág. 149- entiende que la LPHE al restringir el acceso a los documentos "concluida su tramitación y depositados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público" no agotaba -en modo alguno- las posibilidades que ofrecía el art. 105.b CE, como tampoco se agotó por las correspondientes leyes de patrimonio documental emanadas de los Parlamentos autonómicos. En cambio, SANCHEZ BLANCO *-El sistema de archivos*, op. cit., p. 384- se refiere a la LPHE como ley básica de desarrollo del mandato expresado en el art. 105.b CE.

Sin embargo, pasados quince años desde la aprobación de la LPHE, aún no se ha dictado tal normativa reglamentaria de desarrollo del art. 57 de la LPHE, y ni que decir tiene que este vacío legal no favorece precisamente el ejercicio del derecho de acceso⁸⁷. Asimismo, la LPHE -art. 58- contempló la creación de un órgano llamado en principio a desempeñar un importante papel en esta materia, la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, y cuya composición, funcionamiento y competencias específicas debían también desarrollarse por vía reglamentaria. Y lo cierto es que sólo muy recientemente, mediante Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero, se ha procedido a regular la composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, circunstancia ésta que ha impedido hasta el momento alcanzar una visión de conjunto del patrimonio documental español, y ello sin entrar ahora en consideraciones sobre la marcada indeterminación de las competencias finalmente asignadas a dicho órgano.

Con la salvedad del reciente y citado Real Decreto 139/2000, las únicas normas reglamentarias estatales dictadas hasta el momento son de carácter singular: una Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo General de este Departamento; una Orden del Ministerio de Justicia de 16 de noviembre de 1995, por la que se regula el acceso al Archivo de la Comisión General de Codificación; una Orden del Ministerio de la Presidencia de 24 de abril de 1997, por la que se regula el acceso al Archivo Central del Ministerio; y, sobre todo, el Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares, que a diferencia de las normas anteriores constituye un cuerpo normativo completo sobre los archivos de este ramo y que incorpora abundantes criterios y técnicas de la ciencia archivística⁸⁸.

3.3. Legislación autonómica sobre Archivos

Desde un punto de vista formal, la legislación autonómica sobre archivos sigue dos criterios: o bien incluir la regulación a nivel legal en la Ley general del patrimonio cultural -tal como hace la LPHE- o bien aprobar Leyes específicas sobre esta cuestión. El primer criterio es seguido en las Comunidades Autónomas es:

- Ley del País Vasco 7/1990 de Patrimonio Cultural (Capítulo VI).
- Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998, del Patrimonio Cultural (Título V).
- Ley de Castilla-La Mancha 4/1990 de Patrimonio Histórico.

⁸⁷ Sobre el frustrado proyecto de un Reglamento estatal en materia de archivos, vid. L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, p. 109.

⁸⁸ En otro orden, cabe citar el Real Decreto 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.

- Ley de Extremadura 2/1999, del Patrimonio Histórico y Cultural (Título VI).

El segundo criterio es el plasmado en las normas siguientes:

- Ley de Andalucía 3/1984, de 9 de enero, de Archivos, reformada por Ley 1/1991, de 3 de julio, y por Ley 3/1999, de 28 de abril. Se trata de la Ley autonómica pionera en esta materia, e, incluso, previa a la LPHE⁸⁹.
- Ley de Cataluña 6/1985, de 26 de abril, de Archivos.
- Ley de Aragón 6/1986, de 28 de noviembre, de Archivos.
- Decreto de Galicia 307/1989, de 23 de noviembre, por el que se regula el sistema de archivos y el patrimonio documental.
- Ley de Canarias 3/1990, de 22 de febrero, de Patrimonio Documental y Archivos.
- Ley de la Región de Murcia 6/1990, de 11 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental.
- Ley de Castilla-León 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental⁹⁰.
- Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental.
- Ley de La Rioja 4/1994, de 24 de mayo, de Archivos y Patrimonio Documental.
- Decreto del Principado de Asturias 21/1996, de 6 de junio, por el que se regula la organización y funcionamiento del sistema de archivos administrativos.

Desde un punto de vista sustantivo, e independientemente de la técnica legislativa adoptada, importa destacar que la legislación autonómica ha seguido el criterio de la LPHE de vincular la ordenación de los archivos a la del patrimonio documental, aun cuando se trata -tal como se ha defendido- de cuestiones conexas pero distintas.

IV. EL PATRIMONIO DOCUMENTAL

4.1. El Patrimonio Documental como parte del Patrimonio Cultural

La LPHE -art. 1.2- declara que integran el Patrimonio Histórico Español, entre otros bienes -tales como los objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico-, el patrimonio

⁸⁹ La Ley 3/1984 fue desarrollada por el Decreto 73/1994, de 29 de marzo, posteriormente sustituido por el Decreto 97/2000, de 6 de marzo, por el que aprueba el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivos.

⁹⁰ Desarrollada, a su vez, por el Decreto 115/1996, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del sistema de archivos de Castilla y León.

documental y bibliográfico. De este modo, se considera que los bienes que integran el Patrimonio Documental incorporan valores de carácter cultural, y por ello forman parte de lo que la legislación autonómica prefiere llamar Patrimonio Cultural, dada la amplitud de los valores que definen este patrimonio, y cuya naturaleza no se agota en lo puramente histórico o artístico⁹¹. Y, en efecto, los documentos han tenido siempre una importancia trascendental como testimonios de un elevado porcentaje de las actuaciones del hombre y de las instituciones, sirviendo como fuente primaria que garantiza la fiabilidad de la investigación histórica y científica⁹².

Este criterio es además seguido unánimamente por la legislación autonómica. Asimismo, varias Leyes autonómicas declaran que el Patrimonio Documental de la respectiva Comunidad Autónoma forma parte, a su vez, del Patrimonio Histórico Español⁹³.

De otro lado, el Patrimonio Documental se singulariza en el conjunto del Patrimonio Histórico o Cultural por estar integrado por una categoría específica de bienes muebles que son los documentos. Así, la LPHE -art. 48.1- establece que el Patrimonio Documental está constituido por cuantos "bienes", reunidos o no en Archivos, se declaren integrantes del mismo por la propia Ley, y que -como se verá- emplea en todo los casos el concepto de "documento" -art. 49-. Por tanto, es el concepto de documento es el determinante para conformar el Patrimonio Documental, independientemente de su depósito o no en archivos de cualquier clase.

4.2. Los documentos integrantes del Patrimonio Documental

De la legislación tanto estatal como autonómica se infiere que el Patrimonio Documental está conformado por documentos de distinta procedencia y, en función de cuál sea la institución o persona titular de los mismos, se precisan o no determinados requisitos para su integración en la Patrimonio Documental. En concreto, pueden distinguirse dos grandes categorías de documentos:

1. Documentos de titularidad pública

La LPHE -art. 49.2- declara que "forman parte del Patrimonio Documental

⁹¹ Así se expresa la exposición de motivos de la Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998.

⁹² Exposición de motivos de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993.

⁹³ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 1.1-, Ley de Canarias 3/1990 -art. 1.1-, Ley 6/1990 de Murcia -art. 1.1-, Ley de Castilla y León -art. 1.2-. En cambio, otras Leyes posteriores no contienen esta declaración: Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 y Ley de La Rioja 4/1992, como tampoco las Leyes referidas exclusivamente a los Archivos: Ley de Cataluña 6/1985 y Ley de Aragón 6/1986.

los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de la 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 las personas, físicas o jurídicas, gestoras de los servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios"⁹⁴. Y preceptos similares se contienen en la legislación autonómica⁹⁵.

Se aprecia así una tendencia a la progresiva expansión del patrimonio documental. Así, el Decreto de 17 de agosto de 1947 se limitó a considerar como pertenecientes al "Patrimonio histórico-documental y bibliográfico de España" a los documentos de "interés histórico, bibliográfico o artístico", lo cual exigía implícitamente una cierta antigüedad. Por su parte, la Ley 26/1972, de 21 de junio, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, calificó a los fondos existentes en los Archivos de la Administración Pública, Central, Local e Institucional como pertenecientes al "Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación", cualquiera que fuera la época a la que pertenecieran. Y, finalmente, la LPHE dio un paso más, al extender la calificación a los documentos en poder de empresas públicas -independientemente de que gestionen o no servicios públicos-, así como de los gestores privados de servicios públicos⁹⁶. En relación con éstos últimos, cabe anotar que el concepto de gestor de servicios públicos es más amplio que el concepto tradicional de concesionario de servicios públicos, el cual viene algo estrecho para englobar todas los variados supuestos actuales de colaboración privada en el ejercicio de verdaderas funciones públicas y que no siempre se instrumentan mediante la técnica de la concesión -caso, p. ej., de entidades colaboradoras en el ejercicio de funciones inspectoras o de gestión de ayudas públicas-.

Asimismo, tal como especifican innecesariamente algunas Leyes autonómicas, forman parte también de este Patrimonio Documental de titularidad pública, los documentos, producidos, conservados o reunidos en el ejercicio de sus funciones por las personas físicas en el desempeño de los cargos públicos en cualquier

⁹⁴ En sentido similar, Reglamento de Archivos Militares -art. 25-.

⁹⁵ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 2-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 4.1-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 2-; Ley 6/1990 de Murcia -art. 2-; Ley de Castilla y León -art. 4-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 4-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 4-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 76.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 75.1-, la cual omite, en cambio, a las empresas públicas no gestoras de servicios públicos. Las Leyes autonómicas no se limitan a los documentos recogidos, recibidos o producidos por la Administración autonómica, sino que extienden la declaración a los documentos producidos por la Administración Local e, incluso, por los órganos periféricos de la Administración del Estado: Ley de Andalucía 3/1984 -art. 3-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 3-; Ley 6/1990 de Murcia -art. 2-; Ley de Castilla y León -art. 4-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 5-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 5-. Se trata ésta de una posibilidad avalada por el Tribunal Constitucional -STC 103/1988, relativa a la Ley de Andalucía 3/1984-.

⁹⁶ Así, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, p. 101, afirma que la LPHE supuso en este aspecto casi una revolución.

órgano administrativo o empresa pública⁹⁷. Teóricamente se trata de una especificación innecesaria, pues tales sujetos no actúan como personas privadas sino como agentes de la Administración. Sin embargo, la necesidad sentida por el legislador de explicitar este supuesto tal vez sea indicadora de una práctica a la que se pretende poner coto. En todo caso, el elemento común es que todos los documentos generados, recibidos o recogidos en el ejercicio de una función pública deben formar parte del Patrimonio Documental sin necesidad de alcanzar una antigüedad mínima.

2. Documentos de titularidad privada

Tanto la LPHE como la legislación autonómica diferencia dos clases de documentos de titularidad privada. El elemento común a ambas categorías es que se exige una antigüedad mínima, de ahí que algunas Leyes autonómicas califiquen a estos documentos como "históricos"⁹⁸.

- De titularidad de entidades privadas que realizan actividades de interés público. La LPHE -art. 49.3- establece que "Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado"⁹⁹. Puede considerarse que estas entidades tienen en común, el hecho de que aún tratándose de entidades privadas realizan actividades no tanto mercantiles o lucrativas como de interés público. Así, la propia Constitución -art. 6- califica a los partidos políticos de instrumento fundamental para la participación política, la cual constituye, a su vez, un derecho fundamental -art. 23 CE-; o los sindicatos son un instrumento fundamental para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales -art. 7 CE-; o las entidades religiosas son instrumentos capitales para el ejercicio de la libertad religiosa -art. 16 CE. Asimismo, la Constitución vincula directamente a las fundaciones a la consecución de fines de interés general -art. 34 CE-¹⁰⁰.

⁹⁷ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 2-, Ley de Canarias 3/1990 -art. 2-, Ley de Castilla y León -art. 4-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 4- y Ley de La Rioja 4/1994 -art. 4-.

⁹⁸ Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 7-; Ley de Murcia 6/1990 -art. 3.1-, Ley de Castilla y León -art. 5.1-. En cambio, parece incorrecto el criterio de la Ley de Extremadura 2/1999 -art. 77.2- de calificar como documentos de carácter histórico no sólo a los de titularidad privada sino también a los de titularidad pública, a pesar de que no precisan de antigüedad alguna -art. 75.1-.

⁹⁹ Ya la Ley 26/1972 admitía que determinados documentos privados de antigüedad inferior a los cien años podían ser constitutivos del Tesoro Documental cuando hubiesen sido producidos o coleccionados por personas o entidades distinguidas en cualquier esfera de actividad y que puedan contribuir en el futuro al estudio de su personalidad o del campo de su actuación, si bien exceptuaba la integración mientras la persona en cuestión viviere.

¹⁰⁰ La Ley 6/1990 de Murcia incluye en esta categoría a los documentos de colegios profesionales y cámaras. En cambio, otras Leyes autonómicas incluyen tales documentos en la categoría de documentos de titularidad pública: Ley de Andalucía -art. 2-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 2-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 4-.

Y disposiciones similares se establecen en la legislación autonómica¹⁰¹, si bien en algún caso la declaración se extiende, de un modo indeterminado, a “cualquier otro tipo de asociaciones y sociedades radicadas en la Comunidad Autónoma”¹⁰².

El problema de este tipo de cláusulas genéricas es que se pierde el elemento común del interés público de la actividad de la entidad, y se arrojan incertidumbres sobre su delimitación con la cláusula residual de los cien años¹⁰³. Por lo demás, en algunos casos se fijan plazos de antigüedad superiores a los 40 años¹⁰⁴.

- De titularidad del resto de personas privadas. La LPHE -art. 49.4- añade que integran asimismo el Patrimonio Documental los documentos con antigüedad superior a los cien años generados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas, no incluidas en las categorías anteriores¹⁰⁵. Y preceptos similares, referidos al Patrimonio Documental autonómico, se contienen en la normas autonómicas¹⁰⁶.

- Otros documentos. La LPHE -art. 49.5- añade una cláusula de cierre en virtud de la cual la Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental “aquellos documentos (privados) que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración”. Y, nuevamente, disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica¹⁰⁷, si bien en algunos casos se precisan algo más las causas que fundamentan dicha declaración, tales como que se trate de documentos que tengan especial o singular

¹⁰¹ Decreto de Xunta de Galicia -art. 8.a)-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 7.2-; Ley Castilla y León 6/1991 -art. 5-; La Rioja 4/1994 -art. 6-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 75.1-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 76.1-, la cual habla también de asociaciones empresariales.

¹⁰² Ley de Andalucía 3/1984 -art. 4-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 4-. Más aún, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 6-, no sólo se refiere a cualquier otro tipo de asociaciones y sociedades, sino también a las empresas privadas establecidas en la Comunidad Autónoma. Por su parte, la Ley de Cataluña 6/1985 -art. 12- sigue un criterio distinto, al referirse a documentos de menor antigüedad a los cien años, pero sin determinar, producidos o coleccionados por personas privadas “que se hayan destacado en cualquier esfera de actividad y que pueden resultar útiles para estudiar su personalidad o el campo de su actuación”, precepto que, en realidad, viene a reproducir curiosamente el art. 1.c) de la Ley 26/1972.

¹⁰³ A este respecto, cabe recordar que la Ley 26/1972 -art. 1.2- contemplaba un procedimiento de consulta a la Administración por parte del interesado para determinar la integración o no de un documento en el Tesoro Documental, y que sería interesante rescatar.

¹⁰⁴ 50 años en Ley de Andalucía 3/1984 -art. 4-; 45 años en la Ley de Canarias 3/1990 -art. 4-.

¹⁰⁵ Se mantiene así el plazo de los cien años ya fijado en la Ley 26/1972.

¹⁰⁶ Ley de Aragón 6/1986 -art. 7.2-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 8.b)-; Ley de Andalucía 3/1984 -art. 5-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 5-; Ley de Murcia 6/1990 -art. 3-; Ley de Castilla y León -art. 5.2-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 7-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 7-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 76.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 75.1-.

¹⁰⁷ Ley de Aragón 6/1986 -art. 7.3-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 8.c)-; Ley de Andalucía 3/1984 -art. 6-, Ley de Canarias 3/1990 -art. 6-, Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 8-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 8-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 76.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 75.2-.

relevancia para la historia y la cultura de la Comunidad Autónoma¹⁰⁸. En este sentido, debe mencionarse que el Tribunal Constitucional -STC 17/1991- declaró que el art. 49.5 LPHE no excluye que esa declaración pueda ser realizada por las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia. Más conflictiva es la posibilidad prevista en alguna norma autonómica de incorporar documentos que, aun no perteneciendo al territorio actual de la Comunidad Autónoma, sí pertenecieron en el pasado a alguna institución regional¹⁰⁹.

4.3. La incorporación y exclusión de los documentos del Patrimonio Documental

1. Modos de incorporación.

De acuerdo con lo anterior, deben distinguirse dos supuestos:

- Incorporación *ope legis*. Los documentos de titularidad pública en cualquier momento y los de titularidad privada a partir de los plazos de antigüedad antes señalados deben entenderse incorporados al Patrimonio Documental por imperativo legal, sin necesidad de acto de declaración expreso por parte de la Administración. Asimismo, tampoco se condiciona la integración en el Patrimonio Histórico Español al depósito material del documento en un Archivo propiamente dicho -art. 48.1 LPHE-, criterio que es, además, seguido, por la generalidad de la legislación autonómica, al declarar que el respectivo Patrimonio Documental está constituido por todos los documentos, "reunidos o no en archivos", procedentes de las instituciones o personas que se declaran en la Ley¹¹⁰. Asimismo, también es irrelevante a estos efectos la inscripción o no del bien en el censo al que nos referiremos más adelante.

- Incorporación mediante acto administrativo. Los documentos privados que no hayan alcanzado la antigüedad en cada caso establecida, precisan para su inclusión o incorporación al Patrimonio Documental de una declaración expresa por parte de la Administración, la cual puede recaer sobre documentos concretos o sobre colecciones documentales¹¹¹. A este respecto, tanto el Real Decreto 111/1986 como determinadas normas autonómicas prevén algunos aspectos del procedimiento administrativo de declaración: iniciación de oficio o a petición de parte,

¹⁰⁸ Ley de Aragón 6/1986 -art. 7.3-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 9.2-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 6-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 9-. Por su parte, la Ley de Murcia 6/1990 -art. 3- se refiere a los documentos producidos o recibidos por personas privadas "que hayan destacado en cualquier esfera de actividad y puedan resultar útiles para el estudio de su personalidad o el campo de su actuación" o, en general, en atención a la relevancia e interés regional de los documentos.

¹⁰⁹ Ley de La Rioja 4/1994 -art. 8-.

¹¹⁰ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 1.1-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 1.2-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 1.1-; Ley 6/1990 de Murcia -art. 1.1-; Ley de Castilla y León -art. 7.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -arts. 4 y ss-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 1-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 75.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.2-.

¹¹¹ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 6-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 10-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 6-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 6-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 8-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 8-.

informe previo de un órgano consultivo - típicamente el Consejo de Archivos de la Comunidad Autónoma-, audiencia al propietario o poseedor, y órgano competente -ya sea el Consejo de Gobierno o el Consejero correspondiente-¹¹². Asimismo, algunas normas prevén que el documento o series documentales que se encuentren en fase de tramitación para ser declarado histórico mediante esta fórmula, quedará sujeto a la aplicación provisional del régimen establecido para los bienes que integran el patrimonio documental¹¹³. Se trata, por lo demás, de una técnica cautelar común a los bienes que disfrutan de régimen de especial protección¹¹⁴.

2. Efectos de la incorporación al Patrimonio Documental

La integración de los documentos en el Patrimonio Documental, como en cualquier otra categoría del Patrimonio Cultural, no afecta necesariamente a su titularidad. Es decir, no implica la asunción de la titularidad de los bienes por parte del Estado¹¹⁵, sino que únicamente significa el sometimiento a estos bienes a un estatuto propio. En general, al constituir el Patrimonio Documental parte del Patrimonio Cultural, los bienes que lo integran están sometidos a las dos directrices fundamentales que la Constitución impone a todos los bienes culturales: la conservación de los mismos, "cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad" -art. 46 CE-, y el mandato a los poderes públicos para que promuevan y tutelen el acceso de los ciudadanos a los bienes culturales -art. 44.1 CE-¹¹⁶.

No obstante, el régimen jurídico del Patrimonio Documental -como de otros bienes culturales- va a estar condicionado por dos circunstancias. De un lado, por su naturaleza de bienes muebles. Así, según la LPHE -art. 48.2-, el Patrimonio Documental (y Bibliográfico) se regulará por las normas específicas contenidas en la propia Ley -Título VII-, y en lo no previsto en ellas le será de aplicación cuanto se dispone con carácter general para los bienes muebles. Y, en este sentido, la LPHE -art. 56.1- dispone que los actos de disposición, exportación e importación de bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico quedarán

¹¹² Ley de Andalucía 3/1984 -art. 6-; Ley de Cataluña 6/1985 -art. 14.2-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 9-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 10-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 6-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 6-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 8-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 8-. Por su parte, el Real Decreto 111/1986 -art. 33- establece que la declaración se efectuará mediante Orden que se publicará en el BOE.

¹¹³ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 14.2-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 9-; Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 10-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 7.2-.

¹¹⁴ Así, puede verse el art. 11.1 de la propia LPHE en relación con los bienes de interés cultural, o el art. 24.2 de la Ley 4/1989, en relación con los espacios naturales protegidos.

¹¹⁵ A diferencia de lo que sucedió durante la Revolución Liberal de 1868, con la incautación de los archivos de La Iglesia.

¹¹⁶ Debe recordarse que la LPHE -art. 1.2- dispone que, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de los ciudadanos a los bienes comprendidos en él.

sometidos a las disposiciones contenidas en el art. 5.1 y títulos III -Bienes Muebles- y IV -Protección de Bienes Muebles y Inmuebles- de la Ley que les sean de aplicación¹¹⁷. Asimismo, y tal como prevé expresamente alguna norma, no cabe excluir que determinados documentos que posean un relevante valor cultural puedan ser inscritos en el Inventario de bienes muebles y, en consecuencia, disfruten del régimen de protección previsto para ellos¹¹⁸.

Pero, de otro lado, el régimen de los bienes que integran el Patrimonio Documental se diversifica notablemente según se trate de documentos de titularidad pública o privada. Así, p. ej., la LPHE -art. 56.1- dispone que cuando tales bienes sean de titularidad pública serán inexportables, salvo lo previsto en relación con la salida temporal -art. 31- y la permuta de bienes -art. 34-. Y, sobre todo, el régimen de acceso a uno y otro tipo de documentos es -como veremos- radicalmente diferente.

3. La exclusión de los documentos del Patrimonio Documental

En el caso de los documentos de titularidad pública, dado que éstos integran el Patrimonio Documental desde el mismo momento en que se generan o reciben, su exclusión conduce, en principio, a su eliminación, pues mientras existan formarán parte de dicho Patrimonio. Asimismo, dado que no se exige una antigüedad mínima, la eliminación de estos documentos debe enmarcarse en la actividad de selección documental que deben realizar los distintos archivos públicos, y por ello tiene mejor encuadre en el estudio del funcionamiento de los archivos que será tratado más adelante.

En cambio, en el caso de los documentos de titularidad privada, la cuestión se presenta más sencilla, pues por definición se trata de documentos que presentan una antigüedad considerable o sobre los que ha recaído una resolución expresa de la Administración. En este último caso, es evidente que, de acuerdo con el principio "contrarius actus", la pérdida de la condición de histórico de un documento o fondo documental requiere la previa incoación y tramitación del correspondiente procedimiento¹¹⁹. Y, en relación con el resto, el hecho mismo de la antigüedad de la que se parte, reclama que la exclusión de estos documentos, que no tiene que suponer necesariamente su eliminación, no quede al arbitrio de sus titulares o poseedores. Y, en este sentido, la LPHE -art. 55.3- establece que la exclusión o eliminación de los documentos privados que integran el Patrimonio Documental

¹¹⁷ En sentido similar, Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 75.2-.

¹¹⁸ Así, Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 79.1-, la cual incluso admite su declaración como bien de interés cultural, figura ésta que dicha Ley, a diferencia de la estatal, no reserva a los bienes inmuebles.

¹¹⁹ Ley de Aragón 6/1986 -art. 10-.

deberá ser autorizada por la Administración competente a propuesta de sus propietarios o poseedores, mediante el procedimiento que se establecerá por vía reglamentaria ¹²⁰.

4.4. La protección del Patrimonio Documental

1. El deber general de conservación

Como cualquier otro bien que integra el Patrimonio Histórico Español -art. 36.1 LPHE-, la LPHE -art. 52.1- establece que todos los poseedores de bienes del Patrimonio Documental (y Bibliográfico), tanto de titularidad pública como privada, están obligados a conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados. Y, nuevamente, disposiciones análogas se contienen en legislación autonómica ¹²¹.

De otro lado, el deber de conservación aplicado a los documentos presenta una importante singularidad. En efecto, lo característico del Patrimonio Documental (y, en menor medida, Bibliográfico) es que el deber no recae, por lo común, en documentos aislados o individualizados, sino en conjuntos de documentos -fondos documentales-, de modo que el deber de conservación debe comprender también el deber de organizar adecuadamente ese conjunto de documentos, para hacer operativo tanto su protección como su consulta ¹²². En este sentido, algunas normas establecen que los propietarios de documentos privados históricos están obligados a mantenerlos organizados e inventariados, debiendo entregar una copia del inventario a la Administración; o, cuando menos, solicitar o permitir que la organización e inventariado sean realizados por personal especializado que designe la Administración en las fechas, lugar y demás condiciones que ambas partes acuerden ¹²³. Asimismo, propietarios de archivos de documentos privados históricos están obligados a conservar íntegra su organización, de modo que para des-

¹²⁰ En el mismo sentido, Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 78.2-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.5-, las cuales prevén también la iniciación de oficio de este procedimiento. Por su parte, el Real Decreto 111/1986 -art. 34- establece que la exclusión deberá contar con el informe favorable de una de las instituciones consultivas enunciadas en el art. 3.2 LPHE. Además, cuando el órgano competente para autorizar la exclusión señale al solicitante indicaciones sobre la conservación de muestras del fondo que hayan de preservarse de la exclusión, será requisito previo a la concesión de la autorización la presentación por parte del titular de la correspondiente propuesta de datos que cubra las indicaciones señaladas.

¹²¹ Ley de Canarias 3/1990 -art. 17.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 11-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 8.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 26-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 22-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 78-.

¹²² Ya el Decreto de 1947 -art. 35- obligaba a los archivos de las Corporaciones Locales "con importante fondo histórico" a ordenar y catalogar su documentación. Sobre la importancia de la organización correcta de los archivos cara a la efectividad del derecho de acceso, vid. D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 198.

¹²³ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 15-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 11.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 14.b)-.

membrarlos o reorganizarlos precisan obtener la autorización de la Administración ¹²⁴.

Ahora bien, la conservación de los documentos no sólo requiere una perspectiva orgánica, en el sentido de ordenar su conservación conjunta y organizada en archivos, sino que cada vez se hace más evidente que precisa de una perspectiva global, que únicamente puede ofrecer la técnica del sistema archivístico, al que nos referiremos más adelante ¹²⁵.

2. La protección de los documentos de titularidad privada

En todo caso, para velar por la efectividad de este deber de conservación, el ordenamiento impone a los titulares y poseedores de estos bienes determinados deberes legales instrumentales, así como reconoce a las Administraciones competentes en la materia diversas potestades también instrumentales:

- Deberes de información. Los propietarios de documentos privados históricos, con arreglo a la legislación correspondiente, están obligados a comunicar su existencia a la Administración competente ¹²⁶. Asimismo, también están obligados a comunicar a la Administración, de forma previa y fehaciente, cualquier enajenación o cambio de titularidad o posesión de los archivos y documentos, con objeto de ejercer los derechos de tanteo y retracto, ejercitables en el plazo y condiciones que la legislación estatal contempla para los bienes de interés cultural ¹²⁷.

- Potestad inspectora. La LPHE -art. 52.3- ordena que los obligados a la conservación de los bienes constitutivos del Patrimonio Documental (y Bibliográfico) deberán facilitar la inspección por parte de los organismos competentes para comprobar la situación o estado de los bienes ¹²⁸. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica ¹²⁹.

¹²⁴ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 15-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 11.1-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 17.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 14.c)-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 78-.

¹²⁵ Como señala L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", en Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD, Boletín XLXIX, 1999, 3-4, p. 161, el control de los documentos, desde el mismo momento en que se generan, y su transferencia y depósito en el archivo que les corresponde, cumpliendo los plazos previamente fijados, es la principal garantía de conservación de los mismos.

¹²⁶ Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 14-, concreción del art. 26.4 LPHE.

¹²⁷ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 36-; Ley de Cataluña 6/1985 -art. 15-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 11.1-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 13.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 31.2-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 26.2-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 78-. En realidad, se trata de un deber ya previsto en la Ley 26/1972 -art. 6.1-.

¹²⁸ En este sentido, debe recordarse que la propia LPHE -art. 26.6- establece, en relación con los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español incluidos en el Inventario General, que la Administración competente podrá en todo momento inspeccionar su conservación.

¹²⁹ Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 8.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 30.3-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 24.2-.

- Ejecución forzosa subsidiaria. La LPHE -art. 52.2- establece que si los obligados incumplen el deber de conservación, la Administración competente adoptará las medidas de ejecución oportunas, pudiendo ordenar su ejecución subsidiaria -art. 36.3-¹³⁰.

- Potestad expropiadora. La LPHE -art. 52.2- establece que el incumplimiento de las obligaciones de conservación, cuando además sea desatendido el requerimiento por la Administración, podrá ser causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes afectados -art. 52.2-. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica¹³¹, añadiendo expresamente como causa de interés social que los propietarios o poseedores obstaculicen la ejecución de las medidas administrativas que adopte la Administración para preservar los bienes¹³².

- Potestad sancionadora. El incumplimiento del deber de conservación puede ser constitutivo de infracción administrativa -art. 76.1 LPHE-.

- Potestad subvencional. Desde una perspectiva positiva, las normas prevén que la Administración podrá contribuir al cumplimiento de las obligaciones de los titulares de los bienes integrantes del Patrimonio Documental, como de otros bienes del Patrimonio Cultural, mediante la concesión de ayudas económicas o de cualquier otro tipo¹³³. Asimismo, algunas predeterminan los criterios básicos de distribución de incentivos, tales como en función de la importancia de la documentación y de la capacidad económica del titular¹³⁴, o que se trate de proyectos o programas de actuación que promuevan eficazmente los objetivos legales¹³⁵. Incluso, se prevé por parte de algunas Leyes autonómicas extender esta acción de fomento para favorecer la conservación de los documentos aun cuando no se hayan integrado aún en el Patrimonio Documental¹³⁶.

¹³⁰ La Ley de Cataluña 6/1985 -art. 18- otorga a los infractores de la Ley un sorprendente plazo de seis meses para corregir los defectos observados.

¹³¹ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 29-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 25.2-.

¹³² Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 18-.

¹³³ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 14.4-; Decreto de Galicia 307/1989 -art. 12-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 18-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 8.3-.

¹³⁴ Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 18-.

¹³⁵ Ley de Canarias 3/1990 -art. 17.2-. Por su parte, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 35.2- establece que cualquier ayuda técnica o económica que la Comunidad Autónoma pueda prestar para la conservación y uso adecuado de los fondos de archivo "tendrá una contraprestación equilibrada por parte de la institución que la reciba en orden a la conservación, organización y puesta en servicio público de los documentos constitutivos de estos fondos".

¹³⁶ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 7-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 7-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 14-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 9-.

- Depósito de documentos. El depósito de los documentos que integran el Patrimonio Documental en un archivo público presenta una doble modalidad. Por un lado, constituye una facultad de los titulares de los documentos privados solicitar dicho depósito -art. 63.1 LPHE-¹³⁷. En tal caso, a petición del interesado, el archivo correspondiente hará constar en catálogo la titularidad de los fondos depositados¹³⁸. En cualquier momento, el titular podrá consultar libremente la documentación por él depositada y obtener copia de ella¹³⁹. El titular de los fondos podrá recuperarlos, previa comunicación por escrito a la Administración con la antelación que se fije en el documento de depósito¹⁴⁰, debiendo entenderse que deberá garantizar el cumplimiento de sus obligaciones¹⁴¹. Pero, por otra parte, se prevé también que cuando las deficiencias de instalación pongan en peligro la conservación y seguridad de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental, la Administración dispondrá las medidas de garantía necesarias para conjurar tal peligro¹⁴², entre las cuales se encuentra, tal como explicitan algunas normas, la orden de depósito de los documentos en cualquier archivo del correspondiente sistema hasta que desaparezcan las circunstancias que motivaron dicho depósito¹⁴³.

3. La protección de los documentos de titularidad pública

- Prohibición de tráfico jurídico. Algunas normas autonómicas, desarrollando lo previsto ya en el art. 28.2 LPHE en relación con los bienes muebles, declaran que los documentos de titularidad pública no pueden ser enajenados, sometidos a traba, embargo o gravamen, ni adquiridos por prescripción¹⁴⁴. Más abiertamente, algunas normas más recientes establecen que documentos de titularidad

¹³⁷ Se trata de una posibilidad ya prevista en la Ley 26/1972 -art. 18-, la cual establecía que la Administración corría a cargo con los gastos de instalación, sostenimiento y redacción de inventarios o catálogos, sin más contrapartida por parte del propietario que la de autorizar que los fondos de referencia pudieran ser consultados con fines de investigación histórica, con las mismas condiciones y garantías que los de los archivos estatales donde se hiciera el depósito.

¹³⁸ Ley de Aragón 6/1986 -art. 12.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 15.1-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 15-.

¹³⁹ Ley de Aragón 6/1986 -art. 12.3-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 15.2-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 15-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 79.4-.

¹⁴⁰ Ley de Aragón 6/1986 -art. 12.2-; Decreto de Galicia 307/1989 -art. 11.2-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 15-. Por su parte, la Ley de Cataluña 6/1985 -art. 16- y Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 15.1- optan por fijar directamente un plazo de antelación mínimo de dos meses. También Ley 4/1990 Castilla-La Mancha.

¹⁴¹ Ley de Aragón 6/1986 -art. 12.2-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 15.1-.

¹⁴² Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 16-.

¹⁴³ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 15.3-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 11.2-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 17-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 18.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 28-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 25.1-. En realidad, se trata de una posibilidad ya prevista en el Decreto de ordenación del Tesoro histórico-documental y bibliográfico de 1947 -art. 53-, y posteriormente recogida en la Ley 26/1972 -art. 5-.

¹⁴⁴ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 34-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 12.1-. En este sentido, la Ley de Cataluña 6/1985 -art. 22- declaró que los documentos públicos e históricos no perderán su naturaleza ni el régimen legal al que estén sujetos, cualquiera que sea su propietario, poseedor o detentador, de modo que el propietario legal podrá reclamarlos en cualquier momento.

pública son inalienables, imprescriptibles e inembargables¹⁴⁵, lo que viene a equivaler a una declaración de demanialidad.

- Prohibición de retención de documentos. La LPHE -art. 54.1- establece que quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos de titularidad pública -art. 49.2- están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda¹⁴⁶. La retención indebida de los documentos personas o instituciones privadas dará lugar a que la Administración que los hubiera conservado, generado o reunido ordene el traslado de tales bienes a un Archivo público, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haberse incurrido¹⁴⁷. Con carácter más general, algunas normas establecen que cualquier persona o entidad privada que tenga en su poder sin título legítimo documentos de titularidad pública está obligada a entregarlos para su incorporación al archivo que corresponda¹⁴⁸. Debe entenderse que de no producirse la entrega, la Administración podrá acudir a los oportunos procedimientos de ejecución forzosa.

4. El censo de archivos

Tanto la LPHE -art. 51.1- como la legislación autonómica obligan a las respectivas Administraciones a confeccionar un censo de archivos y fondos documentales constitutivos del respectivo Patrimonio Documental¹⁴⁹. El censo debe comprender la información básica sobre archivos, colecciones y fondos documentales, debiendo entenderse, tal como precisa alguna norma, que debe incluirse en dicho censo una estimación cuantitativa y cualitativa de los archivos y fondos documentales -valoración archivística, situación jurídica, estimación económica-, así como de su estado de conservación y condiciones de seguridad¹⁵⁰. Para facilitar la elaboración de este censo, se dispone que todas las personas que sean propietarias, poseedoras o detentadoras de archivos y documentos constitutivos del

¹⁴⁵ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 31.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 26.1-.

¹⁴⁶ D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 189, manifiesta que pocas disposiciones son tan olímpicamente ignoradas como el art. 54 LPHE, e, incluso, su incumplimiento ha generado pingües beneficios económicos con cargo al erario público. Y, en el mismo sentido, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 115, afirma que la documentación pública en manos privadas es un mal endémico de la sociedad española.

¹⁴⁷ Así, Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 27.a)-.

¹⁴⁸ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 35-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 17.3-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 12.2-.

¹⁴⁹ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 17.1-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 20.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 19.1-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 19.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 30-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.4-. Asimismo, el Real Decreto 111/1986 -arts. 35 y ss.- establece determinados aspectos procedimentales de confección del censo. De nuevo debe recordarse que ya la Ley 26/1972 -art. 3- contempló la confección de un Registro-Inventario de las series documentales y piezas que integraban el Tesoro Documental.

¹⁵⁰ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 17.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 19.1-.

Patrimonio Documental están obligadas a colaborar con los organismos y servicios competentes en la confección del censo¹⁵¹. En este sentido, la LPHE -art. 51.2- establece que la Administración podrá recabar de los titulares de derechos sobre los bienes integrantes del Patrimonio Documental el examen de los mismos, así como las informaciones pertinentes para su inclusión, si procede, en dicho censo¹⁵². En todo caso, y tal como expresaba muy acertadamente la antigua Ley 26/1972 -art. 4-, el hecho de que una determinada pieza o serie documental no figure incluida en el censo no la excluye del Patrimonio Documental ni, en consecuencia, exime al titular de sus deberes legales, si bien debería entenderse que es condición indispensable para acogerse a los beneficios que, en su caso, pueda ofertar la Administración.

De otro lado, al objeto de actualizar el censo, los sujetos anteriores deben estar obligados a comunicar las alteraciones que afecten a sus bienes, tan pronto como se hayan producido o tengan de ellas noticia¹⁵³. Finalmente, el Real Decreto 111/1986 -art. 39- excluye de la consulta pública los datos relativos a la situación jurídica, localización y valoración económica de los bienes incluidos en el Censo¹⁵⁴. Aun cuando pueda ser razonable la finalidad de esta excepción al acceso, se trata, no obstante, de una excepción cuestionable, pues en esta materia rige una inequívoca reserva de Ley¹⁵⁵.

4.5. La difusión del Patrimonio Documental

Como es sabido, una de las directrices fundamentales del régimen de los bienes que integran el Patrimonio Cultural es la de su accesibilidad al público, como corolario del derecho de todos a la cultura -art. 44.1 CE-. Así, alguna norma declara que la difusión con fines de estudio e investigación "es condición inherente a los documentos" regulados por la Ley¹⁵⁶. No obstante, en materia de Patrimonio Documental, al igual que sucede con el resto de los bienes muebles que

¹⁵¹ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 17.2-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 20.2-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 19.2-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 19.2-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 30.2-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 24.2-.

¹⁵² En el mismo sentido, Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 78.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.4-.

¹⁵³ Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 19.2-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 19.2-. Como señala L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 106, el censo debe renovarse constantemente ya que los órganos nunca dejan de producir documentos.

¹⁵⁴ No obstante, el Real Decreto 111/1986 añade que "en el caso de solicitud razonada para estudio del bien con fines de investigación debidamente acreditados... se aplicarán las limitaciones que se derivan de lo establecido en los artículos 52.3 y 57.1.c) de la Ley 16/1985", esto es, los límites derivados del derecho a la intimidad.

¹⁵⁵ S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., pág. 449.

¹⁵⁶ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 23.1-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 20.1-. De modo similar, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 37.1- declara que el destino primordial de los documentos de archivo es su consulta por parte de las instituciones que los producen y de todos los ciudadanos.

integran el Patrimonio Cultural, debido a la limitación que impone su naturaleza mobiliaria, el régimen de acceso se diversifica de un modo radical según se trate de documentos de titularidad pública o privada.

1. El acceso a los documentos privados

De modo similar a lo ordenado en relación con los bienes declarados de interés cultural -art. 13.2- y con los bienes muebles incluidos en el Inventario General -art. 26.6-, la LPHE -art. 52.3- establece que los titulares de los documentos privados habrán de permitir el estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos¹⁵⁷. Además, la LPHE añade que los particulares podrán excusar el cumplimiento de esta última obligación, en el caso de que suponga una "intromisión en su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos que establece la legislación reguladora de esta materia". Parece que debe entenderse que la LPHE se refiere a 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. Lo cierto es que la propia Ley Orgánica 1/1982 -art. 8.1- declara que no se reputarán intromisiones ilegítimas las acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, "ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante". No obstante, en última instancia, la ubicación de los bienes en un domicilio determina la imposibilidad legal de que la Administración pueda ordenar a su titular que admita el acceso de terceros, potestad ésta privativa de la autoridad judicial¹⁵⁸.

Debido a esta circunstancia, en relación con los bienes muebles en general -art. 13.2- y con los documentos en particular -art. 52.4-, la LPHE dispone que la obligación de permitir el estudio por los investigadores podrá ser sustituida por la Administración competente, mediante el depósito temporal del bien -es decir, durante un período máximo- en un Archivo (Biblioteca o Centro análogo) de carácter público que reúna las condiciones adecuadas para la seguridad de los bienes y su investigación. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica¹⁵⁹.

Ahora bien, la escueta regulación de la LPHE plantea diversas cuestiones sin resolver. De entrada, debe subrayarse que se trata, en todo caso, de acceder a

¹⁵⁷ Esta sí puede estimarse una innovación por parte de la LPHE, pues la Ley 26/1972 -art. 18- únicamente contemplaba el acceso de terceros a los fondos documentales de carácter privado en el caso de que se depositaran en un archivo público.

¹⁵⁸ Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS, "El derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la actuación inspectora", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 17, 2000, pp. 219 y ss.

¹⁵⁹ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 15-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 11.1-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 29.2 y 3-; Ley de La Región de Murcia 6/1990 -art. 21-; Ley de Castilla y León -art. 22.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 37.3-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 32-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 78-.

documentos de titularidad privada de carácter histórico, es decir con la antigüedad fijada en cada caso, y que oscila entre los cuarenta y cien años. De modo que no es aplicable en absoluto consideración alguna sobre la transparencia de la actuación administrativa, sino exclusivamente consideraciones sobre la difusión del patrimonio cultural. Por su parte, alguna norma precisa que la solicitud motivada del investigador debe dirigirse a la Administración¹⁶⁰. Sobre la organización de la consulta, algunas normas establecen que la consulta en los archivos privados que no sean de uso público por parte los investigadores se realiza bajo las condiciones que sus titulares establezcan discrecionalmente, si bien tales condiciones deben darse a conocer a la Administración autonómica, debiendo en todo caso estar garantizada la consulta, con las limitaciones que se deriven del derecho a la intimidad personal y familiar¹⁶¹. En última instancia, se plantea la cuestión de qué sucede cuando el titular de los documentos no admite su consulta, y, a este respecto, alguna norma prevé que cuando los documentos ofrezcan dificultades manifiestas de acceso, el interesado podrá dirigirse a la Administración solicitando su intervención¹⁶², intervención que en última instancia podrá plasmarse en la mencionada orden de depósito temporal, de modo que, al igual que se vio más arriba en relación con las medidas de conservación del patrimonio documental de titularidad privada, el depósito temporal como medida para garantizar su consulta también puede adoptarse tanto a iniciativa del titular como de oficio por la Administración.

En definitiva, los documentos de titularidad privada, aun cuando formen parte del Patrimonio Documental, no son susceptibles de consulta pública, salvo que se integren en el correspondiente sistema público de archivos¹⁶³, en cuyo caso la consulta de los fondos ingresados se regirá por las condiciones del depósito¹⁶⁴, si bien habría que añadir, nuevamente, que tales condiciones deben garantizar, en última instancia, el acceso mismo a los fondos documentales en cuestión.

2. El acceso a los documentos públicos

En este caso, además de documentos integrantes del Patrimonio Documental, se trata de documentos emanados o recibidos por personas o entidades en ejercicio de funciones públicas y depositados en archivos públicos, de modo que a las consideraciones meramente culturales se superponen las derivadas del

¹⁶⁰ Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 21-.

¹⁶¹ Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 23-.

¹⁶² Decreto Junta de Andalucía 97/2000 -art. 91-.

¹⁶³ Ley de Canarias 3/1990 -art. 27.c-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 86-. Así, la Ley de La Rioja 4/1994 -art. 33.1.b)- establece que los documentos producidos por particulares -arts. 6, 7 y 8- serán consultables desde el momento de su incorporación al Patrimonio Documental de La Rioja "y" desde que el archivo que los custodia se adhiera al Sistema de Archivos de La Rioja. Y, en sentido idéntico, Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 38.2-.

¹⁶⁴ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 23.2-; Decreto Junta de Andalucía 97/2000 -art. 92-.

mencionado principio de transparencia administrativa. Por esta razón, cuando la LPHE -art. 57.1- se refiere a consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español, en realidad, contempla exclusivamente a los documentos de titularidad pública -art. 49.2-¹⁶⁵. En este sentido, la legislación autonómica, aun cuando declara el derecho de todos los ciudadanos a la consulta libre de los documentos integrantes del Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma, con fines de estudio e investigación o de información, para la defensa de sus derechos o el conocimiento de sus obligaciones, condiciona tal derecho a que “concurran las condiciones que para su consulta pública establezca la presente Ley y las normas que la desarrollen”¹⁶⁶.

V. EL SISTEMA DE ARCHIVOS

5.1. El concepto de archivo

La LPHE -art. 59.1- considera que los Archivos “son conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas 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 esta definición ha sido transcrita, con leves variantes, por buena parte de la legislación autonómica¹⁶⁷. Obviando el dato de la titularidad, el cual es absolutamente irrelevante, pues desde el punto de vista conceptual no es significativo que el titular sea una entidad pública o una persona privada, conviene, no obstante, realizar algunas observaciones a esta definición legal.

El primer elemento a resaltar es el estructural: el archivo como conjunto “orgánico” de documentos, en el sentido de conjunto “organizado” de documentos¹⁶⁸. Evidentemente, para diferenciar un archivo de un mero almacén de documentos depositados por mero acarreo es determinante que el conjunto de documentos presente una mínima estructuración, de acuerdo con los criterios y técnicas archivísticas. Ahora bien, a efectos del derecho de acceso, debe relativizarse

¹⁶⁵ Así, durante la tramitación parlamentaria de la LPHE, la Comisión del Senado puntualizó que la consulta que regula el art. 57 no es la de todos los documentos que constituyen el Patrimonio Documental español, sino solamente a los que se refiere el art. 49.2, es decir, los documentos públicos y asimilados -BO Senado 9.5.1985-.

¹⁶⁶ Ley de Aragón 6/1986 -art. 27.1-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 20-.

¹⁶⁷ Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 80.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.1-. Algunas normas hablan de fines de investigación histórica, científica y cultural: Ley de Aragón 6/1986 -art. 2.1-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 1.3-. No obstante, es claro que tales finalidades entran dentro de la genérica de cultura.

¹⁶⁸ En este sentido, el Decreto de 1947 sobre el Tesoro histórico-documental y bibliográfico entendía por Archivo el conjunto de fondos documentales que se hallan custodiados por determinadas entidades.

este carácter organizado del archivo, tal como señalaremos más adelante, pues de lo contrario la mera negligencia de la Administración en la gestión del patrimonio documental le permitiría excusarse para hacer frente a las demandas de acceso, alegando que los documentos no se encuentran en un “archivo” propiamente dicho.

De otro lado, desde un punto de vista funcional, la LPHE parece aludir a dos grandes finalidades de los archivos: de investigación o cultural y de información y gestión administrativa¹⁶⁹. No obstante, la LPHE añade una noción de consecuencias perturbadoras. En efecto, la Ley -art. 59.1- entiende también por “Archivos las instituciones *culturales* donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos”, noción ésta que ha pasado también a parte de la legislación autonómica¹⁷⁰. A nuestro modo de ver, la referencia legal a instituciones “culturales”, explicable en el contexto de una Ley relativa al Patrimonio Histórico o Cultural, tiene empero un claro efecto reduccionista, pues obvia la otra gran finalidad de los archivos que es el servicio a la gestión administrativa, pues resulta evidentemente forzado entender que un archivo de oficina constituya una institución “cultural”.

Por esta razón, algunas normas autonómicas -con buen criterio- omiten el calificativo de instituciones “culturales”¹⁷¹. En el fondo, lo que parece que la LPHE deseaba introducir de modo tan imperfecto es la distinción contenida en alguna Ley autonómica entre “Fondo de archivo”, como el conjunto orgánico de documentos, y “Centro de Archivo”, como el lugar donde se custodian, organizan y sirven los documentos de los diferentes fondos de archivos¹⁷². De tal modo, un mismo centro de archivo puede estar organizado en varios fondos de archivos que cumplan funciones diversas en el conjunto sistema archivístico, como viene, de hecho, sucediendo en la práctica. Y, en cualquier caso, la legislación autonómica, e

¹⁶⁹ En general, sobre las funciones de los archivos, vid. L. MARTINEZ GARCIA, “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, pp. 157 y ss., donde se pone de manifiesto la infrautilización de los archivos como instrumentos de apoyo a la gestión administrativa.

¹⁷⁰ Ley de Aragón 6/1986 -art. 2.2-; Ley de Murcia 6/1990 -art. 1.3-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 80.1-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.1-.

¹⁷¹ Decreto de Galicia 307/1989; Ley de Canarias 3/1990 -art. 1.3-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 3.2-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 3.2-.

¹⁷² Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 2-. La Ley entiende -art. 2- por “fondo de archivo” el conjunto orgánico de documentos generados por cualquier Institución pública o privada, persona física o jurídica, en el ejercicio de sus funciones, que son testimonio de las actividades que realizan y que han de dar servicio a los ciudadanos por medio de la custodia e información de sus derechos e intereses, la buena gestión de las Instituciones y el fomento de la investigación que ayude al progreso y promueva la cultura-. En cambio, entiende por “Centro de Archivo” al lugar donde se custodian, organizan y sirven los documentos de los diferentes fondos de archivo de una o varias procedencias para los fines anteriormente indicados, dotado de instalaciones adecuadas y personal suficiente para su atención. Asimismo, llama “colección de documentos de archivo” la reunión de documentos que han perido por diversas causas su carácter orgánico -art. 3-.

incluso estatal, ha dado carta de naturaleza a los archivos de oficina, desvinculando definitivamente la noción de archivo de la noción de institución cultural.

Por otra parte, debe aún diferenciarse entre los archivos y los registros públicos. En efecto, los registros públicos y, en particular, los administrativos que tanto proliferan en la legislación sectorial, constituyen también, desde el punto de vista estructural, conjuntos organizados de documentos. La diferencia estriba en el hecho de que la incorporación de los documentos a un archivo, a diferencia de los que sucede con la inscripción en un registro público, tiene como única finalidad la de su conservación para posibilitar su consulta -ya sea por la propia entidad titular del archivo o por terceros-, de modo que dicha incorporación no implica una calificación que incida sobre su eficacia jurídica o sobre la relación a la que sirve de soporte, aunque pueda tenerla sobre el documento como tal, que puede quedar especialmente protegido¹⁷³.

5.2. La estructura de los archivos

La LPHE únicamente identifica a los documentos como elementos que integran los archivos, y, en efecto, los documentos constituyen, en última instancia, la "unidad archivística"¹⁷⁴. No obstante, la más reciente legislación archivística ha incorporado otras nociones estructurales, intermedias entre el documento individualizado y el archivo, imprescindibles para articular el funcionamiento del sistema archivístico.

1. Documento. La LPHE -art. 49.1- entiende por documento "toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones"¹⁷⁵. Y disposiciones similares se contienen en la legislación autonómica. Así, la Ley de Andalucía 3/1984 -art. 1.2- entiende por documento: "toda expresión en el lenguaje oral o escrito, natural o codificado, recogida en cualquier tipo de soporte material"¹⁷⁶, 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 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

¹⁷³ F. SAINZ MORENO, "Secreto e información en Derecho Público", *Estudios de la Constitución en homenaje a García de Enterría*, Civitas, 1991, p. 2947.

¹⁷⁴ Vincenzo FRANCO, "Teoría archivística del documento", *Riv. trim. dir. pubb.*, 1994, nº 2, p. 455.

¹⁷⁵ En idéntico sentido, Reglamento de Archivos Militares -art. 25-.

¹⁷⁶ Hasta aquí, la Ley de Canarias 3/1990 -art. 1.2-, Ley de Murcia 6/1990 -art. 1.2-.

arqueológica, artística o etnográfica¹⁷⁷. Por tanto, cabe cualquier soporte material, incluidos los mecánicos, magnéticos o informáticos o de otro tipo, si bien -y tal como precisa alguna norma- debe tratarse de un soporte perdurable¹⁷⁸.

2. Otras nociones

- Unidad documental. Menos común es la caracterización de la noción de unidad documental, como el documento o documentos que testimonian un acto, acción y, en general, cualquier hecho¹⁷⁹. Un ejemplo claro sería un expediente administrativo. Así, el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de 1986 -art. 164- declara: "Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación"¹⁸⁰.

- Serie documental. Es el conjunto de unidades documentales que constituyen el testimonio continuado de una misma actividad. Por tanto se trata de un conjunto de unidades documentales de estructura y contenido homogéneos emanadas de un mismo órgano o sujeto productor y en el ejercicio de una función específica¹⁸¹. Por ej., los expedientes sancionadores tramitados por la unidad de tráfico vial de un Ayuntamiento durante un período.

- Fondo documental. Es un conjunto de series documentales procedentes de una persona o entidad¹⁸².

¹⁷⁷ De modo similar, Decreto de Galicia 307/1989; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 2-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 2-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 76.2-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.3-.

¹⁷⁸ Ley de Extremadura 2/1999 -art. 73.3-. No obstante, no puede dejar de señalarse la tendencia que se observa en la práctica de constreñir el sistema archivístico a los documentos escritos, lo cual constituye una seria reducción de su funcionalidad, sobre todo de cara hacia el futuro. Sobre los problemas que presentan este tipo de documentos, vid. L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 163.

¹⁷⁹ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 28-.

¹⁸⁰ El precepto es una reproducción literal del art. 278 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de 1952. Este hecho, es decir, que el precepto del ROF tenga su origen en la versión de 1952, por tanto anterior a la LPA de 1958, explica probablemente la subsistencia de esta definición. Por su parte, la noción de expediente del Reglamento de organización y funcionamiento de 1952 es claramente tributaria, a su vez, de la del Reglamento de procedimiento del Ministerio Gobernación de 1947.

¹⁸¹ Reglamento de Archivos Militares -art. 37-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 28-.

¹⁸² Reglamento de Archivos Militares -art. 37-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 28-.

5.3. Los sistemas de archivos

1. De las clases de archivos al sistema de archivos

En la definición de archivo de la LPHE -art. 59.1-, antes tratada, están contenidas las dos grandes finalidades de los archivos: la de servir de soportes e instrumentos informativos para la gestión administrativa y la de constituir medios para la conservación y difusión del patrimonio cultural, en este caso documental. Estas distintas finalidades son las que determinaron la distinción contenida en el Decreto de 1947 entre archivos históricos y administrativos, pero que, sin embargo, la LPHE no llega a explicitar. Más aún, la legislación estatal es abiertamente equívoca en este punto, pues el art. 37.6.g) de la LPAC reenvía a la legislación específica en relación con la consulta de fondos documentales existentes en los "Archivos Históricos", mientras que la LPHE únicamente hace referencia a unos Archivos "centrales" de las entidades de Derecho Público.

En cualquier caso, el criterio más extendido en la reciente legislación autonómica e, incluso, aceptado en alguna norma estatal consiste, no ya en diferenciar radicalmente entre dos categorías de archivos -administrativos e históricos-, con regímenes absolutamente diferentes, sino en articular una red coordinada de archivos¹⁸³. Lo que se pretende es ordenar un verdadero sistema archivístico, en el sentido de construir una estructura trabada, integrada incluso por distintos subsistemas, de modo que cada una de las disposiciones no se entiende sino en relación con las demás, con objeto de conformar así un perfecto flujo o circuito archivístico. Se trata así -otra cosa es, naturalmente, que se consiga- de establecer un sistema integrado de todos los archivos públicos, en el que quede claro cuál es el trayecto que debe seguir la documentación administrativa, de modo que pierda trascendencia la tradicional diferenciación entre archivos administrativos e históricos¹⁸⁴.

2. Las redes de archivos. En concreto, la tendencia consiste en diferenciar cuatro tipos o niveles de archivo, a cada cual correspondería una fase o edad de los

¹⁸³ La diferenciación entre archivos "públicos" e "históricos" únicamente se mantiene en una de las más antiguas las Leyes autonómicas, la Ley de Cataluña 6/1985, las siguientes normas, tanto la Ley de Aragón 6/1986 como el Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 solamente diferencian entre archivos públicos y privados, e incorporan la idea de sistema autonómico de archivos ya presente en la Ley de Andalucía 3/1984 y que será ya una constante en la legislación autonómica posterior.

¹⁸⁴ Vid., a este respecto, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., págs. 94 y ss., donde señala -p. 96- que el problema no estriba en explicar qué es un sistema, sino en representar de una forma coherente e inteligible el denominado "Sistema Español de Archivos", debido al complejo entramado de autonomía, descentralización y desconcentración existente en nuestro ordenamiento -p. 100-. No obstante, este autor -p. 107- traza dos grandes tipos de subsistemas: el del Estado y los de cada una de las Comunidades Autónomas -y ciudades autónomas-, los cuales, a su vez, estarían integrados por varios subsistemas -ejecutivo, legislativo y, en el caso estatal, el judicial, así como los propios de las Entidades Locales en relación con los sistemas autonómicos-. Dada la naturaleza de este trabajo, no podemos entrar en la exposición detallada de estos sistemas archivísticos, por lo que nos remitimos in totum al trabajo citado de L. MARTINEZ GARCIA.

documentos¹⁸⁵.

- Archivos de oficina o de gestión. Constituyen la gran novedad de la reciente legislación sobre archivos, pues la única manera de construir un auténtico sistema de gestión documental es integrando los documentos desde su misma producción o recepción por parte de la Administración¹⁸⁶. Son los archivos de gestión de las dependencias o unidades administrativas que producen y tramitan los documentos y expedientes. En estos archivos se reúne la documentación en trámite o sometida a continua utilización y consulta administrativa por la propia oficinas¹⁸⁷, por ello son llamados también archivos "vivos"¹⁸⁸. En efecto, es evidente que se trata de archivos vivos, de modo que son meros instrumentos para la gestión administrativa y, por tanto, están al servicio exclusivo del personal de la correspondiente dependencia. Por lo demás, el criterio actual consiste en clasificar y ordenar las series documentales de estos archivos de acuerdo con el principio de respeto a la estructura y orden natural en la que se generan los documentos¹⁸⁹.

- Archivos centrales. En estos archivos se agrupan los documentos transferidos por los distintos archivos de gestión de las unidades administrativas, una vez finalizado su trámite y cuando su consulta administrativa no sea continua, sino esporádica¹⁹⁰. Los documentos permanecen en estos archivos hasta su eliminación o transferencia al siguiente nivel. Razones de economía eficaz aconsejan su concentración por Departamentos o entidades institucionales o empresas públicas¹⁹¹,

¹⁸⁵ Reglamento de Archivos Militares -art. 18-. Así, según DA SILVA OCHOA -"Derechos de los ciudadanos con especial referencia a las lenguas y acceso a registros", *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, 1993, pág. 324- hay cuatro grandes categorías de archivos: archivos de cada dependencia; archivos centrales de los departamentos ministeriales; archivos generales de cada Administración General; archivos históricos.

¹⁸⁶ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 18.1-; Reglamento de Archivos Militares -art. 18.1-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 23.1-. No obstante, D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 200, afirma que el concepto de archivos de oficina o de gestión dista mucho de ser una realidad consolidada. Por su parte, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 131, señala que los archivos de oficina son los grandes olvidados por la profesión archivística.

¹⁸⁷ Reglamento de Archivos Militares -art. 18.1-.

¹⁸⁸ SANCHO CUESTA, "El derecho de acceso a los archivos y registros conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, INAP, 1993, pág. 81. Así, BLACO DE TELLA -*Simplificación del trabajo administrativo*, ENAP, Madrid, 1974, p. 191- distingue entre "archivos de uso" -que abarca la documentación precisa para el trámite actual, es decir, de manejo frecuentes-, y "archivos de consulta" -que guardan la documentación que ha producido ya sus efectos normales y ordinarios, aunque pueda ser objeto de consulta eventual por parte de los diferentes servicios o funcionarios-.

¹⁸⁹ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 15.2-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 20.2-.

¹⁹⁰ Sobre la dispar plasmación normativa de estos archivos en la Administración General del Estado, vid. L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 133.

¹⁹¹ Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 33.1-; Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 16.5-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.2-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 14.2-.

si bien no faltan ejemplos en los que produce una disgregación mayor¹⁹². Asimismo, en ocasiones también cumplen esta función archivos que son realmente periféricos, de modo que la denominación convencional de archivos centrales debe relativizarse¹⁹³. De otro lado, las normas más actuales tienden a imponer como criterios de organización de estos archivos a los principios de respeto a la procedencia de los fondos y al orden original¹⁹⁴. Por lo demás, estos archivos centrales deben coordinar y controlar el funcionamiento de los distintos archivos de gestión en que se conserve la documentación tramitada por las unidades administrativas adscritas a los mismos, prestando asesoramiento al personal encargado de los archivos de oficina, y todo ello sin perjuicio naturalmente de la dirección del órgano del que dependan orgánicamente¹⁹⁵.

- Archivos intermedios. Son archivos generales de cada Administración General o territorial, y suelen ser comunes también a otras instituciones públicas no estrictamente administrativas -como el Parlamento-¹⁹⁶. Su función teórica consiste en concentrar la documentación procedente de los archivos centrales y valorar y seleccionar aquella que tuviera interés histórico y, en consecuencia, mereciera transferirse al archivo correspondiente¹⁹⁷. Los archivos intermedios deben coordinar y controlar el funcionamiento de los distintos archivos centrales que deban transferirles la documentación de acuerdo con la estructura de los distintos subsistemas archivísticos¹⁹⁸. En el fondo, también son archivos "intermedios" los llamados centrales, pues al igual que éstos gestionan documentación de consulta esporádica por la propia Administración, pero que no ha alcanzado, en principio, la antigüedad precisa para ser transferida a un archivo histórico. Por tanto, nos da la impresión que la diferenciación entre archivos "centrales" e "intermedios" o "generales" es de carácter convencional, y obedece a razones de inercia, derivadas de la tradicional distinción en la Administración del Estado entre archivos centrales a los que se superpuso la posterior creación del Archivo General, así como a

¹⁹² En efecto, el Reglamento de Archivos Militares -art. 19- establece que existirán archivos centrales en cada centro directivo del Ministerio de Defensa, así como en cada una de las Delegaciones de Defensa y en cada organismo militar autónomo o servicio descentralizado, entre otras unidades.

¹⁹³ Así, el Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 23.4- prevé archivos de las distintas Delegaciones Provinciales.

¹⁹⁴ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 15.3-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 20.3-.

¹⁹⁵ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 15.5-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 20.4-; Reglamento de Archivos Militares -art. 19-; Decreto Junta de Andalucía 97/2000 -art. 23.3-.

¹⁹⁶ Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 16.5-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 14-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 33.1-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 14.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 14.4-.

¹⁹⁷ Vid. L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 134, quien señala que en realidad los archivos intermedios no cumplen su función, debido a la falta de medios, convirtiéndose -como sucede con el Archivo General de la Administración del Estado- en verdaderos archivos históricos.

¹⁹⁸ Reglamento de Archivos Militares -art. 20-.

motivaciones ligadas al control de la información por los distintos niveles de la estructura administrativa, que a razones de fondo de gestión del sistema archivístico, como prueba el hecho de que alguna Comunidad Autónoma se ha simplificado esta cuestión, no diferenciándose entre archivos centrales e intermedios¹⁹⁹.

- Archivos históricos. A estos archivos se transfiere, desde el archivo intermedio, la documentación que deba conservarse permanentemente, por no haber sido objeto de dictamen de eliminación por parte de la correspondiente Comisión Calificadora de Documentos²⁰⁰. Debe señalarse que en ocasiones la tercera y cuarta fase de organización de los documentos pueden tener lugar en un mismo centro de archivos, lo cual es algo meramente circunstancia si se diferencia adecuadamente entre fondo de archivo y centro de archivo²⁰¹.

3. La responsabilidad sobre los archivos

En la organización administrativa de los archivos se produce una particularidad, ausente en otros ámbitos de la actuación administrativa, que complica considerablemente la gestión archivística. En efecto, mientras, p. ej., todos los centros de servicios sociales de titularidad de una Administración autonómica dependen -o, al menos, no existe obstáculo para que así sea-, del Departamento responsable de la política de acción social, no sucede ni puede suceder así en relación con los archivos.

Aun cuando los archivos generales e históricos sí pueden -y deben- adscribirse a un mismo Departamento, no ocurre así con el resto. Los archivos de gestión y los centrales, por su propia naturaleza, dependen orgánicamente de los correspondientes órganos activos y entidades a los que sirven. En el caso de los archivos centrales de los Departamentos de la Administración General del Estado, se observa una tendencia a hacer depender el correspondiente Archivo central de la Secretaría General Técnica²⁰².

Sin embargo, es incuestionable que para que un sistema sea tal precisa de una instancia que lo coordine y garantice su cohesión, lo cual exige que se trate de

¹⁹⁹ Ley de Murcia 6/1990 -art. 7.2-, la cual establece que la documentación de los servicios de la Administración autonómica es transferida directamente al Archivo de la Administración Regional.

²⁰⁰ Reglamento de Archivos Militares -art. 18.4.

²⁰¹ Así, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.4 y 5- ubica las fases de archivo intermedio e histórico en el mismo Archivo Regional.

²⁰² Vid. Orden del Ministerio de la Presidencia de 24 de abril de 1997, por la que se regula el acceso al Archivo Central del mismo. En este sentido, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 117, menciona el art. 20.1 de la LOFAGE según el cual corresponden a los servicios comunes de los Ministerios -integrados en la Subsecretaría-, entre otras funciones, los sistemas de información y comunicación.

una instancia que esté en situación de alcanzar una visión global del sistema archivístico²⁰³. Esta circunstancia plantea la necesidad de armonizar la dirección de los archivos de gestión y centrales a cargo de los órganos y entidades de los que dependen orgánicamente, con la coordinación a cargo de una instancia única. A este respecto, de un modo tópico se suele diferenciar, al menos en relación con los archivos centrales, entre dependencia “orgánica” del Departamento respectiva y dependencia “funcional” del Departamento competente en materia de política archivística²⁰⁴.

A nuestro modo de ver y tal como se apunta en alguna norma²⁰⁵, los archivos y servicios archivísticos deben considerarse bajo la responsabilidad directa de las entidades u organismos de los que dependen orgánicamente, la cuales deben ser las responsables del cumplimiento de las normas de gestión archivística, sin perjuicio de las funciones de ordenación, de asistencia técnica y de inspección del órgano que ejerza en cada caso la dirección del Sistema Archivístico. Es decir, por encima de planteamientos formalistas, lo importante es atribuir al órgano directivo del sistema las competencias imprescindibles para garantizar su coordinación, y que esta atribución se efectúe por Ley, con objeto de limitar en lo posible las por otra parte inevitables tendencias centrífugas de los sistemas archivísticos²⁰⁶.

Cuestión distinta es determinar a qué Departamento debe adscribirse el órgano directivo del sistema archivístico. Como nos consta, en la tradición de la Administración del Estado, la política archivística -si se podía hablar de tal- ha estado adscrita al Departamento competente en materia de cultura, criterio que se ha mantenido en la actualidad y que siguen, por lo general, las Comunidades Autónomas²⁰⁷. No obstante, dado el componente de los archivos como instrumentos de apoyo a la gestión administrativa, no sería descabellada su dependencia del Departamento competente en materia de Administraciones Públicas, sobre todo si

²⁰³ Como señala L. MARTINEZ GARCIA, “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, op. cit., p. 110, esta dicotomía entre órganos directivos y órganos ejecutivos obedece a la necesidad de que en cada subsistema exista un centro directivo que tutele los principios generales, puesto que los archivos, desde el punto de vista orgánico, son unidades adscritas a estructuras administrativas de distinto nivel.

²⁰⁴ De un modo tópico, la Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 33.2- establece que los archivos centrales dependen “orgánicamente” de las Consejerías respectivas y “funcionalmente” de la Consejería de Cultura. Pero como señala L. MARTINEZ GARCIA, “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, op. cit., p. 124, esta dependencia funcional es meramente teórica.

²⁰⁵ Reglamento de Archivos Militares -art. 3-.

²⁰⁶ Sobre la disgregación y fragmentación de los sistemas archivísticos, L. MARTINEZ GARCIA, “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, op. cit., pp. 112 y ss.

²⁰⁷ El Real Decreto 691/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte -art. 1-, adscribe la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas a la Secretaría de Estado de Cultura. Vid. L. MARTINEZ GARCIA, “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, op. cit., pp. 111 y 124.

se tiene presente la mencionada particularidad "transversal" de los sistemas archivísticos, disgregados en el conjunto del entramado administrativo, y a la vista de la debilidad tradicional del Departamento competente en materia cultural para coordinar la política archivística y, en particular, para garantizar las transferencias documentales²⁰⁸.

De otro lado, en el adecuado funcionamiento de los sistemas de archivos se ha revelado imprescindible el papel desempeñado por órganos colegiado de carácter consultivo en relación con el órgano director del sistema, y cuyas funciones son eminentemente técnicas, en el sentido de definir criterios y soluciones homogéneas en relación con las diferentes cuestiones que suscita la gestión documental: valoración de series documentales, determinación del ciclo vital de los documentos, de su conservación/eliminación, accesibilidad..., aunque desde luego la denominación, composición y competencias de estos órganos varía considerablemente -Comisiones Técnicas, Consejos, Juntas...-²⁰⁹.

A nivel de la Administración del Estado, ya se ha mencionado más arriba la tardanza en la creación de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, prevista en el art. 58 de la LPHE, y cuya composición, funcionamiento y competencias no se han regulado hasta la aprobación del Real Decreto 139/2000 -otra cosa es que se haya constituido efectivamente y, menos aún, que funcione con regularidad, cosa que no nos consta-. De entrada, este retraso no ha impedido la constitución de Comisiones Calificadoras en determinados Departamentos, posibilidad ésta admitida por la propia LPHE -art. 58-²¹⁰, con las

²⁰⁸ Vid. L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 121. Asimismo, como indica este autor -p. 111-, la adscripción al Departamento responsable de la política cultural se encuentra motivada por la relación con el patrimonio documental y en la mentalidad de la Administración, que considera que sólo existen archivos históricos nacidos por generación espontánea. A estas consideraciones cabría añadir la no despreciable fuerza que la inercia, el mantenimiento de la situación previa, tiene en el ámbito de la Administración.

²⁰⁹ Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 18.1-; Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 44 y ss-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 12-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 11-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -arts. 10 y ss.-, el cual diferencia hasta tres órganos consultivos. En general, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 111, señala que estos órganos consultivos se han convertido en instituciones testimoniales, irregulares en sus reuniones y con escasa capacidad de influencia, llegando a afirmar -p. 127- que su situación está presidida por la ineficacia y parálisis. Lo cierto es que estas deficiencias en el funcionamiento de estos órganos son, probablemente, generalizables al conjunto de los órganos consultivos que proliferan en los distintos sectores de actuación de la Administración.

²¹⁰ Así, la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento, creó la "Comisión Clasificadora de Fondos Documentales" del Ministerio de Asuntos Exteriores, como órgano asesor del Secretario General Técnico -que la preside- en materia de calificación y utilización de los documentos generados o depositados en el Departamento, así como en relación con el régimen acceso e inutilidad administrativa de los mismos. En este sentido, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 24 de abril de 1997, por la que se regula el acceso al Archivo Central del mismo, crea la Comisión Calificadora de Documentos de Administrativos del Ministerio de la Presidencia, adscrita a la Secretaría General Técnica. Igualmente, el Reglamento de Archivos Militares de 1998 -art. 10- crea la Comisión Calificadora de Documentos de Defensa, admitiendo, además, la creación en su seno de Subcomisiones calificadoras -art. 14-.

cuales debe coordinarse ahora la Comisión Superior²¹¹, así como ha determinado la imposibilidad de hacer efectiva la coordinación con los correspondientes órganos consultivos prevista en algunas Leyes autonómicas²¹². En otro orden, debe mencionarse a la Junta Superior de Archivos que, con fundamento en el art. 3.2 de la LPHE y en el art. 10 del Real Decreto 111/1986, fue desarrollada por Orden de 11 de febrero de 1992. No obstante, aunque su denominación se aproxima a la antigua Junta Técnica de Archiveros -art. 13 del Decreto de 1947-, su composición no responde ya en modo alguno a los criterios corporativistas de ésta, y sus funciones aparecen notablemente desdibujadas²¹³.

5.4. El flujo o circuito archivístico

Para que los documentos fluyan adecuadamente por la red de archivos es preciso que la norma correspondiente defina claramente las respectivas fases de archivo y, en consecuencia, las transferencias regulares, esto es los procedimientos de traspaso periódico de la documentación de un archivo a otro siguiendo el ciclo vital de los documentos²¹⁴, pues de ello dependerá que los documentos, en su caso, ingresen tempestivamente en los archivos susceptibles de consulta pública²¹⁵.

1. La fase de archivo de gestión

- Legislación del Estado. Al igual que hiciera la Ley de Procedimiento de 1958, la LPAC omite referencia alguna a la problemática de los archivos y se desentiende en absoluto sobre qué ha de ocurrir con los expedientes una vez tramitados²¹⁶. Por su parte, el ROF -art. 179-, tomando textualmente un precepto del Reglamento de Organización y Funcionamiento de 1952 -art. 294-, establece que

²¹¹ De un modo, marcadamente genérico, el Real Decreto 139/2000 -art. 5.2- establece que las Comisiones Calificadoras creadas al amparo del art. 58 de la LPHE, "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".

²¹² Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 12.3-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 10.2-.

²¹³ Vid. sobre la Junta Superior de Archivos la valoración crítica que formula L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 127.

²¹⁴ Decreto de la Xunta de Galicia -art. 5.2-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 50-.

²¹⁵ Así, SANCHO CUESTA, "El derecho de acceso a los archivos y registros", op. cit., p. 89.

²¹⁶ SANCHEZ BLANCO -"El sistema de archivos: De las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas", op. cit., p. 359- ha puesto de manifiesto cómo tradicionalmente se ha ignorado la interconexión de los archivos con la estructura organizativa pública y con su realidad operativa. Los Archivos -dirá este autor- ya no admiten la unilateral perspectiva de su vinculación histórica a la simple conservación de fondos documentales del pasado, sino que requieren particularizar precisos criterios de procedimiento en la tramitación de la documentación pública en garantía de los ciudadanos y del buen orden en la tramitación de los asuntos públicos -p. 361-. Asimismo el autor denuncia el vacío normativo de los archivos administrativos y -p. 368- conecta esta temática con bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas -art. 149.1.18 CE-, y alude a la necesidad de que se incorporen en el procedimiento administrativo las precisas previsiones para garantizar la efectiva inserción de los documentos y expedientes administrativos en un sistema integrado de archivos -p. 375-.

“Los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo, y tendrán índice alfabético duplicado en que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes”. Como ha observado la doctrina, no se establece de modo taxativo la obligación de ingreso de los expedientes en el archivo, una vez terminados, sino que se utiliza la fórmula flexible de su envío “periódico” al archivo. El grado de indeterminación es pues aún mayor que el del Decreto de 1969²¹⁷.

En relación con la Administración del Estado, la LPHE no regula en modo alguno la remisión de documentos de las unidades y centros de gestión a los llamados Archivos “centrales”, de modo que hay que entender aún formalmente vigente el Decreto 914/1969, por el que se creó el Archivo General de la Administración Civil²¹⁸. Este Decreto -art. 2- establece que anualmente, en las fechas y forma que se determine por el Subsecretario de cada Departamento, las dependencias centrales de la Administración General del Estado y de las Administraciones institucionales remitirán al Archivo Central de cada Ministerio a que pertenezcan sus expedientes, pero el Decreto diferencia dos tipos de expedientes:

- Expedientes en que se hayan dictado actos administrativos de resolución que afecten de algún modo a derechos e intereses del Estado o de los administrados. De entrada debe observarse que, aun cuando se descarte la posibilidad teórica de actos administrativos de resolución que no afecten de algún modo a derechos e intereses del Estado o de los administrados, es frecuente que un procedimiento termine sin que se dicte un acto administrativo de resolución ni siquiera en sentido amplio o formal -caso de conclusión por silencio administrativo-, y en tales casos no se aplicaría esta regla de remisión. Pero aun en el caso de procedimientos que culminan en un acto administrativo de resolución el Decreto establece que estos expedientes se remitirán en su totalidad, cuando “dichos actos hayan devenido firmes y se hayan practicado por la Administración las actuaciones conducentes a la total ejecución de sus pronunciamientos”. Debe señalarse que este requisito de la firmeza y ejecución del acto es distinto al requisito de “procedimientos terminados” al que se refiere el art. 37.1 LPAC. En efecto, un procedi-

²¹⁷ F. SAINZ MORENO, “Secreto e información en Derecho Público”, op. cit., pág. 2928. Quedan pues -dirá SAINZ MORENO- indeterminados los presupuestos de la obligación de ingresar los expedientes en el archivo: ¿cuándo se entiende que un expediente está terminado?; ¿cuándo se envía al archivo?. Parece claro, añade el autor, que tal indeterminación disminuye la garantía que el ingreso de un expediente supone para su integridad, creando el riesgo de eventuales alteraciones -desaparición de originales, adición de otros, sustituciones, etc-. En este sentido, GONZALEZ NAVARRO -*Derecho Administrativo Español*, t. II, op. cit., pág. 568, y *El procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales*, en “Tratado de Derecho Municipal”, tomo I, pág. 471- ha llamado la atención sobre los términos excesivamente generales del precepto. Como se vio en su momento, el origen de estas reglas de remisión periódica de los expedientes al archivo se encuentra, como tantas otras innovaciones en esta materia, en el Reglamento de Ministerio de Gobernación de 1870.

²¹⁸ La Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento, dispone que la remisión de la documentación del Archivo central del Departamento al Archivo General de la Administración del Estado se ajustará a las normas establecidas con carácter general en el Decreto 914/1969, lo cual confirma la vigencia de este Reglamento.

miento puede haber concluido por haberse dictado la resolución que ponga término al mismo, pero dicha resolución no adquiere firmeza hasta tanto no sea susceptible de recurso en vía administrativa. Y, además, la ejecución completa del acto puede requerir del inicio y tramitación de un procedimiento de ejecución forzosa. Asimismo, en otros casos, la ejecución del acto se deja en manos del interesado -caso de procedimientos autorizatorios-, o de lugar a una relación de tracto sucesivo -supuestos de concesiones y autorizaciones de funcionamiento-. Debido a estas indeterminaciones es preferible el criterio seguido en alguna norma posterior de alcance parcial fija un plazo de cinco años desde la firmeza del acto para la remisión de los documentos al Archivo central²¹⁹.

- Expedientes o documentos en que no proceda dictar actos administrativos de resolución del carácter expresado, así como informes, estudios, etc. Estos documentos pasarán al Archivo Central, "cuando hayan producido en la dependencia que los ha elaborado o tramitado la totalidad de sus efectos". Aquí deberán incluirse los expedientes antes mencionados referentes a procedimiento terminados sin acto administrativo resolutorio²²⁰.

- Retención de los expedientes por las oficinas. No obstante lo anterior, es decir aun cuando los actos hayan devenido firmes o se hayan producido la totalidad de sus efectos, el Decreto 914/1969 permite que, "cuando la índole de la documentación así lo aconseje podrán conservarse en la respectiva dependencia administrativa previa resolución del Subsecretario del Departamento correspondiente. El mismo régimen se seguirá con aquellas series documentales que por razón de su frecuente consulta convenga conservar en la dependencia que las produce o tramita"²²¹. De este modo, el Decreto establece una regla general de remisión anual a los Archivos centrales de cada Departamento de los documentos que hayan ago-

²¹⁹ La Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento, establece que sólo podrán ser consultados a los fines de investigación, los documentos de carácter histórico y los expedientes administrativos sobre los que haya recaído resolución definitiva y ésta haya devenido firme, siempre que hayan producido en la dependencia que los ha elaborado o tramitado la totalidad de sus efectos. Para ello, se establece que las distintas dependencias del Departamento deberán remitir tales expedientes al Archivo General del mismo -es decir, al Archivo "central"- en el plazo máximo de cinco años a contar desde la firmeza de aquéllos.

²²⁰ El texto que se ha manejado -publicado en el Aranzadi nº 962- refiere este traslado al Archivo "General". No obstante, una elemental interpretación sistemática de la norma obliga, según entiendo, a concluir que se trata de un error, pues no parece lógica una remisión directa de estos documentos desde las dependencias que los tramitaron al Archivo General, sin pasar por el Archivo Central del Departamento correspondiente.

²²¹ En este sentido, la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento, establece: "No obstante, cuando la índole de los documentos así lo aconseje, dichos expedientes podrán conservarse en la respectiva dependencia administrativa siempre que así lo acuerde el Jefe de la misma, previo informe favorable del Archivo General del Departamento. El mismo régimen se seguirá con aquellas series documentales que por razón de su frecuente consulta convenga conservar en la dependencia que las produce o tramita". Por tanto, la única diferencia estriba en que se autoriza al propio jefe de la Dependencia a retener la documentación, sin necesidad de resolución previa del Subsecretario.

tado sus efectos, pero se trata de una regla que puede ser excepcionada discrecionalmente -"aconseje", "convenga", son expresiones que emplea la norma-, sin que se imponga ningún límite cierto de tiempo a esta retención de documentos por las dependencias que los producen o tramitan, por lo que pueden permanecer indefinidamente en los mismos²²².

- Legislación autonómica. Sobre este punto existe diversidad de criterios. Algunas normas autonómicas se limitan a establecer, de un modo absolutamente indeterminado, que una vez expirado el período de utilización administrativa" de los documentos se incorporarán al correspondiente archivo central²²³. En cambio, otras normas han optado por reproducir casi literalmente los términos del Decreto 914/1969, con todas sus indeterminaciones y defectos²²⁴, si bien en algunos casos se introduce la importante precisión de establecer que, en todo caso, la permanencia de los documentos en los archivos de oficina no será superior a cinco años desde el fin de su tramitación, salvo excepciones razonadas, excluyéndose de esta regla la documentación de apoyo informativo²²⁵. Finalmente, en algún caso se establece, de un modo más sencillo, que la transferencia del archivo de oficina al central tendrá lugar al año de haber finalizado su trámite administrativo²²⁶.

2. La fase de archivo central

- Legislación del Estado. La LPHE -art. 65.1- establece que la documentación de los organismos dependientes de la Administración del Estado será regularmente transferida, según el procedimiento que por vía reglamentaria se establezca, a los Archivos del Estado. A falta de otra norma general, de nuevo hay que acudir al Decreto 914/1969 -art. 3-, el cual establece que la documentación de los Archivos Centrales de los Ministerios se trasladará al Archivo General al cumplirse los quince años de su ingreso en los mismos. Por tanto, desde la pérdida de efectos administrativos, los Departamentos y Organismos conservarán los documen-

²²² En este sentido, SANCHEZ BLANCO -"El sistema de archivos", op. cit., pág. 367- señala que tal disposición matiza sino desvirtúa las provisiones temporales de envío al Archivo General. Más aún, D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 196, afirma que esta excepción se ha convertido en la regla.

²²³ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 2-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 4.1-. Asimismo, el Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 25.1- deja sin determinar los plazos de las transferencias regulares.

²²⁴ Ley de Murcia 6/1990 -art. 7.1-. Por su parte, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.1 y 3- y la Ley de La Rioja 4/1994 -art. 18.1- introducen la diferencia de atribuir la competencia para retener los documentos al Secretario General Técnico en lugar del Subsecretario, lo cual no tiene mayor relevancia, dado que es una competencia perfectamente delegable y dada la tendencia organizativa actual -ratificada por la LOFAGE- a subordinar la Secretaría General Técnica al Subsecretario o, en su caso, Viceconsejero.

²²⁵ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 18.1-. Es decir se recoge el plazo de 5 años previsto en la Orden del Ministerio de Exteriores de 1991, pero no referido a la fecha de firma del acto sino de terminación del procedimiento.

²²⁶ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 53-.

tos durante quince años más, y ello sin contar el tiempo que han podido estar retenidos en las dependencias administrativas, según antes se ha visto, tiempo éste que no se resta al plazo general. No obstante, añade el Decreto, "aquellas series documentales que tengan poco uso y se consulten raramente podrán ser enviadas al Archivo General antes de cumplir el indicado plazo, a propuesta del Archivero del Ministerio, con aprobación del Subsecretario del Departamento". Es decir, la norma atribuye claramente -"podrán"- al Subsecretario una facultad discrecional²²⁷.

- Legislación autonómica. En algunos casos se deja indeterminada la duración de esta fase de archivo²²⁸, mientras que en las normas más recientes no sólo se fija un plazo sino que se opta por reducir el plazo del Decreto 914/1969 de quince a diez años a partir de la fecha de ingreso del documento en el archivo central²²⁹.

3. Fase de archivo general o intermedio.

- Legislación del Estado. El Decreto 914/1969 no establece un plazo de permanencia de los documentos en el Archivo General desde su ingreso, sino que se refiere a un plazo de antigüedad de los documentos mismos para su remisión al Archivo Histórico. Asimismo, los Archivos (Históricos) Provinciales cumplirán -art. 5- la finalidad asignada al Archivo General de la Administración Civil respecto a la documentación producida por los servicios provinciales de la Administración Central o Institucional.

- Legislación autonómica. Aun cuando en algunos casos no se predetermina plazo alguno²³⁰, las normas autonómicas más recientes sí fijan un plazo máximo de permanencia en el archivo intermedio: durante un período máximo de quince años²³¹.

4. Fase de archivo histórico

- Legislación del Estado. El Decreto 914/1969 establece -art. 3- que el Archivo General formulará propuesta a la Dirección General de Archivos y Bibliotecas para remitir al Archivo Histórico Nacional aquella documentación que

²²⁷ Por su parte, el Reglamento de Archivos Militares -art. 18.2- establece que los archivos centrales conservarán la documentación por un plazo de cinco años. No obstante, debe observarse que en el esquema de esta norma los archivos centrales no tienen el carácter unitario propio de otros sectores, de modo que son más próximos a los archivos de gestión.

²²⁸ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 3.1-; Ley de Aragón 6/1986 -art. 5.1-; Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 26.2-.

²²⁹ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.2-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 18.1-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 53-.

²³⁰ Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 26.3-; Ley de Murcia 6/1990 -art. 7.8-.

²³¹ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.4-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 18.1-. No fija tal plazo el Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 53-.

con más de veinticinco años de antigüedad carezca, a su juicio, de validez administrativa y tenga valor histórico²³². Es decir, no basta que el documento cumpla la antigüedad señalada de 25 años, sino que, además, es preciso que, a juicio de la mencionada autoridad, concurren las circunstancias de carencia de validez administrativa y posesión de valor histórico²³³. En cambio, otras normas estatales posteriores optan por reducir a veinte años la antigüedad mínima de los documentos a transferir a los archivos históricos²³⁴.

- Legislación autonómica. Las leyes autonómicas siguen el criterio del Decreto 914/1969 estableciendo que la documentación depositada en el archivo intermedio que alcance una antigüedad determinada, y que tenga valor histórico o interés para la investigación que justifique su conservación definitiva, recibirá el tratamiento correspondiente a tal valor en el correspondiente archivo histórico, con la única variación de que en algún caso se reproduce el plazo de veinticinco años fijado en el Decreto 914/1969²³⁵, mientras que en otros casos el plazo de antigüedad se amplía a los treinta años²³⁶.

En definitiva, a nivel de la Administración del Estado sigue formalmente vigente un Reglamento, el Decreto 914/1969, y que adolece, por razones más que evidentes, de adecuación a las actuales estructuras de la Administración del Estado, lo que suscita serias dudas acerca de su aplicación real. Aunque, en cualquier caso, lo cierto es que la norma en cuestión, al estar plagada de indeterminaciones, faculta a los órganos, centros y unidades administrativas para retener por tiempo prácticamente indefinido los documentos que estimen necesarios para la adecuada gestión administrativa. Y, conviene precisar, esta retención es plenamente lícita. Y todo ello sin tener en cuenta que la Administración puede acudir al fácil recurso -apoyado en la siempre recurrente supuesta falta de medios de la Administración Pública- de no trasladar los expedientes a los Archivos de la fase siguiente por falta de medios adecuados²³⁷.

Asimismo, sorprendentemente, en algunas Comunidades Autónomas se ha

²³² La Dirección General resolverá en cada caso, previa consulta a los Departamentos interesados.

²³³ Lo cual, por otra parte, como dice SANCHEZ BLANCO "El sistema de archivos", op. cit., pág. 367-, muestra el detalle en la regulación de los Archivos Históricos en detrimento de la carencia de previsión normativa referida a los Archivos Administrativos, ..., lo que solaya la funcionalidad de los archivos como ineludible referencia para la racionalidad de los procedimientos administrativos.

²³⁴ Reglamento de Archivos Militares -art. 18.4-.

²³⁵ Ley de Murcia 6/1990 -arts. 7.8 y 12.2-.

²³⁶ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 13.5-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 18.1-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 53-.

²³⁷ Piénsese en los frecuentes avatares por los que han pasado los archivos municipales, que no han contado ni cuentan hoy día entre las prioridades de la política local.

optado prácticamente por reproducir el Decreto 914/1969. No obstante, se han observado dos mejoras en la ordenación de estas transferencias regulares: primero, la fijación de un plazo máximo para la fase de archivo de gestión, que convencionalmente se viene situando en los cinco años desde el fin de la tramitación de los documentos; y la fijación de un plazo máximo permanencia de los documentos en el archivo intermedio, y que convencionalmente se sitúa en los quince años desde la fecha de ingreso del documento.

5.5. El funcionamiento de los archivos

1. La identificación documental

La identificación es la primera fase del tratamiento archivístico, y consiste en el proceso de análisis e investigación a través del cual se analizan la organización y funciones de las personas y entidades que producen los documentos, así como se identifican las clases de series documentales que componen cada fondo, todo ello como base para su posterior valoración²³⁸. Una vez identificadas las series, se establece la ordenación de las unidades documentales que las componen, generalmente siguiendo los criterios cronológicos, alfabéticos o numéricos que imponga la estructura de las series²³⁹. La tendencia actual consiste en imponer la identificación como obligatoria para cualquier fondo documental, debiendo hacerse, preferentemente, en las áreas de producción documental²⁴⁰.

2. La valoración documental

Se entiende por valoración documental la investigación y el análisis de la información obtenida mediante la identificación que permite determinar cuáles son los valores primarios y secundarios de las series documentales, es decir, los testimonios administrativos, legales, jurídicos e informativos presentes en cada una de las series documentales. Esta valoración tiene por finalidad establecer las propuestas iniciales conservación, los plazos de permanencia en los diferentes archivos y su transferencia, la posible eliminación, así como el régimen de acceso de las mismas, cuando sea posible establecer un criterio general²⁴¹.

Algunas normas establecen que la valoración de las series documentales debe realizarse en los archivos de oficina y centrales, así como en los archivos intermedios o históricos para las series que, ingresadas en ellos, carez-

²³⁸ Reglamento de Archivos Militares -art. 36-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 27.1-.

²³⁹ Reglamento de Archivos Militares -art. 38-.

²⁴⁰ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 27.1-.

²⁴¹ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 16-; Reglamento de Archivos Militares -art. 39-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 29.1-.

can de aquélla²⁴². No obstante, a nuestro modo de ver, aun cuando parece razonable imponer a los centros de producción documental la labor de identificación, nos cuestionamos la idoneidad de los archivos de gestión para realizar el proceso de valoración, no ya por la razón circunstancial de que puedan carecer, como de hecho así sucede, de personal cualificado para realizar una labor técnica y de enorme trascendencia posterior, sino por el riesgo objetivo que supone que sea el mismo centro o unidad productor de la documentación el que determine su conservación o eliminación²⁴³.

En todo caso, los resultados de la valoración deben reflejarse en las "tablas de valoración", que deberán trasladarse, como propuestas formuladas por los directores de los archivos, a la correspondiente Comisión Calificadora de Documentos u órgano similar para su dictamen²⁴⁴. Las tablas de valoración son, en su caso, aprobadas por el órgano que ejerza la dirección del correspondiente sistema archivístico, a nivel autonómico, generalmente por el titular Departamento competente en la materia²⁴⁵. A este respecto, dada la relevancia de este acto en relación con el derecho de acceso, debería entenderse que la tabla debe aprobarse, no mediante resolución, sino mediante Orden, la cual determina su obligatoria publicación en el Boletín Oficial correspondiente, tal como se prevé expresamente en alguna norma²⁴⁶.

3. Las transferencias de documentos.

Las transferencias regulares son el procedimiento de trasaso ordenado y periódico de la documentación de un archivo a otro del correspondiente sistema siguiendo el ciclo vital de los documentos. Tal como se vio²⁴⁷ más arriba, las transferencias regulares de documentos de una fase a otra del circuito archivístico están determinadas por los plazos generales fijados para las sucesivas etapas o fases de archivo. No obstante, la tendencia más reciente consiste en que sean las tablas de valoración, como acaba de señalarse, las que fijen los plazos de las transferencias regulares, previa eliminación de los documentos que procedan, de modo que los plazos generales se aplicarían a aquellas series documentales que no cuenten con

²⁴² Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 29.2-. Por su parte, el Reglamento de Archivos Militares -art. 40- se refiere a los archivos centrales e intermedios, si bien ya se señaló el distinto alcance de unos y otros.

²⁴³ En este sentido, parece preferible el criterio de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 15.6-, según la cual se procederá desde los archivos centrales al estudio e identificación de las series documentales.

²⁴⁴ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 16.3-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 20.5-; Reglamento de Archivos Militares -art. 41-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 32.1-.

²⁴⁵ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 16.3-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 20.5-.

²⁴⁶ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 32.2-.

²⁴⁷ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 17.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 19.1-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 50-.

tablas de valoración²⁴⁸. A nuestro modo de ver, los plazos legales no deberían tener un mero valor residual, sino que deberían jugar como plazos máximos, sin perjuicio de que las tablas de valoración puedan, en su caso, acortarlo, y la posibilidad -siempre inevitable de contemplar- de ampliación de los plazos debería tener un carácter excepcional, requiriendo la correspondiente motivación, pues de lo contrario el grado de discrecionalidad por parte de la Administración sería absoluto.

De otro lado, la transferencia de los documentos tiene por efecto el traspaso de las responsabilidades que les afecten²⁴⁹. Pero ello no quiere decir siempre y en todo caso que se transfiera la titularidad misma del documento ante una solicitud de acceso. Tal como tuvimos ocasión de comprobar en el estudio histórico, ha existido y existe aún una cierta resistencia por parte de determinados órganos activos productores de los documentos a perder el "dominio" sobre los mismos, conflicto éste que se reflejará en la atribución de la competencia para decidir los procedimientos de solicitudes de acceso. Y, en este sentido, algunas normas declaran abiertamente que la documentación conservada en el correspondiente archivo "se considerará en todo momento a disposición de los servicios que la hubieren remitido", admitiéndose incluso la remisión temporal de la documentación original si así se requiere²⁵⁰, lo cual supone una excepción al principio tradicional de no admisión de la salida de los documentos originales de los archivos. No obstante, el principal problema que presentan las transferencias documentales es el de su irregularidad cuando no su simple incumplimiento, derivadas de una arraigada concepción patrimonialista de la documentación²⁵¹.

4. La selección de los documentos

El deber de conservación no es ni puede ser, evidentemente, absoluto. Las Administraciones -hoy como ayer- generan una masa ingente de documentos, que hace imposible -e innecesaria- su indiscriminada conservación. Como se ha señalado con acierto, la masa documental que hoy producen las instituciones precisa de un esfuerzo valorador que haga conservar de modo adecuado los documentos que hay que preservar, y destruir el resto para el eficaz empleo de los recursos²⁵². Se

²⁴⁸ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -arts. 52 y 53-.

²⁴⁹ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 17.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 19.1-.

²⁵⁰ Decreto 914/1969 de la Administración del Estado -art. 4-; Ley de Murcia 6/1990 -art. 7.6-.

²⁵¹ L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., p. 146, quien añade la tendencia actualmente extendida en determinados organismos de crearse su propia política cultural a costa de la unidad del sistema archivístico.

²⁵² Expo. motiv. de la Ley 4/1993 de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid. En este sentido, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 158, señala que no toda la información que accede al archivo tiene el mismo valor, pues el contenido informativo de los documentos se aprecia y deprecia con el tiempo. Asimismo, este autor -p. 162- subraya la necesidad de evitar que los documentos accedan a los archivos de un modo indiscriminado, propugnando una eliminación controlada de los documentos que evite el colapso de los archivos.

trata, por tanto, de una potestad de ejercicio necesario pero en extremo delicada, pues supone la negación del deber de conservación. Así, la doctrina administrativa advierte que la facultad de eliminar documentos útiles puede ejercitarse abusivamente para sumir en el secreto ciertos aspectos de la acción administrativa. No hay documento más secreto que aquél que se ha destruido.... Frente a ello el legislador ha reaccionado estableciendo que el principio de que los documentos no se pueden destruir en tanto conserven interés histórico o administrativo²⁵³. La selección documental es la operación que permite determinar, una vez realizada la identificación y la valoración, los documentos que han de ser conservados o, por el contrario, eliminados, de acuerdo con los plazos fijados en las tablas de valoración²⁵⁴. La selección presenta, así, dos resultados contrapuestos: la conservación y la eliminación.

- Documentos que deben conservarse. Dado que los documentos públicos forman parte del Patrimonio Documental, independientemente de su antigüedad, la pauta a seguir es que los tales documentos no deben ser destruidos salvo en los supuestos y mediante los procedimientos que reglamentariamente se dispongan, en función de los valores de los documentos -básicamente jurídicos y culturales- y de sus plazos de vigencia²⁵⁵. En general, debe entenderse que los documentos constitutivos del Patrimonio Documental no deben ser destruidos salvo cuando, una vez realizado su estudio de identificación y valoración, se determine que carecen de valor administrativo o cultural -informativo, histórico, científico...-²⁵⁶. De este modo, la valoración de las series documentales determina el expurgo y eliminación de los documentos que habiendo perdido ya otros valores carezcan de valor histórico²⁵⁷. En todo caso, la LPHE -art. 55.2- establece que bajo ningún concepto se podrán destruir los documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o los entes públicos²⁵⁸. Y disposiciones similares se contienen en la legislación autonómica²⁵⁹. A este respecto, la doctrina observa que la referencia a los criterios de selección documental introduce en uno

²⁵³ F SAINZ MORENO -*Secreto e información*, op. cit., pp. 2947- distingue dos supuestos: la selección de documentos antes de incorporarlos al archivo y la posible destrucción de documentos ya incorporados, cuando por el transcurso del tiempo u otras circunstancias, carece de interés. Esta distinción, sin embargo, no se recoge en la legislación sobre archivos, siendo lo más frecuente que ambos supuestos reciban un tratamiento unitario.

²⁵⁴ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 33-.

²⁵⁵ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 19-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 34-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 28-.

²⁵⁶ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 19-; Ley de Cataluña 6/1985 -art. 2-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 21-. SECO CAMPOS -op. cit., pág. 53- señala que, como todos los archiveros saben, si sólo se pone el interés en los documentos históricos habrá muchos que no alcancen esa noble condición.

²⁵⁷ Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 18-.

²⁵⁸ En idéntico sentido, el Reglamento de Archivos Militares -art. 42.2-.

²⁵⁹ Decreto Xunta de Galicia 307/1989 -art. 25.3-; Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 12.4-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 10.2-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 84.2-; Ley de Extremadura 2/1999 -art. 76-.

de los aspectos más delicados de esta problemática y cuya carencia de regulación nos introduce en supuestos de discrecionalidad administrativa, expresados en la posibilidad de destruir documentación, sin existencia de responsabilidad funcional, por efecto de la aplicación de medidas que tratan de racionalizar fondos documentales públicos y que pueden derivar en simples expurgos de documentos, sin excluir la opción de la simple destrucción por efecto de carencia de espacios para las dependencias públicas²⁶⁰.

- La eliminación de documentos. Se entiende por eliminación de documentos la destrucción física, por cualquier método, de unidades o series documentales de acuerdo con lo determinado en el proceso de valoración documental²⁶¹. Alguna norma precisa que debe garantizarse la imposibilidad de reconstrucción de los documentos y su posterior utilización, sin perjuicio del posible aprovechamiento del material o de alguno de sus componentes²⁶².

- Procedimiento de eliminación documental. En general, la mayor o menor agilidad del proceso de eliminación de documentos originales dependerá de la existencia o no de tablas de valoración aprobadas. En el caso de ausencia de tablas de valoración, el procedimiento que se sigue es aproximadamente el siguiente.

- Propuesta de eliminación. El archivo al que pertenezcan los documentos o series documentales debe formular la pertinente propuesta de eliminación de documentos, acompañada del correspondiente estudio de identificación y valoración, conteniendo las conclusiones que hagan aconsejable la eliminación, así como una descripción de la documentación cuya eliminación se propone, con expresión de firmas, organismo productor, fechas extremas, resumen de contenido y tipo de muestreo que se recomienda²⁶³. Asimismo, tal como establece alguna norma, debe entenderse que el órgano que ejerza la dirección del Sistema Archivístico correspondiente podrá solicitar al archivo que proponga la eliminación de documentos toda la información que considere necesaria para el estudio de su propuesta²⁶⁴.

- Dictamen de la Comisión Calificadora. Una vez considerada suficiente la información aportada por el archivo proponente, el expediente debe ser remitido

²⁶⁰ A. SANCHEZ BLANCO, "El sistema de archivos: De las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas", op. cit., p. 373.

²⁶¹ Reglamento de Archivos Militares -art. 42.1-.

²⁶² Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 34-.

²⁶³ Reglamento de Archivos Militares -art. 43.1-.

²⁶⁴ Reglamento de Archivos Militares -art. 43.2-.

a un órgano consultivo, de composición eminentemente técnica. La LPHE -art. 58- atribuye a un órgano consultivo, la Comisión Superior Calificadora de Documentación Administrativa, la función de dictaminar sobre la inutilidad administrativa de los mismos. Sin embargo, la falta de desarrollo normativo de esta Comisión hasta fechas recientes -como nos consta- ha impedido que juegue el papel en principio asignado por la Ley²⁶⁵. De modo similar, en la legislación autonómica otorga en relación con la eliminación de las series documentales un papel capital el preceptivo informe calificador de un órgano consultivo²⁶⁶, que en ocasiones se prevé que debía coordinar sus criterios con los que fije la Comisión Superior Calificadora de Documentos prevista en la LPHE, coordinación que -como es evidente- ha sido imposible al menos hasta el Real Decreto 139/2000²⁶⁷.

- Autorización del órgano competente. La LPHE -art. 55.1- ordena que la exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico de titularidad pública deberá ser autorizada por la Administración competente. En la Administración del Estado, se atribuye esta competencia al Ministerio competente en materia de cultura²⁶⁸. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica, atribuyendo la competencia para aprobar la eliminación a la Consejería de Cultura²⁶⁹. Además, alguna disposición específica que la eliminación debe autorizarse por Orden del Departamento competente, que se insertará en el Boletín Oficial correspondiente²⁷⁰.

- Eliminación. En general, la eliminación de documentos conlleva la conservación de muestras originales representativas. Las técnicas de muestreo o expurgo deben quedar fijadas en las tablas de valoración²⁷¹. De toda eliminación debe levantarse un acta, remitiéndose una copia de la misma a la correspondiente Comisión Calificadora de los Documentos²⁷².

²⁶⁵ Más aún, no deja de ser sorprendente que finalmente el Real Decreto 139/2000 no mencione, entre las competencias de la Comisión Superior Calificadora de Documentación Administrativa la relativa a la eliminación de los documentos.

²⁶⁶ Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 10.2-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 18-; Ley de la Comunidad Valenciana 4/1998 -art. 85-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 35-.

²⁶⁷ Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 12.3-; Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 10.2-.

²⁶⁸ Así, el Reglamento de Archivos Militares -art. 43.2- establece que, tras el informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, el expediente es elevado al Ministro de Educación y Cultura para resolución definitiva, bien aprobando, bien desaprobando la eliminación propuesta, quien devolverá al órgano que ejerza la Dirección del Sistema Archivístico de la Defensa el expediente resuelto.

²⁶⁹ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 35.2-.

²⁷⁰ Así, el Reglamento de Archivos Militares -art. 43.3-.

²⁷¹ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 38-.

²⁷² Reglamento de Archivos Militares -art. 43.4-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 39.2-.

- Denegación de la autorización. Alguna norma precisa que si la eliminación no fuese autorizada, no podrá presentarse nueva solicitud de eliminación de los documentos propuestos hasta pasados cinco años de la fecha de la denegación, a menos que el órgano que ejerza la dirección del Sistema Archivístico comunique que puede plantearse de nuevo la propuesta por haberse reconsiderado los criterios archivísticos aplicados en la primera valoración ²⁷³.

- Eliminación ilegal de los documentos. La LPHE -art. 76.1- tipifica como infracción administrativa la exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental (y Bibliográfico) sin la autorización correspondiente. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica.

VI. EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PUBLICOS

6.1. El acceso a los documentos públicos en la LPHE

La LPHE -art. 57.1- establece un doble sistema de acceso a los documentos públicos integrantes del Patrimonio Documental Español, diferenciando entre documentos de consulta pública o libre consulta y documentos excluidos de consulta pública. Pero debe inmediatamente precisarse que, en el esquema de la LPHE, los documentos excluidos de consulta pública no significa que se trate de documentos sujetos a un régimen de secreto, sino únicamente que el acceso a tales documentos está sometido a autorización administrativa, lo cual implica lógicamente que el acceso a los documentos de consulta pública es, al menos en principio, libre, esto es inmediato.

1. El acceso libre

La LPHE -art. 57.1- establece dos condiciones para que el documento de titularidad pública sea, además, de consulta pública: que haya concluido su tramitación y que haya sido depositado en los archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público. Cuando no se dan cualquiera de las anteriores condiciones hay que entender que el documento, aun siendo de titularidad pública, no es de libre consulta, sino que su acceso está sujeto a autorización administrativa.

- Tramitación concluida. Si por conclusión de la tramitación la LPHE se refiere al documento, se trata de un límite estructural, pues hasta que el documento no esté acabado no cabe, en principio, su comunicación. Y si la conclusión

²⁷³ Reglamento de Archivos Militares -art. 43.5-

de la tramitación se refiere al procedimiento o asunto al que está vinculado el documento debe recordarse que en tales casos ni siquiera cabe ejercer el derecho general de acceso, pues la LPAC -art. 37.1- condiciona el acceso a que "tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud". En este sentido, la LPAC -art. 35.a- reserva el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos a los que tengan la condición de "interesados" en los mismos. Por tanto, este criterio no plantea problemas añadidos, independientemente de la crítica que pueda formularse a la limitación general de la terminación del procedimiento establecida en la LPAC²⁷⁴.

- Depositados en Archivos centrales. Independientemente de que el procedimiento haya concluido, la Ley exige además el depósito y registro del documento "en los archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público". Esta condición plantea determinar cuáles son esos archivos "centrales" en los que se permite el libre acceso. Como tuvimos ocasión de señalar en su momento, la expresión de archivos "centrales" ha tenido en la legislación histórica un significado preciso, referente a los archivos de los distintos Departamentos Ministeriales, en oposición a los archivos generales o históricos, significado que sigue teniendo en la actualidad²⁷⁵. Ahora bien, se trata de archivos que, tanto históricamente como en la legislación vigente, han cumplido y cumplen funciones eminentemente internas, de gestión e información a la propia Administración, pues permanecen bajo la custodia de los Departamentos Ministeriales y pueden seguir siendo utilizados a efectos presentes. Por todo ello, y en contra de interpretación literal de algún autor²⁷⁶, debe entenderse que estos archivos están excluidos de la consulta pública, la cual sería incompatible con su función en el conjunto del sistema archivístico²⁷⁷. Y esta es además la interpretación que luce en las escasas normas reglamentarias vigentes²⁷⁸. Más dudosa es la cuestión en cuanto al Archivo General de la Administración Civil, dada la antigüedad de la documentación que en principio llega a dicho archivo, dado que por hipótesis -art. 1- se trata documentos que carecen de vigencia administrativa -como mínimo con más de quince años de antigüedad, no desde su producción, sino desde su completa ejecución-

²⁷⁴ Vid. sobre ello S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 436 y ss, y las distintas opiniones allí reflejadas.

²⁷⁵ P. ej., Orden del Ministerio de Presidencia de 24 de abril de 1997, por la que se regula el acceso al Archivo "Central" del Ministerio de Presidencia.

²⁷⁶ DA SILVA, op. cit., pág. 324.

²⁷⁷ Así, SANCHO CUESTA, "El derecho de acceso a los archivos y registros", op. cit., p. 89.

²⁷⁸ Así, tanto la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo General de este Departamento, como la Orden del Ministerio de Justicia de 16 de noviembre de 1995, por la que se regula el acceso al Archivo de la Comisión General de Codificación, y la Orden del Ministerio de la Presidencia de 24 de abril de 1997, por la que se regula el acceso al Archivo Central del Ministerio, aun cuando alguna de ellas sigue hablando de "libre consulta" -Orden del Ministerio de la Presidencia de 1997-, en realidad lo que hacen es regular el procedimiento de autorización de las solicitudes de acceso a la documentación contenida en dichos archivos centrales.

No obstante, lo cierto es que el Decreto 914/1969 dispone -art. 4- que la documentación conservada en el Archivo General de la Administración Civil se considerará en todo momento *al servicio de los Organismos* que la hubieran remitido, debiendo aquél facilitar cualquier información, copia o certificación que le soliciten, e incluso remitirle la documentación original si así lo requieren; consideración ésta que debe entenderse extensiva a los Archivos Provinciales, dada su mencionada equiparación de funciones. Por lo tanto, dejando a parte que el objeto de esta disposición no parece ser otro que el de vencer las reticencias de los Departamentos de desprenderse de determinados legajos y renunciar a su control, se omite cualquier referencia al acceso al Archivo por parte del público²⁷⁹.

Por tanto, por exclusión, parece que el acceso libre debe entenderse reservado a los archivos históricos, que constituyen la estación término del circuito archivístico. En todo caso, esta circunstancia determina la importancia que presenta que el sistema archivístico funcione correctamente, de modo que se cumplan las transferencias de documentos entre las distintas fases del sistema y, finalmente, ingresen en los archivos históricos los documentos merecedores de conservación para que puedan ser objeto de consulta pública²⁸⁰.

2. El acceso previa autorización

Como se ha dicho más arriba, los documentos que no cumplan las condiciones señaladas de consulta pública no significa que estén excluidos de su comunicabilidad, sino que ésta está sujeta a autorización administrativa -art. 57.1.b)-. La Ley contempla dos tipos de límites:

- Por razones de interés público. La LPHE -art. 57.1.a)- se refiere a los documentos que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o que no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de una Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

No obstante, la Ley permite que pueda solicitarse autorización administrativa para obtener acceso a estos documentos, la cual podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respecti-

²⁷⁹ Así, según EMBID IRUJO -*El ciudadano y la Administración*, op. cit., p. 112- la LPAC se aplicaría para la consulta de los archivos que pudieran existir en los distintos órganos administrativos -Ministerios, Ayuntamientos, Consejerías de las Comunidades Autónomas- o en los Archivos Generales o Centrales que, en su caso, existieran por cada Administración -y cita para la Administración del Estado el Archivo General de la Administración Civil regulado por el Decreto 914/1969-.

²⁸⁰ Lo cierto es que la doctrina archivística ha denunciado el carácter irregular de las transferencias de fondos. Vid. D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 179.

va declaración, y, en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia²⁸¹. En todo caso, debe observarse que la Ley en ningún momento declara que el ciudadano tenga derecho a acceder a tales documentos, sino que se limita a admitir que la Administración pueda autorizar el acceso, de modo que parece conceder a la Administración una potestad discrecional para admitir o denegar el acceso. No obstante, deben quedar claro dos planos: la apreciación o no de si concurren los límites señalados no es, en sí misma discrecional: en cada caso, la excepción o es aplicable o no lo es. Cuestión distinta es que si se considera que es aplicable un límite de interés público, la Administración decida disponer del mismo haciendo prevalecer el también interés público a la publicidad y transparencia y, en su caso, a la difusión de la cultura²⁸². De otro lado, debe observarse la ausencia en la LPHE de un límite temporal, todo lo prudente que se quiera pero cierto, a este tipo de exclusiones, de modo que puede decirse que la LPHE abandona las peticiones de acceso al criterio que en cada caso adopte la Administración, únicamente sujeta al limitado control judicial. A este respecto, cabe recordar que en Francia la Ley de 3 de enero de 1979 de Archivos establece un plazo de 60 años, a contar desde la fecha del acto, para los documentos que contienen informaciones que interesan a la seguridad del Estado.

Por su parte, el Reglamento de Archivos Militares -art. 65.1- establece que el Ministro de Defensa, o el órgano en quien éste 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. A nuestro modo de ver se trata de un precepto de dudosa legalidad ante la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968. En efecto, "acordar la exclusión de la consulta pública de aquellas series documentales o de aquellos documentos que, ..., contengan información cuya difusión pueda afectar a la Defensa Nacional o a la Seguridad del Estado", no es sino clasificar tales documentos, pues el efecto es idéntico: esto es excluir de un modo preventivo su acceso. Es decir, en tales casos, el Ministro u órgano en quien delegue esta facultad estaría ejerciendo materialmente la potestad clasificatoria, la cual hoy por hoy esta reservada por la Ley de Secretos Oficiales, tras la reforma operada por la Ley 48/1978, al Consejo de Ministros y al Jujem. Por tanto, es más que cuestionable que una norma reglamentaria, como es al fin y al cabo el Reglamento de Archivos Militares, pueda alterar el régimen de reparto competencial establecido en la Ley

²⁸¹ En este sentido, la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso a la documentación custodiada en Archivo General de este Departamento y la procedente del mismo depositada en el Archivo General de la Administración del Estado, se ajusta a este régimen de consulta, separándose de la antigua OM de 1970 que sólo autorizaba la consulta de la documentación anterior a 1931.

²⁸² S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., pág. 455.

de Secretos Oficiales, y ello aun cuando pueda considerarse adecuado una reforma de la Ley que reconociera de dicha competencia a determinados miembros del Gobierno²⁸³. Cuestión distinta es que deba admitirse una competencia, complementaria de la potestad de clasificación, para preservar de la comunicación aquellos documentos que, sin estar clasificados en el momento en que se formula la solicitud de acceso, su comunicación pueda afectar a la Seguridad del Estado²⁸⁴. A este respecto, el Reglamento de Archivos Militares establece -art. 67.1- que "los directores de los archivos militares podrán excluir cautelarmente de la consulta pública aquellos documentos o series documentales que, a su juicio, puedan contener información relevante sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado y sobre los que no haya habido pronunciamiento acerca de su accesibilidad por parte del Ministro o del órgano en quien éste hubiese delegado la competencia de excluir de la consulta pública documentos o series documentales cuyo contenido afecte a la Defensa Nacional o a la Seguridad del Estado. En tal caso, los directores de los archivos militares deberán poner el hecho, de forma inmediata, en conocimiento del Ministro de Defensa o del órgano en quien éste hubiera delegado. La denegación de consulta de estos documentos, caso de producirse solicitud de los mismos por algún usuario, se comunicará al interesado. Tales exclusiones de la libre consulta tendrán carácter provisional hasta que se produzca una resolución definitiva del Ministro de Defensa o del órgano en quien delegue, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, una vez conocida la cual se notificará motivadamente a los usuarios afectados, si los hubiere, la autorización de acceso o la denegación del mismo". A nuestro modo de ver, la idea básica de una exclusión temporal y la elevación de la solicitud al órgano correspondiente es correcta, si bien debe cuestionarse, por las razones antes señaladas, la competencia del Ministro de Defensa, así como la falta de determinación de los aspectos procedimentales de esta remisión -plazos, silencio...-.

- Por razones de interés privado. La LPHE -art. 57.1.c)- establece 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, su honor o la intimidad de su vida privada y familiar y a propia imagen, no podrán ser consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que hayan transcurrido veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en

²⁸³ Tal como defendimos en nuestra obra *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 471, y tal como se contenía en el Anteproyecto de Ley de Secretos Oficiales de agosto de 1996. Vid. también la crítica a esta cuestión formulada por D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 183; así como por L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 103.

²⁸⁴ En este sentido, en nuestra obra *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 477, ya nos manifestamos por la posibilidad de que el órgano en cuestión remitiera la solicitud a los órganos titulares de la potestad de clasificación.

otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos”²⁸⁵. De entrada, debe observarse que la LPHE incurre en un equívoco, pues el derecho a la intimidad es el único derecho de los mencionados susceptible de constituir una límite efectivo al derecho de acceso, pues los derechos al honor y a la propia imagen podrán incidir sobre otros derechos, como la libertad de expresión y de información, pero no sobre el derecho de acceso mismo²⁸⁶.

En cualquier caso, de este precepto se infiere que tales límites de interés privado cederán cuando se cumplan los plazos señalados, de modo que se entiende que por efecto del tiempo tales intereses ceden ante el interés público de difusión de la cultura. Debe recordarse que según la Ley Orgánica 1/1982 no se reputar intromisiones ilegítimas en el derecho del honor y de la intimidad las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante -art. 8-. Por su parte, el Reglamento de Archivos Militares -art. 67.2- establece que las series documentales sobre las que haya recaído dictamen de accesibilidad restringida por razones de protección del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas serán relacionadas en los archivos afectados en un listado.

Dicho listado será de consulta pública por los usuarios del archivo. Los documentos integrantes de tales series documentales se entenderán de acceso restringido por los plazos fijados con carácter general por el artículo 57.1 c) de la LPHE. También quedará restringida la accesibilidad de aquellas series documentales que, aún sin dictaminar por la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa como excluidas del libre acceso por razón de defensa del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas, se encuentren en trámite de dictamen por tal Comisión²⁸⁷.

²⁸⁵ Estos plazos coinciden con los fijados en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, la cual establece que la información amparada por el secreto estadístico no podrá ser consultada por el público, salvo que medie el consentimiento expreso de los afectados o haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte o de 50 años desde la fecha de su obtención, si la fecha de su muerte no es conocida -art. 19.2-.

²⁸⁶ En efecto, no se lesiona el derecho al honor y a la propia imagen por acceder a determinadas informaciones privadas, sino cuando tales informaciones son divulgadas o transmitidas, pero, en tal caso, previamente se ha lesionado el derecho a la intimidad, salvo que se haya accedido en virtud del ejercicio de un cargo o función pública, sujeto al deber de secreto.

²⁸⁷ Asimismo, el Reglamento de Archivos Militares añade que los directores de los archivos militares podrán restringir cautelarmente el acceso de los usuarios a aquellos documentos o series documentales que, a su juicio, puedan contener información que afecte al honor, la intimidad o la propia imagen de las personas, que no cumplan los plazos establecidos para ser considerados de libre acceso por el artículo 57.1 c) de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, y sobre los que no haya habido pronunciamiento acerca de su accesibilidad por parte de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa ni se encuentren en trámite de dictamen. En tal caso, los directores de los archivos militares deberán iniciar, de forma inmediata, el trámite de valoración documental establecido en los artículos 40 y 41 del presente Reglamento. La denegación de consulta de estos documentos, caso de producirse solicitud de los mismos por algún usuario, se comunicará al interesado. Tales restricciones de la libre consulta tendrán carácter provisional hasta que se produzca una resolución definitiva del Ministro de Defensa o del órgano en quien delegue, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa, una vez conocido el cual se notificará motivadamente a los usuarios afectados, si los hubiere, la autorización de acceso o la denegación del mismo.

6.2. La relación de la LPAC con la Ley del Patrimonio Histórico

Es preciso delimitar el derecho de acceso general, regulado en el art. 37 LPAC, y el derecho de acceso específico propio de la legislación relativa a los Archivos y el Patrimonio Documental, pues si bien es cierto que cualquier expediente administrativo forma parte del Patrimonio Documental, ello no significa que su acceso esté siempre sujeto a la LPHE, pues en tal caso se vaciaría al derecho de acceso general. Debe, asimismo, señalarse que no se trata de un problema exclusivo del Derecho español, sino que es común a otros países. Así, en Francia, se plantea también la relación entre la Ley de 17 de julio de 1978, de acceso a los documentos administrativos, y la Ley de 3 de enero de 1979 sobre los archivos. A este respecto, se entiende que los documentos comunicables sobre la base de la Ley de 17 de julio de 1978 lo siguen siendo incluso cuando estén depositados en los archivos, sin que se vean afectados por las disposiciones más restrictivas que comportaría la legislación propia de los archivos. Por otra parte, los documentos no comunicables en virtud de las leyes de 1978 lo son a partir de que cumplen las condiciones de antigüedad previstas en la Ley de 3.1.1979. De este modo, el interés de esta Ley es el de permitir la consulta de documentos que no son accesibles mediante la Ley 17.7.1978. Así, pues la Ley de archivos complementa a la Ley de acceso a los documentos.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento esta cuestión complica por varias circunstancias: primero, la regulación de la LPHE precedió temporalmente a la regulación general de la LPAC, de modo que no pudo tomar a ésta como punto de referencia. No se puede olvidar que la LPHE -como se señaló más arriba- no hace referencia al desarrollo del art. 105.b, habiéndose eliminado en los debates parlamentarios de la LPHE la referencia que contenía el Proyecto al art. 57 de la misma al citado art. 105.b de la Constitución²⁸⁸.

Pero, además, el problema se complica debido al complejo reparto de competencias en materia de archivos, con leyes autonómicas anteriores a la LPHE, posteriores a ésta y anteriores a la LPAC, y también posteriores a ésta. En todo caso, y tal como expresan algunas Leyes autonómicas, debe entenderse que la consulta y acceso a los archivos de titularidad estatal está sometida a la legislación estatal²⁸⁹, debiendo entenderse por tal no sólo la LPHE sino también las normas que algún día pueda adoptar, pues en relación con sus archivos la competencia legislativa estatal es plena.

²⁸⁸ SANCHO CUESTA, "El derecho de acceso a los archivos y registros", op. cit., p. 89.

²⁸⁹ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 28-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 28-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 39-.

De entrada, se observa un cruce de reenvíos no coincidente. Así, la LPAC - art. 37.6.g- establece que se registrá por sus normas específicas la "consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos". Sin embargo, la LPHE no define en ningún momento cuáles sean esos Archivos Históricos. La distinción entre archivos administrativos y archivos históricos procedente en el Decreto de 1947 no se encuentra hoy tan nítida, según tuvimos ocasión de señalar²⁹⁰. Más aún, cuando la LPHE -art. 57.1.a)- reconoce a la consulta pública de los documentos se refiere a "los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público"²⁹¹. E, incluso, como se ha visto, la LPHE -art. 57.1.b)- admite el acceso a documentos depositados en otros archivos, si bien sujeta este acceso a autorización. Por tanto, no es correcto entender que el acceso a los documentos que no estén situados en Archivos "Históricos" se regula por el art. 37 de la LPAC y no por los arts. 48 y siguientes de la LPHE²⁹². Para nosotros, para delimitar la relación entre la LPAC y la LPHE deben diferenciarse las dos modalidades de acceso antes señaladas:

1. Acceso libre. La consulta pública de los documentos depositados en archivos históricos, o que por norma legal se consideren de libre consulta, está regulada obviamente en la LPHE -art. 57.1.a), en los términos más arriba señalados²⁹³. No obstante, como se ha señalado, esta modalidad de acceso depende absolutamente de que se cumplan las sucesivas transferencias de fondos documentales entre los distintos archivos. Y a este respecto, el sistema aún vigente formalmente del Decreto 914/1969 posibilita todo tipo de prácticas, sin que -además- puedan calificarse de ilegales²⁹⁴. De aquí la importancia de ordenar otra modalidad de acce-

²⁹⁰ Así, SANCHEZ BLANCO -"El sistema de archivos", op. cit., p.376- entiende que la LPHE en su definición de archivos rompe la dicotomía tradicional entre archivos históricos y archivos administrativos.

²⁹¹ Para DA SILVA -op. cit., pág. 324- dado que entre la LPHE y la LPAC existen diferencias, ante la ausencia de una derogación expresa de la primera por la segunda, son defendibles, al menos, las siguientes interpretaciones alternativas: o bien la LPHE regula el acceso a todos los archivos salvo a los archivos de las dependencias -ya que su artículo 57.1.a se refiere a los documentos "depositados y registrados en los archivos centrales"-, mientras que la LPAC se limita a llenar el vacío dejado por la LPHE en relación de aquéllos; o bien se admite que el objeto de ambas leyes es el mismo, y en consecuencia que la LPAC ha derogado a la LPHE en lo que ambas discrepan.

²⁹² Tal como parece expresar ZABIA DE LA MATA, *Estudios y comentarios a la Ley de Régimen*, op. cit., p. 213.

²⁹³ Por ello resulta inquietante que el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones a la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y la devolución de originales, establezca que cuando el documento, por el tiempo transcurrido, se encuentre en un archivo general o *histórico*, la solicitud de copia de documentos podrá -art. 9.4- ser denegada cuando "concurran razones de protección del interés público o de protección de terceros, cuando así lo disponga una norma legal o reglamentaria y, en todo caso", en los supuestos contemplados en el art. 37.5 LPAC. Es decir, una norma reglamentaria no sólo aplica a los archivos históricos los límites del derecho de acceso general, sino que, además, se permite autoatribuirse la potestad de crear nuevos límites.

²⁹⁴ D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., págs. 195-196, ofrece diversos ejemplos de incumplimiento de las transferencias. Y, en el mismo sentido, L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 103, señala que las transferencias documentales son tan irregulares que en numerosos archivos administrativos existe documentación más antigua que en los propios históricos, y, a modo de ejemplo, menciona -p. 117- que en el archivo central del Ministerio de Asuntos Exteriores existe todavía documentación del siglo XVI.

so que no sea vea afectada por la ineficacia de la Administración, que no olvidemos es justamente el sujeto pasivo del derecho de acceso.

2. Acceso mediante autorización. En relación con la documentación contenida en el resto de los archivos, incluidos los de oficina, se aplicará la LPAC salvo que tales archivos retengan documentos con la antigüedad mínima fijada en el art. 57.1.c) de la LPHE, y ello independientemente de en qué archivo se encuentren los documentos²⁹⁵. Y, en relación con estos documentos no susceptibles de consulta pública entendemos que es accesoria su situación dentro del circuito archivístico. Así, en contra de lo que entiende algún autor²⁹⁶ el art. 57.1.c) LPHE debe aplicarse no sólo a los Archivos General de la Administración e Histórico Nacional, sino también a los archivos precedentes cuando se cumplan los plazos fijados en la Ley. El hecho de que se trate de archivos al servicio interno de la Administración -p. ej. los centrales de los Departamentos- carece de relevancia, puesto que no se trata ya de un acceso libre, sino sujeto a autorización administrativa. De este modo, la ubicación del documento en un archivo u otro del sistema -archivos de gestión, centrales, intermedios...-, es irrelevante tanto para la aplicación de la LPAC como de la LPHE, lo cual dicho sea de paso, permitiría unificar los procedimientos de acceso.

Ahora bien, la economía del sistema sólo se entiende si, finalmente, vencido el plazo que sea de aplicación, la confidencialidad del documento desaparece, de modo que el derecho a la comunicación del mismo es un derecho reglado, sin que la Administración deba entrar en ningún tipo de valoración que no sea la constatación del transcurso del plazo²⁹⁷.

En definitiva, y en contra de la opinión de algún autor²⁹⁸, la aplicación de la LPHE no se aplica sin más a todos los documentos que integran el Patrimonio Documental, ni tampoco a todos los documentos depositados en un archivo, pues ello supondría, sin más, el vaciamiento de la LPAC. En el esquema de la LPHE, ésta se aplica en función de dos posibilidades: el depósito en determinados archivos -en cuyo caso la consulta es libre- o, a falta de dicho depósito, el cumplimiento de determinados plazos -en cuyo caso la consulta debe ser autorizada-.

²⁹⁵ Vid. S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., p. 435, donde se defiende una interpretación amplia y funcional del concepto de archivos al que se refiere el art. 37.1 LPAC.

²⁹⁶ DA SILVA, op. cit., pág. 324.

²⁹⁷ Tal como ha tenido que declarar la Audiencia Nacional en su sentencia de 10.2.1999, ante una solicitud de acceso a la documentación del Ministerio de Asuntos Exteriores. Esta sentencia es objeto de comentario en el Apéndice a este trabajo, págs. 124 y ss.

²⁹⁸ J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 258- la regulación del derecho de acceso contenida en la LPAC sólo será de aplicación a documentos integrantes del patrimonio documental cuando éstos no se hayan integrado en los correspondientes archivos históricos. Es decir, el ámbito de aplicación de las normas básicas reguladoras del derecho de acceso establecidas en la LPAC es muy limitado dada la amplitud con que la LPHE configura el patrimonio documental.

El problema es que la LPHE resulta doblemente deficiente en su cometido. De un lado, porque no ordena el proceso de transferencias a los archivos de consulta libre. Y, de otro lado, porque, salvo en el caso de documentos que inicialmente afecten a la intimidad y hayan transcurrido los plazos legales, en el resto de los casos no fija un plazo cierto para determinar el carácter histórico del documento²⁹⁹. De este modo, en los casos en los que pudiera aplicarse cualquier excepción de interés público -como la seguridad pública- o el secreto comercial e industrial, el solicitante debe acudir a la LPAC, con todas sus incertidumbres, y ello aun cuando el documento tenga ya una considerable antigüedad. Es decir, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, la LPHE no fija un plazo general de antigüedad, a partir del cual los documentos se entienden accesibles, y ello sin perjuicio de la determinación de plazos específicos en relación con determinadas excepciones cualificadas³⁰⁰. Por tanto, puede decirse que la LPHE, tal vez debido a la ausencia de una previa regulación general del derecho de acceso a los documentos administrativos, falla en lo que debiera constituir en esta materia su principal objeto, esto es, la fijación de plazos ciertos que determinen el carácter histórico de los documentos. Debe insistirse que una cosa es declarar que todos los documentos públicos forman parte del Patrimonio Documental sin necesidad de que alcancen antigüedad alguna, a efectos de someterlos al régimen de protección correspondiente, y otra bien distinta es fijar una plazos ciertos para que tal documentación adquiera carácter histórico, a efectos del derecho de acceso.

6.3. El acceso a los documentos públicos en la legislación autonómica

1. La fijación de un plazo general: su funcionalidad

En líneas generales, la legislación autonómica sobre archivos supone una mejora en relación con la LPHE. En efecto, con la salvedad de algunas Leyes autonómicas que siguen casi al pie de la letra el criterio de la LPHE³⁰¹, o se limitan a con-

²⁹⁹ Sobre la necesidad de fijar plazos claros e improrrogables, transcurridos los cuales pueda ejercerse el derecho de acceso sin obstáculo alguno, vid. D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., págs. 190 y 210; así como L. MARTÍNEZ GARCÍA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 103.

³⁰⁰ Así, en Italia, la Ley nº 340 de 13 de abril de 1953 consideró públicos los documentos a partir de los treinta años desde la finalización del procedimiento. No obstante, los documentos depositados en los archivos que por su origen o naturaleza sean de carácter particular, sólo devienen públicos tras cincuenta años desde su fecha.

³⁰¹ La Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 20.a)- establece que, con carácter general, y sin perjuicio de las condiciones de seguridad que se establezcan reglamentariamente, los documentos históricos y aquellos otros que, concluida su tramitación administrativa, se encuentren depositados y registrados en los Archivos Centrales de las correspondientes Entidades de Derecho Público, serán de libre consulta para todos los ciudadanos. La Ley 6/1986, de 28 de noviembre, de Archivos de Aragón -art. 27- no llega a especificar las "condiciones para la consulta públicas" a las que reiteradamente se refiere. Por su parte, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 38.1- establece que "Los documentos públicos cuyo trámite haya finalizado y desde el momento en que su ingreso se haya registrado en los Archivos Centrales o directamente en un Archivo de fase posterior serán accesibles a cualquier interesado, incluidas las razones de investigación histórico-científica, de acuerdo con la Constitución y con la legislación vigente".

tener remisiones genéricas a "la legislación aplicable en la materia"³⁰², algunas normas autonómicas establecen un plazo general para la consulta de los documentos de titularidad pública, y que se sitúa en los treinta años desde la finalización de su trámite o vigencia administrativa³⁰³, o desde su fecha de su creación³⁰⁴. Aun cuando la fijación del plazo es evidentemente convencional, se trata de un plazo común en los países europeos³⁰⁵. La funcionalidad del plazo no es otra que convertir los documentos administrativos en documentos históricos, de modo que los límites que inicialmente podían impedir o restringir el acceso tempestivo a dichos documentos ceden por la prevalencia de los valores culturales que incorpora el documento por el simple transcurso del tiempo, y ello independientemente de cuál sea el archivo en el que se encuentren depositados, circunstancia ésta que únicamente determinará si la consulta es libre o, por el contrario, precisa de autorización previa.

Ahora bien, la fijación de este plazo general no debe entenderse, en modo alguno, en el sentido de que la documentación no sea accesible hasta su transcurso, sino simplemente que, hasta entonces, el acceso a la misma estará sujeto a los límites generales establecidos en el art. 37 de la LPAC. Por ello importa subrayar que el criterio previsto en determinada norma autonómica según la cual los documentos se consideran reservados mientras no hayan transcurrido treinta años desde la fecha de su creación es frontalmente inconstitucional, por vulnerar el art. 37 LPAC en relación con el art. 105.b) CE³⁰⁶.

Asimismo, los preceptos contenidos en otras normas según las cuales puede reducirse el plazo temporal siempre que la información no implique riesgo para la seguridad pública o privada³⁰⁷, no debe entenderse como la atribución de una potestad discrecional. Tal como se señaló más arriba, si la comunicación del

³⁰² Así, la Ley de Extremadura 2/1999 -art. 81-. Por su parte, la Ley de la Región de Murcia 6/1990 -art. 20.2- remite el régimen de consulta de los documentos públicos a los establecido en la LPHE. Igualmente, la Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha -art. 42- se remite a las precisiones que señala el art. 57 de la LPHE. Asimismo, el Decreto de la Xunta de Galicia 307/1989 -art. 31.2- se limita a declarar que el acceso y difusión a los documentos se hará de acuerdo con lo establecido en la legislación aplicable.

³⁰³ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 27. a)-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 27. a)-.

³⁰⁴ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 23.2-.

³⁰⁵ Así, el Reglamento del Consejo de la Comunidad Europea de 1 de febrero de 1983, sobre la apertura al público de los archivos históricos de la CEE y la CEEA, reconoce el acceso del público a dichos archivos tras un período de treinta años a contar desde la fecha de producción de los documentos y piezas. Se optó por esta plazo general de treinta años por considerarse común en varios Estados miembros -Alemania, Francia, Reino Unido, Italia...-.

³⁰⁶ Ley de Cataluña 6/1985 -art. 23.2-, la cual establece que "como regla general los documentos públicos e históricos se considerarán reservados mientras no hayan transcurrido treinta años desde la fecha de creación", exceptuándose el derecho de los interesados a consultar los documentos pertenecientes a organismos públicos depositados en los archivos históricos en las mismas condiciones que tenían establecidas en los archivos de donde procedían. También considera inconstitucional este precepto, D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 178.

³⁰⁷ Ley de Canarias 3/1990 -art. 27. a)-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 84.1-.

documento no supone en efecto riesgo alguno para la seguridad pública o privada, no es que la Administración pueda reducir el plazo general, sino sencillamente que el documento será comunicable conforme a las reglas generales del art. 37 de la LPAC. Cuestión distinta es que se considere que deba prevalecer el criterio de la difusión cultural antes del transcurso del mencionado plazo³⁰⁸. Y, a tal efecto, alguna norma prevé que las tablas de valoración deben incluir el término para el ejercicio del derecho de acceso, cuando sea posible establecer un criterio general³⁰⁹. Este tipo de reglas son plausibles siempre y cuando se respete el plazo máximo legal y, además, se entienda que los plazos fijados en las tablas de valoración no impiden el ejercicio del derecho de acceso antes del transcurso de los mismos, conforme a los límites generales ordenados en el tantas veces citado art. 37 de la LPAC.

2. Los límites del derecho de acceso

Las normas autonómicas introducen algunos elementos a la escueta regulación contenida en la LPHE, y que se pueden sintetizar en los siguientes:

- De interés público. A la cláusula de la seguridad del Estado contenida en la LPHE, que en principio es ajena a la Administración autonómica³¹⁰, algunas Leyes autonómicas añaden una excepción adicional: no podrá autorizarse la consulta cuando la información contenga datos que “puedan afectar a los intereses vitales o esenciales de la Comunidad Autónoma”³¹¹. Se trata de una excepción que parece emular a la cláusula de seguridad del Estado y aunque desde el punto de vista de formal pueda estimarse correcta, pues se respeta la reserva de Ley, no obstante, desde el punto de vista material, se trata de una cláusula que adolece de evidente ambigüedad. A nuestro modo de ver, únicamente será legítimo acudir a esta cláusula en aquellos casos en los que la revelación del documento puede, efectivamente, poner en riesgo intereses públicos dignos de protección. Por tanto, sin postular la inconstitucionalidad frontal de dicha cláusula, pues no cabe descartar apriorísticamente que pueda estar respaldada en determinados casos por bienes o

³⁰⁸ Por ello es del todo censurable el criterio de la Ley de Cataluña 6/1985 -art. 23.3-, la cual tras establecer un plazo general de treinta años, añade que la Administración autonómica deberá establecer por reglamento periodos superiores para la difusión de los documentos que contengan o revelen circunstancias individuales de personas determinadas. El principio de regla y excepción que preside las relaciones entre publicidad y secreto impone que la técnica a seguir sea justamente la inversa, esto es, la norma establece un plazo máximo, sin perjuicio de que pueda ser acortado en determinados supuestos para la Administración.

³⁰⁹ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 84.3-.

³¹⁰ Como señala alguna norma autonómica, las materias clasificadas no han de estar ya canceladas. Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco -art. 60-.

³¹¹ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 27.d)- y Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 85.1.-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 27.d)-. Así, SAINZ MORENO -*Secreto e información*, op. cit., p. 2950- dirá que la Ley andaluza establece límites mucho más rigurosos que la legislación estatal al exigir plazos más dilatados y al incluir la posibilidad de que no puedan consultarse los documentos que puedan afectar a “los intereses vitales de Andalucía”. Este carácter restrictivo de la normativa regional en relación con la LPHE ha sido también apuntado por SANCHEZ BLANCO -*El sistema de archivos*, op. cit., p. 381-.

intereses acreedores de protección, lo que se afirma que es que su invocación sin más no debe ser suficiente en sí misma para excluir el acceso. De otro lado, alguna norma presenta, además, el acierto de fijar un plazo máximo para la aplicación de esta nueva excepción: hasta transcurridos 50 años a partir de la fecha de los citados documentos³¹², lo cual ofrece una certeza mínima y, a la postre, puede constituir una garantía para evitar la pérdida de este tipo de documentación por temor a una difusión “prematura”³¹³. Más cuestionable es, en cambio, la excepción prevista en alguna norma autonómica en virtud de la cual podrá denegarse el acceso al Patrimonio Documental (y Bibliográfico) a las personas que hayan sido sancionadas por su actuación contra la seguridad y conservación de dicho Patrimonio³¹⁴, pues supone tipificar una sanción accesoria de otra principal, sin especificar determinaciones mínimas -como la firmeza de la sanción, o la duración temporal de la exclusión-.

- De interés privado. La legislación autonómica sigue el criterio de la LPHE de fijar unos plazos específicos para el acceso a los documentos que puedan afectar a la intimidad de las personas, introduciendo únicamente variantes en los plazos, que en general son más prolongados que los fijados en la Ley estatal, duplicando en algún caso los establecidos en la LPHE, lo cual dice bien poco en pro de la autonomía legislativa³¹⁵. El resultado de esta disparidad es que un mismo documento en función del archivo en el que se encuentre circunstancialmente tendrá o no un régimen de acceso más o menos liberal. Cuestión distinta es que, salvo en algún caso³¹⁶, las normas autonómicas no contemplan el otro gran límite del derecho de acceso por razones de interés privado, esto es el secreto empresarial. En todo caso, ante la ausencia de un plazo específico, debe entenderse que los documentos que en su día pudieran afectar a los secretos comerciales e industriales están sujetos al plazo general de los treinta años.

³¹² Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 20.c-.

³¹³ Sobre esta cuestión puede verse D. DE OCAÑA LACAL, “Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España”, op. cit., pág. 190. Asimismo, también alude a los problemas derivados de la falta de seguridad jurídica, L. MARTINEZ GARCIA, “El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad”, op. cit., p. 115.

³¹⁴ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 72-, precepto introducido por la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía.

³¹⁵ La Ley de Andalucía 3/1984 -art. 27.c-) fijó los plazos de treinta años desde el fallecimiento de la persona física o cien años contados a partir de la fecha inicial del documento, si bien fue modificada por la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía -art. 72-, haciendo coincidir los plazos de aquélla con los fijados en la LPHE. Por su parte, la Ley de Canarias 3/1990 -art. 27.b)- incomprensiblemente recogió los plazos de la Ley andaluza 3/1984 en lugar de los fijados por la LPHE. Más aún, la Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 20- exige que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que hayan transcurrido 50 años desde su fallecimiento, si la fecha es conocida, o, en caso contrario, cien años a partir de la fecha de los documentos; de este modo no sólo no se toman los plazos de la LPHE, sino que incluso se amplían los plazos de la Ley andaluza, pues el primero de ellos pasa de 30 a 50 años.

³¹⁶ Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco -art. 60-.

- Cláusula residual. La Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 38.3- establece una cláusula general de accesibilidad, al declarar que "Todos los documentos constitutivos del Patrimonio Documental madrileño de antigüedad superior a 100 años a partir de la fecha final de los documentos podrán ser consultados a salvo de norma de rango igual o superior que les afecte". Se trata de una innovación interesante, pues establece una cláusula residual, de cierre del sistema, aplicable en última instancia independientemente de cuales fueran los límites a la comunicación inicialmente aplicables al documento.

- La seguridad e integridad del documento. La generalidad de las normas autonómicas establecen como condición a la consulta que la misma "no suponga riesgo para la seguridad de los documentos"³¹⁷. Ahora bien, debe subrayarse que es también responsabilidad de la Administración emplear los medios necesarios para evitar que el riesgo de deterioro se convierta en un obstáculo para el acceso a esta información. Como señala la doctrina, las restricciones al libre acceso basadas en el posible deterioro de la documentación original sólo deberían estar justificadas si se limitan a los casos que no tengan ninguna solución técnica -ediciones de fuentes, facsimilares, microfilmación...-, que normalmente son muy pocos³¹⁸. Es muy legítima la limitación en función de la conservación de los fondos, pero la Administración debe ofrecer las alternativas para que este argumento no se convierta en un recurso fácil e indefinido³¹⁹. Por tanto, debe entenderse que se trata de una limitación de alcance transitorio³²⁰. Así, un criterio interesante es el de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 40-, según la cual la Administración podrá suspender motivadamente la consulta de los documentos temporalmente por cuestiones graves de conservación y servicio de los mismos procurando que esta suspensión sea lo más breve posible.

- Otros condicionantes. Alguna Ley autonómica ha incorporado determinadas condiciones al acceso, tomadas -entendemos que indebidamente- de la LPAC. Así, la Ley de La Rioja 4/1994 -art. 33.1.a)- establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos de titularidad autonómica, cualquiera que sea su lenguaje y soporte material, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de solicitud³²¹.

³¹⁷ Ley de Andalucía 3/1984 -art. 26-; Ley de Canarias 3/1990 -art. 26-.

³¹⁸ SECO CAMPOS, op. cit., pág. 66.

³¹⁹ Tal como denuncia D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 184.

³²⁰ En este sentido, la Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco -art. 60- se refiere a la limitación "transitoria" respecto a los documentos, colecciones de documentos y fondos de archivo que tengan documentación deteriorada o en malas condiciones de conservación que los fondos de archivos públicos serán de acceso libre.

³²¹ Sobre el alcance de esta condiciones y su crítica, nos remitimos a nuestra obra *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., pp. 428 y ss.

6.4. El ejercicio del derecho de acceso

1. El procedimiento para el ejercicio del derecho

En el caso de documentos de consulta libre no hay procedimiento propiamente dicho, pero sí lo hay necesariamente en el caso de documentos cuya consulta está sujeta a autorización administrativa. Este procedimiento se ajusta lógicamente a la estructura del procedimiento de ejercicio del derecho general de acceso a los documentos administrativos. Por esta razón, unida al hecho de, ya se aplique la LPAC o bien la legislación sobre archivos, los documentos se encuentran, al fin y al cabo, en archivos, nada impide que la norma estatal o autonómica que discipline el procedimiento sea aplicable a ambos casos, lo cual simplificaría notablemente el ejercicio del derecho de acceso. Sin embargo, se observa que tanto la LPAC -art. 57.2- como las Leyes autonómicas³²² remiten estas cuestiones al desarrollo reglamentario e, incluso, cuando se han aprobado las disposiciones reglamentarias, éstas descuidan las determinaciones imprescindibles para el adecuado ejercicio del derecho, todo lo cual constituye un serio obstáculo para la operatividad del derecho de acceso³²³.

- Solicitud de acceso. Alguna norma reglamentaria establece que las personas que deseen examinar cualesquiera de los fondos documentales depositados en el Archivo deberán solicitarlo por escrito mediante instancia dirigida "en la que acrediten suficientemente su personalidad, y especifiquen los fines de la investigación precisando, asimismo, el tema y las fechas de los documentos solicitados"³²⁴. Otras normas exigen al solicitante acreditar "un interés histórico, científico o cultural relevante"³²⁵. Por su parte, alguna normativa autonómica establece que los usuarios interesados en acceder a la documentación antes de finalizar el plazo de 30 años establecido en la Ley, presentarán "solicitud *razonada* de la necesidad de la misma ante el Archivo donde se custodie la documentación deseada"³²⁶. A nuestro modo de ver, tales exigencias son frontalmente ilegales, pues son opuestas al sistema general de acceso público ordenado en la LPAC -art. 37.1-, la cual únicamente exige -art. 37.7- la acreditación de los fines de investigación cuando se trata

³²² Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 20-; Ley de la Comunidad de Madrid 4/1993 -art. 38.1-; Ley de La Rioja 4/1994 -art. 33.1-.

³²³ Sobre la necesidad de establecer normas de procedimiento claras para la tramitación de las autorizaciones, vid. D. DE OCANA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 211.

³²⁴ Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento.

³²⁵ Orden del Ministerio de Justicia de 16 de noviembre de 1995, por la que se regula el acceso al Archivo de la Comisión General de Codificación.

³²⁶ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 88.1-, y antes Decreto del Consejo de Gobierno 73/1994, de 29 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Organización del Sistema Andaluz de Archivos -art. 40-.

de acceder directamente a los fondos documentales, mas no para el acceso individualizado mediante autorización administrativa. Asimismo, en relación con la identificación del documento, es interesante destacar que alguna disposición precisa que los instrumentos de referencia y descripción de documentos existentes en los archivos -guías, inventarios, catálogos, índices de fondos documentales...-, deben ser de libre acceso para las personas que los soliciten, salvo que la información que suministren se vea afectada por las restricciones de acceso que establece la legislación vigente³²⁷. De otro lado, en relación con el lugar de presentación de la solicitud, debe tenerse presente alguna disposición de interés, en virtud de la cual la Administración autonómica promoverá la mejora del servicio a los ciudadanos facilitando el acceso a cualquier documento independientemente del Archivo autonómico en el que se encuentre³²⁸.

- Consentimiento del interesado. En el caso de documentos que afecten a la intimidad, si no ha vencido el plazo legalmente fijado, la LPHE -art. 57.1.c)- exige que medie el consentimiento expreso de los afectados. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica. Alguna norma establece que el consentimiento del afectado debe acompañar a la solicitud³²⁹, no obstante también es posible articular que el archivero responsable remita la solicitud, con su informe, al afectado, quien, tras la valoración de la solicitud e informe remitidos, autorizará o no el acceso a los documentos interesados³³⁰. Algunas normas precisan, asimismo, cómo debe acreditarse este consentimiento: así se establece que el consentimiento para la consulta debe acreditarse mediante poder notarial o cualquier otro documento que acredite fehacientemente la concesión del consentimiento, realizado a su favor por los afectados o sus herederos (caso de haber fallecido)³³¹. En todo caso, tal autorización afectará exclusivamente a los documentos o expedientes concretos de tales series relativos a la persona o personas que manifiesten el citado consentimiento. Cuando en un mismo expediente o documento se incluyan datos de carácter personal sobre más de una persona, será necesaria, para el acceso a la integridad del documento o del expediente, la autorización de todos los afectados. Ahora bien, a falta de dicha autorización conjunta, debe seguirse el criterio previsto en alguna norma, conforme al cual el archivo servirá la documentación parcialmente, con sólo los documentos relativos a la persona que haya manifestado su consentimiento. Si no fuera posible la mencionada parcelación, el documento o los documentos se

³²⁷ Reglamento de Archivos Militares -art. 52-. De modo similar, la Ley de la Comunidad de Madrid 3/1993 -art. 37.1- establece que la Administración autonómica asegurará el acceso a los documentos de archivo procurando la disponibilidad de los mismos para su uso por medio de los instrumentos adecuados de descripción e información.

³²⁸ Ley de la Comunidad de Madrid 3/1993 -art. 42-.

³²⁹ Reglamento de Archivos Militares -art. 66-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 88.3-.

³³⁰ Tal como establecía el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 73/1994, de 29 de marzo -art. 40-.

³³¹ Reglamento de Archivos Militares -art. 66-.

servirá o servirán en reproducciones en las que puedan ser despersonalizados los datos que afecten a terceros de los que no se disponga de consentimiento³³².

- Órgano competente. Una de las cuestiones de batalla tradicionales en la legislación administrativa ha sido determinar si el órgano competente para autorizar la consulta es el que gestiona el archivo o el órgano que produjo el documento, que retendría una especie de poder de disposición sobre el mismo. Según la LPHE -art. 57.1.b)- la autorización de acceso 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 custodia³³³. Y disposiciones similares se encuentran en la legislación autonómica³³⁴. Por tanto, salvo el supuesto de informaciones clasificadas, en el cual es evidente que acceder a lo solicitado supone desclasificar materialmente el documento, y, en consecuencia, ejercer una potestad reservada por el ordenamiento a órganos muy concretos, en el resto de los casos no debería haber inconveniente para reconocer al órgano del que dependa el archivo la competencia resolver la solicitud, si se quiere tras consultar preceptivamente al órgano productor de la documentación o, en caso de desaparición, al que se le hubiera asignado su competencia. Y, a este respecto, en el conjunto de la estructura departamental, parece como órgano más idóneo la Secretaría General Técnica, dado su perfil parcialmente técnico³³⁵.

- Dictamen de órgano consultivo. Cuestión distinta a la anterior es la posibilidad de dar entrada en los procedimientos de solicitud de acceso a las mencionadas más arriba Comisiones o Juntas Calificadoras de Documentos Administrativos, con carácter preceptivo mas no vinculante, tal como prevé alguna disposición³³⁶. Como

³³² Reglamento de Archivos Militares -art. 66-.

³³³ Así, la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento, establece que la instancia será informada por el Director del Archivo General del Departamento, quien deberá indicar si la documentación cuyo examen se solicita es de libre consulta o está incluida en alguna de las excepciones previstas en la LPHE. El Secretario General Técnico determinará si procede autorizar la investigación, consultando, en los supuestos de materias clasificadas a la autoridad responsable.

³³⁴ Ley de Castilla-León 6/1991 -art. 20-. Por su parte, el Decreto del Consejo de Gobierno 73/1994, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización del Sistema Andaluz de Archivos -art. 40-, estableció que el archivero responsable remitirá dicha solicitud, con su informe, al organismo productor o al que se hubiera subrogado en las competencias de aquél, quien tras valorar la solicitud y el informe remitidos, autorizará o no el acceso a los fondos en cuestión. En cambio, el Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 88.2-, que deroga al anterior, establece que el órgano productor de la documentación, o el que se le hubiera asignado la competencia de aquél, lo que hace es informar la solicitud.

³³⁵ Así se pronuncian tanto la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, como la Orden del Ministerio de Presidencia de 24 de abril de 1997.

³³⁶ Así, la Orden del Ministerio de Presidencia de 24 de abril de 1997, por la que se regula el acceso al Archivo Central del Ministerio de Presidencia. En cambio, el Real Decreto 139/2000 de creación de la Comisión Superior Calificadora de los Documentos Administrativos ha dejado pasar, lamentablemente, la oportunidad de articular la función de la propia Comisión Superior y de las Comisiones Calificadoras que se han ido creando en distintos Departamentos en el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso. El Real Decreto -art. 5.2- se limita a establecer que las Comisiones Calificadoras informarán a la Comisión Superior "de las denegaciones de acceso a documentos y series documentales que se hayan producido en sus respectivos ámbitos".

hemos señalado en otro lugar, este tipo de órganos puede desempeñar una trascendental función de orientación a las autoridades y agentes del correspondiente sistema archivístico, ante un conflicto de intereses siempre delicado y espinoso como es el que plantea el derecho de acceso³³⁷. A este respecto, debe señalarse que es crucial la composición que se determine para estos órganos consultivos, debiendo armonizarse la competencia jurídica y archivística, pues el papel de este órgano es justamente ponderar derechos en conflicto³³⁸. Con todo, deben subrayarse las amplias posibilidades de configuración que se abren a las Comunidades Autónomas³³⁹.

- Comunicación parcial. En todo caso, y tal como precisa acertadamente alguna norma, cuando en los expedientes o documentos de carácter personal figuren datos que, a juicio del director del archivo, puedan afectar a la intimidad de terceros, tales datos serán despersonalizados, comunicándolo así a los usuarios y sirviéndoles la documentación en reproducciones en las que pueda realizarse la mencionada despersonalización³⁴⁰.

- Otros aspectos procedimentales. Por lo general, las normas no se ocupan de fijar el plazo de duración de este procedimiento, ni el sentido estimatorio o desestimatorio que deba atribuirse al silencio administrativo, de modo que debe acudir a las reglas supletorias establecidas en la LPAC, si bien debe señalarse que en este tipo de procedimientos no es, lamentablemente, operativa la técnica del silencio estimatorio³⁴¹.

- Denegación o limitación. Tal como establece correctamente alguna norma autonómica, la denegación o limitación de este derecho deberá producirse motivadamente y por escrito³⁴².

- Modo de acceso a los documentos. Tal como prevé alguna norma, en los casos en que se produzca autorización expresa por los afectados o responsables de documentos excluidos de la consulta pública, el archivero responsable sólo pondrá

³³⁷ S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., pág. 567.

³³⁸ En cambio, en el Real Decreto 139/2000 de creación de la Comisión Superior Calificadora de los Documentos Administrativos la presencia de personas con competencia jurídica se casi testimonial, pues se reduce un Abogado del Estado. Defecto en el que también incurre, p. ej., la Comisión Andaluza Calificadora de los Documentos Administrativos, de acuerdo con el art. 10 del Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000.

³³⁹ Por ello es censurable que el Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 11- haya omitido atribuir función alguna a la Comisión Andaluza Calificadora de Documentos Administrativos en relación con los procedimientos de solicitudes de acceso.

³⁴⁰ Reglamento de Archivos Militares -art. 66-.

³⁴¹ Vid. S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 556 y ss.

³⁴² Ley de Castilla y León 6/1991 -art. 21.a)-.

a disposición del usuario los documentos identificados en la autorización y en los términos o condiciones en ella establecidos. En tales casos, podrá el archivero responsable establecer un lugar reservado para la realización de la consulta y adoptará las precauciones necesarias para evitar que puedan acceder a los documentos otras personas distintas a las expresamente autorizadas³⁴³. Distinta valoración merecen, en cambio, algunas normas autonómicas según las cuales la consulta de originales se hará sólo en caso necesario tendiendo a realizarse la consulta a través de copias³⁴⁴. La opción por un modo u otro de acceso debe ser a elección del interesado, de modo que la imposición de una modalidad de acceso debe ceñirse exclusivamente a los casos, convenientemente motivados, en los que la modalidad elegida pueda perjudicar la integridad del documento³⁴⁵.

2. El acceso directo por razones de investigación

En aplicación de la posibilidad prevista en el art. 37.7 LPAC, alguna norma autonómica prevé, no ya la exhibición de un documento, sino el acceso directo por el interesado a fondos documentales "por razones de investigación". En tales casos se dispone que el interesado debe presentar junto con la solicitud una memoria detallada del objeto de la investigación, que será informada por el responsable del archivo. En caso de que algunos de los documentos o fondos documentales contuvieran datos que afecten a la intimidad de las personas, el órgano que otorgue la autorización arbitrará los medios que fueran necesarios para garantizar que no se acceda a tales datos. Asimismo, el acceso por razones de investigación no ampara la consulta de documentos que afecten a la seguridad del Estado o a los intereses vitales de la Comunidad Autónoma y aquellos otros expresamente excluidos con arreglo a la legislación especial³⁴⁶. Pero este tipo de disposiciones abocan a un callejón sin salida. Si el interés de la investigación se evalúa primando el aspecto subjetivo del investigador -tal como sucedía con una Orden de 4.3.1959-, conducen a una discriminación intolerable en un Estado democrático³⁴⁷. Pero si lo que se trata es de valorar el proyecto de investigación en sí mismo, de inmediato se plantea la cuestión de con qué criterio puede la Administración decidir si el proyecto de investigación presenta o no un "interés relevante". A nuestro modo de ver, es evi-

³⁴³ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 89-, y antes Decreto JA 73/1994 -art. 41-. En este sentido, la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de abril de 1991, por la que se regula el acceso al Archivo Central de este Departamento, establece que la autorización será válida sólo para los documentos y el tema de investigación solicitado, otorgándose para un período de tiempo determinado, variable según las previsiones del investigador. A éste se le proveerán de una credencial cuya presentación le será requerida para tener acceso al Archivo.

³⁴⁴ Ley de la Comunidad de Madrid 3/1993 -art. 41.1-; Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 94-.

³⁴⁵ Sobre esta cuestión nos remitimos a nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., pp. 544 y ss.

³⁴⁶ Decreto de la Junta de Andalucía 97/2000 -art. 90-.

³⁴⁷ Vid. L. MARTINEZ GARCIA, "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", op. cit., pág. 103, quien critica la regulación del art. 37.7 LPAC.

dente que cualquier intervención de la Administración en este punto supone una injerencia en la actividad investigadora³⁴⁸. Por ello, si de lo que se trata es de establecer cautelas para evitar los daños derivados de un acceso indiscriminado a los fondos documentales, tal vez sea preferible plantear otro tipo de garantías más objetivas -tales como la asunción de compromisos por escrito de preservar la intimidad de las personas, e, incluso, la presentación de avales-³⁴⁹.

Relacionado con esta cuestión, mediante Real Decreto 1969/1999, de 23 de diciembre, 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. A nuestro modo de ver, desaparecidas las condiciones exclusivistas contenidas en la antigua Orden de 4 de marzo de 1959, se trata en buena medida de una disposición superflua, con la única utilidad de que exime al investigador de tener que acreditar el interés de su trabajo -al que alude el art. 37.7 de la LPAC- para cada sesión de consulta y para cada archivo integrado en el sistema³⁵⁰.

VII. CONCLUSION

Las conexiones entre el derecho de acceso y los archivos.

Aunque el derecho de acceso como tal constituye un dispositivo con identidad propia en sí mismo, tal como demuestra su ordenación en otros países y en la Comunidad Europea, en la actualidad presenta dos líneas de confluencia con la legislación sobre archivos que conviene diferenciar adecuadamente:

- De un lado, se encuentra la consideración, extendida desde antiguo en otros países -no así en el nuestro, como nos consta-, según la cual la documentación depositada en determinados tipos de archivos -los llamados convencionalmente históricos- y/o que tenga 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

³⁴⁸ D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 181, habla muy gráficamente del temor a "la irrupción de los lacrones en el templo".

³⁴⁹ D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., pág. 182, ofrece un ejemplo tomado de un archivo municipal.

³⁵⁰ Vid. una crítica certera a este Real Decreto 1969/1999, en D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", op. cit., págs. 181 y 208, para quien es absolutamente innecesaria dicha tarjeta.

y que, una vez reconocido éste, 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 en determinados casos una consulta libre, esto es no procedimentalizada.

- De otro lado, e independientemente de la anterior consideración, el sistema archivístico, entendido como medio de gestión integral de los documentos públicos, constituye el instrumento imprescindible para la efectividad y operatividad no ya de aquel derecho específico a la documentación histórica, sino del propio derecho de acceso de carácter general. En efecto, si los archivos se entienden en un sentido amplio, tal como ordena la más reciente legislación archivística, los documentos administrativos se encuentran, al fin y al cabo, siempre en un archivo. Asimismo, el primer presupuesto evidente del derecho de acceso es que el documento al que se pretenda acceder exista, y la dialéctica conservación-eliminación de los documentos públicos únicamente puede ordenarse adecuadamente desde la legislación archivística. De otro lado, para que el derecho de acceso sea operativo no es suficiente la existencia misma del documento sino que es preciso, además, que éste sea localizable por la propia Administración e identificable por los ciudadanos, lo cual conduce necesariamente a la ordenación de la gestión de los documentos por el sistema archivístico. Y, en otro orden, el sistema archivístico es el único que puede ofrecer, a partir de las técnicas archivísticas de descripción, identificación y valoración documental, una visión global del derecho de acceso, de sus límites y del procedimiento para su ejercicio, lo cual no significa necesariamente que desde el sistema archivístico se decida cada petición de acceso.

Por tanto, son muchas e importantes las conexiones entre el derecho de acceso a los documentos administrativos y la legislación sobre archivos, si bien importa subrayar, una vez más, que conviene no mezclar la cuestión del acceso a la documentación histórica con el carácter instrumental que, en sí mismo, tiene el sistema archivístico para el propio derecho de acceso de carácter general.

En cambio, no existe una conexión significativa entre la institución del Patrimonio Documental y el derecho de acceso general a los documentos administrativos. En efecto, de un lado, forman parte del Patrimonio Documental tanto documentos de titularidad pública, generados o recibidos por personas o entidades en el ejercicio de funciones públicas -únicos sometidos al derecho de acceso general- como documentos de titularidad privada, cuya disposición para su consulta por terceros no responde ya al principio de transparencia de la rex pública sino al principio de difusión de los bienes culturales. Y, de otro lado, los documentos en poder de la Administración están sujetos al derecho de acceso independientemente de que se consideren o no integrados en el Patrimonio

Documental, aspecto éste que carece de relevancia a efectos del derecho de acceso. No obstante, sí presenta cierta importancia la cuestión común, tanto para el Patrimonio Documental como para el derecho de acceso, de la conservación de los documentos de titularidad pública.

APÉNDICE

CUATRO CASOS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO PRIVADO A LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

SUMARIO

1. LA APLICACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.
2. LA QUEJA 98/1717 TRAMITADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ.
 - 2.1. Los hechos que motivaron la queja.
 - 2.2. Las inquietudes doctrinales del Comisionado del Parlamento Andaluz.
 - 2.3. La acreditación del "interés histórico, cultural o científico relevante".
 - 2.4. El límite derivado del respeto del derecho a la intimidad.
3. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE FEBRERO DE 1999.
 - 3.1. Los hechos del caso.
 - 3.2. La cuestión de la motivación de la resolución.
 - 3.3. El acceso a los documentos con determinada antigüedad.
4. LA STS DE 30 DE MARZO DE 1999.
 - 4.1. Los hechos que motivaron la sentencia.
 - 4.2. La naturaleza jurídica del derecho de acceso a los documentos administrativos.
 - 4.3. La exigencia de un interés legítimo.
 - 4.4. El carácter instrumental del derecho de acceso.
5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN DE 10 DE DICIEMBRE DE 1999.
 - 5.1. Los hechos del caso.
 - 5.2. Los impresos como objeto del derecho de acceso.
 - 5.3. La terminación del procedimiento.
6. REFLEXIONES FINALES.

1. La aplicación efectiva del derecho de acceso a los documentos administrativos.

La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), cumpliendo un mandato contenido en el art. 105.b) de la Constitución, dio carta de naturaleza, por vez primera en nuestro ordenamiento, a un derecho "general" de acceso a los documentos administrativos, esto es un derecho atribuido al conjunto de los ciudadanos, sin precisar mayor cualificación, y extensible, en principio, a cualquier documento en poder de las Administraciones Públicas, sin necesidad, por tanto, de que transcurran unos plazos temporales que determinen su absoluta falta de vigencia. Asimismo, con la ordenación legal de este derecho de acceso, el ordenamiento español vino también a sumarse a las modernas orientaciones de plasmación de un sistema de transparencia administrativa que ya habían iniciado otros ordenamientos próximos al nuestro en muchos aspectos -como Francia e Italia- o que estaban plasmándose contemporáneamente -como era el caso de la Comunidad Europea-.

Sin embargo, la regulación del derecho de acceso a los documentos administrativos contenida en el art. 37 de la LPAC ha sido ampliamente censurada, tanto en su forma como en su contenido. Así, desde el punto de vista de la técnica legal, el artículo 37 LPAC presenta una sistemática compleja y confusa, con una notoria indeterminación cuando no oscuridad en la terminología empleada por el legislador³⁵¹. Y si desde un punto de vista formal la regulación es acentuadamente defectuosa, desde el punto de vista del fondo, los calificativos de insuficiente y restrictiva son comunes tanto en la doctrina administrativista³⁵² como archivística³⁵³. De hecho, a la vista de las abundantes limitaciones y deficiencias texto legal, un sector de la doctrina se ha cuestionado legítimamente si la finalidad del mismo

³⁵¹ Vid. M. ALVAREZ RICO- I. ALVAREZ RICO, "Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", RAP nº 135 (1994), pp. 486 y 488; L.A. POMED SANCHEZ, "El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa", RAP nº 142 (1997), pp. 439 y ss.

³⁵² Vid., entre otros, J.A. SANTAMARIA PASTOR, *La actividad de la Administración*, en "Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Carperi, Madrid, 1993, pp. 139 y 142; R. PARADA VAZQUEZ *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 157; S. FERNANDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, en particular pp. 377 y ss. Por su parte, R. MARTIN MATEO *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994, p. 186- aun cuando afirma no compartir "las exuberantes descalificaciones de autores como J.R. PARADA", no puede por menos que reconocer que la LPAC poco aporta para hacer efectivo el derecho de acceso.

³⁵³ En la doctrina archivística son significativos los trabajos de D. DE OCAÑA LACAL, "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, pp. 173 y ss.; así como de A. LASO BALLESTEROS, "El acceso a los documentos administrativos: derecho, laberinto y decepción", *Boletín Acal*, nº 33, 1999, pp. 22 y ss; R. ALBERCH i FIGUERAS-J.R. CRUZ MUNDET, (*¡Archítese! Los documentos del poder*. El poder de los documentos, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 110 y ss.).

consiste en garantizar la publicidad de la actuación administrativa o si, por el contrario, dado que no podía eludirse por más tiempo el cumplimiento del mandato constitucional, lo que se ha procurado es rodear el derecho de obstáculos infranqueables en la práctica³⁵⁴.

Buena prueba del carácter marcadamente restrictivo de la regulación contenida en el art. 37 LPAC, fue el hecho de que tal regulación no pudo superar la prueba de la transposición al Derecho español de la Directiva 90/313/CEE, sobre libertad de acceso a la información ambiental. En efecto, en un primer momento, el Gobierno español alegó que la incorporación de la mencionada Directiva había tenido lugar mediante el régimen general de acceso a los documentos administrativos establecido en la Ley 30/1992, pues -como es sabido- la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica³⁵⁵. Sin embargo, la Comisión Europea estimó, por el contrario, que la regulación general de la LPAC no contenía una adecuada transposición de la Directiva, pues presentaba importantes discrepancias con la misma, por lo que abrió un procedimiento de infracción contra el Estado español por la falta de transposición de la Directiva 313/1990/CEE, lo que obligaría finalmente a la promulgación de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, y que prácticamente se limita a reproducir textualmente los preceptos de la Directiva comunitaria³⁵⁶.

Y, en todo caso, es evidente que de una regulación compleja, insuficiente, defectuosa, confusa y restrictiva, no cabe esperar grandes resultados prácticos. Y esto es justamente, nos tememos, lo que está sucediendo en nuestro país. En efecto, en los ordenamientos nacionales señalados (Francia e Italia), la consagración

³⁵⁴ Así, A. GARCIA URETA -"Perspectivas sobre el derecho de acceso a la información sobre el ambiente: un repaso a la Directiva 90/313/CEE", *Revista de Derecho Ambiental*, nº 13 (1994), p. 146- señala que el texto de la LPAC está más centrado en restringir que en garantizar el derecho. En este sentido, A. PEÑALVER I CABRE -"Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 168- entiende que en la regulación legal de este derecho se ha tenido más en cuenta no afectar la actuación administrativa que garantizar este derecho de los ciudadanos. Igualmente, J. JORDANO FRAGA -*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 207- dirá que da la impresión de que la regulación legal pretende buscar causas de denegación que permitan la arbitrariedad, más que establecer supuestos justificados de denegación del derecho.

³⁵⁵ La doctrina ya había puesto de manifiesto las insuficiencias de la LPAC para servir de texto de incorporación de la Directiva. Vid. M. SANCHEZ MORON, "El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente", *Ponencias. I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, BOE, Sevilla, 1995, pp. 67 y ss.; también en RAP, nº 137 (1995), pp. 31 y ss.; S. FERNANDEZ RAMOS, "La Directiva comunitaria sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente y su transposición al Derecho español", *Administración de Andalucía*, nº 22 (1995), págs. 53 y ss.; A. GARCIA URETA- I. ARROSPIDE ERKOREKA, "Sobre la transposición de tres normas ambientales comunitarias en el Derecho estatal: Directiva 90/313/CEE (acceso a la información), 92/43 (hábitats y especies de flora y fauna) y 271/91 (tratamiento de aguas residuales urbanas), RVAP, nº 46 (1996), pp. 39 y ss.

³⁵⁶ Sobre la Directiva 90/313/CEE, puede verse también A. CERRILLO I MARTINEZ, "El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. Análisis de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, de acceso a la información en materia de medio ambiente", *Autonomías*, nº 24, 1999, pp. 121 y ss.

legal del derecho de acceso a los documentos administrativos ha supuesto la generación de un rico filón jurisprudencial, constituyendo desde entonces los conflictos de acceso a la documentación administrativa una de las cuestiones que más ocupan tanto al Consejo de Estado como a los tribunales administrativos correspondientes³⁵⁷. Y, en el mismo sentido, es especialmente significativa la pujanza que está alcanzado la transparencia administrativa en el Derecho comunitario, con una vertiginosa elaboración jurisprudencial, y que no puede desconocerse en lo que representa de conformación de un incipiente Derecho Administrativo europeo³⁵⁸.

En cambio, debido probablemente a las indicadas deficiencias de la LPAC en este punto, nuestro ordenamiento administrativo parece sustraerse a las inquietudes de los ordenamientos de nuestro entorno inmediato, e ignorar las virtualidades innovadoras que supone la implantación de un efectivo sistema de transparencia administrativa. Así, al cabo de más de siete años de aplicación de la Ley 30/1992 apenas si existe jurisprudencia sobre esta cuestión. Por ello hemos estimado interesante recoger en este breve trabajo las tres sentencias existentes hasta el momento más significativas de aplicación del derecho de acceso a los documentos administrativos -una del Tribunal Supremo, otra de la Audiencia Nacional y otra de un Tribunal Superior de Justicia-. Asimismo, se ha estimado pertinente, aun cuando no sea práctica al uso, incluir una queja tramitada por un Ombudsman autonómico, por lo significativa que puede ser de la práctica de este derecho.

2. La queja 98/1717 tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz.

2.1. Los hechos que motivaron la queja

El Presidente de una Asociación Cultural sevillana solicitó por escrito, con fecha de 17 de marzo de 1998, a la Delegación Provincial de Cultura de la Junta de Andalucía en Sevilla que les permitiera acceder a una serie de expedientes tramitados por la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, relativos a licencias de obras a realizar en edificios catalogados de la capital sevillana. Debido al retraso de la Administración en la resolución de la solicitud, la entidad interesada formuló una queja ante la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz (queja 98/1717, Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 1998*, pp. 278 y ss.), por consi-

³⁵⁷ Sobre el régimen y aplicación del derecho de acceso a los documentos administrativos en Francia e Italia, vid. S. FERNANDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 65 y ss.

³⁵⁸ Vid. J.F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 55 y ss.; A. CERRILLO i MARTINEZ, *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; F. LAFAY, "L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire", *RTD eur*, 33, 1997, pp. 37 y ss.; L. KRÄMER, "Diritto a ricorrere e accesso all'informazione presso la Commissione della Comunità Europea", *Riv. giur. ambiente*, 1995, pp. 597 y ss.; FERNÁNDEZ RAMOS, op. cit., pp. 219 y ss.

derar que el retraso en la aceptación de su solicitud podía convertir en inútil el sentido de la misma, ya que pretendía examinar una serie de expedientes relativos a licencias de obras con anterioridad a que dichas licencias fueran autorizadas por la citada Comisión, por lo que interesaba la mediación de dicha Institución para conseguir una respuesta rápida de la Administración.

Interesado por parte de la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz el oportuno informe a la Delegación Provincial de Cultura, entre los documentos remitidos se incluye copia de la resolución denegatoria de la solicitud emitida por la Delegación Provincial de Cultura de Sevilla el 29 de mayo de 1998, a la que se añaden unas consideraciones previas en las que se expresan las razones que llevan a la Administración a oponerse a la pretensión de la interesada y que al parecer no se incluían en la resolución propiamente dicha. Entre dichas consideraciones se incluían las siguientes:

“La Comisión Provincial del Patrimonio Histórico, estudia e informa expedientes de cualquier tipo de actuación urbanística que tiene lugar en el conjunto histórico.

La mayoría de ellas se refieren, lógicamente a viviendas, unifamiliares o colectivas, a la documentación que se presenta incluye planimetría, calidades, memoria y presupuesto de la actuación. Habitualmente se acompaña también del informe de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Tenemos serias dudas de que la autorización a terceras personas para el acceso a esos datos no conculque el derecho a la privacidad de los usuarios (...).

Cuando se aduce que el objeto de interés es una fachada, un patio, una escalera..., y no “cuestiones que pudieran afectar a intereses personales” (sic), lamentamos no poder deslindar lo personal, toda vez que una casa lo es con fachada, patio, escalera, y demás dependencias, conformando todo ello una opción, una vez que se han cumplido los requisitos exigidos por la normativa correspondiente.

Todo ello no es óbice para que cualquier actuación que se considere atentatoria contra dicha normativa, por parte de esta C.P.P.H., pueda ser denunciada, recurrida, y sancionada en consecuencia.

Esta es, finalmente, la razón que nos ha llevado, como puede verse en la documentación adjunta, a pedir todos los datos de los solicitantes que pueden garantizarnos un interés exclusivamente académico o de conservación del Patrimonio Histórico sevillano, y aún así, considerando que corremos un riesgo si finalmente permitimos ese acceso a los expedientes”.

En definitiva, la Administración considera que la comunicación de los documentos solicitados podía afectar al ámbito de la intimidad personal de los promotores de dichos expedientes.

2.2. Las inquietudes doctrinales del Comisionado del Parlamento Andaluz

Con carácter previo a la valoración de la actuación de la Administración en el caso concreto que motivó la queja, el comisionado del Parlamento Andaluz considera oportuno realizar un somero análisis de los preceptos legales que sirvieron de soporte jurídico tanto a la petición de la interesada como a la resolución desestimatoria de la Administración, y que se centran en los arts. 105.b) CE y 37 de la LPAC.

“Así, consultamos a autores tan relevantes -a nuestro juicio- como Embid Irujo, Pomed Sánchez, Cordero Saavedra, Pendás García, Sainz Moreno o Parada Vázquez, debiendo señalar, como primera acotación, nuestra sorpresa por la abundante doctrina existente sobre esta cuestión y por la disparidad de planteamientos que se deducían de una atenta lectura de la misma.

En efecto, tras consultar las diversas monografías y estudios de estos ilustres expertos en derecho observamos que los mismos enfocaban su análisis del artículo 37 de la Ley 30/92 desde dos ópticas claramente diferenciadas. Así, una mayoría de autores adoptan una posición eminentemente crítica respecto de este artículo por entender que introduce demasiadas cortapisas para el ejercicio por los ciudadanos de este derecho de acceso. Cortapisas que, a juicio de estos autores, revelan la renuencia de la Administración a posibilitar cauces efectivos para el conocimiento público de sus actuaciones. Por el contrario, otro nutrido grupo de autores parecen postularse por una valoración positiva de esta normativa, entendiendo que la misma posibilita en lo esencial el ejercicio por los ciudadanos de su derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, a la vez que permite salvaguardar con efectividad otros Derechos Fundamentales constitucionalmente protegidos, especialmente el derecho a la intimidad y la privacidad personal y familiar, frente a las actuaciones de terceros y, muy particularmente, de los medios de comunicación.

En cualquier caso, en lo que sí existe total coincidencia entre los autores es en considerar que la regulación contenida en el artículo 37 es poco clara e incluso contradictoria en ocasiones, y en que la misma ofrece a la Administración argumentos legales suficientes para oponerse con fundamento normativo a cuantas peticiones de acceso estime oportuno denegar. En este sentido, entienden todos los autores consultados que la norma contiene tal cúmulo de posibles cortapisas legales que la Administración puede oponer al ejercicio del derecho de acceso, que prácticamente convierten la concesión o denegación de tal derecho en una

manifestación más de la potestad discrecional de la Administración. Una discrecionalidad, eso sí, que ha de venir debidamente motivada para no incurrir en la mera arbitrariedad.

Ante esta confusa situación legal, y dada la inexistencia por falta de tiempo material de una jurisprudencia que la clarifique y precise, parece existir una postura mayoritaria entre los autores consultados de considerar oportuno esperar a que sean los Tribunales los que vayan perfilando los matices a que puede extenderse este ámbito de discrecionalidad, como medio más seguro de delimitar claramente las condiciones de ejercicio de este derecho.

Por lo que respecta a la opinión de esta Institución, debemos comenzar señalando que, por cuestiones de principios, obviamente relacionadas con las condiciones de ejercicio de nuestra labor investigadora, somos decididos partidarios de la transparencia administrativa y de la máxima flexibilidad en el reconocimiento a los ciudadanos de su derecho a conocer las condiciones en que la misma desarrolla su actuación. En este sentido, abogamos por una interpretación generosa y poco restrictiva del contenido del artículo 37 de la Ley 30/92, con el fin de facilitar con la mayor amplitud posible el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo que ello pueda ir en detrimento del Derecho Fundamental a la intimidad de las personas que garantiza el artículo 105 de la Constitución en relación con el artículo 18 de la misma”.

Obviando lo insólitas y hasta cierto punto innecesarias que resultan estas inquietudes dogmáticas por parte de la Institución actuante, dejando también de lado que no puede compartirse la apreciación de la Institución, según la cual la regulación del derecho de acceso contenida en la Ley 30/1992 es valorada en la misma medida positiva y negativamente por la doctrina, puesto que -tal como se señaló más arriba- la postura de la doctrina casi unánime es abiertamente crítica a la ordenación legal, no pueden, al menos, pasarse por alto determinadas afirmaciones vertidas en el texto anterior, porque -como se verá después- van a ser empleadas en el caso concreto que motivó la queja³⁹⁹.

Tiene desde luego razón el comisionado del Parlamento Andaluz cuando afirma que la Administración puede encontrar “aparentemente” en el art. 37 de la LPAC argumentos para oponerse a cualquier solicitud de acceso, por inocua que

³⁹⁹ Lo cierto es que, después de todas las consideraciones anteriores, el propio Defensor del Pueblo Andaluz admite que dicho análisis resulta “en gran medida superfluo, ya que el mismo debería necesariamente limitarse a una, más o menos prolija, recopilación de las diferentes opiniones vertidas por los autores antes citados en relación con los preceptos analizados, puesto que no consideramos prudente ni acertado que esta Institución se pronuncie sobre cuales de las contrapuestas opiniones expuestas por los expertos debería recibir mayor crédito habida cuenta el prestigio profesional de quienes las formulan. Únicamente la existencia de una jurisprudencia clara y uniforme que respaldase alguna de estas opiniones nos hubiera permitido adoptar un posicionamiento claro sobre los aspectos más controvertidos de este artículo. En ausencia de la misma, consideramos oportuno abstenernos de efectuar el mismo, limitándonos a remitirnos a lo manifestado por los expertos juristas antes reseñados”. Sobre los límites en la actuación del Defensor del Pueblo, puede verse J.L. RIVERO YSERN, “Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la resolución extracontractual de conflictos con la Administración Pública”, *Rev. Andaluza de Administración Pública* nº 34, 1999, pp. 55 y ss.

ésta sea. Ahora bien, no puede en modo alguno admitirse la conclusión que extrae la Institución cuando considera que de tal situación legal se deriva que “la concesión o denegación de tal derecho en una manifestación más de la potestad discrecional de la Administración. Una discrecionalidad, eso sí, que ha de venir debidamente motivada para no incurrir en la mera arbitrariedad”. Es decir, la única carga que pesaría sobre la Administración sería la de motivar formalmente su decisión para no incurrir en la legalmente proscrita arbitrariedad, pero una vez cumplida dicha carga formal cualquier decisión sería lícita.

Muy al contrario, debe subrayarse que la decisión de comunicar o no un documento administrativo no constituye, al menos con carácter general, ejercicio de una supuesta potestad discrecional. Ciertamente los términos del art. 37 de la LPAC son en no pocos casos ambiguos, pero se trataría de aplicar la técnica bien conocida de los conceptos jurídicos indeterminados, sin que pueda hablarse de un apoderamiento discrecional y -como es sobradamente conocido y tiene abundantemente reiterado la jurisprudencia- en tales casos sólo cabe solución justa. Así, p. ej., o bien la comunicación de un documento lesiona el derecho al secreto comercial de un tercero o bien no lo lesiona, y tal apreciación no es indiferente para el derecho, de modo que no es igualmente justo que se aprecie la lesión del derecho al secreto empresarial o que no se aprecie, sino que, por el contrario, se trata de una actuación reglada³⁶⁰.

Pero, además, debe subrayarse que en este tipo de contenciosos el intérprete debe actuar bajo una clara pauta hermenéutica, en el sentido de que el principio general debe ser el de transparencia, de modo que el secreto constituye la excepción al mismo, y como tal excepción debe aplicarse de modo estricto, con objeto de que no se frustre la aplicación del principio general, tal como reiteradamente viene declarando la jurisprudencia comunitaria³⁶¹. E, incluso, aun cuando se aprecie la aplicación de una excepción, el principio de proporcionalidad exige que se valore la comunicación parcial del documento³⁶². Únicamente en el caso de ejercicio por parte del Gobierno de la potestad de clasificación de materias como secretas para proteger la Seguridad del Estado puede hablarse propiamente de

³⁶⁰ Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el análisis del caso concreto debe prevalecer la inmanencia de los hechos, de lo fáctico, la “unidad de la solución justa” -vid. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA*, nº 89 (1996), pp. 69 y ss.-.

³⁶¹ Sentencias del Tribunal de Instancia WWWF UK/Comisión, de 5.3.1997, T-105/95, Rec. p. II-313, apartado 56; Van der Wal/Comisión, 19.3.1998, T-83/96, Rec. p. II-545, apartado 41; Interporc/Comisión, antes citada, apartado 49; 7.12.1999, T-92/98, apartado 68; de 19.7.1999, Rothmans Intenational/ Comisión, T-188/97, apartado 54.

³⁶² Así lo defendimos en nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 454. Y, en este sentido, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea tiene declarado que la autoridad comunitaria está obligada a examinar si procede conceder el acceso parcial a los datos no amparados por las excepciones: sentencias 19.7.1999, Hautala/Consejo, T-14/98, Rec. p. II-0000, apartado 87; de 6.4.2000, Kuijter/Consejo, T-188/98, apartado 55.

una potestad discrecional, pero incluso en tal caso la jurisprudencia ha afirmado su competencia para ejercer el control de legalidad³⁶³.

En todo caso, una vez abandonada por parte del Comisionado parlamentario la pretensión de efectuar un estudio jurídico en profundidad de los requisitos y límites del ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros administrativos del que pudieran extraerse conclusiones de aplicación general a otros supuestos análogos, se plantea la adecuación a derecho de la actuación de la Administración cultural y la idoneidad y acierto de la misma.

2.3. La acreditación del "interés histórico, cultural o científico relevante"

Al parecer del texto de la Memoria se desprende que la Administración requirió a la asociación solicitante la acreditación "interés histórico, cultural o científico relevante", fundamentando tal requerimiento en el artículo 37.7 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre. Por su parte, el interesado negó, mediante escrito de fecha 23 de Abril de 1998, la necesidad de acreditar dicho interés. Pues bien, sorprendentemente, la valoración del Comisionado parlamentario sobre estas actuaciones es la que sigue:

"Respecto al primero de los motivos de desestimación alegados por la Administración, debemos decir -con el mayor de los respetos- que no nos parecía acertada la postura de la solicitante negándose a acreditar el citado "interés histórico, cultural o científico relevante", por cuanto, a diferencia de lo que la misma sostenía en un escrito de fecha 23 de Abril de 1998, la necesidad de dicha acreditación venía expresamente recogida en el artículo 37.7 al señalar que podrá concederse autorización a los investigadores <que acrediten> el citado interés relevante. En nuestra opinión la dicción de este artículo era clara y exigía una actividad positiva por parte del investigador solicitante que había de acreditar ante la Administración el interés relevante de la investigación que realizaba y la relación directa de la misma con los expedientes cuya consulta pretendía. Esta acreditación creemos que no se había efectuado en el caso analizado.

³⁶³ Así, el Tribunal Supremo en las tres famosas sentencias de 4.4.1997, recaídas en el caso de los "papeles del Cesid", tras declarar que la naturaleza de las resoluciones sobre descalificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el art. 97 CE, añaden que ello no excluye que la vigencia de los arts. 9 y 24.1 CE obligue al Tribunal a asumir su control de legalidad cuando el legislador haya definido mediante "conceptos judicialmente asequibles" (expresión con la que parece que se quiere eludir la referencia a los conceptos jurídicos indeterminados) los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política. Vid. S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 576 y ss.; E. ALVÁREZ CONDE, "El temor del príncipe o el temor al príncipe (secretos de Estado y Constitución)", *Poder Judicial*, nº 45, 1997, pp. 11 y ss.; B. LOZANO, "El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID", *REDA* nº 94 (1997), pp. 255 y ss.; J. BARATA i MIR, "Secretos oficiales y jurisdicción. Crónica y análisis de un largo recorrido", *RVAP* nº 48, 1997, pp. 207 y ss.; R. LASAGA SANZ, "Secretos de Estado y Constitución: fundamentos y técnicas de control", *RVAP* nº 54, 1999, pp. 69 y ss.

Ello no obstante, no podemos obviar que, aun en el caso de que la interesada aportase documentación que a su juicio acreditara el mencionado interés relevante, no por ello escaparíamos al ámbito de la discrecionalidad administrativa, ya que no existe norma alguna que regule los requisitos exigibles para entender dicha acreditación como suficiente. Esto implica que la Administración podría dictar una resolución estimando poco acreditado dicho interés relevante, sin que cupiera frente a dicha decisión otra posibilidad que el recurso a los Tribunales a fin de que los mismos dirimieran la controversia delimitando el ámbito a que se extiende esta discrecionalidad administrativa”.

A nuestro modo de ver, la valoración de la institución es doblemente decepcionante: no sólo reprocha la actuación del administrado en lugar de la Administración por no cumplir con un requerimiento indebido, sino que además concede a ésta nuevamente una potestad discrecional para valorar el adecuado cumplimiento de dicha exigencia.

En efecto, lo que el art. 37.7 de la LPAC establece es que “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”. Por tanto, es evidente que la exigencia de acreditación de un interés cultural o similar contenida en el art. 37.7 de la LPAC tiene por objeto permitir el “acceso directo” del investigador a los propios fondos documentales y a los archivos donde se encuentran depositados. Es decir, lo que se trata es de eximir al investigador de la regla general de la previa individualización de los documentos a los que se desea acceder, así como de la consiguiente intermediación de la Administración para localizar y poner a disposición del solicitante los documentos³⁶⁴. Y así ha sido entendido en determinadas disposiciones ordenadoras de los archivos³⁶⁵. Y es precisamente el hecho de que esta modalidad de acceso supone la penetración del interesado en los archivos administrativos lo que explica las cautelas con las que la LPAC ha contemplado su efectividad³⁶⁶. Pero, en todo caso, en el supuesto que nos ocupa en modo alguno se trataba de solicitar un acceso direc-

³⁶⁴ Así, lo expusimos en nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 527.

³⁶⁵ Así, p. ej., el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 97/2000, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Sistema andaluz de Archivos -art. 90- recoge dicha posibilidad. En tales casos se dispone que el interesado debe presentar junto con la solicitud una memoria detallada del objeto de la investigación, que será informada por el responsable del archivo. En caso de que algunos de los documentos o fondos documentales contuvieran datos que afecten a la intimidad de las personas, el órgano que otorgue la autorización arbitrará los medios que fueran necesarios para garantizar que no se acceda a tales datos.

³⁶⁶ Así, M. ALVAREZ RICO- I. ALVAREZ RICO -“Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, RAP nº 135, 1994, p. 492- afirman que el precepto está plagado de términos indeterminados. Por su parte, en la doctrina archivística, D. DE OCAÑA LACAL -“Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España”, op. cit., pág. 181- habla muy gráficamente del temor a “la irrupción de los ladrones en el templo”.

to a los archivos de la Delegación Provincial de Cultura, sino a que se le comunicasen determinados documentos perfectamente identificados, de acuerdo con las reglas generales previstas en la LPAC, conforme a las cuales el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso -aun cuando ciertamente lo hace, al señalar la finalidad de protección del casco histórico hispalense-, y, por tanto, no era de recibo la exigencia de acreditación de interés cultural alguno³⁶⁷.

2.4. El límite derivado del respeto del derecho a la intimidad

Respecto a la valoración de si el acceso a los expedientes en cuestión podía afectar a la intimidad de las personas que los promovieron, la Institución considera relevante una precisión que el interesado en queja hacía en un escrito de fecha 20 de Abril de 1998 en el que especificaba el objeto de su interés, señalando que el mismo se concretaba en tener una "visión en plano del respeto a fachadas, patios, escaleras, etc...", según el grado de protección asignado por la Gerencia, o, en los casos de nuevas edificaciones, el respeto de las fachadas a lo que es la protección ambiental del conjunto histórico de Sevilla".

En opinión del Defensor del Pueblo Andaluz, *"esta delimitación del objeto de la solicitud de acceso por parte del interesado obligaba a la Administración a concretar su genérica apelación al derecho a la intimidad de las personas como causa desestimatoria, determinando en que medida se producía en cada uno de los expedientes citados esa posible afección al derecho a la intimidad personal.*

Ciertamente esta concreción no se recogía en la resolución desestimatoria, que se limitaba a realizar una apelación genérica a la necesidad de proteger la intimidad de las personas, sin precisar en qué medida esta intimidad podría verse afectada en cada uno de los expedientes en el caso de que se accediera a la petición de la interesada. En nuestra opinión, esta omisión, aunque no invalidaba la adecuación a derecho de la resolución puesto que persistía el otro motivo alegado para la desestimación de la pretensión, sí debía ser criticada, por cuanto estimábamos que toda limitación de un derecho, en particular cuando la misma se produce en ejercicio de una potestad discrecional, debería encontrar su sustento en una detallada y cuidadosa motivación.

Ello no obstante, a través del informe remitido por la Delegación Provincial de Cultura pudimos conocer los fundamentos en que basaba esta apelación a la protección de la intimidad personal como causa desestimatoria en el presente asunto. Así, en el informe se nos indicaba expresamente que la afección entre este derecho y la petición concreta de los

³⁶⁷ Pero es que incluso en el caso de que hubiese sido preciso la acreditación del interés cultural, ¿caso no debía presumirse en una Asociación de ámbito local y cuyos estatutos califican de cultural?.

interesados se producía al “no poder deslindar lo personal, toda vez que una casa lo es con fachada, patio, escaleras y demás dependencias, conformando todo ello una opción, una manera de vivir, que sólo es asunto de los que van a habitarla.”

Estudiada esta argumentación de la Administración, nos vimos en la necesidad de expresar nuestra disconformidad con la misma, por cuanto entendíamos que realizaba una delimitación del ámbito de la intimidad personal tan amplia y extensiva que en la práctica podría servir para impedir toda posibilidad de acceso de los ciudadanos a expedientes administrativos donde se sustentasen aspectos relacionados, aunque fuera muy indirectamente, con la “manera de vivir” de una persona. Concepto éste que, por su indefinición, podría abarcar a un número elevadísimo de expedientes administrativos, como por ejemplo la inmensa mayoría de los tramitados por cualquier Gerencia de Urbanismo, que quedarían así excluidos de cualquier posibilidad de conocimiento público.

A nuestro juicio, era evidente que en el caso analizado nos encontrábamos ante una cuestión jurídica que sólo podía resolverse mediante una confrontación entre dos derechos igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico: el derecho a la protección de la intimidad personal, y el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos. De la delimitación del primero de estos derechos dependería la extensión del segundo de ellos. Si se realizaba una delimitación muy amplia y extensiva del derecho a la intimidad de las personas, -como en este caso creíamos que había hecho la Delegación Provincial-, nos encontraríamos ineludiblemente con una restricción muy fuerte del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.

En el supuesto analizado, estimábamos que la interpretación extensiva que realizaba la Delegación Provincial de Cultura del derecho a la protección de la intimidad personal comportaba, en la práctica, que el derecho de los ciudadanos a acceder a los expedientes tramitados por la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico quedase circunscrito a supuestos absolutamente excepcionales. Algo que, a nuestro juicio, desvirtuaba el espíritu que inspira la plasmación constitucional de este derecho, que no es otro que el propiciar una mayor transparencia en los asuntos públicos.

Obviamente, no corresponde a esta Institución delimitar el derecho a la protección de la intimidad personal, cuestión ésta que compete a los Tribunales de Justicia, pero sí podemos decir que, por principio, somos contrarios a las interpretaciones extensivas de este derecho, especialmente cuando las mismas comportan en la práctica la negación a los ciudadanos de las posibilidades de ejercicio de otro derecho constitucionalmente protegido como es el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. En el caso analizado, creíamos que hubiera sido posible compaginar la protección de la intimidad personal de los promotores de los expedientes en cuestión, con el reconocimiento a los interesados de la posibi-

lidad de acceder a aquellos aspectos de dichos expedientes que, sin afectar al ámbito personal protegido, les permitirían realizar la labor que constituía su objeto social.

Como conclusión, debemos decir que la resolución desestimatoria de la Delegación Provincial de Cultura era formalmente conforme a derecho, en la medida en que estaba debidamente motivada, aun cuando discrepásemos de la idoneidad de uno de los motivos aducidos para tal denegación -la protección de la intimidad personal-, por entender que su aplicación al supuesto en cuestión se derivaba de una interpretación excesivamente amplia del ámbito protegido por este derecho, que podía llegar a comportar una restricción injustificada del derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos.

En todo caso, habida cuenta que los conceptos jurídicos que resultaban de aplicación al supuesto analizado no se encontraban claramente delimitados por la normativa de aplicación, por lo que admitían distintas interpretaciones, y tomando en consideración que la actuación administrativa era formalmente ajustada a derecho, entendimos que no sería ajustado a nuestra Ley Reguladora el formular resolución alguna que llevara implícita la petición de modificación de dicha resolución. Por el contrario, consideramos que la vía más correcta para dilucidar la cuestión controvertida sería que los interesados interesasen un pronunciamiento jurisprudencial sobre el presente asunto, como única forma de determinar indubitadamente la adecuación a derecho de la actuación administrativa.

No obstante, aprovechamos la ocasión para trasladar a la Administración cultural nuestra convicción acerca de la necesidad de potenciar la transparencia en la actuación administrativa realizando, a estos efectos, una interpretación generosa y no restrictiva de los preceptos que reconocen el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos.

En definitiva, dado que entendíamos que no existía irregularidad en la actuación de la Administración, pese a nuestras discrepancias con algunos aspectos de la misma, nos vimos en la necesidad de dar por concluidas nuestras actuaciones en el expediente de queja, previo traslado a las partes interesadas del estudio jurídico efectuado por esta Institución".

Por nuestra parte, no podemos dejar de observar que la apreciación de la Administración según la cual el acceso a los planos relativos a fachadas, patios, escaleras y demás dependencias, con objeto de verificar la conformidad del proyecto con las normas de protección del conjunto histórico del municipio, constituye una injerencia en el derecho a la privacidad de los promotores del proyecto, no es ya una interpretación amplísima del derecho a la intimidad, sino que sencillamente roza lo grotesto. ¿Acaso las fachadas, una vez edificadas, son cubiertas con unos velos impenetrables, sólo accesibles a sus propietarios?, ¿o no es más cierto

que dichos elementos constructivos conforman el propio paisaje de la ciudad?³⁶⁸.

Esta actuación sirve al menos de testimonio de hasta dónde se pueden llevar los límites al derecho de acceso cuando la Administración desea mantener su actuación a salvo de ojos indiscretos. Al menos, debe reconocerse que en la valoración de esta cuestión, a diferencia de la anterior, el Ombudsman actuante se muestra más acertado, al discrepar de la actuación llevada a cabo por la Administración, debiendo, asimismo, reconocerse los límites en los que debe moverse la intervención de la institución³⁶⁹.

Con todo, antes de concluir este caso, cabe formular una observación adicional. Ciertamente, la Administración actuó indebidamente al denegar la solicitud por los dos motivos alegados, esto es la falta de acreditación del interés cultural y la invasión del derecho a la intimidad.

Sin embargo, no puede desconocerse que la Administración pudo en este caso desestimar la solicitud por considerar que el expediente al que se pretendía acceder aún no había concluido, y sin que la entidad tuviese la condición de parte interesada en el correspondiente procedimiento -art. 37.1 en relación con el art. 35.a), ambos de la LPAC-³⁷⁰. Como manifestaba la propia Institución al inicio del caso, deplorablemente la LPAC ofrece a la Administración argumentos legales suficientes para oponerse con fundamento normativo (aparente) a cuantas peticiones de acceso estime oportuno denegar.

3. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1999.

3.1. Los hechos del caso

Con fecha 6 de junio de 1997, don Kurt R. Z., de nacionalidad alemana, profesor de profesión, solicitó, por medio de instancia dirigida al Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, autorización para acceder a los fon-

³⁶⁸ Prueba de todo ello es que en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de diciembre de 1999, que se trata más adelante, el litigio versa sobre un supuesto muy similar de expediente de determinadas licencias de obras, sin que se planteara en ningún momento una hipotética lesión del derecho a la intimidad del promotor. En general, sobre el alcance del derecho a la intimidad como límite del derecho de acceso, vid. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 487 y ss.

³⁶⁹ Sobre el modo de operar de los comisionados parlamentarios, en general, puede verse L. DIEZ BUESO, "El modelo de *Ombudsman* autonómico y su reflejo en la tramitación de quejas", *RVAP* nº 53, 1999, pp. 11 y ss., donde se estudia de la dinámica de las relaciones entre el Ombudsman autonómico y la Administración Pública, y la configuración de aquél como órgano controlador-colaborador.

³⁷⁰ Si bien cabe también recordar que la Ley de Patrimonio Histórico Español -art. 8.2- consagra una acción pública en esta materia. Vid., al respecto, S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 436 y ss.

dos documentales custodiados en el archivo general del departamento. En la instancia suscrita alegaba que estaba interesado como investigador en el estudio sobre la repatriación durante la postguerra, tanto de españoles desde Alemania como de alemanes desde España, solicitando poder revisar determinados legajos correspondientes a fechas entre 1943 y 1953.

El Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores dictó Resolución, en fecha de 21 de julio de 1997, por la que se denegó la solicitud formulada, apoyándose en el artículo 57.1 c) de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, según el cual <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 la 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>; así como en determinados preceptos de la Orden de 2 de abril de 1991 del Ministerio de Asuntos Exteriores, por la que se regula el acceso a los archivos del Departamento³⁷¹: los apartados cuarto d), quinto. 3 y 8.2, y que reproducen, en lo esencial, en el citado precepto de la Ley 16/1985.

Disconforme con dicha Resolución, la representación del recurrente interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, fundamentando su demanda, en esencia, sobre la base de considerar que la Resolución impugnada infringe, principalmente, los arts. 57.1 a) de la Ley del Patrimonio Histórico Español, según el cual los documentos que forman parte del patrimonio documental serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas, no deban ser conocidos públicamente por disposición legal, o la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos; así como el mismo art. 57.1.c) alegado por la Administración en su resolución denegatoria de la solicitud, y reproducido más arriba, y los apartados 4 d) y 5.3 de la Orden de 2 de abril de 1991 antes citada. Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, mediante sentencia de 10 de febrero de 1999 (Ar. 3433), estima el recurso en los términos que se indican más adelante.

Antes de entrar en las cuestiones que se plantea el Tribunal quizá merezca la pena destacar, aunque sea de pasada, que ni la Administración ni la AN se plantearon en momento alguno si la falta de nacionalidad constituía un impedimento

³⁷¹ Debe recordarse que la propia Ley 16/1985 -art. 57.2- establece que <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>.

para prosperar la pretensión, tal como ha entendido un sector de la doctrina³⁷². Por otro lado, desde un punto de vista dogmático, el tribunal entiende que del tenor del art. 105.b) de la CE se desprende que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos constituye un derecho de configuración legal, de modo que requiere su regulación y desarrollo mediante ley. "En consecuencia, en lo que atañe al acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos, como es el caso, habrá que estar, en principio, a lo que la ley disponga", si bien, en todo caso, el tribunal considera que la ley regula el acceso al patrimonio documental en términos claros y precisos. Sobre esta cuestión volverá a incidir -como se verá después- el Tribunal Supremo, por lo que nos remitimos a las consideraciones allí vertidas.

3.2. La cuestión de la motivación de la resolución

Frente a la alegación de la insuficiente motivación de la resolución denegatoria, la Audiencia Nacional estima, por el contrario, que la Administración fundamentó suficientemente la Resolución denegatoria de la autorización: *"El artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, enumera los actos que deberán ser motivados <con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho>. Pues bien, el término <sucinto>, concepto jurídico indeterminado, cuya concreción habrá de hacerse caso por caso, es sinónimo de suficiente o bastante para que se logre la finalidad propuesta, sin necesidad de complejos análisis. Basta el examen de la Resolución impugnada para verificar que es ajustada a derecho desde el momento que expone la causa de su decisión, aunque esta exposición no sea todo lo exhaustiva que la parte recurrente hubiera deseado"*.

Cabe señalar a este respecto que el Tribunal enjuicia la cuestión de la motivación desde los tradicionales parámetros formales seguidos por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa. Sin embargo, como viene enseñando la mejor doctrina, la motivación del acto no es un simple requisito formal, sino de fondo, en el sentido de que debe dar razón plena proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión³⁷³. Lo que significa en los contenciosos del derecho de acceso que la motivación de la resolución debe contener referencia específica no sólo a la legis-

³⁷² Vid. L.A. POMED SANCHEZ, *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989, págs. 153 y ss., quien considera que la mención expresa a los ciudadanos del texto constitucional es consecuen- te con la derivación del derecho de acceso a la documentación administrativa "de un más amplio derecho a la participación, en la medida en que el mismo se estime una expresión concreta del *status activae civitatis*". Y, en sentido simi- lar, R. MARTIN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994, p. 173.

³⁷³ Vid. E. GARCIA DE ENTERRÍA- TR. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, p. 543. Como señala FERNANDO PABLO -*La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 188 y ss.-, la justificación jurídica de una decisión no puede realizarse únicamente por la generalidad de la norma, sino que debe completarse por la adecuación del contenido de la decisión a las peculiaridades del caso, según una racional ponderación de los hechos que constituyen la causa del acto.

lación vigente, y a la clase de límite aplicado, sino también a las circunstancias de hecho en virtud de las cuales la solicitud no puede ser autorizada³⁷⁴.

Y, en este sentido, debe observarse que el criterio tradicional de la jurisprudencia española, según la cual basta la mera invocación de los preceptos legales aplicables para satisfacer el deber legal de motivación, no se ajusta a los parámetros empleados ante el mismo tipo de contenciosos por la jurisprudencia de la Unión Europea.

En efecto, la genérica exigencia de motivación de los actos de las instituciones comunitarias contenida en el Tratado constitutivo -antiguo art. 190, actual art. 254-, interpretada en el sentido de que la motivación debe revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad comunitaria autora del acto, de modo que los interesados puedan conocer la justificación de la decisión adoptada³⁷⁵, ha llevado a los tribunales comunitarios a considerar que la institución actuante debe acreditar que ha ponderado suficientemente los intereses presentes en cada caso, lo cual exige un examen o apreciación individualizado, aunque sólo sea sumariamente, de cada documento o, al menos, para cada grupo o categoría de documentos de iguales características materiales³⁷⁶.

3.3. El acceso a los documentos con determinada antigüedad

En todo caso, en cuanto al fondo de la demanda, la Audiencia Nacional considera que el recurso planteado debe prosperar en parte por las siguientes razones:

³⁷⁴ Así lo postulamos en nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., pág. 556.

³⁷⁵ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 7.3.1997, WWF UK/Comisión, antes citada, apartado 66; de 17.6.1998, Svenska/Comisión, antes citada, apartado 127; de 7.12.1999, Interporc/Comisión, antes citada, apartados 54 y 77; de 19.3.1998, van der Wal/Comisión, apartado 43; de 6.4.2000, Kuijjer/Consejo, T-188/98, apartado 36.

³⁷⁶ Así, en la sentencia Interporc/Comisión, el tribunal apreció que la decisión impugnada únicamente contenía la afirmación de que era aplicable la excepción basada en la protección del interés público relativo a los procedimientos judiciales. Para el tribunal tal decisión no daba ninguna explicación, ni siquiera por categoría de documentos solicitados, que permitiera verificar si todos los documentos solicitados se hallaban comprendidos efectivamente dentro del ámbito de aplicación de la excepción invocada -apartado 56-, por lo que declaró insuficiente la motivación, y anuló la decisión. Vid. el comentario de esta sentencia de JJ. DIEZ SANCHEZ, "El acceso a los documentos del Consejo. Comentario a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998", *Actualidad Administrativa*, 1999, nº 3, pp. 87 y ss. De modo similar, en la sentencia Sevenska/Consejo, el tribunal consideró que la decisión impugnada se limitaba a evocar que los documentos solicitados se referían a deliberaciones del Consejo, sin indicar si éste había realizado una análisis comparativo ponderando, por una parte, los intereses de los ciudadanos que solicitan información, y, por otra, los criterios de confidencialidad de las deliberaciones del Consejo -apartado 125-, conforme a la jurisprudencia sentada en el famoso caso Carvel y Guardian Newspapers/Consejo, T-194/94, II-2766, apartado 74. Más aún, en la reciente sentencia de 12.10.2000, JT'S Corporation/Comisión, T-123/99, apartado 46, el Tribunal de Primera Instancia reprocha a la Comisión haber desarrollado en la motivación de la decisión un razonamiento por categorías de documentos y no en relación con los datos concretos que contienen los documentos de que se trata, de modo que la Comisión no habría ponderado concretamente si la excepción que afecta a la protección del interés público se aplica realmente a la totalidad de la información contenida en los documentos en cuestión.

“b) la Administración ha considerado que los fondos documentales que el recurrente desea investigar contienen datos personales que pueden afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen. Pues bien, de las propias manifestaciones vertidas en la demanda se deduce que los fondos a examinar contienen datos de la índole expresada; por lo tanto, su consulta está sometida a las siguientes limitaciones:

- consentimiento expreso de los afectados, que no existe.

- que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, lo que (no) ignoramos. Y si bien en la demanda se dice que <lo normal es que todos hayan fallecido>, esto no tiene por qué ser así al tratarse de documentos referidos al decenio 1943-1953. Y nada se ha acreditado al respecto.

- que haya transcurrido un plazo de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos, en otro caso; lo que ha sucedido sólo con respecto a una parte de los legajos, pues la fecha de los mismos, según petición del propio recurrente se sitúa entre los años 1943 y 1953. Es decir, que hasta la fecha de 6 de junio de 1947 (supuesto que la consulta se solicitó con fecha 6 de junio de 1997) la Administración tiene el deber de posibilitar al recurrente el acceso a los documentos, que obrantes en los legajos solicitados, conste que han transcurrido cincuenta años desde su fecha, siempre y cuando, claro está, se ciñan a los concretos supuestos establecidos en la norma quinta, punto 3, de la Orden de 2 de abril de 1991, y no se encuentren, dichos documentos, en los otros supuestos contemplados en la norma cuarta de la misma disposición “, es decir, referentes a documentación que afecte a materias clasificadas, o que puedan entrañar riesgos para la seguridad y defensa del Estado o la averiguación de los delitos, o que no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley), o en otras que impidan su examen o estudio.

En efecto, aun cuando se plantean no pocos problemas de delimitación entre el derecho de acceso general regulado en el art. 37 de la LPAC y el derecho de acceso previsto en el art. 57 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, debido al cruce de reenvíos no coincidentes contenido en ambas leyes³⁷⁷, en todo caso, la Ley es perfectamente clara en el sentido de que, de modo similar a lo previsto en otros ordenamientos³⁷⁸, el límite derivado del derecho a la intimidad debe ceder

³⁷⁷ Así, la LPAC -art. 37.6.g.- establece que se registrá por sus normas específicas la “consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos”. Sin embargo, la LPHE no define en ningún momento cuáles sean esos Archivos Históricos. Más aún, cuando la LPHE -art. 57.1.a)- reconoce a la consulta pública de los documentos se refiere a “los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público”, y ello sin perjuicio de que la propia LPHE -art. 57.1.b)- admite el acceso a documentos depositados en otros archivos, si bien no es ya un acceso libre sino sujeto a autorización, de modo que no es correcto entender que el acceso a los documentos que no estén situados en Archivos “Históricos” se regula por el art. 37 de la LPAC y no por los arts. 48 y siguientes de la LPHE.

³⁷⁸ Así, en Derecho italiano, la Ley n. 340 de 13 de abril de 1953 establece que los documentos depositados en los archivos que por su origen o naturaleza sean de carácter particular, devienen públicos tras cincuenta años desde su fecha. O, en Derecho francés, la Ley de 3 de enero de 1979 de Archivos, fija un plazo de 60 años a contar desde la fecha del acto, para los documentos que contienen informaciones que afectan a la vida privada.

una vez transcurrido el plazo de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos. Por ello, lo verdaderamente sorprendente es la insostenible posición mantenida por la Administración, a pesar de la certeza que ofrece el empleo por la Ley de un plazo determinado.

4. La STS de 30 de marzo de 1999.

4.1. Los hechos que motivaron la sentencia

El interesado solicitó a la Gerencia de Infraestructuras del Ministerio de Defensa el acceso al expediente relativo a la adquisición por el Estado de unos terrenos que eran propiedad de sus causantes y sobre los que hoy se asienta un cuartel militar, en el lugar llamado "Las Rehoyas" de las Palmas de Gran Canaria. Dicha solicitud se hizo a efectos de la posible reversión por haber tenido conocimiento de su desafectación, fundándose en el principio de libre acceso a los archivos y registros públicos consagrado en el artículo 105 de la Constitución. La solicitud fue denegada mediante resolución del Director-Gerente de 11 de julio de 1991, contra la que se interpuso recurso de alzada ante el Ministerio de Defensa, el cual fue también desestimado mediante resolución de 31 de enero de 1992.

Formulado el correspondiente recurso contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante sentencia el 5 de mayo de 1994, declaró el derecho del actor a que se le dé acceso al expediente completo relativo a la adquisición por el Estado de dichos terrenos, incluida aquella parte en que aparezcan el modo y el título de adquisición. La sentencia se fundó, en síntesis, en las siguientes consideraciones de interés:

- Aun cuando la solicitud inicial se formuló antes de la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, el Tribunal a quo considera que la preconstitucional Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 debió ser interpretada de acuerdo con el principio de libre acceso a los archivos y registros públicos, consagrado en el artículo 105 de la Constitución.

- No puede alegarse que la documentación se encontraba en Capitanía y no en la Gerencia, pues, amén del principio de personalidad jurídica única de la Administración del Estado, no es razonable la denegación bajo ese pretexto, fácilmente superable por vía interna administrativa. Se trata ésta de una cuestión relevante en la práctica, debido a la complejidad de las estructuras administrativas, y

que el tribunal resuelve satisfactoriamente³⁷⁹.

- Tampoco puede alegarse que los terrenos no fueron adquiridos por expropiación, pues ello es hacer supuesto de la cuestión que debe ser valorada por el interesado. Como se verá, ésta va a ser la principal cuestión sobre la que se pronunciará el Supremo.

Contra este fallo se interpone por parte del Abogado del Estado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundado en que, a juicio de la recurrente, resultaba clara la inexistencia de un posible derecho de reversión de los terrenos en cuestión, puesto que fueron adquiridos por el Estado mediante una compraventa civil, y no mediante un preexistente procedimiento administrativo de expropiación forzosa. Y la recurrente justifica esta afirmación en el hecho de que si hubiera existido fijación del justiprecio por mutuo acuerdo en el seno del procedimiento expropiatorio no hubiera existido necesidad de escritura pública, pues el acta de ocupación tendría carácter inscribible. El recurso es, no obstante, desestimado por la STS de 30 de marzo de 1999 (Ar. 3246), Sección Sexta, Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, cuya doctrina puede sintetizarse en los puntos siguientes.

4.2. La naturaleza jurídica del derecho de acceso a los documentos administrativos

El Tribunal Supremo considera que el artículo 105 b) de la Constitución *“remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contenciosoadministrativa)”*. No obstante, debe observarse que la propia sentencia hace referencia explícita a un *“núcleo esencial”* del derecho, no dependiente de la configuración legal de su ejercicio. Asimismo, ratificando la posición mantenida por la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo entiende que, aun cuando el derecho en cuestión no fue objeto de desarrollo hasta la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

³⁷⁹ En nuestro trabajo, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 538, señalábamos que la obligación de comunicar el documento pesa sobre cada Administración, como persona jurídica. Por ello, si el particular no conoce con exactitud el órgano o unidad que pueda detentar el documento, pero aporta, no obstante, los imprescindibles elementos para su identificación, la Administración estará obligada a admitir la solicitud.

Administrativo Común, "no cabe duda de que, antes de la promulgación de la norma legal que le da cuerpo, era ya susceptible de desplegar su virtualidad en orden a la adecuada interpretación con arreglo a los preceptos y principios constitucionales de la regulación a la sazón vigente sobre acceso al procedimiento administrativo de los interesados, integrada sustancialmente por el artículo 62 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958".

En definitiva, esta sentencia sigue la línea doctrinal anunciada en la anterior sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1999, acerca de la naturaleza del derecho de acceso como derecho de configuración legal, y -como veremos después- va a ser recogida literalmente por la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de diciembre de 1999, y es, asimismo, una postura mayoritaria en la doctrina española³⁸⁰. En todo caso, debe destacarse la clara e inequívoca vinculación que la sentencia formula entre el derecho de acceso a los documentos administrativos y la cláusula Estado democrático, coincidiendo así con lo que es ya una doctrina asentada en la jurisprudencia comunitaria³⁸¹.

4.3. La exigencia de un interés legítimo

El Abogado del Estado alegó en casación que la sentencia recurrida vulneraba el mencionado artículo 62 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, según el cual <los interesados en un expediente administrativo tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación, recabando la oportuna información en las oficinas correspondientes>, y recogido en lo sustancial en el actual art. 35.a) de la LPAC. En cambio, el Tribunal Supremo considera que una interpretación del mismo de acuerdo con los principios constitucionales antes mencionado, "impone de modo inconcuso que por interesado en la acepción que se contempla en el supuesto examinado, y sin perjuicio de la existencia de otros tipos de interés relevante se entienda aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella, como es en este caso el derecho de reversión. No cabe duda, pues, que, a estos efectos, la vinculación más fuerte de la Constitución impone una noción de interesado más amplia que la que en principio se infiere de la definición del artículo 23 de la pro-

³⁸⁰ Vid. L.A. POMED SANCHEZ, *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, op. cit., págs. 96 y 153; R. MARTIN MATEO, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, op. cit., p. 167, entre otros. Vid., no obstante, una postura contraria en S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 329 y ss.

³⁸¹ Así, el Tribunal de Justicia señaló, en su sentencia de 30.4.1996, Países Bajos/ Consejo, C-58/94, Rec. p. I-2169, apartado 53, la importancia del derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las autoridades públicas, vinculando este derecho "al carácter democrático de las Instituciones". Y, en el mismo sentido, el Abogado General señalaba en sus conclusiones (Rec. 1996, p. 2171, punto 19) que "El fundamento de dicho derecho debe más bien buscarse en el principio democrático, que representa uno de los elementos básicos de la construcción comunitaria...". Sobre la vinculación entre el principio democrático y el derecho de acceso, vid. nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., pp. 311 y ss.

pia Ley (hoy sustituido por el artículo 31 de la Ley 30/1992), que vincula(ba) el reconocimiento de este carácter a la titularidad de un derecho o a la personación en el procedimiento de los titulares de intereses directos afectados. Dichas limitaciones sólo son aplicables a la noción de interesado referida a un procedimiento en concreto ya iniciado y pendiente de resolución o resuelto por la Administración [como prevé hoy el artículo 35 a) de la nueva Ley]. No lo son al particular que se halla en el trance previo de reunir información necesaria para tomar conocimiento de su situación y derechos frente a los poderes públicos (supuesto que debe hoy remitirse a la regulación separada contenida en el artículo 37 de la nueva Ley, en el cual no se exige ya requisito alguno general de orden legitimador para poder obtener información más que ostentar la cualidad de ciudadano)".

Aun cuando el razonamiento anterior incurre en algún equívoco, parece claro que la postura del Tribunal Supremo no es otra que admitir que las personas que tengan la condición de interesados en un procedimiento eran ya, conforme al art. 62 de la Ley de Procedimiento de 1958, titulares de un derecho de acceso al correspondiente expediente, tanto mientras se sustancia el procedimiento como tras su resolución (como era el caso de autos), debiendo interpretarse, a partir de la Constitución de 1978, el requisito de interesado, no ya desde de los estrechos parámetros del antiguo art. 23 de la Ley de Procedimiento de 1958, sino en los términos amplios impuestos por una copiosa jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria, que por sobradamente conocida no es preciso referir aquí³⁸². La novedad que supuso la LPAC fue, justamente, suprimir la exigencia del interés legítimo para acceder -con determinados límites y condiciones- a los documentos relativos a procedimientos terminados³⁸³. De aquí que no sea exacta la afirmación anterior de la sentencia, según la cual la condición de interesado es aplicable "a un procedimiento en concreto ya iniciado y pendiente de resolución o resuelto por la Administración, pues en éste último caso se aplicaría justamente el art. 37.1 LPAC.

4.4. El carácter instrumental del derecho de acceso

En relación con la principal fundamento del recurso de casación, esto es la supuesta inexistencia un posible derecho de reversión de los terrenos en cuestión, puesto que -según el Abogado del Estado- fueron adquiridos por el Estado mediante una compraventa civil y no mediante un procedimiento expropiatorio, el Tribunal Supremo es contundente es su desestimación: "El Abogado del Estado pretende, en síntesis, que condicionemos el reconocimiento del derecho a obtener el acceso al expediente a la real existencia de los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de reversión sobre cuya procedencia el recurrente precisamente pretende informarse. Si acce-

³⁸² Sobre las insuficiencias y limitaciones que presentaba el art. 62 de la Ley de Procedimiento de 1958, vid. J.J. DIEZ SANCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 1992, p. 137.

³⁸³ Sobre la legitimación para el ejercicio del derecho, vid. S. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., págs. 399 y ss.

diéramos a esta pretensión estaríamos vinculando, del modo que hemos considerado incompatible con el principio constitucional de acceso a los registros públicos, la posibilidad de obtener la información útil para ponderar las posibilidades jurídicas de ejercicio de una pretensión al parecer de la Administración sobre la efectiva titularidad del derecho o del interés legítimo hacia el conocimiento de cuyos presupuestos van dirigidas las averiguaciones. Con ello resultaría sacrificada la función instrumental de la información en aras del criterio de fondo de la Administración sobre el objeto a que la misma se refiere y, de este modo, al privar al interesado de los elementos para tomar por sí mismo su decisión y devenir así inútil el derecho de acceso a los archivos y registros públicos (suplantado por el parecer de la Administración sobre la posible utilidad de su resultado), se vulneraría su núcleo esencial, no dependiente de la configuración legal de su ejercicio.

En el supuesto examinado resulta evidente, partiendo del concepto de interesado que ha quedado expuesto, que la parte recurrente ostenta un razonable interés en conocer con detalle las particularidades de la operación jurídica en cuya virtud sus causahabientes adquirieron la finca en relación con la cual desea valorar si es procedente o no el ejercicio del derecho de reversión, pues no siempre esta Sala ha considerado que el derecho de reversión esté vinculado a la existencia de un procedimiento expropiatorio en sentido formal, como parece dar por supuesto el Abogado del Estado”.

Los anteriores razonamientos del Tribunal Supremo son impecables y pueden suscribirse en su integridad³⁸⁴. En efecto, el derecho de acceso a los documentos administrativos, como el resto de los derechos de información, se caracteriza porque se trata de un derecho eminentemente instrumental, en el sentido de que, de ordinario, se solicita acceder a los documentos con la finalidad de utilizar la información en ellos plasmada para los más variados fines. En ocasiones, el derecho de acceso es estrictamente instrumental de un concreto derecho fundamental, como sucede con el derecho a acceder en condiciones de igualdad los cargos públicos en su vertiente de derecho a ejercer también en condiciones de igualdad dichos cargos -art. 23.2 CE-, o como sucede con el propio derecho a la intimidad en su vertiente de derecho a la autodeterminación informativa -art. 18.1 CE-, o también con el derecho a la tutela judicial en su vertiente de derecho a la defensa de

³⁸⁴ Se trata de una alegación similar a la efectuada en caso relativo al derecho de los concejales a acceder a la documentación municipal, resuelto en la STS 26.6.1998, Ar. 6288. En este caso, la solicitud de acceso a la documentación que sirvió de base a unos pagos de certificaciones por obras fue denegada por el Alcalde (de Marbella) por estimar que “la información solicitada no resultaba precisa para el desarrollo de sus funciones”, conforme al art. 77 LBRL. De este modo, la efectividad de un derecho fundamental -el consagrado en art. 23.2 de la Constitución-, que tiene por objeto fiscalizar políticamente la actuación del órgano de gobierno dependía del unilateral criterio justamente del órgano llamado a ser fiscalizado. Afortunadamente, el Tribunal Supremo, separándose del censurable criterio de la sentencia recurrida, consideró que la petición de unos documentos concretos y determinados ha de reputarse “precisa para el desarrollo de su función” y la negativa -sin otro fundamento que el unilateral criterio del Alcalde de considerar no necesaria la documentación solicitada para el desarrollo de su función- vulnera el derecho fundamental invocado, por cuanto no puede calificarse de uso desmedido la petición formulada, cuya relación con sus funciones fiscalizadoras y de control de la actividad municipal resulta manifiesta. Vid S. FERNÁNDEZ RAMOS, “Los Concejales y el derecho a la información”, Comares, Granada, 2001.

los derechos e intereses legítimos -art. 24.1 CE-. En otras ocasiones, el derecho de acceso es instrumental a determinados derechos sociales, como el derecho al medio ambiente -art. 45.1 CE-, o el derecho de acceso a la cultura -art. 44.1 CE-. En todos estos casos, el derecho de acceso podr presentar diversas modulaciones en su régimen -sujetos titulares, límites del derecho, procedimiento de ejercicio...-, justificadas en el derecho constitucional del cual es instrumental. Pero también puede suceder que el derecho de acceso tenga por finalidad el control de la actuación pública, y su sometimiento a los principios de legalidad, eficacia y buena administración, de modo que el derecho es instrumental a genéricos intereses colectivos. Y, en cualquier caso, debe subrayarse que lo característico en un sistema de transparencia administrativa es que la Ley descarta, con carácter general, la consideración anticipada de los intereses o motivaciones del solicitante, de modo que la simple curiosidad del administrado es suficiente para fundar la comunicación de los documentos. Por esta razón, debe señalarse que de haberse presentado la solicitud con posterioridad a la Ley 30/1992, el Tribunal Supremo bien podría haberse limitado a señalar que en el sistema de acceso general ordenado en el art. 37.1 de la LPAC no cabe exigir, con carácter general, al ciudadano que motive su solicitud, de modo que las eventuales consideraciones de la Administración sobre los móviles del solicitante son perfectamente supérfluas³⁸⁵.

5. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de diciembre de 1999.

5.1. Los hechos del caso

El Ayuntamiento de Cantalejo (Segovia) acordó, con fecha de 15 de abril de 1998, denegar a los recurrentes la entrega de copia de diversos documentos del expediente 16/1994 sobre edificación de obra en el edificio de la calle Empecinado núm. ... de esa localidad, y que según la relación del suplico de la demanda eran los siguientes: el Decreto del Ayuntamiento de Cantalejo de 16 de febrero de 1994 ordenando, por solicitud de Domingo Z., la incoación del expediente de concesión de licencia de actividades clasificadas y la diligencia que incluye; el escrito del mismo Ayuntamiento y fecha dirigido al Gobernador Civil de la provincia de Segovia remitiendo el anuncio para su publicación en el BOP; el escrito del Ayuntamiento de fecha 16 de febrero de 1994 comunicando a la colindante doña María Luz S. la solicitud de licencia; y escrito del mismo Ayuntamiento y fecha dirigido al coordinador de la Unidad Veterinaria de Cantalejo a fin de que emita el

³⁸⁵ En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea tiene declarado que todos los ciudadanos puede solicitar tener acceso a cualquier documento de la Comisión no publicado, sin que sea preciso motivar la solicitud: sentencias Interporc/Comisión, de 6.2.1998, T-124/96, Recc. p. II-231, apartado 46; Svenka Journalistförbundet/Consejo, de 17.6.1998, T-174/95, Rec. p. II-2289; Van der Wal/Comisión, 19.3.1998, T-83/96, Rec. p. II-545, apartado 41; Bavarian Lager/ Comisión, de 14.10.1999, T-309/97.

preceptivo informe sobre la solicitud de licencia de don Domingo Z.

Contra la resolución denegatoria anterior los interesados interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Castilla y León (Burgos), alegando en apoyo de su pretensión impugnatoria que tenían derecho a la entrega de la copia de los documentos que solicitan en virtud de lo establecido en el artículo 37 de la Ley 30/1992. Por su parte, el Ayuntamiento demandado sostuvo la validez del Acuerdo en el hecho de que se trataba de simples formularios o impresos estandarizados. Finalmente, el TSJ estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anula la Resolución recurrida y condena al Ayuntamiento demandado a que facilite a los recurrente la documentación reseñada en el suplico de la demanda.

La sentencia del TSJ comienza por suscribir la doctrina formulada por el Tribunal Supremo de 3031999, más arriba tratada, acerca del art. 37 de la LPAC, añadiendo, puesto que el derecho se ejerce ante una Administración Local, la mención al apartado 3 del art. 70 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en virtud del cual todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los Acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del art. 105, letra b) de la Constitución. Entrando en la cuestión de fondo, la sentencia trata dos cuestiones de interés relativas al ejercicio del derecho de acceso.

5.2. Los impresos como objeto del derecho de acceso

Como se ha indicado antes, el Ayuntamiento demandado se opuso a la entrega de la copia de los documentos solicitados, no ya por considerar que concurría causa alguna de limitación, sino por entender que los mismos eran simples "formularios". Frente a esta objeción, el TSJ considera que *"si por formulario se entiende según el Diccionario de la Lengua todo modelo o patrón impreso con espacios blancos para rellenar en la realización de trámites es evidente, que de la lectura de los documentos que se relacionan en el suplico de la demanda: (...). Es evidente que los mismos no se corresponden con simples formularios y que se refieren a un expediente finalizado como lo atestigua la declaración por vía de informe del Ayuntamiento de Cantalejo en la posición 7 que reconoce que son dichos documentos los solicitados por los recurrentes, aunque se reitera que se trata de impresos, aunque tal acepción no podamos compartir y entre de lleno por contra, dentro de la posibilidad de acceso a la información y sin que concurra causa de restricción de la misma, además el artículo 37 núm. 1 de la Ley 30/1992 no exige que dichos documentos incorporen una actuación determinada, sino que se refiere de la forma más amplia a los documentos sin más especificación que se encuentren, 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”.

Era manifiesto en este caso que los documentos cuya copia se había solicitado en modo alguno podían calificarse de simples impresos o formularios, puesto que tales documentos contenían verdaderas actuaciones administrativas, en concreto actos de trámite de ordenación e impulso del procedimiento: la orden de incoación del mismo, el anuncio de publicación, la audiencia a un eventual interesado y el requerimiento de informe preceptivo. Pero, más aún, de los términos de la sentencia, cuando expresa que “la Ley 30/1992 no exige que dichos documentos incorporen una actuación determinada, sino que se refiere de la forma más amplia a los documentos sin más especificación que se encuentren, obren en los archivos administrativos...”, parece desprenderse que incluso en el caso de que se tratase efectivamente de formularios, tampoco estarían por ello excluidos del derecho de acceso. Y lo cierto es que un impreso o formulario se ajusta perfectamente a la noción de documento contenida no sólo en la LPAC sino también en la legislación referente al patrimonio documental -art. 49.1 LPHE y preceptos concordantes de la legislación autonómica-³⁶⁶.

5.3. La terminación del procedimiento

Como es sabido, el art. 37.1 de la LPAC exige que los documentos formen parte de expedientes que “correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Y, al parecer, en el caso de autos no había recaído resolución que decidiera la solicitud de licencia de obra. Sin embargo, el TSJ recuerda que el artículo 87 relativo a la terminación, establece que la misma se produce: “1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad. 2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso”.

Y para el TSJ “resulta patente que nos encontramos ante un procedimiento que de una u otra forma ha finalizado por lo que procede acceder a la petición formulada por los recurrentes y con ello a la estimación del presente recurso”.

A nuestro modo de ver, la principal virtud de la decisión no estriba ya en la evidente conexión de la exigencia de terminación del procedimiento con el art. 87

³⁶⁶ En ese sentido, cabe señalar que el Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales, aprobado por Decreto 242/1969, cita a los “impresos” en primer lugar entre una larga relación de categorías de documentos.

de la LPAC, sino en el hecho de que, a la vista del tiempo transcurrido -recuérdese que los documentos solicitados datan de febrero de 1994 y la solicitud se formuló en 1998-, el TSJ presume la terminación del procedimiento. Y este criterio es importante puesto que determinadas formas de terminación del procedimiento, como la caducidad del mismo, parecen requerir la emisión por parte de la Administración de una resolución formal -art. 92.1 y 2- LPAC, de tal modo que la falta de emisión por parte de la Administración de dicha resolución formal obstaculizaría sine die el acceso por parte de terceros al expediente administrativo, de modo que estaría en manos de la Administración la efectividad del derecho³⁸⁷.

8. Reflexiones finales.

Las tres sentencias analizadas -no así la queja ante la institución parlamentaria- constituyen un primer paso en el buen camino de conformación de una doctrina jurisprudencial sobre el derecho de acceso, pero es aún manifiestamente insuficiente.

Ello es así porque el derecho de acceso plantea fundamentalmente un problema de límites, de fronteras: hasta dónde debe extenderse la publicidad y partir de dónde debe preservarse el secreto, la confidencialidad. En última instancia, siempre habrá que realizar un juicio de ponderación, de valoración de los intereses en presencia, puesto que al ser contradictorios difícilmente cabe una armonización: ineludiblemente un interés debe prevalecer sobre otro, el cual es sacrificado.

Y en esta operación de balanceamiento de intereses, salvo en casos extremos, no son válidas las soluciones apriorísticas, sino que es preciso analizar cada caso concreto. Se trata, pues, de un derecho encadenado a la realidad, a la casuística. Y en estos casos la jurisprudencia desempeña un papel de primer orden, pues permite la conformación de un acervo de criterios y soluciones que oriente la actuación de los distintos operadores jurídicos -tanto del funcionario que informa como de la autoridad que resuelve las solicitudes-, tal como reclamaba el propio Defensor del Pueblo andaluz.

Por otra parte, aun cuando es aventurado explicar -a falta de investigaciones de campo que aporten datos empíricos- las causas de esta persistente atonía en el ejercicio del derecho de acceso en nuestro ordenamiento, pueden, no obstante, formularse algunas conjeturas.

³⁸⁷ Sobre la noción de procedimientos terminados empleada por el art. 37 LPAC, vid. nuestra obra, *El derecho de acceso*, cit., pp. 444 y ss.

Una primera, de carácter inmediato, sería la referente al coste económico de un proceso contencioso-administrativo, excesivo para hacer valer un derecho ciudadano de esta naturaleza, salvo que exista detrás un interés patrimonial de cierta entidad -como era la reversión de determinados terrenos en el caso de la STS-. Esta explicación estaría corroborada, asimismo, por el relativamente abundante uso por parte de los ciudadanos de las quejas al Defensor del Pueblo e instituciones autonómicas análogas de carácter gratuito.

Otra causa, concurrente con la anterior, podría estar derivada del hecho de que el derecho de acceso aún no ha calado en la ciudadanía, sigue siendo un gran desconocido para el ciudadano medio, circunstancia ésta a la que no ayuda precisamente el carácter a veces ininteligible de la Ley 30/1992, y que, en todo caso, para superar precisaría de un labor activa por parte de la Administración en la divulgación de este derecho, objetivo éste que no parece que constituya una prioridad entre nuestros gobernantes³⁸⁸.

Ciertamente, la efectividad del sistema requiere la inversión de las pautas de conducta tradicionalmente enraizadas en las organizaciones públicas -en el sentido de relegar la idea según la cual la importancia de las responsabilidades se mide según el espesor de los secretos que les son confiados-, y, como es evidente, una tal transformación hábitos no se hace por mandato legal, sino que requiere, como todo cambio cultural, de una ardua y sostenida labor, tal como demuestra la experiencia francesa³⁸⁹.

En fin, cabría incluso apuntar una hipótesis más aventurada. Partiendo de la premisa según la cual en todos los sistemas administrativos modernos existen cauces de comunicación entre la Administración y los particulares, por una propia necesidad de funcionamiento del sistema, podría pensarse que el acceso a la información tiene lugar de un modo u otro: si no es por los cauces oficiales de ejercicio del derecho de acceso, lo será por otros cauces extraoficiales, eso sí no abiertos al conjunto de los ciudadanos.

³⁸⁸ Lo peor es que la actitud del legislador de 1992 -que pudo excusarse en un criterio de prudencia ante un derecho novedoso- no se vió modificada tras siete años de vigencia de la Ley y práctica inaplicación del derecho. En efecto, el legislador estatal que efectuó mediante Ley 4/1999 una reforma profunda de los aspectos más polémicos de la Ley 30/1992 -el silencio administrativo, los recursos, la revisión de oficio...-, no consideró, en cambio, necesario tocar el art. 37 de la Ley.

³⁸⁹ Ya advertíamos en 1995 -S. FERNANDEZ RAMOS, "La Directiva comunitaria sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente y su transposición al Derecho español", op. cit., pág. 82- que la parquedad de la Ley en no pocos aspectos y su oscuridad y dogmatismo en otros, ajena por completo a la formulación de reglas sencillas, pueden determinar, no sólo que el dispositivo legal no sea comprensible por el ciudadano medio al que está destinado, sino la falta de integración del dispositivo mismo en el conjunto del ordenamiento jurídico-administrativo, lo cual conllevará su percepción por los agentes públicos como un elemento anómalo en el sistema, como una enojosa perturbación en el funcionamiento del servicio.

2ª Ponencia

EL ARCHIVERO Y LA APLICACIÓN
DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESO

DANIEL DE OCAÑA LACAL

2ª Ponencia

EL ARCHIVERO Y LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESO*

DANIEL DE OCAÑA LACAL

1. INTRODUCCIÓN: Un derecho acechado por la desconfianza

Cuando se me pidió que participase en la Jornada Técnica que, con el título *El derecho de acceso a la información contenida en los archivos*, organizó la Consejería de Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se me planteó la estructura de la misma en dos partes: una primera en la que se analizaría, como tan brillantemente lo hizo el Profesor Severiano Fernández Ramos, el panorama de la legislación vigente en materia de derecho de acceso a los archivos y a la información contenida en los mismos; y una segunda parte en la que se trataría de plantear algunas situaciones reales, unas conocidas y otras no tanto, resultado todas ellas de la aplicación de esa legislación. Es evidente que encadenar un rosario de simples anécdotas no tendría mucho sentido, con independencia de lo triste, lo divertido o lo asombroso, que de todo hay, de algunas de ellas. Pretendo pues simplemente aportar algunos elementos para la reflexión sobre el problema del derecho de acceso partiendo de una realidad en mi opinión impropia de un país que se dice democrático. Un país, España, con una idea en cuanto a la organización del poder político y en cuanto a los derechos y deberes de los ciudadanos encarnada en una Constitución, aprobada en 1978 y actualmente vigente. En ella se contemplan, entre otros muchos, el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, el derecho a la cultura y el sometimiento de los poderes públicos a la Ley y al Derecho.

Algunos juristas ilustres han calificado el acceso a los archivos a raíz de la promulgación de la Constitución y, en concreto, de su artículo 105.b como un dere-

* El presente texto, leído en Toledo el 29 de julio de 2000, en el marco de la Jornada Técnica sobre *el Derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, es una adaptación de nuestro trabajo *Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España*, publicado en las Actas del VII Congreso de ANABAD, Boletín 3-4 de 1999.

cho de enorme trascendencia llamado a transformar radicalmente los hábitos de nuestra Administración¹. Sin embargo, lo cierto es que ni su configuración legal ni su tratamiento por las Administraciones ni su ejercicio por parte de los ciudadanos indican tal cosa. Esto puede parecer un tanto exagerado pero no es difícil encontrar numerosos ejemplos de todo ello. Casos que configuran un panorama global en el cual el acceso a los documentos se convierte en epopeya tipo *Misión Imposible*, en motivo de controversias políticas o, simplemente, supone una negativa al ciudadano a veces apoyada en la prepotencia o la ignorancia administrativa más puramente prevaricadoras.

Para enmarcar un tanto las cuestiones que pretendo ir desgranando en este trabajo quisiera comenzar con unas palabras de un autor bien conocido por todos para, a continuación, comentar una breve anécdota. Al incidir en la importancia del artículo 20 CE, nuestro autor escribía:

No soy tan zafio como para patrocinar una especie de apertura sin límites [de los archivos judiciales, y en concreto de los militares], pero sí creo que la regla general debe ser la utilización y las dificultades para la utilización deben ser las excepciones justificables, excepciones interpretables restrictivamente, como toda excepción de un derecho fundamental. Y, más adelante, prosigue el autor: [...] 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 ése es un riesgo que habrá que tenerse en cuenta e incluso penalizarlo si a ello hubiere lugar.

Son palabras de D. Francisco Tomás y Valiente, ilustre jurista, ex-presidente del Tribunal Constitucional, eminente historiador y, sobre todo, insigne demócrata, víctima de los enemigos de la democracia y de la libertad. Palabras que nos movían hace muy poco a preguntarnos cómo es posible que casi trece años después de pronunciarlas muchos archiveros no hayan hecho aún de ellas una suerte de oración profesional².

Veamos la anécdota: No hace mucho supé de la negativa de la Dirección de una gran Archivo Nacional a permitir a una persona acceder a documentos relacionados con casos de prostitución infantil en la Guerra Civil y en la posguerra,

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1994, p. 467.

² TOMÁS Y VALIENTE, Fco., "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. 625-631.

materia sobre la cual esta persona realizaba su tesis doctoral. El motivo de la negativa, que ignoramos si llegó a verterse por escrito, era que *aunque la edad de los documentos superaba el plazo contemplado en el artículo 57 de la Ley del Patrimonio Histórico Español [50 años] consideraba [la Dirección] que las personas a quienes se aludía en ellos podían seguir vivas y, por tanto, podían verse afectadas en su honor, etc.*³

Llegados a este punto, citemos de nuevo a Francisco Tomás y Valiente:

Es posible que el honor, es posible [...] que la intimidad (aunque esto me parece muy difícil) se puedan poner en riesgo [al acceder a los documentos]; pero el riesgo de utilización de un derecho no es en sí mismo razón suficiente para no permitir el ejercicio del derecho.

Esta presunción es, sin embargo, casi constante en la regulación del derecho de acceso y en la realidad de su ejercicio o, mejor dicho, del intento de ejercerlo. No es raro ni mucho menos que, como ilustra la anécdota, la presunción conlleve incluso el mero incumplimiento de las disposiciones legales por parte de los responsables de su aplicación más directa. Un ejemplo de tales decisiones personales nos lo ofrece el caso de dos archiveros franceses, Brigitte Laine y Philippe Grand, que ha alcanzado cierta resonancia en el mundo de los profesionales. Ambos permitieron la difusión de documentos no accesibles según los plazos legales vigentes en el país vecino. Algunos aducían, en defensa de tal decisión, que el artículo 8 del Código Ético del Consejo Internacional de Archivos obliga a los archiveros a utilizar la confianza que se les otorga en beneficio del interés general, así como de abstenerse de toda actividad que pueda perjudicar su integridad profesional, su objetividad e imparcialidad⁴. No parece, sin embargo, que la vulneración de la Ley en un Estado democrático coadyuve al interés general. Ante una legislación imperfecta la ética de los profesionales les obliga exigir su modificación

³ Sorprende un tanto que hoy día se lleven a la realidad planteamientos que, en principio, se planteaban por algunos únicamente como disconformidades teóricas con lo que se contenía en un Proyecto de la Ley. Vid. por ejemplo CONTEL BAREA, Concepción, "Fondos judiciales: problemática de su investigación" en *El Patrimonio Documental aragonés y la Historia*, Zaragoza, 1986, p. 420, quien escribía (en 1984): *Creemos que esta parte del artículo 57 [punto c, en el Proyecto de Ley del Patrimonio Histórico Español] necesita una enmienda [...]. Es necesaria la rectificación porque los que estamos entre papeles de justicia sabemos que hay procesados muy jóvenes y cincuenta años no es mucho tiempo para comunicar asuntos (la esperanza de vida se acerca a los ochenta años) que afectan a la intimidad de las personas y, si no se conoce su muerte se pueden cometer graves errores con facilidad.* Así pues, habrían de establecerse diferentes plazos de acceso en función de si se es hombre o mujer (estas viven más), se fuma o se vive en regiones más expuestas a la polución. Además la citada autora continúa: *Por otra parte, y me extraña que esto no lo haya detectado nadie en el Parlamento [...] el citado apartado c) del artículo 57 del Proyecto de Ley del Patrimonio se contradice con lo contenido en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 que regula el artículo 18.1 de la Constitución: Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Los plazos tienen su razón de existir en que el paso del tiempo hace que ciertos intereses decaigan ante el interés público de acceder a la cultura y ha de recordarse que según la propia Ley Orgánica 1/1982 no se reputará intrusiones ilegítimas en el derecho del honor y de la intimidad las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8).*

⁴ Archivist should use the special trust given to them in general interest [...]. Archivists must refrain from activities which might prejudice their professional integrity, objectivity and impartiality.

y a plantear el problema lo más abiertamente posible. Saltarse la normativa, como en el caso referido, pone además en peligro el Patrimonio Documental: Si los plazos se incumplen los temores o prevención de algunos facilitarán la eliminación encubierta de documentos.

Tras el problema de la *presunción negativa* y de las dificultades e incertidumbres que, en general, configuran la realidad del derecho de acceso como una realidad harto problemática encontramos elementos previos múltiples e interrelacionados:

- **Una legislación deplorable**, con innumerables lagunas, olvidos y contradicciones aparentemente al servicio no tanto de la transparencia del poder hacia la ciudadanía como al del oscurantismo y del secreto.

- **Un marco sociológico democráticamente poco evolucionado**, con un ciudadano mayoritariamente desconocedor de sus derechos y una administración que no se preocupa de asegurárselos. Marco que muestra claramente como nuestra sociedad actual es fruto de una reforma y no de una ruptura con respecto al régimen político y social predemocrático.

- **Un colectivo profesional, el de los archiveros**, que se ve atrapado entre una legislación regresiva y deficiente y una presión cada vez mayor en pro de la transparencia informativa y que, también hay que decirlo, presenta aún en ciertas ocasiones un perfil un tanto peculiar que le lleva a tomar decisiones más que discutibles.

2. El marco normativo del derecho de acceso

Quien tiene información tiene poder. Así, la tendencia de las estructuras administrativas hacia el secretismo en su funcionamiento es algo bien conocido desde siempre. Hoy día esa tendencia suele dar lugar a una cierta asincronía entre *democracia política* y *democracia administrativa*, en la que ésta aparece siempre por detrás de la otra. Sin embargo, en cuanto al derecho de acceso y pese a lo que cabría esperar a partir de la Constitución, ese retraso se ha ensanchado cada vez más, sin que los enunciados de buenas intenciones de políticos y administradores para “acercar la Administración al ciudadano y hacerla más transparente” hayan invertido esa tendencia. Como ha escrito POMED SANCHEZ, *no es suficiente con la aprobación de una Ley para garantizar la plena efectividad de un derecho constitucional; es precisa la concurrencia de una voluntad sostenida que no parece existir*⁵.

⁵ POMED SANCHEZ, L. “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa” en *Revista de Administración Pública*, 142 (1997), enero-abril, p. 442.

No vamos a profundizar en la evolución seguida por la legislación reguladora del derecho de acceso y sus perfiles, objeto de la exposición del Profesor Fernández Ramos, desde luego mucho más autorizado que yo para ello. Con todo, sí quisiera insistir en ciertos aspectos fundamentales.

Uno de ellos lo constituye el abandono de la división tradicional entre archivos administrativos e históricos o, en terminología arqueológico-forense, *vivos o muertos*, merced al establecimiento de la categoría *Patrimonio Documental* por virtud de la Ley 16/1985 (LPHE). Así, la regulación del derecho de acceso a los documentos administrativos *en curso de tramitación* debería haber sido objeto pues de otra norma que hubiese complementado a la LPHE, ya fuese en el ámbito del procedimiento administrativo (como finalmente ha sido) o, mejor aún, en el de la regulación general del derecho de acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas, incluidos los datos de carácter personal, automatizados o no. Sin embargo, la LRJPAC y, concretamente, su artículo 37 ha supuesto en cuanto al derecho de acceso un gran embrollo y una interpretación unánimemente calificada de restrictiva con respecto al espíritu del constituyente⁶. Desde el desconocimiento absoluto de la realidad de los archivos, la arbitrariedad y la inseguridad jurídica a que da lugar son fruto del régimen de excepciones que, a partir del establecimiento de determinados documentos (“expedientes”)⁷ inaccesibles sine die, se establece en la norma, obviando algo tan fundamental como plazos temporales específicos de reserva transcurridos los cuales pueda ejercerse el derecho sin obstáculo alguno⁸. Esto parece lógico ante algo incuestionable: el paso del tiempo

⁶ Por ejemplo, la cuestión del acceso a los procedimientos terminados es criticada por Ramón Parada en los siguientes términos: [...] *la Ley constriñe [el derecho de acceso] a los expedientes archivados o terminados, impidiendo el acceso a los procedimientos que de alguna forma están todavía en tramitación [...]. Se trata ciertamente de una amputación de un derecho constitucionalmente protegido [...]. Ningún sentido tiene pues que una Ley sobre Régimen Jurídico y el procedimiento Administrativo Común dictada para regular la actividad de los procedimientos vivos, no terminados, acabe reglamentando el acceso a los ya terminados, a los difuntos y enterrados, dejando sin regular lo primero que es el objeto precisamente de la Ley* (PARADA VAZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, p. 156).

⁷ Mal empieza el artículo 37 cuando refiere el derecho de acceso a expedientes y no a documentos, como sí se refiere el artículo 105.b). Además de ser general en la doctrina el reconocimiento de la ausencia de normalización en la definición del concepto de expediente, ni siquiera su noción meramente instrumental en asociación al concepto procedimiento nos serviría puesto que, como es notorio, *la Administración produce y recibe documentos que son archivados sin que hayan dado lugar a un procedimiento propiamente dicho, así como maneja documentos que no forman parte de procedimiento alguno* (FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, 1997, p. 431). Ni siquiera el concepto de documento administrativo está libre de polémica, afirmándose por algunos que sólo lo es el incorporable a un expediente: *El libro de actas de una Corporación local no es, por tanto, un documento administrativo* (GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1993, p. 463). Desde un punto de vista archivístico la normalización del concepto expediente (y, por tanto, de las series documentales desde al Antiguo Régimen hasta hoy) está hoy mucho más cerca gracias al excelente trabajo de TORREBLANCA LOPEZ, A. y MENDO CARMONA, C., “Estructura del expediente administrativo según las fuentes legales” en *Documento y archivo de gestión. Diplomática de ahora mismo*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Carmona, 1994, p. 109-170.

⁸ Es el caso, por ejemplo, de Francia: el Decreto núm. 79-1038 de 3 de diciembre de 1979 establece un plazo de sesenta años para acceder a determinados fondos por su carácter político -archivos del Presidente de la República, del Primer Ministro- o por afectar a la seguridad del Estado o a la vida privada y además prevé la posibilidad de, en determinados casos, autorizar la consulta de documentos no accesibles cuando éstos cumplan los treinta años.

hace desaparecer cualquier motivo de restricción, a no ser que los planes de nuestra flota para bombardear El Callao o los informes sobre las actividades de las kabilas en el Protectorado Español de Marruecos sigan considerándose "información sensible", cuyo conocimiento puede afectar a la seguridad del Estado.

La LRJPAC no contempla la posibilidad del acceso parcial, como por ejemplo en los Estados Unidos o en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a sus documentos, y *establece una prohibición indiscriminada de acceso a toda suerte de documentos que contengan información sobre las materias relacionadas*⁹. Puestos al disparate podría llegarse al caso de cerrar a la investigación asuntos tan amplios como "los relacionados con Togo" por la mera existencia previa de un conflicto de intereses, lo cual, aunque absurdo, constituye una posibilidad mucho más real de lo que parece. En 1995 desde el Ministerio de Asuntos Exteriores se intentó (por suerte no se logró) sacar adelante una Orden reguladora del acceso a su Archivo Central en la que, entre otras cosas, se establecían plazos *al alimón* de 30, 35 o más años a cuyo término, si se consideraba oportuno, podían establecerse nuevos plazos de restricción, aberración que suponía una inseguridad jurídica intolerable en cualquier sistema democrático. Además, los plazos tenían por objeto los documentos relacionados *in totum* con ciertos países y materias v. gr. *Chile, Cuba* o *Derechos Humanos*. Esto último era especialmente enervante: mientras las democracias no sólo formales se caracterizan por la defensa abierta del reconocimiento y defensa de los derechos humanos frente lo que sucede en los sistemas políticos no democráticos, en el proyecto la materia se considera secreta... Por lo demás, cuando se hizo ver la ilegalidad de tales planteamientos la contestación fue bien sencilla: *los plazos puede que careciesen de base legal, pero se ajustaban a los criterios políticos de la Dirección General competente...* Sin comentarios.

Cuando la LRJPAC nos envía a otra normativa restrictiva del acceso a determinados documentos o -peor aún, materias- nos sitúa ante un confuso panorama. Por una parte encontramos **diferentes plazos de acceso**¹⁰: Así, la Ley catalana 6/1985, de 26 de abril, de Archivos, modificada por la Ley 8/1989, de 5 de junio, establece en su artículo 23.2 que como regla general *los documentos públicos e históricos se considerarán reservados mientras no hayan transcurrido treinta años desde la fecha de creación [...]*, importación apresurada de la legislación francesa, pero entendida justamente al revés (RUIZ ALCAÍN). Este *plazo general de restricción* existe en algunos países y se ha incorporado a la recomendación del Consejo de Europa sobre

⁹ FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 454.

¹⁰ Vid. además SANTOS CANALEJO, Elisa C. de, "Consideraciones sobre el acceso a los archivos diplomáticos" en *Boletín de ANABAD* XLI (1991), núm. 3-4, julio-diciembre, p. 200: *En cuanto a los plazos de acceso se mantiene el de veinticinco años para cuando la clasificación no fuera por Ley [sic].*

política europea de acceso a los archivos (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de julio de 2000. Recomendación número 3/2000).

A su vez, el 23.3 dice que se establecerán plazos superiores para la difusión de documentos que contengan o revelen *circunstancias individuales de personas determinadas*. La claridad del precepto es digna de admiración. Lo que resulta incomprensible es que no se haya declarado inconstitucional un precepto que obvia el carácter básico de la normativa estatal, lo que significa, como escribe FERNANDEZ RAMOS, que la adaptación a las peculiaridades de cada Administración Autónoma no puede implicar restricciones mayores al derecho de acceso.

Por su parte, la Ley Andaluza 3/1984, de 9 de enero, de Archivos, recientemente desarrollada por Decreto 97/2000, de 6 de marzo, establece en su artículo 27 que *la consulta pública del Patrimonio Documental Andaluz [tanto de titularidad autonómica como estatal] será posible a partir de los treinta años de haber finalizado su trámite o su vigencia administrativa*; además el apartado c) del mismo artículo establece, en los casos en que la información afecte a la seguridad, honor e intimidad de las personas físicas, un plazo de 30 años desde su fallecimiento, frente a los 25 de la LPHE, y de 100 desde la fecha de los documentos, frente a los 50 de la citada LPHE. También en el ámbito del Sector Público Estatal encontramos curiosos ejemplos de inventiva en materia de plazos, como el de más de 40 años que aplica el Banco de España para la consulta de sus fondos, etc.

Como se ve el sistema recuerda vagamente el predominio del fuero como ordenamiento vigente frente a la *lex communis*, al *Liber Iudiciorum*. ¿Quién habló de modernidad?

Otros problemas con los que nos encontramos son la falta de regulación en instituciones de relevancia, como por ejemplo, de los archivos del Defensor del Pueblo o del D.N.I.; y la existencia de contradicciones y olvidos clamorosos¹¹, todo ello en el marco de la ausencia de un sistema archivístico digno de tal nombre.

¹¹ Otro ejemplo lo constituye el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado (AGE), la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro dice en su artículo 9.2: *En el supuesto de que, por el tiempo transcurrido, el documento original o los datos en él contenidos obrasen en un archivo general, histórico y organismo similar, la solicitud [de copias auténticas de documentos] será cursada al correspondiente archivo para la expedición, en su caso, de la copia auténtica*. Y a continuación establece (9.4): *La solicitud podrá ser denegada por resolución motivada que pondrá fin a la vía administrativa cuando concurran razones de protección del interés público o de protección de intereses de terceros, cuando así lo disponga una norma legal o reglamentaria y, en todo caso, en los siguientes supuestos...*, pasando a enumerar los contemplados en el artículo 37.5 LRJPAC. Es decir, que aunque los documentos estén en un archivo histórico se aplica esta Ley, despreciando de forma sobrecogedora la LPHE a la que la propia LRJPAC remite en este mismo artículo en el caso de los archivos históricos. Más inverosímil aún resulta la redacción del artículo 19.3 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la función pública estadística: *Excepcionalmente y siempre que hubieran transcurrido, al menos, veinticinco años desde que se recibió la información por los servicios estadísticos podrán ser facilitados datos protegidos por el secreto estadístico a quienes, en el marco del procedimiento que se determine reglamentariamente, acrediten un legítimo interés*. Lo desconocedor es que si se indagara en esta cuestión con mayor profundidad seguramente aparecerían más ejemplos.

La remisión a la LPHE, en tanto "disposición específica" (y, por tanto, reservada a documentos específicos, los "históricos") de nuevo rompe la unidad del Patrimonio Documental, esta vez en cuanto al régimen del derecho de acceso se refiere. La noción de historicidad se restringe a los documentos conservados en determinados centros aun cuando, en estas circunstancias, no exista criterio para diferenciar lo histórico de lo que no lo es¹². Como las transferencias son irregulares o frecuentemente ni siquiera se llevan a cabo, nos encontramos con que los archivos históricos conservan documentación -incluso de una misma serie- más moderna que la que se encuentra en los archivos administrativos, siendo menos accesible ésta que aquélla.

Asimismo, la norma parece escorarse hacia la más pura -y rancia- tradición, propia de tiempos preconstitucionales, de establecer categorías de ciudadanos al diferenciar entre los *investigadores* y el resto¹³. Esto se adivina en la LRJPAC cuyo artículo 37.7, después de establecidas toda una serie de restricciones, permite el acceso a los *ciudadanos que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante*, sin que se sepa cómo, quién o qué determina dicha relevancia. De nuevo acecha el peligro de la arbitrariedad, encontrando en ciertos casos una sospechosa sinonimia entre la relevancia y la simple recomendación o enchufe. ¿Quién no conoce o ha oído hablar del investigador *favorito*, por lo general catedrático o personaje de renombre, con privilegio de documentos en primicia, fotocopias gratis o, al menos, instantáneas, que a cambio suele citar en sus libros al solícito archivero que se las proporciona, a quien incluso ocasionalmente coloca en algún cursillo o congresete?

La excepción favorable a los titulares del mencionado interés surge con 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* (vid. nota número 3). Es evidente que no

¹² Algunos consideran la confusión entre archivos administrativos e históricos fruto de la *buena voluntad de extender la protección a toda la documentación pero causa de una menor protección efectiva del Patrimonio Documental*: LOPEZ RODRIGUEZ, C., ¿Eruditos o gestores? En *Métodos de información*. Vol. 4, núm. 17-18, marzo-mayo 1997, p. 35.

¹³ Un ejemplo del concepto *clásico* del investigador se aprecia con claridad en la 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. La Tarjeta Nacional de Investigador se obtenía previa acreditación de un título de enseñanza superior o equivalente, cursar una carrera universitaria, *ser presentado por algún profesor y dedicarse conocidamente a tareas de investigación histórica*. Al menos el Real Decreto 1969/1999 de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición de la Tarjeta Nacional de Investigador (BOE de 13.I.2000) no menciona el famoso aval. Lo verdaderamente asombroso es que hoy en día se siga exigiendo en muchos centros. Es el caso -nada menos- del Archivo del Congreso de los Diputados, en cuya página web (<http://www.bde.es/servicio/historic/historic.htm>) se dice, al hablar del Archivo, que pueden acceder únicamente a los fondos, además de parlamentarios y personal propio, las personas que estén en posesión de la tarjeta de investigador del Congreso. Las normas para obtenerla incluyen la *carta de presentación personal de un parlamentario, un profesor universitario, o de una persona conocida en el campo político, académico, cultural o profesional, dirigida al Jefe de la Biblioteca o al Jefe del Archivo del Congreso de los Diputados, que avale al solicitante y que justifique la necesidad de consultar los fondos específicos de la Biblioteca o del Archivo del Congreso. De este requisito quedan exentos los interesados que justifiquen que por sí mismos retienen aquellos títulos o méritos*. En el templo de la soberanía popular un ciudadano ha de verse avalado por otro para ejercer un derecho que la Constitución le reconoce. Por su parte, en el Archivo Histórico del Banco de España ni siquiera basta con el aval de una personalidad relevante: han de ser dos.

podía mantenerse la imposibilidad absoluta de acceder a todos los documentos (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). Sin embargo tampoco era fácil admitir que cualquiera pudiese hacerlo. Así, el adverbio *relevante* deviene en una suerte de filtro. Entre otros, el temor al conocimiento de ciertas informaciones sobre el pasado de muchos pudo estar detrás de todo ello. ¿No pactaron en 1977 las fuerzas políticas en España la destrucción de determinadas series documentales?¹⁴

Más cerca de nuestro presente, algunos han hablado, en el marco de una crítica demoledora del artículo 37 de la LRJPAC, de un *miedo reverencial a la actividad investigadora de los medios de comunicación*¹⁵. Y es que suele olvidarse que nuestra Constitución garantiza el derecho de acceso a la cultura *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 -legítimo- al acercarse a los archivos. Recordemos la cita de Francisco Tomás y Valiente. Recordemos que el orden jurídico comunitario exime al ciudadano de justificar su interés (casos de acceso a información sobre medio ambiente o la ya mencionada propuesta de la Comisión de Reglamento de acceso a sus archivos, los del Parlamento y del Consejo).

Ello hace ver con aún mayor claridad la innecesaria absoluta de la famosa **Tarjeta Nacional de Investigador** o TNI, verdadero tótem de muchos archiveros. ¡Hasta la Iglesia tiene su Tarjeta de Investigador para sus archivos! Recientemente regulada por Real Decreto 1969/1999, de 23 de diciembre, *por el que se regula su expedición para la consulta en los archivos de titularidad estatal y en los adheridos al sistema archivístico español*, su mayor virtud es contribuir a identificar el ejercicio del derecho de acceso con su mera posesión. Tras afirmarse que *el acceso a los archivos de titularidad estatal será libre y gratuito* se dispone que *quienes pretendan realizar trabajos de investigación en los archivos estatales deberán estar en posesión de la tarjeta nacional de investigador o de una autorización temporal* (artículo 2). Se insiste pues en ligar el ejercicio del derecho de acceso a la posesión de la dichosa tarjeta, como si ella determinase la condición de ciudadano y su capacidad de obrar¹⁶.

¹⁴ Aunque, a lo largo de los años, numerosos responsables políticos han desmentido que se diesen órdenes de destruir determinadas series documentales ¿a dónde han ido a parar, por ejemplo, los expedientes de la Comisaría General Político-Social de la Dirección General de Seguridad? ¿Y los de FET y de las JONS?

¹⁵ ALBERCH I FUGUERAS, R. y CRUZ MUNDET, J. R., *¡Archívese! Los documentos del poder. El poder de los documentos*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 110-111. Entre las lindezas que dedican a la Ley (y que compartimos por completo) destacan, por ejemplo, "burocracia paternalista", "auténtico paso atrás", "no regula sino que dificulta", etc.

¹⁶ Lo que, por cierto, también se hace en el Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares, artículo 70.

Al solicitante también se le exige que refiera *las razones que justifiquen la investigación o consulta* (artículo 4.1) ¿Qué razones ha de declarar si no pretende consultar documentos sometidos a algún tipo de restricción de acceso? El usuario ve mediatizado su derecho por algo que, además, resulta manifiestamente inútil. En el Real Decreto no se establece requisito alguno para la obtención de tarjeta o autorización temporal, luego ¿qué criterio determina la expedición de una u otra?. Ya la propia denominación (*tarjeta de investigador*) nos remite a la vetusta idea del prestigio que nos tememos presidirá en ciertas ocasiones la preferencia por una o por otra. Y los investigadores no son ajenos ello. No son raros aquellos que únicamente persiguen su posesión, como si de la Orden del Toisón de Oro se tratase. El término *usuario* hubiese sido, desde luego, más acertado, contribuyendo a una mayor apertura, siquiera semántica, de los archivos a la sociedad. La disposición, reguladora de un procedimiento a instancia de parte, tampoco contempla la posibilidad de denegación. Si no se deniega y tampoco se establece requisito alguno para su obtención no queda más remedio que preguntarse para qué sirve. Pregunta cuya respuesta no acertamos a encontrar, máxime cuando el registro informático de expedientes de investigador referido en el artículo 4.2, una buena idea, podría relacionarse simplemente con el número del D.N.I. del usuario, dígito que, al contrario que en este caso, representa la normalización a la hora de registrar la identidad de los ciudadanos en diversos ámbitos, utilizándose también como NIF o pasaporte.

Por otra parte, en la Disposición Adicional Primera se recuerda la obligación de los responsables de cada fichero automatizado de observar las normas contempladas en la LORTAD. Es una verdadera lástima que esta Ley se derogase en la Disposición Derogatoria Única de la LOPDP de 13 de diciembre esto es, diez días antes de la aprobación del Real Decreto 1969/1999, pasando aquella Disposición Adicional a formar parte del triste repertorio de las denominadas *perlas del BOE*. En medio del marasmo, la regulación de lo insustancial.

Pero no nos limitemos a hablar de cultura. En la línea defendida por el Prof. Fernández Ramos, es preciso afirmar que *la consagración que el artículo 20 de la Constitución hace del derecho fundamental de todos a una información veraz como derecho individual de cada español, como derecho de libertad, implica el derecho de acceso a los archivos*¹⁷. En coherencia con el avance hacia la madurez de la sociedad democrática, los ciudadanos deberán ser cada vez más conscientes de sus derechos y también de sus obligaciones, fenómeno que, afortunadamente va a más y que comienza a ser

¹⁷ Es la tesis defendida por un amplio sector de la doctrina: VILLAVARDE MENENDEZ, Ignacio, *Los derechos del público*, Tecnos, 1995, a quien sigue FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 350 y ss.: *para Villaverde es evidente que los archivos y registros administrativos son fuente de información de las que es titular el Estado y en virtud del deber de publicidad que impone el artículo 105.b) CE deben calificarse de "medios de difusión", en el sentido del artículo 20.1.d) CE, pues esas fuentes de información, en cuanto contienen en principio información de acceso general, son también medios de difusión de esa información.*

especialmente visible en aquellas administraciones más cercanas al ciudadano, como los Ayuntamientos. El desafío que ese proceso supone para la figura del archivero sólo puede conducir a perfilar su papel como garante de los derechos de los ciudadanos o a su crisis y práctica extinción a largo plazo. Aunque no se cuenta con medios para valorar cada caso individualmente (excusa por cierto muy útil en algunos casos a la hora de denegar el acceso a los documentos), hasta ahora no encontramos excesivas protestas por parte de los usuarios cuando su injustificable falta les impide el ejercicio de su derecho. ¿Por qué no apelar a la responsabilidad del usuario en cuanto al uso de la información?¹⁸ ¿Por qué pensar que la doctoranda que trabaja sobre la prostitución infantil en la Guerra Civil tiene un especial interés, casi diríamos un morbo propio de algunos seguidores del programa *El Gran Hermano* de reflejar en su trabajo los nombres, apellidos, etc. de aquellas desgraciadas criaturas hoy adultos quizá vivos?¹⁹ ¿Por qué no establecer de una vez *las garantías apropiadas que permitan que el tratamiento de datos personales con fines históricos, estadísticos o científicos no se considere incompatible con los objetivos para los que se recogieron los datos*? Se trata, en definitiva, de cumplir con las obligaciones a que nos somete nuestra pertenencia a la Unión Europea, cuya Directiva 95/46, de 24 de octubre, dice en su artículo 6.1.b):

[...] no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas, artículo incorporado a la nueva LOPDP (art. 4.2).

Garantías de uso que, en cuanto al problema de la intimidad, habrían de asegurar la licitud en la obtención de la información, la veracidad de la misma, la no-transgresión de los límites marcados por los derechos fundamentales y la no-extralimitación del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, tal y como se estipula en el art. 7.2 del Código Civil²⁰:

¹⁸ El Reglamento del Archivo Municipal de Alcobendas de 23 de febrero de 1999 (BOCAM de 28 de mayo) ofrece un ejemplo de ello en su artículo 19.2: *Los investigadores tendrán acceso a todos los documentos que se conserven en el archivo municipal, previo compromiso por escrito de que se garantizará la intimidad de las personas cuando sus datos cualitativos aparezcan en los documentos objeto de la investigación.*

¹⁹ El citado programa viene a cuento precisamente por haberse revelado en cierta prensa el ejercicio en el pasado de la prostitución por parte de algunas concursantes, hecho que no ha provocado ningún tipo de intervención judicial por la revelación de semejante información sobre los, al fin y a la postre, participantes en un concurso. Ambos ejemplos nos muestran la contraposición entre el derecho a la intimidad como derecho individual y su errónea percepción como derecho colectivo, además de mostrarnos cómo diversos asuntos son socialmente considerados más o menos graves a medida que las sociedades evolucionan.

²⁰ Vid. ESPINAR VICENTE, J.M.⁸, "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor" en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 66. Aunque el autor enfoca la cuestión más bien desde la perspectiva del *right to know* no debemos olvidar que cuando se reconoce la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda clase, sin fronteras (art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1969), se reconoce también un derecho de réplica, que contraste la veracidad de la información y la licitud de su obtención, idea perfectamente transferible a los archivos (PETER BULL, Hans, "Access to Information: Legal aspects" en *Proceedings of the International Conference of Round Table on Archives. XXXII CITRA, Edinburgh, 1998*, París, 1998, p. 25). En España, en este sentido, la jurisprudencia constitucional al respecto de los límites entre derecho a la intimidad y derecho a la libertad de información se inicia con la STC 6/1988, de 21 de enero (Vid. POMED SANCHEZ, "La intimidad de las personas como límite del derecho de acceso a la documentación administrativa" en *Ligal*, 3, 1991).

La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Sería necesario pues establecer un límite o prohibición al uso de, por ejemplo, nombres propios, exigiéndose el compromiso del usuario de respetar ciertas normas al utilizar la información y de que su uso no sea distinto del que justifica la autorización. Igualmente habrían de concretarse las responsabilidades derivadas del incumplimiento de tales condiciones. Sería necesario finalmente establecer normas de procedimiento claras para la tramitación de las autorizaciones.

Frente a la claridad, a la seguridad jurídica que supondría la adopción de tales garantías, nos encontramos con que en el Estado Constitucional leyes y disposiciones administrativas implican una estimación subjetiva de la Administración apoyada en demasiadas ambigüedades. Uno de los aspectos más nefastos de la Ley es el que supone el punto 4 del artículo 37: se ignora quién determina la negación del derecho *cuando prevalezcan razones de interés público* y cuáles son tales razones. En este sentido numerosos autores hablan de *deslegalización del texto constitucional*²¹. Y no sólo se lamenta la doctrina. El propio Tribunal Constitucional así lo afirma en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, por la que declara la inconstitucionalidad de diversos artículos (21.1 y 24.1 y 2) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPDP). Al hablar de las limitaciones del derecho fundamental establecidas en la Ley (la protección de datos personales) se advierte que *"éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación [...] lo que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica [...] sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido..."*

Poco importa ahora si el derecho de acceso a la información contenida en los archivos merece o no la consideración de derecho fundamental cuando en la STC 292/2000 se dice:

²¹ MESTRE DELGADO, J. E., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Madrid, 1993, p. 161. Esto ya se planteó en algunas enmiendas al Proyecto de Ley (Vid. ABAJO QUINTANA, J.J., *La tramitación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: aspectos administrativos y parlamentarios*, BOE, Madrid, 1994, p. 273 y ss.). Parece claro que, como afirma FERNANDEZ RAMOS *"las propias incertidumbres de los textos legales [...] dan pie a interpretaciones restrictivas frente a las demandas de acceso"*, *op. cit.*, p. 453. Es obvio que la interpretación de tan deplorable cláusula genérica ha de ser claramente restrictiva. El interés público y de terceros son dignos de protección pero no pueden predominar sobre el derecho de acceso dado que éste tiene cobertura constitucional y aquéllos no. Sólo cuando sí la tienen prevalecerían pero como derechos perfectamente identificables, sin necesidad de expresiones como *interés público*, concepto jurídico indeterminado donde los haya.

"Iguales reproches merece el empleo [...] de la expresión interés público como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 4 CE, pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al artículo 103.1 CE.

Las mismas tachas merecen también [...] la garantía de intereses de terceros más dignos de protección [...]. Semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental [...] sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma el derecho fundamental".

Esa ambigüedad preside otros supuestos de restricción que dependen del contenido de los documentos. Y sin embargo, a menudo dicho contenido pura y simplemente se desconoce o se interpreta in extenso. ¿Qué volumen de documentación transferida a los archivos contiene datos que afectan gravemente a la intimidad o a la seguridad del Estado? Si supiésemos lo que llega a los depósitos nos encontraríamos con que bastantes menos de los que puede parecer a la vista del oscurantismo general. Se dice que la intimidad cuenta con varios estratos, a saber, un *núcleo duro* configurado por datos que se refieren a la ideología y creencias religiosas o de otro tipo y que la Administración no ha de tener en su poder ya que no existe obligación de declarar sobre ellas; otro nivel con los datos relativos a las circunstancias sociales, raciales o relativas al nacimiento que pueden tener en su poder las Administraciones por alguna razón legal pero que no pueden entrecruzarse²²; y finalmente los datos de carácter tributario²³ y sanitario²⁴ fuera de esto ¿qué es lo que quedaría? ¿Acaso el nombre y los apellidos son datos que afectan a la intimidad? Parece ser así. No olvidemos que la normativa vigente, al hablar, por ejemplo, de *documento nominativo*, se refiere a documento en el que aparecen uno

²² POMED SANCHEZ, L.A. "La intimidad...", p. 54.

²³ Es interesante comprobar que la salvaguardia de la intimidad de los contribuyentes ha supuesto que, en diversas ocasiones se les haya denegado el conocimiento que de sus propios datos tiene la Administración Tributaria. Vid. ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, J. M^a, "La confidencialidad de los datos tributarios y el derecho de acceso de los contribuyentes" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año V, 226 (1995), p. 1 y ss. En el artículo se analiza, entre otras cuestiones, la negativa de la Administración Tributaria a la petición de un ciudadano de conocer los datos que sobre su persona obran en poder de aquélla. La sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó sobre el recurso previamente interpuesto es digna de lectura, ya que llega a afirmarse en ella que *los datos con trascendencia tributaria existentes en el Centro de Proceso de Datos no pueden en ningún caso, afectar a la intimidad del recurrente, pues son datos que él mismo conoce y que ha suministrado a la Administración Tributaria a través de sus declaraciones o a través de declaraciones de terceros...* Es decir, que al ciudadano se le niega el acceso a datos que sobre él han proporcionado otros. ¿Acaso no estamos ante una suerte de *revival* del sistema de denuncia anónima de la Inquisición?

²⁴ Ley 14/1983, de 25 de abril, General de Sanidad.

o varios nombres de personas²⁵. Hace escasos días tuve la ocasión de participar en un curso a funcionarios de una Universidad Pública. Allí se comentaron los problemas que algunos funcionarios de administración docente tenían para convocar a los alumnos a determinadas pruebas por no serles facilitados por otra unidad administrativa de la Universidad el listado de alumnos con sus nombres y apellidos y el número de teléfono, *por tratarse de datos íntimos*. Me pregunto cómo hará el cartero para entregar el correo si, por proteger nuestra intimidad, tachamos el nombre de nuestros buzones...

Si a la ambigüedad referida sumamos el que leyes y disposiciones administrativas permiten la restricción abusiva del derecho de acceso de los ciudadanos por quien no está facultado para hacerlo nos encontramos con un panorama realmente sombrío. Un ejemplo reciente de falta de competencia lo ofrece el *Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares*. Su artículo 65 dice: *El Ministro de Defensa, o el órgano en quien éste 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 Ley de Secretos Oficiales [en adelante LSO], contengan información cuya difusión pueda afectar a la Defensa Nacional o a la Seguridad del Estado*. Así pues, aunque los documentos no estén clasificados de acuerdo con la LSO -competencia exclusiva del Consejo de Ministros y de la JUJEM- el Ministro de Defensa actúa como si lo estuviesen y él fuera el titular de la competencia. El problema es pues la atribución por una norma administrativa de una facultad que debería serle otorgada - esto sí sería lógico - por la LSO. La atribución al Ministro (órgano unipersonal) se propuso por el Consejo de Estado en su dictamen en detrimento, *por razón de su composición*, de la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa (órgano colegiado) y en detrimento, por tanto, de la discusión y el debate (¿Acaso sería mejor que el Consejo de Estado también fuese un órgano unipersonal?). Como la prerrogativa para determinar lo que afecta a la seguridad del Estado ha de ser exclusiva del Gobierno el Ministro de Defensa debería remitirle a éste las solicitudes para su resolución. De aquí a la clasificación -cuando el Gobierno lo considerase oportuno- mediaría un simple trámite²⁶. Ha de notarse además que se habla de *series completas* cuando la LSO sólo

²⁵ Así, por ejemplo, lo afirma SANCHO CUESTA, F. J., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" en *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, MAP, 1993, p. 82, cuando se refiere a "aquellos documentos que permiten, bajo cualquier forma, directamente o no, la identificación de las personas físicas a que se aplican". Y lo peor es que no parece equivoarse, dada la redacción del artículo 37.3 (Cf. FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 500-506).

²⁶ Vid. FERNANDEZ RAMOS, op. cit., p. 476-477. No es éste el único caso de atribución indebida de la competencia clasificatoria. Así aparecen restricciones al acceso, por ejemplo, por parte de los diplomáticos, quienes en el origen del "expediente" lo han calificado en virtud del asunto (no nos estamos refiriendo, por tanto a la calificación regulada por la Ley, pues ella establece plazos y requisitos de consulta), convirtiéndose éste tanto más importante que la fecha para una posterior descalificación realizada por los diplomáticos concededores del tema y, por consiguiente, de los intereses del Estado (SANTOS CANALEJO, Elisa C. de, op. cit., p. 20).

menciona *documentos* o que se utiliza la expresión *pueda afectar*, con lo que de presunción implica.

Otro ejemplo no menos impactante lo encontramos en la *Orden de 21 de diciembre de 2000, del Ministerio del Interior, por la que se crea la Comisión Calificadora de documentos administrativos del Departamento y se regula el procedimiento de acceso a los archivos de él dependientes* (BOE de 4 de enero de 2001). En su artículo 7.1, referido a las solicitudes de acceso a los fondos del Archivo General del Ministerio, se establece que el Secretario General Técnico, en quien se delegan (artículo noveno de la Orden) las facultades atribuidas en el artículo 57 de la LPHE, resolverá dichas solicitudes previo informe del órgano productor de la documentación solicitada. Lo suculento es que, *en el caso de solicitudes de fondos documentales de carácter policial, la resolución deberá ajustarse a lo dispuesto en el citado informe del órgano productor de los mismos*. Es decir, que el órgano superior se ve vinculado en su decisión por el informe de una unidad subordinada (policial, por supuesto). Además, no se refiere el párrafo citado a documentación restringida pues en el apartado 2 del mismo artículo sí se especifica el procedimiento de resolución en caso de tratarse de este último tipo de documentos. No es extraño pues que, con tal escenario, nos topemos con situaciones entre orwellianas y bananeras²⁷.

Con una legislación clara, sin ambigüedades, respetuosa con el principio general de libre acceso y con plazos de restricción diáfanos e improrrogables se evitaría que los responsables de los archivos tomaran decisiones frecuentemente teñidas de sus propios temores o prejuicios y que por fortuna se ven revisadas en ocasiones por los jueces, quienes empiezan a fallar en contra de resoluciones de incomunicabilidad aplicando el criterio del plazo (frente a lo contenido en LRJPAC) con el fin de evitar la indefensión jurídica que supone el que los documentos no se transfieran a los archivos correspondientes. Es el caso del recurso interpuesto por un ciudadano alemán al que se denegó el acceso a documentación del Ministerio de Asuntos Exteriores y que finalmente pudo consultar aquella que tenía cincuenta o más años (Sentencia de 10.II.1999 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y noticia publicada en el diario EL PAIS de 11.VII.1999, ed. de Madrid). Véase también la STS de 22.V.1996, especialmente el Fundamento Jurídico Sexto (Aranzadi, RJ 1996\5422).

²⁷ Es el caso de la existencia de bases de datos policiales de más que dudosa legalidad desde la perspectiva del tratamiento de datos personales. Vid. nuestro trabajo OCAÑA LACAL, Daniel de, "Entre todos lo mataron... La destrucción de un expediente de peligrosidad por razones de intimidad", en *ArchiVamos. Revista de la Asociación de Archiveros de Castilla y León (ACAL)*, núm. 38, 4º trimestre (2000).

3. Derecho de acceso y poder político: de Montescos y Capuletos

El acceso a los archivos se ha visto siempre sometido a los vaivenes políticos. Sin embargo, ¿por qué la legislación actual es tan deficiente? ¿Acaso el legislador carece de sentido común? Junto a la fácilmente explicable resistencia del poder a mostrarse en toda su verdad, resulta curioso que la normativa englobe en el concepto *intimidad* cada vez más cosas mientras que todo parece indicar que determinada *intimidad*, más bien asimilable al anglicismo *privacidad*, pierde cada día más terreno en nuestra sociedad, hasta el punto de que algunos incluso llegan a augurar su desaparición en un plazo no muy lejano. Uno se pregunta si el afán de las Administraciones por proteger nuestra *intimidad* (incluso, a veces, de nosotros mismos) no será una estupenda coartada para justificar el creciente secretismo sobre cómo actúa o sobre lo que sabe de nosotros...

En cualquier caso es fácil apreciar cómo el temor producido por la posibilidad de acceder a los documentos es algo generalizado y especialmente visible en los políticos. En la base de ello encontramos una tremenda y general falta de responsabilidad²⁸. Nadie quiere asumir responsabilidades políticas ni ofrecer flancos al adversario, aunque ello suponga callar o mentir. ¡Cuántas veces leemos en la prensa que tal gobierno o tal alcalde no ha dejado ni un solo papel a sus sucesores tras ser derrotado en las urnas o por una moción de censura!²⁹. El pasado 6 de mayo de 2000, por ejemplo, el diario *El Mundo*, en su edición catalana, publicaba la siguiente crónica:

El portavoz de CiU en el Ayuntamiento de Barcelona acusó ayer al alcalde de ocultar "documentos esenciales" de la adquisición del parque de atracciones Tibidabo. Concretamente citó el protocolo de colaboración entre la empresa municipal de aparcamientos y servicios que gestiona el Tibidabo en nombre del Consistorio, y la empresa Parque de Atracciones del Tibidabo SA (PATSA). Según CiU, debido a la "ocultación deliberada" de este protocolo por parte del alcalde, su partido ha conseguido de forma "no oficial" el documento. CiU sostiene que incluso el Consejo de Administración de SMASSA desconoce este protocolo por lo que el grupo está estudiando "si vulnera el régimen legal de las sociedades anónimas"...

²⁸ ALBERCH y CRUZ MUNDET, op. cit., p. 145.

²⁹ O derrotado, al menos, por el tiempo y el curso de la Historia: conocido es el caso del archivo de nada menos que el anterior Jefe del Estado, Francisco Franco, custodiado en una fundación privada. Y bien conocidas las dificultades para su acceso. En las IV Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos, sobre "El Franquismo y la oposición" un representante de la citada fundación venía a decir (lo que no suena novedoso) que *los documentos* (más de 29.000) *eran privados y que el acceso dependía de las intenciones del investigador*, amén de la impresión que causara en la citada institución. Claro que sabemos que están ahí, al menos sus copias. Sin embargo ¿dónde está la documentación de los Presidentes de Gobierno desde la transición? En todo caso no conocemos ningún caso en el que se haya procedido contra alguien por incumplir el artículo 54 de la LPHE.

El temor al uso por el contrario de la información contenida en los documentos determina con frecuencia su destrucción o su traslado a dependencias particulares. En este último caso cabría hablar incluso de una rentable inversión a largo plazo, pues no es raro que, algunas generaciones más tarde, el Estado compre a peso de oro sus propios papeles a los herederos de quien *los distrajo* y además haga *marketing* al calificar la operación de *enriquecimiento de los fondos de los archivos públicos*. Podrían citarse cientos de ejemplos: es el caso de la adquisición por el Estado, por una suma de mareo, del Archivo del Honrado Concejo de la Mesta, cuyo carácter privado es más que discutible. Al respecto véase por ejemplo el *Real Decreto de 4 de septiembre de 1838* o el cuadro de clasificación inserto en el folleto del Ministerio de Educación y Cultura *Archivo Histórico Nacional*, editado en 1999, en el que se incluye la Asociación de Ganaderos, sucesora del Concejo, en el epígrafe *Administración General del Estado*. Esta última compra algo que, según una publicación oficial realizada por sus técnicos, *es suyo ¿alguien lo entiende?* O el Archivo de Narváez, adquirido hace poco a los herederos de quien se lo llevó del país en los años cincuenta con el beneplácito de las autoridades españolas. En cualquier caso, un panorama coherente con el desprecio a los papeles de hoy y la admiración cuasi fetichista por los de hace tres siglos que caracterizan a casi todos los gestores y a unos cuantos archiveros.

La redacción del artículo 37.5.a) de la LRJPAC en cuanto al acceso a la documentación de carácter político es muy deficiente, excluyendo del mismo a todo expediente en el que, en mayor o menor medida, se aluda a un acto político, sin tener en cuenta ni la materia ni si su conocimiento enturbiaría o no el proceso decisorio³⁰. Aunque no debemos llamarnos a engaño: la documentación "política", resumiendo groseramente, jamás llega a los archivos³¹. Un ejemplo de cómo algunas normas deleznable se esgrimen siempre mientras otras más coherentes, por el contrario, se desprecian olímpicamente lo constituye el caso del artículo 54 de la LPHE, que sienta la difícilísima obligación de no llevarse los papeles a casa cuando se cesa en el cargo³². La única solución al problema pasaría por interponer algún tipo de garantía que desterrase el miedo del político a la pervivencia de sus

³⁰ Lo cierto es que la LPAC pretende imponer una exclusión a radice de toda la información relativa a ese campo brumoso de los actos políticos [...] la cuestión del acceso o reserva de los actos ligados al Gobierno debe plantearse [...] en términos de protección de concretos intereses o bienes de relevancia constitucional. FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 462 y ss.

³¹ Vid. nota 14. Existe una trayectoria dentro de los archivos que nos indica que los sistemas democráticos prefieren destruir la información mientras que las dictaduras, simplemente, la ocultan. MARTINEZ GARCIA, L., "Entre la utopía y la realidad: las deficiencias de un sistema de archivos perfecto", en *Signo. Revista de Historia de la Cultura Escrita*, núm. 5 (1998), Universidad de Alcalá de Henares, p. 42.

³² En el campo de la gestión administrativa [el político] sólo los cuidará con deleite cuando, por casualidad, caigan en sus manos los papeles de algún adversario político. Entonces comprenderá el valor de la información y tomará las medidas adecuadas para proteger su archivo. Cuando cese en su cargo, si es un hombre sensible, se lo llevará a su casa y si no, lo arrojará a una hoguera. MARTINEZ GARCIA, L., "La imagen de los archiveros en la sociedad española", en *Boletín ACAL. Revista Trimestral de la ACAL*, Año 99, núm. 32, 2º trimestre 1999, p. 26.

papeles y a su utilización como arma en su contra... estimulando de paso su vanidad mediante la conservación de sus papeles como fuentes para la Historia³³.

Entretanto asistimos cada día a denuncias de *cacicadas* y otros conflictos entre políticos en relación con la ocultación de documentos. Ejemplos no faltan, desde luego. Es el caso de la negativa del Alcalde de Madrid a facilitar a la oposición las facturas de los viajes realizados por su esposa con cargo al erario municipal; o su resistencia a permitir a una oposición *movida por la simple curiosidad* (¿?) el conocimiento de los datos contenidos en su declaración de bienes *por razón de su intimidad*; o la denuncia por un diputado provincial del BNG de las trabas con que se encuentran los nacionalistas para acceder a ciertos documentos en la Diputación de Lugo y que aparecía en el diario *El Correo Galego* de 16 de mayo pasado; o las Sentencias del TS señalando que el alcalde de Marbella, Jesús Gil, vulneró la Constitución al denegar a los concejales de la oposición municipal documentos que se referían a tres acuerdos municipales en los que se contenían datos referidos a las cuentas del municipio. Gil argumentó que *no precisaban esos documentos para desempeñar su función de concejales*.

4. El derecho de acceso y su valoración social: el gran desconocido

Resulta casi increíble que el panorama sea tan sombrío. Sin embargo, la cuestión parece importar bastante poco. Fuera de la doctrina no encontramos muchas reacciones contrarias salvo casos muy aislados ni se han modificado los aspectos más problemáticos de la legislación pese a haberse dado las circunstancias³⁴. Tampoco encontramos una contestación apreciable por parte de los ciudada-

³³ Cabe plantearse la posibilidad de creación de una institución personal del tipo *Defensor de los Archivos* o de una agencia que gozase del máximo consenso y garantizase la conservación de los documentos y el acceso a los mismos bien al finalizar el plazo que la ley estableciese o bien antes de ese momento con autorización del titular, en este caso del órgano político productor o de las personas en quien ellos hubiesen delegado expresamente la concesión de la misma. Un ejemplo lo constituye el *Archivist of the United States* o Archivero de los Estados Unidos, cuyo papel en relación con los documentos del Presidente, aparece regulado en la sección 2203 del título 44 de la *Presidential Records Act*, intitulada "Management and custody of Presidential records". En su subsección f).1. se dice: *Upon the conclusion of a Presidents term of office or if a President serves consecutive terms upon then conclusion of the last term the Archivist of the United States shall assume responsibility for the custody, control and preservation of, and access to, the Presidential records of that President [...].* Una posibilidad apuntada por algunos para el caso español es atribuir la competencia al Defensor del Pueblo, aunque su carácter unipersonal podría suponer un inconveniente (FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 566 y ss.).

³⁴ La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la regulación del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente que establecía la Directiva 90/313/CE se pretendió realizada por parte del Gobierno español en la LRJPAC. La Comisión Europea, como es sabido, lo estimó insuficiente e inició un procedimiento de infracción contra el Estado español. Así nos encontramos hoy con una norma específica para el acceso a una información determinada, perdiéndose la oportunidad de mejorar la regulación general del derecho, cuando lo cierto es que *no hay razón aparente para entender que lo que no es válido en materia de medio ambiente sí lo es en cambio en otros ámbitos...* FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 384. Lo cierto es que el Derecho comunitario ha mostrado [hasta ahora] preocupación por asegurar el principio de transparencia como fórmula que *coadyuva a salvar lo que se ha dado en llamar el déficit democrático de la ahora Unión Europea* (POMED SANCHEZ, L.A., "El acceso...", p. 471. Vid. COMISION EUROPEA, *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información*, COM (1998), 585 (disponible en <http://www.echo.lu/legal/en/access.html>). Posteriormente la LRJPAC fue modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, si bien el artículo 37 no sufrió variación alguna.

nos a una situación que nos ofrece multitud de ejemplos, a cuál más escandaloso.

En nuestro país el ciudadano continúa siendo en gran medida considerado por las AAPP desde la perspectiva pasiva y subordinada del *administrado*³⁵, lo cual se aprecia con mayor claridad en comparación con otros países de nuestro entorno por razones históricas evidentes. Es un fenómeno histórico cómo las ideas de cambio social (y especialmente la existencia de los derechos de las personas) se alumbran y maduran en círculos restringidos desde los cuales se van extendiendo al resto de la sociedad, ya sea con unos fines o con otros. Estos procesos requieren tiempo y son la clave para entender la transición desde unos modelos de sociedad (y de poder político) hacia otros diferentes. Creo que el derecho de acceso a la información en poder de las Administraciones es un buen ejemplo de cómo ese proceso no ha finalizado en una democracia históricamente reciente aún como es la nuestra. Aunque, afortunadamente cada vez menos evidente, persiste un fuerte contraste entre el ciudadano americano que hace ostentación de tal condición junto con la de contribuyente como presupuestos evidentes de sus derechos y los ciudadanos de nuestro país, quienes en una gran mayoría se mueven aún entre el desconocimiento de sus derechos y la consiguiente mansedumbre y resignación ante las negativas³⁶. A veces, es cierto, encontramos a otros con una posición totalmente contraria, rechazando cualquier tipo de limitación en aras del conocimiento total. Actitud frecuente en algunos investigadores y periodistas y motivada por la posición privilegiada en que parecen situarles determinadas normas.

En todo caso, en un momento en el que surgen por doquier todo tipo de iniciativas gubernamentales para desarrollar la denominada *sociedad de la información*, no debemos engañarnos: la principal modificación que tendrán que lograr los poderes públicos, de la que dependerá todo lo demás, será su propia actitud. Las consecuencias sociales y políticas que se deriven de crear un entorno apropiado para dicho desarrollo son tan grandes que pueden disuadir a los responsables políticos, pues ello implica reconocer el derecho de acceso de los ciudadanos al acceso a la información, lo cual asusta a los gobiernos por muy democráticos que sean³⁷.

³⁵ PAREJO ALFONSO, L., "Presupuestos, condiciones y elementos esenciales de un nuevo modelo de gestión pública" en *Temas para el Debate*, núm. 54, mayo (1999), p. 25-30.

³⁶ En el transcurso de los debates de la Jornada Técnica en la que se presentó este trabajo uno de los presentes comentó la siguiente situación que él, concejal de un Ayuntamiento de la provincia de Toledo, había vivido en sus propias carnes: habiendo solicitado un documento al gobierno del municipio en el que ejerce su labor de concejal (en la oposición, claro) se le contestó que no podía fotocopiar el documento pero sí leerlo en las dependencias municipales (!). Ante dicha situación, el concejal sacó una grabadora y comenzó la lectura del documento en voz alta, hecho que le supuso su detención y traslado inmediato al cuartelillo de la Benemérita. Ante absurdos desgraciados como éste, más propios de los años cuarenta cómo no resignarse!

³⁷ LONGWORTH, Elizabeth, "Los Estados, condenados a adaptarse" en *Fuentes UNESCO*, núm. 129, diciembre (2000), p. 5.

¿Exageramos? Recordemos, por ejemplo, varias noticias de prensa relativas a la polémica en torno a los historiales clínicos y su accesibilidad en los hospitales públicos. El diario EL PAIS de 27 de noviembre de 1999, edición de Madrid, publicaba el siguiente titular: *El hospital de La Paz niega los historiales clínicos incluso si los jueces se los piden*. La razón aducida para cometer tan indudable delito de obstrucción a la justicia era *el carácter confidencialísimo de los datos*, hasta el punto de no permitir el acceso al historial ni siquiera al propio paciente (i). Esto supone una clara vulneración del artículo 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y, desde luego, del sentido común más elemental. Un exceso de celo que mucho nos tememos está causado por el temor corporativo a ciertos pleitos por razones de negligencia médica. Claro que esa confidencialidad parece ser mutable si consideramos el hecho de que, en muchos hospitales haya dos o tres pacientes por habitación, bien enterados a cada visita de los galenos de los procesos experimentados por el respectivo vecino de cama...³⁸.

De todos modos, no hay que preocuparse puesto que este problema está en vías de solución. Así, el Parlamento catalán ha aprobado la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, cuyo artículo 13.2 dice textualmente:

El dret d'accés del pacient a la documentació de la història clínica mai no pot ésser en perjudici del dret de tercers a la confidencialitat de les dades d'aquests que figuren en l'esmentada documentació, ni del dret dels professionals que han intervingut en l'elaboració d'aquesta, que poden invocar la reserva de llurs observacions, apreciacions o anotacions subjectives (la negrita es nuestra).

Realmente es envidiable la solidaridad entre los miembros del ramo. Aunque tanta solidaridad lleva a veces, cuando se habla de estas cuestiones, a perder los papeles. ¿Cómo entender sino las palabras de un miembro de la Comisión de Deontología del Consejo de Médicos de Cataluña cuando escribe lo siguiente?

La Ley general de sanidad (LGS), en el artículo 61 dice que la historia médica "estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y en el tratamiento del enfermo. Si seguimos estrictamente la ley, no hay discusión posible. Pero aquí no estamos en el terreno legal sino en el ético, y no todo lo que es legal es ético ni todo lo que es ético es legal y, por tanto tiene sentido lo que se afirma sobre esta cuestión. [...] Queda bien claro, por tanto, que el paciente no ha de acceder a la totali-

³⁸ Para acabar de rizar el rizo, el periodista, al comentar el asunto de la gestión privada del archivo hospitalario (cuestión que, por cierto, no ha suscitado debate alguno entre los profesionales de los archivos) escribe lo siguiente: *El personal de estas empresas privadas [de gestión de archivos] no es médico; ni siquiera sanitario, a pesar del carácter confidencial de los datos manejados; es personal especializado en archivo y documentación*. Entendemos pues que para el redactor la lógica impone que el archivero de la EMT ha de ser conductor de autobús. Claro que esto es un sarcasmo, mientras que en la realidad para ser Director de un Archivo General Militar sí es preciso ser coronel.

*dad de la historia médica y, éticamente, el médico tiene el deber de incumplir la Ley General de Sanidad. Es una lástima que la ley no se adapte a la ética y más lamentable aún que este no sea el único caso*³⁹.

Tampoco nos viene mal echar un vistazo a la base de datos del Censo Guía de Archivos Iberoamericanos, mantenida por el Ministerio de Educación y Cultura⁴⁰. Resulta curioso comprobar que en el campo "acceso" aparece el término *restringido*⁴¹ en 697 registros correspondientes a otros tantos archivos de las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas; en 1.236 archivos judiciales y en 2.128 archivos de la Administración Local. Nótese que el calificativo se emplea con relación a cada archivo, no a determinadas series documentales en él conservadas. Y, lo más importante, no se olvide que el mismo aparece por mor de los archiveros o responsables de los archivos que cumplimentan los cuestionarios del Censo Guía. Me pregunto cuánta gente se ha podido escandalizar ante tanto secreto o, mejor dicho, si se ha escandalizado alguien.

Otro caso notable, por su relación con nuestro más turbio pasado histórico, es el que se plantea con la documentación agrupada en la *Causa General*, expresión con la que se denomina al procedimiento instruido por la Fiscalía General del Estado en 1940 para la investigación de los delitos cometidos durante nuestra guerra civil en el territorio bajo dominio republicano y cuya documentación se encuentra en el Archivo Histórico Nacional tras ser *depositada* en él por la Fiscalía General del Estado, *cuyo permiso escrito se requiere para acceder a los documentos*⁴². La Fiscalía General del Estado se erige en autoridad, ignoramos con qué soporte legal, que concede o deniega el acceso a los papeles. Es como mínimo sorprendente que la cabeza del Ministerio Fiscal, cuyas funciones básicas contempladas en la CE y en su Estatuto Orgánico son *la defensa de la legalidad, la intervención en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público y la satisfacción del interés social*, ignore tan alegremente la existencia del artículo 57.1.c) de la LPHE. No olvidemos que la documentación, aun con excepciones, ha sobrepasado ya en su inmensa mayoría

³⁹ MARTÍ, Josep Antoni, "El metge té el deure de permetre al pacient l'accés a la totalitat de la seva història mèdica?", texto que se encuentra disponible en <http://www.acmcb.es/pages/academ/vidaacad/publica/annals/1999/A6/marti.html>. Prosigue nuestro ético autor: *El artículo 61 de la LGS debería redactarse de nuevo. Por ejemplo así: "Estará a disposición de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo. El paciente podrá acceder a la totalidad de la misma siempre que lo solicite un médico en ejercicio, sea o no de la institución, en su nombre y a éste exclusivamente le será entregada."* (La traducción del catalán es nuestra). Vid. también la nota 4 de este trabajo.

⁴⁰ Puede consultarse en Internet (<http://www.mcu.es/bases/spa/carc/CARC.html>)

⁴¹ Vocablo inexistente, por cierto, en castellano. En todo caso el sentido del término restringido, más correcto desde un punto de vista léxico, no está nada claro. ¿Se refiere a la institución? ¿a los documentos? Y, en este caso, ¿a todos o a parte de ellos? En la página web del Consejo de Estado (<http://www.consejo-estado.es/consejo-estado/servicio.htm>) encontramos un buen ejemplo de este enredo. Allí se dice: *Aunque de acceso restringido, pueden ser de utilidad para el público los servicios de archivo y biblioteca [...]*.

⁴² *Archivo Histórico Nacional*. Guía, Dirigida por Carmen Crespo Nogueira, Ministerio de Cultura, Madrid, 1989, p. 81.

el plazo de los cincuenta años que establece la citada norma para el libre acceso, y por otro que la responsabilidad en aplicar la normativa vigente en materia de acceso es de la institución archivística que custodia la documentación. Los propios Archivos parecen ignorar esto último. Si su misión es conservar el Patrimonio con fines de difusión y no pueden difundirlo sine die ¿qué sentido tiene que lo conserven? En el sexagésimo aniversario del final de nuestra guerra civil parecería lógico considerar superado ya un proceso de transición que muchos han calificado de ejemplar. Como escribía Tomás y Valiente y también hace poco, Santos Juliá, hay que desterrar la idea de que reconciliación equivale a olvido histórico. El acceso al conocimiento de nuestra historia ha de ser muestra de madurez democrática de una sociedad que no tiene por qué presentar al respecto problemas insalvables, como por ejemplo no se han presentado (o no han sido obstáculo suficiente) en el proceso de reunificación alemana y la apertura de los archivos del extinto servicio secreto de la RDA, la *Stasi*⁴³.

No es difícil, desde luego, encontrar numerosos incumplimientos del principio de legalidad en materia de derecho de acceso⁴⁴. Y es que un sistema democrático se corresponde con el binomio Estado-comunidad y no puede convertirse en Estado-aparato. Lo que a menudo se considera que afecta al aparato no tiene por qué perjudicar a la comunidad. Lo contrario sucede en las dictaduras. Por desgracia a veces se identifican desde el Poder a la hora de ocultar información en nombre de la seguridad. Pero seguridad ¿de qué o de quién?

Es paradigmático el caso de la clasificación de la documentación conservada en el Archivo General de la Administración correspondiente al proceso desco-

⁴³ Sobre este último caso, y comparándolo con otros procesos de "recuperación de la verdad histórica" desde la II Guerra Mundial, SIMPSON, G., *Truth, Dare or Promise: Civil society and the proposed Commission on Truth and Reconciliation* (Conferencia dictada en el Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliation conference en la Reunión para la Reconciliación y reconstrucción en Sudáfrica, World Trade Centre, Johannesburg, 18.VIII.1994, (en la dirección Internet <http://www.wits.ac.za/csvr/papdare.htm>) escribe: *None of these mechanisms really compare with the magnitude of the social and administrative experiment in the new "unified" Germany after the collapse of the Berlin Wall. In this instance, the proposed vehicle of truth recovery has been the granting of extensive rights of public access to the records of the former State Security Service - the Stasi Archives [...]. What is slightly more controversial, perhaps, is the suggestion, as in the German case, that this should be extended beyond individual access to their own files and should include some public rights of access as well. Whilst it is probably true that the German Stasi Records Act of 1991 goes too far in this respect (particularly in allowing private bodies such extensive access to the Stasi files), there remains an obvious reconstructive and rehabilitative rationale in actively facilitating public knowledge and acknowledgement of this past legacy.*

Sobre estas cuestiones vid. el trabajo *Los archivos de la seguridad del Estado de los desaparecidos regímenes represivos*. Texto resumido por Antonio GONZÁLEZ QUINTANA del aprobado por el Grupo de Expertos establecido por la UNESCO y el Consejo Internacional de Archivos (CIA/ICA), disponible en la dirección de Internet siguiente: (http://mirror-us.unesco.org/webworld/ramp/secret_spanish.htm).

⁴⁴ Una relación muy didáctica de casos de inaccesibilidad por diversas y, en ocasiones, inauditas razones se contiene en MARTINEZ GARCÍA, L., "El acceso a los archivos de la provincia de Lugo" en *Boletín de ANABAD* XLI (1991), núm. 3-4, julio-diciembre, p. 157-172. Allí se refleja que en los archivos censados en su momento en la provincia a que alude el artículo más del 95% señalan que el acceso es restringido. Resulta curiosa la capacidad profética del responsable del archivo de la Compañía Telefónica que, al impedir el acceso al mismo, declaraba que *al ser una entidad privada estaba exenta del cumplimiento de la legislación* (p. 165).

Ionizador de Guinea Ecuatorial⁴⁵. Es justo reconocer la suspicacia que se cierne ante el mantenimiento de la clasificación de documentos referentes a dicho proceso realizado por un Estado ya extinto, anterior a la Constitución de 1978 y que van desde los años cuarenta hasta 1977. De nuevo nos topamos con la carencia de plazos para el levantamiento de la clasificación, inexistentes en la Ley de Secretos Oficiales (LSO)⁴⁶, dado que creemos poco posible que se consideren los plazos de la LPHE para autorizar el acceso a pesar de que si se hubiesen cumplido los que establece el Decreto 914/1969, de 8 de mayo, la documentación debería hallarse casi en su totalidad hace ya tiempo en un archivo histórico (el Archivo Histórico Nacional).

En todo caso resulta curioso comprobar que en diversos Acuerdos internacionales suscritos por España con otros países para la protección e intercambio de información clasificada se establecen grados de clasificación suplementarios a los contemplados en el artículo 3 de la LSO (*secreto y reservado*), adoptándose pues a despecho de ésta niveles de clasificación de otros países. Así sucede, por ejemplo, en el Acuerdo de 13-2-1995 con el Estado de Israel o en el Protocolo anexo al Acuerdo de 12-3-1984, suscrito con Estados Unidos, en el que la tabla de equivalencias de grados de clasificación incorpora, además de las dos ya mencionadas, las de *confidencial y difusión limitada*. Si en cumplimiento del artículo 96.1 CE, los Tratados o convenios internacionales válidamente suscritos por España se incorporan al ordenamiento jurídico deberían haberse incorporado dichos grados a la LSO. Pero carece de sentido identificar la delimitación de regímenes internos de acceso a los documentos clasificados con el derecho de acceso de los ciudadanos pues resulta evidente que, de cara a éstos, clasificación significa imposibilidad de acceso. Lo importante (de nuevo) es la inexistencia de plazos, con la consiguiente inseguridad jurídica, ya que los niveles de clasificación, cualesquiera que sean, devienen en lo mismo.

Y mientras la documentación relacionada con la descolonización de Guinea Ecuatorial sigue siendo secreta por afectar a no sabemos exactamente qué o el conocimiento del diseño del autogiro de Juan de la Cierva puede afectar a la defensa nacional, nos topamos con noticias, en plena ofensiva terrorista de ETA, como la publicada en un diario de ámbito nacional del siguiente tenor:

⁴⁵ AGA, África, Guinea Ecuatorial. Conferencia Constitucional de Guinea, Instrumento de Descripción nº 5.

⁴⁶ La Ley de Secretos Oficiales 9/1968, de 5 de abril, está modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre, esto es, dos meses antes de la promulgación de la Constitución. Sin embargo, esto no es óbice para que algunos la consideren plenamente constitucional y afirmen que *hace posible un sistema puramente judicial de control que, sin temor a equivocaciones, puede calificarse de único en el mundo* (Así se expresaba Pascual SALA SANCHEZ en el punto quinto de su voto particular a la STS de 4.IV.1997 por la que se instaba al Gobierno a cancelar la clasificación de documentos secretos del CESID). Planteada su sustitución por un nuevo texto con motivo de la polémica originada por la citada desclasificación, el anteproyecto que se redactó no llegó a pasar de ahí. Sobre la cuestión de la competencia de los Tribunales para enjuiciar el ejercicio de la potestad clasificatoria de documentos, vid. FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 574 y ss.

*Euskal Herritarrok, la plataforma electoral de la coalición abertzale Herri Batasuna, dispone de toda la información urbanística y económica acerca de los edificios que tienen en Bilbao los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, según consta en unos documentos firmados por el concejal de Urbanismo de Bilbao [...] que accedió a la petición del también concejal de Herri Batasuna [...] solicitada para tal fin*⁴⁷.

Es sorprendente la profunda ignorancia (¿o astucia?) que muestra el legislador acerca de la realidad de los archivos públicos. Decíamos más arriba que las transferencias de documentos, elemento básico de cualquier sistema archivístico, o se llevan a cabo de mala manera o simplemente se ignora por completo la obligación de hacerlas, en no pocas ocasiones amparándose en las excepciones y lagunas de la normativa vigente⁴⁸. Así uno de los fundamentos del sistema archivístico viene a disolverse por completo. La destrucción del concepto unitario del Patrimonio, también en cuanto al acceso, no hace sino agravar aún más este problema⁴⁹. Consumada la fractura entre archivos ¿cómo puede verificarse el principio de libre acceso, contemplado en la LPHE, si la documentación ha de llegar a los archivos en que rige dicha Ley merced a transferencias cuya realización depende únicamente de la voluntad de la propia Administración? ¿Acaso es legítimo que ésta se beneficie de sus propios incumplimientos, impidiendo el ejercicio del derecho? Como ha escrito el Prof. Fernández Ramos, la existencia de documentos en

⁴⁷ Diario *El Mundo*, edición de 2 de agosto de 2000. La noticia no deja de inducir a confusión cuando establece la comparación de tal situación, potencialmente peligrosa desde la perspectiva de la seguridad nacional, con el precedente del alcalde de Llodio, inhabilitado en 1997 por no facilitar datos al grupo abertzale que se los había solicitado. Dice el artículo *"Negar información de carácter municipal a los ediles de HB puede salir caro [...]* Los hechos juzgados se produjeron en 1993, cuando un concejal de HB solicitó al alcalde información sobre los empleados municipales para comprobar la posible existencia de irregularidades en las contrataciones que realizaba el Consistorio alavés. [El Alcalde] contestó al edil tres meses después que esta información podía considerarse "confidencial", por lo que impidió al concejal de HB que realizase copias. El Tribunal Supremo subrayó entonces que el alcalde no tenía competencia "para detener o suspender la entrega de copias de documentación a las que un concejal tenía libre acceso en razón de su participación en un órgano municipal". La diferencia estriba en que, en este último caso no están en juego ni la seguridad del Estado ni la defensa nacional, límites al derecho de acceso contemplados en el artículo 105.b CE y en el resto de la normativa reguladora.

⁴⁸ El régimen de transferencias de documentos en el ámbito de la AGE se rige por el ya mencionado Decreto 914/1969, de 8 de mayo, cuyo artículo 2, párrafo segundo introduce una excepción a la obligación de transferir que, lamentablemente, se ha convertido en norma: *No obstante, cuando la índole de los documentos así lo aconseje, podrán conservarse en la respectiva dependencia administrativa previa resolución del Subsecretario del Departamento correspondiente. El mismo régimen se seguirá con aquellas series documentales que por razón de su frecuente consulta convenga conservar en la dependencia que los produce o tramita.* Incluso podemos encontrar normas que establecen definitivamente el imperio de tales excepciones. Por ejemplo, el R.D. 1334/1994, de 20 de junio, de estructura básica del Ministerio de Justicia e Interior creaba (art. 21.6) el Instituto de Estudios Penitenciarios, con la misión, entre otras, *de recoger, ordenar y conservar los fondos documentales penitenciarios...con valor histórico.*

⁴⁹ En realidad la división entre archivos administrativos tiene su origen en el Decreto de 24 de julio de 1947 sobre la Ordenación de los Archivos y Bibliotecas del Estado y del Tesoro Documental y Bibliográfico, en el que, además de dividir los archivos en administrativos e históricos, permitiéndose a los primeros la existencia de una sección de documentación histórica, futuro germen del actual régimen archivístico de instituciones como las Cortes o los Ministerios, se permite el funcionamiento de archivos históricos independientes como los Notariales, Patrimonio Nacional, Colegios Profesionales, Universidades, Reales Academias y Empresas Públicas. Finalmente, se clasifican los archivos históricos de titularidad estatal, adscritos al actual Ministerio de Educación y Cultura, dividiéndolos en cuatro categorías: Generales, Regionales, Distritales y Provinciales. Lo substancial es que se dio valor legal al desorden y a los intereses particulares y corporativistas de determinados grupos y, lo que es peor, ha servido de base a la interpretación del artículo 149 de la Constitución. MARTÍNEZ GARCÍA, L., "El Sistema Español de Archivos y la Constitución de 1978: la confrontación entre teoría y realidad" en *Boletín de ANABAD. Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD. Información y derechos de los ciudadanos.* Toledo, 22 a 24 de abril de 1999, p. 137-138.

los archivos administrativos ha de interpretarse como que obran, en un sentido amplio, en poder de la Administración. Ello permitiría además clarificar la situación respecto del derecho de acceso a la documentación generada en el ejercicio de sus actividades públicas por Empresas Públicas, Entes y Corporaciones de Derecho Público, verdaderos *búnkers* en ocasiones a la hora de acceder a sus archivos⁵⁰.

Uno de esos incumplimientos es bien conocido. Nos referimos a la desorganización de los archivos, cuando *apenas se topa papel que se busque*⁵¹. Es notable la autodefensa que al respecto esgrime la Administración y, a menudo los propios archiveros, cuando los papeles *no constan* y la aparente tranquilidad con que tal circunstancia se toma⁵². Nuestro actual orden jurídico, partiendo del propio texto constitucional, así lo dispone cuando establece que las Administraciones Públicas habrán de regirse en su funcionamiento por, entre otros, el principio de eficacia (artículo 103.1 CE). Además, el correcto funcionamiento de los archivos se halla íntimamente conectado con el principio de seguridad jurídica⁵³ (artículo 9.3 CE), sin olvidar que el reconocimiento que la Constitución hace de la existencia de una pluralidad de intereses sociales legítimos *impone a la Administración el deber de adoptar las medidas adecuadas para su satisfacción, propiciando al mismo tiempo la publicidad y transparencia mediante el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*⁵⁴.

⁵⁰ Según la jurisprudencia constitucional, a los Colegios Profesionales se les atribuye por el legislador el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Públicas territoriales, permitiendo en otros casos a estas últimas recabar su colaboración mediante delegaciones expresas de competencias administrativas (STC 76/1983 de 5 de agosto; STC 23/1984 de 20 de febrero; STC 123/1987 de 15 de julio y 20/1988 de 18 de febrero de 1988). Ello permite entender que están sujetas a la LRJPAC en el ejercicio de funciones públicas. No parece pues que el artículo 37 no sea de aplicación: dice la STC de 3 de noviembre de 1988 (Aranzadi 9264): *cuando la Corporación ejercita funciones públicas, en virtud de transferencia de competencia, es el propio poder público el que está actuando y la necesidad de que el ciudadano goce de las mismas garantías, cualquiera que sea la Administración Pública ante la que actúa o a cuyo imperio se somete, accidental o informalmente, obliga a aplicar a las Corporaciones Públicas, en todos los casos en que ejercitan funciones públicas, aquella Ley estatal [refiriéndose a la LPA de 1958].* Aún cuando no se considerase aplicable la LRJPAC sí lo sería el Título VII de la LPHE y, en concreto, su artículo 57 de la LPHE, menos restrictivo que el 37 de la LRJPAC, dado que, por lo antes expuesto, la documentación generada, conservada o reunida por los Colegios Profesionales en el desarrollo de sus actividades públicas es Patrimonio Documental desde su origen. Sin embargo, en ocasiones las mismas Administraciones Públicas contribuyen a la confusión cuando, por ejemplo, suscriben convenios con Corporaciones de Derecho Público para depositar los documentos de éstas en los archivos públicos: es el caso del archivo del Colegio de Arquitectos de Madrid, depositado en el Archivo General de la Administración; o el del convenio suscrito con el Colegio Notarial de Galicia, por el cual sus documentos se repartían entre diversos Archivos Históricos Provinciales gallegos, la Universidad de Santiago y un archivo distrital creado *ex profeso* en La Coruña.

⁵¹ *El problema de los funcionarios está más, a veces, en encontrar los expedientes que en facilitar a los administrados el derecho de acceso...* PARADA VAZQUEZ, J.R., op. cit., p. 155. En la STS de 4 de diciembre de 1989, Sala 3ª, se disculpaba la presentación de ciertos documentos en base a la *difícil obtención de documentos en los archivos judiciales* (SEOANE PRADO, J., "El acceso en los archivos judiciales" en *Actas de las VI Jornadas de Archivos Aragoneses*, Zaragoza, 1996, p. 200).

⁵² El mencionado Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, (vid. nota 11) en su artículo 9.4.a) añade a las causas por las que se deniega la expedición de copias auténticas de documentos administrativos *la inexistencia o pérdida del documento original o de los datos en él contenidos*. Lógicamente la existencia del documento ha de ser presupuesto previo para el ejercicio del derecho. El problema surge cuando el documento *ha desaparecido* y a nadie importa mucho cómo, cuándo ni por qué ni, desde luego, se intentan dilucidar responsabilidades.

⁵³ SANCHEZ BLANCO, A., "El sistema de archivos: de las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 67 (1990), p. 369.

⁵⁴ LEGUINA VILLA, J., "La Administración y la huida del Derecho Administrativo", en *Revista Jurídica de Navarra*, 19 (1995).

Sin embargo, cualquier intento de establecer un régimen de auténtica transparencia es pura quimera ante una realidad harto frecuente de masas informes de papel en almacenes y sótanos, en los que, olvidados por todos, se disputan el escaso espacio disponible con toda clase de trastos. A menudo los documentos archivados en unidades de gestión y oficinas públicas (y a veces también en archivos históricos) se identifican con *mis papeles* o los *papeles de fulanito*, en los que nadie más pone su mano, mientras que otras veces la pone todo el mundo; en ambos casos suelen presentar tales problemas de organización que resultan casi totalmente abstrusos, siendo difícilmente accesible la información.

Finalmente, no puede olvidarse el hecho de que el artículo 35 de la LRJPAC, en el que se establecen los derechos de los ciudadanos en su relación con la actividad de las Administraciones Públicas, contempla en su apartado f) el derecho de aquellos a *no presentar documentos [...] que ya se encuentren en poder de la Administración actuante*. La excusa de que no se encuentra el documento no resuelve pues un problema que, por virtud de la norma referida, es responsabilidad de la Administración, no del ciudadano.

Por ello uno de los argumentos (contemplado en la LRJPAC) para denegar el ejercicio del derecho de acceso a los documentos puede convertirse en un monumento al cinismo: el artículo 37.7 dispone que el derecho se ejercerá por los particulares de forma *que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos*. Sin embargo, el hecho de que la Ley se refiera a “archivos administrativos” y a “procedimientos terminados” implica que *el derecho de acceso sólo puede afectar al funcionamiento de un único servicio, justamente el de archivo “strictu sensu”; pero nunca perturbarlo, porque la finalidad de un archivo radica, justamente, en conservar y permitir el acceso a documentos...*⁵⁵

Lo mismo puede decirse de la restricción al acceso a los documentos por razones de conservación, contemplada en el artículo 62 de la LPHE. El problema surge cuando la restauración o microfilmación que permitirían el ejercicio del derecho se prevén realizar *algún día de éstos*. Si vamos a comprar un tresillo y nos dan un plazo de un mes ¿por qué no se da plazo alguno, por largo que fuere, para restaurar o reproducir un documento público al cual el ciudadano-contribuyente tiene derecho a acceder? Si por razones de conservación no se puede ver pero tampoco se prevé que sea posible ¿qué sentido tiene conservarlo?

Frente a todo esto, las Administraciones Públicas, en el marco de una verdadera campaña de marketing, vienen identificando transparencia administrativa

⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “La actividad de la Administración (Título IV)” en *Comentario sistemático a la LRJPAC*, Madrid, 1993, p. 145.

no con el acceso de los ciudadanos a los archivos, sino con información proporcionada a través de oficinas específicamente destinadas a ello. Quizá por ello la reforma de la LRJPAC no alcanzó al artículo 37. Se pretende convencer a los ciudadanos de que las Administraciones Públicas son cada vez más transparentes⁵⁶. Pero transparencia no es saber *qué* hace la Administración sino saber *cómo* lo hace: eso sí es información veraz. Sabemos que se hacen carreteras pero ¿cómo se ha contratado las obras? Aplaudamos que el Alcalde de Madrid viaje con su esposa, a la que según parece adora, pero sepamos si las facturas las pagamos Uds. y yo. Siempre hay casos en que deberán transcurrir plazos prudenciales pero, a su término, debe ser imperativo *conocer la verdad*.

Mientras, en el entorno comunitario la devoción por la transparencia parece tender en la realidad a un derecho de acceso cada vez más amplio. Resulta instructivo ver la evolución que nos muestran los *Informes sobre la Aplicación de la Decisión del Consejo de la Unión Europea relativa al Acceso del Público a los Documentos del Consejo*⁵⁷. El primero, de 1996, es una revisión de la aplicación de la Decisión 93/731/CE de 20 de diciembre de 1993 tras dos años de experiencia (1994 y 1995). El segundo informe, de 1998, se refiere al período 1996-1997. En el informe relativo al período 1994-1995 se aportan las siguientes cifras: 142 solicitantes (70 en 1994 y 72 en 1995) que pidieron un total de 443 documentos. De éstos, 65 no estaban incluidos en el campo de aplicación de la Decisión. De los 378 restantes se accedió a permitir la consulta de 222, el 58,7% del total. Por lo que respecta a los 156 documentos cuyo acceso no se permitió, el 18% tuvo como base para la negativa la *protección del interés público*. Pero lo realmente *kitsch* es el tratamiento dado a lo que en el informe se denomina *solicitudes excesivas o desproporcionadas con relación a los costes que acarrearán* y que se ejemplifica con el caso de una persona que presentó 14 solicitudes relativas a más de 150 documentos... ¡en dos años! Tras reconocerse que los solicitantes no están obligados a justificar su interés, en el informe se defiende la oportunidad de rechazar las solicitudes *manifiestamente excesivas previo examen de las justificaciones del interés (¿irrelevante?) del solicitante*. Se aduce para ello lo limitado de los recursos del Consejo en tiempo y personas. En el segundo informe las solicitudes han pasado de 142 a 451 y los documentos considerados, de 378 a 3.325, ascendiendo el porcentaje de los declarados accesibles desde el 58,7% a casi el 80%

⁵⁶ Es curioso como en el sitio web <http://www.igsap.map.es/docs/cia/agenda/age101.htm> del Ministerio para las Administraciones Públicas y bajo el epígrafe "El derecho a la información" se remite a los ciudadanos a las Oficinas de Información Administrativa, a los Centros de Publicaciones y a los Boletines Oficiales y se señala que *los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas tienen el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados... Esta información de tipo particular sólo se facilita a los interesados o a los que en aplicación de las normas legales vigentes ostenten la representación de éstos*. Nada se dice pues del derecho de acceso contemplado en el art. 37.1 LRJPAC. A mayor abundamiento, en el Plan de Simplificación Administrativa elaborado por la Comisión Interministerial de Simplificación Administrativa se dice que *poder informarse sobre el estado de tramitación del procedimiento constituye un derecho para el ciudadano y una obligación para el órgano administrativo, ya que en ella se concreta el principio de transparencia de la gestión pública*.

⁵⁷ En el sitio web <http://register.consilium.eu.int/utfregister/frames/introfsES.htm>.

(1.787). En contraste con el anterior, ahora se es mucho más prudente en la cuestión de las solicitudes *manifiestamente excesivas*, planteando la posibilidad de una revisión de las tasas vigentes por obtención de documentos.

Por su parte, en el marco del Consejo de Europa se ha elaborado la ya citada *Recomendación sobre política europea en materia de acceso a los archivos* (núm. 13/2000), la cual contempla diversos períodos de restricción al acceso más allá de los cuales ningún documento podría continuar vedado al público; establece la posibilidad de solicitud de acceso a documentos no accesibles; y, en determinados casos, posibilita la comunicación parcial de los mismos.

Volviendo a estos pagos, las frecuentes ambigüedades se ven acompañadas de otras numerosas trabas a la problemática tarea de acceder a los documentos: por ejemplo, la obligación de identificar individualizadamente a los que se quiere acceder será difícil si la documentación no está controlada archivísticamente. Pero cuando el ciudadano, solicitados individual y exactamente los documentos, obtiene un “no” por respuesta ¿qué puede hacer? Sencillo. Recurrir ante el órgano que dictó el acto denegatorio. Y si la respuesta, por supuesto por escrito, es de nuevo negativa (cosa que no será extraña en muchos casos a la luz de la hasta aquí expuesto) siempre podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa y, si tiene suerte y su pretensión es finalmente aceptada, podrá ver los documentos... ocho o diez años después. Varios autores se lamentan de la ausencia de un órgano funcionalmente independiente que pudiese actuar a semejanza de los existentes en otros países como, por ejemplo, en Francia, en donde existe una Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA)⁵⁸; o como la misma Agencia de Protección de Datos, creada por la LORTAD. Sin embargo, es preciso señalar que dicho órgano sí existía, aunque la ya aludida ruptura que la LRJPAC ha supuesto con respecto a la LPHE ha provocado que no se recuerde por la sencilla razón de que ya no sirve en esta cuestión: nos referimos a la *Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos*, creada en el artículo 58 de la LPHE y finalmente (¡quince años después!) desarrollada por Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero. Sin embargo, de la lectura del mencionado Real Decreto no parece deducirse que las resoluciones denegatorias del derecho de acceso puedan recurrirse ante la Comisión, como sí se plantea por el contrario en cierta Comunidad Autónoma en la que actualmente se está en proceso de regular estas cuestiones con, a nuestro juicio, gran acierto.

Además, y aunque no está en relación con el tema del acceso, no podemos dejar pasar la ocasión de preguntarnos en público una cuestión *de detalle* por lo que se refiere a las competencias de la citada Comisión Superior Calificadora: Desde su

⁵⁸ *Ibidem*, p. 123 y ss. CASTELLS ARTECHE, J.M., “El derecho de acceso a la documentación administrativa en la actualidad” en *Bilduma*, 8 (1994), p. 176.

creación por la LPHE, muchos archiveros de este país han suspirado por un desarrollo de la CSCDA que permitiese establecer de una vez por todas un procedimiento para la eliminación de bienes del Patrimonio Documental de titularidad estatal. Pues bien, ¿dónde aparece el término *eliminación* entre las competencias que se enumeran en el artículo 5 del Real Decreto? Porque allí se menciona la expresión *inutilidad administrativa*, que no es equivalente y que aparece además fuera de los epígrafes en que se precisan las competencias de la CSCDA... Yo les invito a acudir presurosos al texto a la búsqueda de la competencia perdida⁵⁹.

Si lo hasta ahora acontecido resultaba poco alentador, en los últimos tiempos encontramos nuevas circunstancias que empeoran (¡aún más!) la situación. En este momento se plantea con fuerza la relación, hasta ahora casi totalmente inexistente, entre la LRJPAC y la normativa reguladora del tratamiento de datos de carácter personal. Recientemente derogada la LORTAD por la nueva y ya mencionada *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD) nos encontramos con que ésta, a diferencia de su predecesora, no parece referirse en exclusiva a los datos informáticos sino a los datos de carácter personal registrados *en soporte físico* (art. 2.1), entendiéndose por *fichero todo conjunto organizado de datos de carácter personal*. Además del texto mismo de la Ley, inspirado por la Directiva 95/46, avalan esta afirmación las palabras de los defensores de la nueva norma, como las del representante de CiU⁶⁰: “*Vamos a proteger cualquier tratamiento, sea automatizado o no, mientras tenga la estructura de fichero, por tanto, la ley protege los datos personales, con independencia de si se están utilizando de forma informática o por otro método, y por ello no hacíamos alusión directa al artículo 18.4, artículo que fue, repito, un avance de nuestra Constitución*”.

⁵⁹ Si sus dictámenes se refieren a la documentación de titularidad estatal generada o reunida por el Sector Público Estatal, es evidente la problemática que plantea su dependencia de un Ministerio políticamente débil. ¿Alguien cree que el Ministerio de Hacienda va a aceptar que la Comisión actual determine cuáles de sus documentos son inútiles? Y es que se siguen confundiendo los términos. En realidad, debería haberse seguido el modelo existente para la eliminación de documentos judiciales: son los Juzgados quienes determinan lo que ya es inútil y son los órganos competentes en materia de Cultura los que, de lo ya expurgado, seleccionan lo que ha de conservarse. Pretender lo contrario es un absurdo. Por lo demás, mucho nos tememos que la composición de la Comisión no sea la más adecuada. Si a todo ello sumamos el bajo nivel de la Comisión, parece aún más lógico dudar de su efectividad.

⁶⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 1999, VI Legislatura, núm. 263, Sesión Plenaria núm. 253 celebrada el jueves, 30 de septiembre de 1999 (la negrita es nuestra)*. Por cierto, la Ley fue promulgada antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre los artículos recurridos de la ahora ya derogada LORTAD. Decía el Diputado Sr. López Garrido, en la mencionada sesión: *Hay que recordar en estos momentos que la Lortad está recurrida ante el Tribunal Constitucional en sus artículos 6.2, 19.1, 20.3, 22.1, 22.2, 24, 31, 39, 40.1 y 40.2 y disposición final tercera [...]. Si nosotros hoy aquí derogamos la Lortad y creamos otra ley llamada de diferente forma pero con artículos de contenido parecido, se va a producir el hecho paradójico de que el Tribunal Constitucional, si decide anular alguno de estos artículos, lo hará de la ley fenecida, no de la ley nueva. Este será un procedimiento novedoso de evitar un recurso ante el Tribunal Constitucional [...]. Con este procedimiento que ha utilizado la ponencia, creando ex novo una nueva ley, hará inútil el recurso ante el Tribunal Constitucional, que está vigente y que fue interpuesto por miembros del Partido Popular, por el Defensor del Pueblo, por el Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de Cataluña. Esa es la situación con la que nos podemos encontrar y que nosotros contestamos. No podemos aceptar que se deje de lado que el Tribunal Constitucional en un futuro pudiera declarar inconstitucionales estos artículos, porque nos vamos a encontrar con que los nuevos artículos seguirían vigentes aunque tuviesen el mismo contenido que los artículos declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional...*

Por su parte la representante del Grupo Popular manifestaba: "...los ponentes decidimos dar un sentido más global, más amplio, al objeto y que no sólo se regulara la utilización de la informática sino otros medios mucho más peligrosos [sic] como determinados métodos de telemática, de información y de comunicación..."

Así las cosas, la LOPDP parece de aplicación a los archivos de documentos en soportes no informáticos. Un inventario de expedientes en el que aparezcan nombres propios sería un fichero, según la Ley citada. Así, ¿caso los instrumentos de descripción de los archivos en que aparezcan nombres propios no serían accesibles? Como no se habla en absoluto de Patrimonio Histórico o de transferencias a los archivos históricos ¿deberán ser secretos los ficheros con nombres de caballeros de la Orden de Santiago del siglo XVI? ¿Deberá Felipe II dar su consentimiento inequívoco para comunicar sus datos?

Estas preguntas sólo pretenderían conseguir una leve sonrisa si no fuese porque la situación, en general, está lejos de ser divertida. Cuando se pretendía aplicar la anterior LORTAD sobre documentos en papel no era posible hacerlo porque no se trataba de ficheros informáticos. La nueva LOPDP viene a solucionar el problema. Pero ¿y 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? Allí, por ejemplo, no se reputaban intromisiones ilegítimas las que tuvieran como base un interés histórico, etc. (art. 8.1). ¿Y la LPHE? Una vez en los archivos históricos -si es que llegan a ellos alguna vez- el acceso a los ficheros ¿se regirá por la LPHE o por la LOPDP? Consideremos, por ejemplo, los fondos de un archivo como el Archivo General de la Guerra Civil Española, cuya génesis se encuentra precisamente en la recopilación -con fines represivos- de datos sobre ideología, afiliación política y/o sindical, creencias, etc. y que hoy es un Archivo Histórico al servicio de la investigación y de la información de los ciudadanos. Los datos referentes a la intimidad pertenecientes a la categoría de los *especialmente protegidos* eran consultables, aparte de con el consentimiento de los afectados, al cabo de los plazos enunciados en el artículo 57.1.c de la LPHE⁶¹. Sin embargo, la LOPDP no contempla plazo alguno y sólo prevé la posibilidad de comunicación de datos a terceros con fines históricos o científicos cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas (artículo 11.2.e)⁶². Por otra parte, ¿qué alcance tiene el derecho de cancelación? ¿Se suprimirán -destruirán- los documentos del Archivo a pesar de su carácter de Patrimonio Documental y de las disposiciones que al respecto contiene la LPHE? Tal destrucción no es una

⁶¹ Veinticinco años a partir de la fecha de la muerte del afectado, si su fecha es conocida, o cincuenta años desde la fecha de los documentos.

⁶² Salvo que se entienda que el apartado a) del punto 2 del artículo 11 (El consentimiento exigido [para comunicar los datos] no será preciso cuando la cesión esté autorizada en una ley) implica que el derecho de acceso (la comunicación de los datos) está autorizado por las leyes que lo posibilitan, esto es, el citado artículo 57 de la LPHE, etc.

mera posibilidad, sino que ya se están dando casos que nos sitúan ante un panorama inquietante⁶³.

Es cierto que los Estados acumulan de forma subjetiva informaciones falsas o calumniosas, desde luego en el caso de regímenes no democráticos y, por desgracia, en ocasiones también en los que sí lo son⁶⁴. Y es indudable que, en este último caso, dichas apreciaciones no podrán verterse (ni, por tanto conservarse). Sin embargo, en el primer caso la conservación de los expedientes en un archivo histórico no tiene porqué suponer una vulneración de la intimidad si se aplican correctamente las normas que, al respecto se contienen en las Leyes, por ejemplo, en la LPHE. Una posibilidad de defensa real frente a las informaciones calumniosas realizadas por una Administración como, por ejemplo, la del régimen franquista, sería el reconocimiento de un derecho de rectificación (diferente del de cancelación) que permitiese no sólo contrarrestar las mismas, sino exigir a las Administración actual la asunción de su responsabilidad (patrimonial)⁶⁵.

En caso contrario quizá deberíamos plantearnos la destrucción íntegra de los fondos de, por ejemplo, el Archivo General de la Guerra Civil y de otros muchos documentos generados por la represión política en el franquismo y aún antes. Aunque, precisamente en pro de la abolición de la represión y el totalitarismo, creemos que sería más positivo que se conservasen dichos documentos, así como los relacionados con las purgas estalinistas, con el holocausto nazi, con las desapariciones en las dictaduras de todo signo, pogromos, etc.; al igual que nos parece hoy lógico a todos que se conserven los documentos de la Inquisición o del proceso a fray Luis de León, de forma que los documentos que aluden a *quienes no tuvieron ocasión en vida de rectificar imputaciones y datos falsos ni, después de muertos, de*

⁶³ Es el caso de la eliminación de expedientes incoados al amparo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social solicitada por quienes aparecían en los mismos. Vid. nuestro trabajo ya citado OCAÑA LACAL, Daniel de, "Entre todos lo mataron...", op. cit., donde analizamos el caso planteado por un ciudadano valenciano que solicitó la destrucción de un expediente que se le abrió en 1976 por su presunta condición de homosexual.

⁶⁴ Un buen ejemplo lo encontramos en la peripecia de Leland Stowe, periodista de renombre, quien supo que el FBI había elaborado un abultado dossier sobre su persona en el que se le acusaba de comunista y de otras cosas. En el ejercicio de sus derechos redactó un alegato de rectificación. Cuando el Archivo Nacional solicitó su permiso para no destruir el material en atención a su valor histórico, Stowe puso como condición incorporar su alegato, a lo que el Archivo, en un *espléndido* ejercicio de inteligencia, se negó. Los documentos fueron destruidos (citado en ALBERCH FUGUERAS y CRUZ MUNDET, op. cit., p. 138). Otra muestra la ofrece el caso de una serie de expedientes afectados por la ley de Peligrosidad Social de los que una Fundación gay tuvo conocimiento y que, depositados en un tribunal, habían sido utilizados por la policía para elaborar un fichero automatizado. La denuncia a la Agencia de Protección de Datos permitió la cancelación del mismo, pero la única fórmula que se le ocurrió al Tribunal para impedir la utilización de los expedientes en el futuro fue destruirlos en vez de ordenar su traslado a un Archivo y que este protegiera el derecho al honor y a la intimidad de las personas afectadas, aunque la citada Fundación se opuso a dicha destrucción, al considerar que los documentos eran un testimonio inestimable de la persecución del colectivo gay (MARTINEZ GARCIA, L., "El Sistema...", nota 23).

⁶⁵ No olvidemos que la transición política en nuestro país se identifica con una reforma del Estado, no con una ruptura. ¿Por qué, al menos en estos casos, el derecho de rectificación contemplado en el artículo 37.2 no podría ejercerse cuando los datos incompletos o inexactos *figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo* [sic]?

que la historia los tratara con la neutralidad del estudio científico⁶⁶ pudiesen al menos contribuir con el conocimiento de tantos padecimientos a conocer lo que verdaderamente sucedió. Opinión sostenida por numerosos colectivos y organizaciones como, por ejemplo, la UNESCO⁶⁷. Qué mejor ejemplo que la noticia publicada por el diario *El Mundo* el 17 de mayo pasado:

“El presidente brasileño decidió ayer abrir los archivos secretos de las Fuerzas Armadas de su país para depurar la supuesta participación de la dictadura que gobernó Brasil entre 1964 y 1985 en la operación Cóndor, un acuerdo de coordinación para la eliminación y control de subversivos establecido entre los regímenes militares del Cono Sur en los años 70 y 80”.

5. El archivero: víctima y, a veces, verdugo

Y en medio del maremagnum... el archivero. ¡Pobres archiveros, sumergidos por las ambigüedades de las normas en el mar de dudas nacidas del enfrentamiento entre el compromiso con la legalidad democrática y el temor a la responsabilidad y a la reprobación personal! Aunque, como han hecho ver EMBID IRUJO o POMED SANCHEZ es fácil a veces comprender el temor del funcionario si observamos que en diversas normas legales y administrativas, desde el Código Penal al Reglamento de Funcionarios del Estado, siempre se contemplan delitos y faltas -graves o muy graves- por dejar ver más papeles de la cuenta pero *no está configurada ninguna falta que se refiera precisamente a negativas injustificadas u obstaculizaciones de cualquier tipo en el derecho de acceso*⁶⁸. Acaso el origen de esa irresolución esté, además de en la actual chifladura normativa, en la inadecuada preparación jurídica de los archiveros para valorar qué es realmente honor y qué intimidad o qué afecta a la seguridad del Estado. La restricción al acceso en estos supuestos debería apoyarse tan sólo en la posibilidad de causar un mal mayor *que en absoluto se puede presuponer*⁶⁹. Las convic-

⁶⁶ ALBERCH FUGUERAS y CRUZ MUNDET, op. cit., p. 137.

⁶⁷ Véase el texto incluido en el epígrafe “Razones para la preservación de los archivos de regímenes represivos” en el trabajo ya mencionado en la nota 43 *Los archivos de la seguridad del Estado de los desaparecidos regímenes represivos*.

⁶⁸ EMBID IRUJO, A., “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos” en LEGUINA VILLA, J. y SANCHEZ MORON, M. (Directores), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, p. 121. También POMED SANCHEZ, L.A., “El acceso...”, p. 474.

⁶⁹ La Ley configuraba una legitimación con carácter muy amplio pues se refiere a los ciudadanos en general (como no podía ser menos a la luz del texto constitucional). El Consejo de Estado, en su dictamen de 31 de octubre de 1991, prevenía contra lo que consideraba un exceso pues *tal orientación podría introducir considerables disfunciones en la actuación de los órganos administrativos ante la necesidad de atender demandas indiscriminadas de información formuladas por cualquier ciudadano*. ¿Por qué pensar que hordas incontenibles aguardaban el momento de lanzarse sobre los archivos a pedir millones de expedientes? ¿Qué se entiende por “demandas indiscriminadas”? Siguiendo en este punto las recomendaciones del Consejo, la Ley se vuelve luego innecesariamente restrictiva al exigir *un interés legítimo y directo*. Máxime cuando el Tribunal Supremo, al hilo de la jurisprudencia constitucional en la materia, ha dejado claro que el concepto de interés directo ha de entenderse sustituido por el de interés legítimo, no identificable exclusivamente con un interés individual (STS de 4.XII.1990, art. 10.489). Además, resulta curioso que en la definición del concepto de interesado que la LRJPAC hace en su artículo 31 no aparezca por ningún lado el término *directo*.

ciones personales del archivero-juzgador no pueden conferir validez a soluciones arbitrarias (léase *prevaricación*) y que muchas veces se explican por la conocida afección denominada *síndrome del funcionario prepotente* o por la política del *si no lo enseño no meto la pata*: Lo primero es, por desgracia, bien conocido y extensible a muchos funcionarios y autoridades públicas (Vid. Caso Orense, STS de 20 de febrero de 1992, Sala de lo Penal). De lo segundo se encuentran casos verdaderamente notables del tipo “el Archivo General de la Administración de Francia impide el acceso a los planos de Saigón porque su conocimiento puede afectar a la seguridad del actual Estado Vietnamita”.

Desde luego, no se puede generalizar. Hay una gran mayoría de archiveros verdaderamente preocupados por la falta de transparencia y que se enfrentan cada día a las *fuerzas oscuras*, conscientes de que el futuro de los archivos y de sus profesionales pasa inevitablemente por una mayor conciencia social acerca de su utilidad y, por tanto, por una mayor democratización del derecho de acceso. Sin embargo, en ocasiones encontramos aún en algunos ciertos rasgos un tanto peculiares, fruto de una determinada evolución histórica en el seno de nuestra función pública y que se manifiestan en una cierta conciencia de sí mismos como algo *externo* a la Administración, consecuencia del historicismo largamente imperante en el mundo de los archivos, y que adolecen en ciertos casos de *usos y costumbres* muy arraigados. Por ejemplo (de nuevo) presuponer o aplicar criterios personales más allá de las normas que, en tanto funcionarios (en el caso de los archivos públicos), les obligan. No hace mucho discutía con una colega que aseveraba que, en su opinión, los planos visados que se encuentran en un Colegio de Arquitectos no son de libre acceso por diversas razones:

a) Por “ser privados”, de los arquitectos, aunque se recojan por la Administración Corporativa en el ejercicio de funciones públicas delegadas o atribuidas por la Administración Pública.

b) Por estar sometidos a la Ley de Propiedad Intelectual, cuando esta norma recoge expresamente en su artículo 37 que 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*.

c) Porque afectan a la intimidad de las personas (“yo no quisiera que la gente supiese cómo está construida mi casa”)

Claro que, como colofón, el Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Educación y Cultura, vino a cerrar el debate cuando afirmó que *siendo Patrimonio Documental no eran, no obstante, accesibles, pues su conocimiento podía afectar a la propia*

imagen del profesional que los diseñó. Como tal sentencia es aplicable también al resultado de lo planeado parece pues imponerse el arte del húngaro Christo, que se dedica a envolver edificios para que nadie los vea...

Todavía encontramos algún caso de archivero, afortunadamente en vías de extinción, aterrado frente a la irrupción de ciertas categorías de ciudadanos *indeseables*, no investigadores al uso tradicional. Mucho del hermetismo imperante en algunos archivos con respecto a determinados fondos surge de una *visión patrimonial de los documentos por parte de algunos archiveros*. Volcados en investigaciones históricas poco o nada relacionadas con el que debiera ser su auténtico quehacer archivístico, actúan como usuarios casi exclusivos de determinados papeles, que mantienen a salvo de ojos curiosos mediante su escamoteo o el de los instrumentos de descripción⁷⁰. Se dedican a hacer su tesis o a estudiar ciertos pergaminos y diplomas mientras la montaña de legajos de Hacienda, Direcciones Provinciales y otras engorrosas procedencias crece sin cesar.

Claro que no todos están de acuerdo sobre cuál es ese quehacer. Para algunos, por ejemplo, la asignación por Decreto 914/1969, de 8 de mayo, a los Archivos Históricos Provinciales de la función de intermedio respecto de los documentos de los servicios de la Administración periférica supuso (cito textualmente) *alterar la vida intelectual de estos centros, apartándolos de sus obligaciones científicas y encomendando a una reducida plantilla [...] la nueva y dificultosa tarea de encargarse además [sic] de la documentación administrativa*⁷¹. La "nueva" tarea ya era considerada en 1964 la *misión primordial del archivero, que es la de recoger los papeles desde el momento mismo en que acaban de ser tramitados*⁷².

Este es pues el panorama con que nos encontramos:

- Desconocimiento legal y social de la realidad de los archivos. Falta de un concepto amplio y coherente de Sistema Archivístico, desorganización de los archivos e inexistencia de transferencias. Ausencia o deficiencia de las políticas de conservación y/o reproducción de documentos.
- Caos normativo: ni se deroga ni se armoniza. Confusión provocada por diferentes plazos de acceso, lagunas o ausencias legales, dispersión, contradicciones.

⁷⁰ Esto no propio de un solo país: [...] *Selon un responsable, les fonds concernant a l'Occupation n'ont toujours pas été traités. Il n'y a donc pas à proprement parler d'inventaire mais des liasses de bordereau de versement qui accompagnent les archives déposées par les administrations. Quoi qu'il en soit, il ne peut rien me communiquer, le bureau de la personne responsable du fonds étant fermé à clé. (Un instrument de travail serait-il un objet personnel?)*. COMBE, Sonia, op. cit., p. 38.

⁷¹ LOPEZ RODRÍGUEZ, C., op. cit., p. 35.

⁷² PESCADOR DEL HOYO, C., "Un problema de la Administración sin resolver" en *Documentación Administrativa*, 77 (1964), p. 95-101. Cf. la réplica a C. López Rodríguez de MARTINEZ GARCIA, L., "Eruditos y gestores: el debate innecesario" en *Boletín ACAL*, Salamanca, Asociación de Archiveros de Castilla y León, Año 7, n. 25 (3º trimestre 1997), p. 21-24.

- Identificación del Estado-comunidad con el Estado-aparato. Restricciones abusivas del derecho de acceso. Subjetividad, ambigüedades, arbitrariedad. Inseguridad jurídica.

- Identificación de transparencia administrativa no con el derecho de acceso, sino con el suministro de información por vía indirecta.

- Inexistencia de plazos temporales específicos de reserva transcurridos los cuales pueda ejercerse el derecho sin obstáculo alguno.

- Indolencia o desconocimiento generalizados de los usuarios. Falta de recursos administrativos previos a la vía contencioso-administrativa.

- Pervivencia de usos impropios de nuestros días y de una sociedad verdaderamente democrática en ciertos profesionales y organismos.

Todo ello es consecuencia de no haberse llegado a elaborar una *Ley del derecho a la información de los ciudadanos* coherente, que armonizase disposiciones tan dispares y que no perdiese de vista la casuística que ofrecen las diversas fuentes de información.

Una norma que evitase las contradicciones y ambigüedades que ahora se dan a mansalva⁷³ y que, con respecto a las limitaciones al acceso constitucionalmente pertinentes, estableciese *plazos claros e improrrogables*, desterrando las ambigüedades y la discrecionalidad arbitraria. La cuestión de los plazos, insistimos, es vital: las dictaduras no clarifican actuaciones, no les resulta necesario. Pero los regímenes democráticos sí tienen tal obligación. Los plazos suponen seguridad jurídica y conjuran, en casos determinados como el de la documentación política, *los efectos negativos que también pudiera tener el acceso, sin apenas límites, a la documentación administrativa*⁷⁴. Sin embargo no debemos olvidar que las normas vigentes permiten en determinados casos el acceso cuando existe un interés histórico o científico antes del cumplimiento de los plazos contemplados en diversas leyes (por ejemplo la LO 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, artículos 4.3 y 8.1, o la propia

⁷³ Por ejemplo, las derivadas de la disociación entre documento informático y documento no informático acaecida con la extinta LORTAD, frente a la concepción globalizadora de la LPHE. La primera hablaba de cancelación y supresión de documentos informáticos, que según la segunda son Patrimonio Documental de carácter público. Y es que esto último poco importa. Así resultan ciertamente cándidas las palabras del representante del Grupo Socialista en el Pleno del Congreso de los Diputados referido en la nota 60: *Quiero aclarar que fue una aportación socialista a la Lortad la inclusión en el consejo consultivo de un vocal de la Real Academia de la Historia, porque pensamos que son los ordenadores, entre otros, las fuentes históricas fundamentales del siglo XX y de los años venideros*. Otro ejemplo, esta vez referido a documentos no informáticos, lo constituye la Orden de 6 de junio de 1994 (BOE del 14) del Ministerio de Justicia e Interior, en la que se suprimía la causa de la muerte en las certificaciones expedidas por el Registro Civil tachándolas en los asientos originales (lo que afortunadamente se rectificó por Orden de 13 de octubre de 1994, BOE del 21).

⁷⁴ SAINZ MORENO, F, "Prólogo" en FERNANDEZ RAMOS, S., op. cit., p. 18. Prosigue Sáinz Moreno: *Puede ocurrir que la documentación se reduzca al mínimo, que su contenido se trivialice al máximo y que sólo se incorpore a los archivos aquello que parece inocuo después de un cuidadoso expurgo. Quizá por ello conviene contrapesar la libertad de acceso con el reforzamiento de la obligación de documentar suficientemente e incorporar a los archivos todo lo que sea de interés público. Ni la LPA 30/1992 ni la LPHE 16/1985 son suficientes para lograr que el acceso a la documentación [...] pierda interés histórico.*

LPHE, artículo 57.1.c). En tales casos sería deseable establecer un límite o prohibición al uso de, por ejemplo, nombres propios, exigiéndose el compromiso del usuario de respetar ciertas normas al utilizar la información y de que su uso no sea distinto del que justifica la autorización. Igualmente habrían de concretarse las responsabilidades derivadas del incumplimiento de tales condiciones. Sería necesario finalmente establecer normas de procedimiento claras para la tramitación de las autorizaciones.

Los profesionales de los archivos no deben *interpretar* la intencionalidad del usuario a la hora de acceder a la documentación de acuerdo a sus propios esquemas ideológicos o morales. El usuario deberá clarificar, en los casos en que sea necesario, cuál es esa intencionalidad y asumir sus obligaciones.

Es preciso tomar conciencia del derecho de acceso en toda su dimensión democrática, contribuyendo a modificar un panorama presidido por una sociedad dúctil, históricamente aún muy cercana a un sistema autoritario y acostumbrada a que se le dé la información elaborada y masticada. Ahí puede hallarse en mayor o menor medida la razón para la falta de conflictividad que señalábamos anteriormente en relación con el derecho de acceso y su regulación. Sombrío panorama en el que las Administraciones Públicas carecen de responsabilidad y en el que los ciudadanos apenas cuentan con el recurso a unos Tribunales de Justicia cuyo funcionamiento rara vez puede satisfacer rápidamente sus necesidades en una materia como el derecho de acceder a la información de los archivos.

Finalmente, parecería lógico contar con *Leyes de Archivos* que diesen finalmente carta de naturaleza a estos centros y unidades de manera que pudiesen salir de la oscuridad a la que siempre se han visto condenados y cumplir eficazmente con las funciones que, en toda sociedad democrática tienen... aunque pocos lo sepan.



