

# *Investigación histórica y acceso a los archivos*

**Daniel de Ocaña Lacal**

Archivero Jefe. Tribunal Constitucional. Madrid

Fecha de aceptación definitiva: 29 de julio de 2010

**Resumen:** La investigación histórica se apoya cada vez menos en los documentos conservados en los archivos públicos por, entre otras causas, las dificultades materiales y jurídicas para acceder a ellos. Respecto de las últimas, las normas promulgadas desde 1978 presentan deficiencias que entorpecen notablemente el uso de las fuentes por los investigadores. La confrontación entre los derechos a la intimidad, al honor o los datos personales, por un lado, y los derechos de acceso a los archivos o a la libertad científica, por otro, requiere de una ponderación no siempre fácil de realizar con dichas normas y a falta de concretar, incluso desde la jurisprudencia, algunas cuestiones de concepto. Tampoco ayudan los persistentes inconvenientes en materia de medios materiales y organizativos de los archivos públicos, cierto envanecimiento de la figura del investigador respecto de su posición jurídica frente al resto de ciudadanos y la falta de reacción por parte de los usuarios ante las negativas consideradas injustificadas.

**Palabras clave:** Archivos públicos, derecho de acceso, derecho a la protección de datos personales, derecho a la intimidad, derecho a la libertad de investigación científica.

**Abstract:** The work of the historian relies less and less in documents preserved in public archives due to, inter alia, legal and material difficulties to access them. With regard to the latter, regulations passed since 1978 have deficiencies that hinder considerably the use of archival resources by the researchers. The confrontation between the rights to privacy, honour or personal data, on one hand, and the rights of access to records or to the scientific freedom, on the other hand, requires a weighting not always easy to make with these rules, due to the absence of specific definitions concerning some of these concepts. Frequent problems on material and human resources, opening hours, etc. related to public archives don't help too much, as well as a certain conceit of the figure of some historians regarding their own legal position in relation to that of the other citizens. Last but not least, the lack of reaction from users in view of the continued and unjustified refusals of the public administrations doesn't help to the setting of legal precedents.

**Key words:** Public Archives, right of access to archives, data protection right, right of privacy, right of freedom to scientific research.

Cualquier tratado o manual de archivística, historia de los archivos y demás cuestiones afines suele aludir a la consustancialidad de los archivos con la escritura y, por ello, situar su nacimiento en los albores de la Historia. Desde entonces y hasta hoy, ya se vean como objeto de estudio teórico, ya como objeto de la práctica profesional, los archivos han visto cambiar algunas de sus finalidades —no todas— y el soporte de los documentos que los conforman. En la actualidad, al igual que otros muchos aspectos de nuestra sociedad, se enfrentan a la nueva realidad del mundo digital, electrónico, en el que la información pierde corporeidad física en forma directamente proporcional a su omnipresencia en todos los aspectos de la vida humana.

A lo largo de ese recorrido la Historia o, mejor, las sucesivas y diversas formas de la Historia, desde el mito, pasando por la crónica, y hasta el surgimiento de las grandes escuelas historiográficas y su actual crisis, siempre han hecho del documento «el recurso y la fuente para conocer la memoria colectiva archivada, por ser un acopio de testimonios vividos»<sup>1</sup>, llegando, en ocasiones, a caer en un cierto culto a la supuesta veracidad indiscutible de la información allí contenida y, consecuentemente, a la mitificación de la investigación objetiva.

Esto ha sido así hasta hace poco<sup>2</sup>. Hoy día, y me refiero a las fuentes para la Historia más inmediata, los historiadores disponen de un nutrido elenco de recursos de información —medios de comunicación, testimonios orales, memorias, etc.— al que acuden cada vez más en detrimento de las fuentes archivísticas —al menos de las públicas, que quizá tienen ahora más interés para los profesionales de los medios de comunicación—. Las causas pueden ser muy variadas. La documentación más reciente conservada en los archivos públicos no siempre presenta para ellos un gran interés. Es evidente que la de carácter «político» pocas veces llega a los archivos<sup>3</sup>. Otras, la que podría tenerlo ha desaparecido de ellos por haberse

<sup>1</sup> PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio: «Memoria, poder e historia: la construcción de la identidad en España», conferencia dictada en 2003. Citado en GARCÍA-SANZ MARCOTEGUI, Ángel (ed.): *Memoria histórica e identidad. En torno a Cataluña, Aragón y Navarra*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2004, pp. 12-13.

<sup>2</sup> «Los historiadores, salvo los alumnos de doctorado, nos ausentamos cada vez más de los archivos [...]. La Historia se hace cada vez más desde los despachos universitarios o desde el uso de los grandes bancos bibliográficos y cada vez se opera menos con el contacto directo con las fuentes», CONTRERAS CONTRERAS, Jaime: «Métodos y fuentes: el historiador y sus documentos», en *La investigación y las fuentes documentales de los archivos: I y II Jornadas sobre Investigación en Archivos*, Guadalajara, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1996, vol. I, pp. 181-196. El autor califica a la Historia que se elabora sin documentos como «historia de mucha entropierna y poco cerebro, historia basura, sin duda».

<sup>3</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Luis: «Entre la utopía y la realidad: las deficiencias de un sistema de archivos perfecto», *Signo. Revista de Historia de la Cultura Escrita*, 5 (1998), p. 42. Es muy ilustrativo el ejemplo de las actas del Consejo de Ministros en pleno período de la Transición que ofrece TORREBLANCA LÓPEZ, Agustín: «Los archivos para la transición española», en *La transición a la democracia en España. Historia y fuentes documentales: Actas de las VI Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en archivos*, Guadalajara,

destruido. Y no me refiero a la quema de documentos por los nazis ante el avance de las tropas soviéticas o por miembros de la CNT tras asaltar los registros de la propiedad: «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»<sup>4</sup>. A menudo, la documentación terminó en manos privadas, como ejemplifica bien el caso de los documentos de Franco en poder de la Fundación que lleva su nombre<sup>5</sup>. En resumen, «en los archivos no hay lo que debe estar, sino que está lo que hay»<sup>6</sup>.

También sucede que el producto obtenido no siempre compensa el esfuerzo por distintas razones que pueden concurrir simultáneamente: inexistencia o insuficiencia de instrumentos para la recuperación de la información, falta de tratamiento de los fondos —es cierto, a veces esto suena a mera excusa—; horarios limitados, reproducciones disponibles tras plazos inusitadamente dilatados... La falta de medios ha sido una queja concomitante a los archivos, pese a que los últimos veinte años han traído mejoras indiscutibles. Cualquier investigador que acuda a ellos desde entonces puede constatarlo. En este período se han realizado grandes inversiones, traducidas en nuevos edificios y un gran aumento del personal. Y en herramientas al servicio de los usuarios, de la mano de las tecnologías de la información, que permiten localizar documentos en línea e, incluso, visualizar sus imágenes digitales. Incluso los archivos militares, blanco de sempiternas y fundadas críticas, han experimentado también avances<sup>7</sup>.

Sin embargo, superados los obstáculos prácticos, el investigador suele encontrarse con un límite, una frontera, a veces tenue, otras muchas verdaderamente monumental: «la normativa en materia de derecho de acceso a los archivos públicos y su aplicación». La regulación del acceso, esto es obvio, es inevitable ante la concurrencia de numerosos intereses, legítimos todos ellos, que se mueven en direcciones distintas, por no decir opuestas. La transparencia en el funcionamiento de las Administraciones Públicas es condición inherente a cualquier Estado democrático, como metáfora de la distribución del poder, como derecho, como resultado y como instrumento al servicio de los derechos de los ciudadanos y, en

---

Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 63-87.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Luis: «Entre la utopía...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>5</sup> Son numerosas las quejas respecto a la situación de los documentos más directamente ligados a Franco. Un breve pero completo retrato del problema en JARAMILLO GUERREIRA, Miguel Ángel: «Fuentes documentales para el estudio del Franquismo», en *El Franquismo: el régimen y la oposición. Actas de las IV Jornadas de investigación en archivos*, Guadalajara, ANABAD Castilla-La Mancha, 2000, pp. 305-334.

<sup>6</sup> TORREBLANCA LÓPEZ, Agustín: «Los archivos para...», *op. cit.*, p. 63.

<sup>7</sup> No sólo en infraestructuras, sino también en materia de normativa. Así, el Real Decreto 2598/1998, de 4 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares y, en menor medida, el 1816/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Archivos Judiciales Militares.

definitiva, del interés general<sup>8</sup>. Y, dentro de este último, también al servicio de la cultura y de la educación. Como también lo son la protección de los intereses del Estado, que pueden verse seriamente afectados por la difusión de determinadas informaciones; y la intimidad de las personas, a proteger como elemento esencial y propio de la dignidad humana.

Articular tantos y tan opuestos factores es la difícil tarea de cualquier sistema normativo de acceso a la información conservada por los poderes públicos. Da igual lo perfecto que sea, siempre habrá quién le vea fallos, siempre habrá beneficiados y perjudicados como resultado del ejercicio del derecho o de su denegación. Y si ese sistema es defectuoso o simplemente bochornoso el problema está servido.

En palabras de Santos Juliá, «el historiador ha pasado de aspirar a construir un relato dotado de unidad a no saber con seguridad para qué sirve su profesión, cuando su tarea no es sino la del intérprete»<sup>9</sup>. Pero antes y aún ahora, esa labor ha hecho de las fuentes primarias, los archivos, el adobe con qué construir sus interpretaciones. Eso explica el egoísmo del investigador. Cualquier obstáculo en el acceso al documento es un freno a la ciencia histórica. Su intencionalidad puramente científica le hace relativizar, cuando no ignorar, otras razones sobre las que descansa la limitación. En ese preciso momento olvida que también es ciudadano, titular de derechos que, llegado el caso, pudiera considerar perjudicados si otros accediesen a ciertas informaciones sobre su persona, por inocuas que fuesen. Conocer la normativa en materia de acceso a la información pública y atisbar, siquiera mínimamente, los problemas que conlleva su aplicación —y las posibles soluciones— es tarea obligada para quienes tienen tan estrecha relación con los archivos públicos.

Sin embargo, y puesto que los documentos que conservan son el objeto del derecho de acceso, cabe preguntarse ¿qué son los archivos? Podría parecer *a priori* que esta cuestión es tan trivial como su respuesta, una de esas verdades o certezas que, por notoriamente sabidas, es necedad o simpleza el decirlas. Sin embargo, resulta sorprendente comprobar que existe un generalizado desconocimiento por parte de los poderes públicos y de la sociedad acerca de qué son realmente los archivos y cuál es su finalidad.

En cuanto a qué son, el término «archivo» tiene varias acepciones: es un conjunto de documentos reunidos, generados o conservados en el ejercicio de una serie de actividades, lo que comprende tanto el archivo de una simple oficina como los grandes archivos nacionales. También alude a los edificios, locales o instalaciones en que se conservan dichos conjuntos. Además, los archivos no son memoria pero

<sup>8</sup> MERLONI, Francesco (coord.): *La trasparenza amministrativa*, Milano, A. Giuffrè Editore, 2008, pp. 3-27.

<sup>9</sup> JULIÁ, Santos: «¿La Historia en crisis?», *El País* (29-VII-1993).

sí son herramienta al servicio de la memoria, no sólo de los hechos o ideas que sus documentos puedan contener: los archivos no son sino «la memoria de sí mismos y, en cierto modo, de quienes los produjeron»<sup>10</sup>, fueran personas o instituciones. De ahí la máxima que todo archivero conoce y que no es siempre tan obvia a los ojos de otros: el documento de archivo separado de su conjunto pierde gran parte de su valor informativo, como le sucede, sin ir más lejos, al mismo ser humano. Conjunto cuyas ausencias y cicatrices son información en sí mismas. Algo muy distinto de la mera selección artificial de documentos, ya sea por causa de su valoración descontextualizada —el documento como pieza de museo—, ya por otras razones —políticas, venales...—.

En cuanto a su finalidad, a menudo se cae en el error, tan frecuente, de interpretar el pasado en clave de presente. Los archivos siempre surgen de forma natural, como resultado de la gestión administrativa y a su mismo servicio, ya fuese en las Monarquías, en las instituciones eclesiásticas o en cualquier organismo público o privado actual. En absoluto son concebidos como templos de la historia y útiles de la cultura por quien los genera en su actividad cotidiana. Carlos I no pensaba en la posteridad —ni en las posibilidades que «sus» documentos ofrecían para la investigación— cuando durante su reinado se creó el archivo de Simancas, aunque éste sea un tópico —uno más— de los muchos que circulan invariablemente. Tampoco Franco respecto del Archivo General de la Administración que, cuando se inauguró, ni siquiera tenía sala de investigadores<sup>11</sup>. Para qué iba a tenerla. Y qué decir de la Sección de Servicios Documentales, antecedente del Archivo General de la Guerra Civil... Frente al origen natural, los grandes depósitos culturales tienen sus orígenes en razones muy diversas, no siempre archivísticas o profesionales y sí derivadas de la estrecha relación entre historia y poder: desde decisiones de monarcas absolutos a políticas de represión definidas y ejecutadas por las dictaduras, pasando incluso por meros intereses corporativos y funcionariales.

A partir del advenimiento del régimen liberal la noción de los archivos se transforma. En algún caso, fruto de circunstancias que poco tienen que ver con aquel origen natural, se trata de «archivos de archivos»<sup>12</sup>. Discurre por la perspectiva del casticismo español, que los utiliza al servicio de una historiografía henchida de resabios imperiales o los que crea como instrumento de control social e ideológico, hasta alcanzar a nuestra sociedad democrática, en la que la visión de los mismos se atomiza fruto de intereses muy dispares: los del nacionalismo, que los emplea

<sup>10</sup> JARAMILLO GUERREIRA, Miguel Ángel: «Archivos y memoria», en M<sup>a</sup> Dolores de la Calle Velasco y M. Redero San Román (eds.), *Guerra Civil. Documentos y memoria*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 24.

<sup>11</sup> Véase MARTÍNEZ GARCÍA, Luis: «La génesis de los archivos nacionales», *Boletín de ANABAD*, 56/2 (2006), pp. 49-102.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Como, por ejemplo, el Archivo Histórico Nacional.

como instrumento al servicio de la construcción de pasados en que apoyar su pretensiones; los de los políticos, que ven en ellos apenas un pretexto —poco atractivo, eso sí— para el diseño de políticas culturales, con el lustre que conlleva; y, *last but not least*, los de los historiadores, que a menudo aspiran a la creación de archivos temáticos, descontextualizando pues el documento, y los consideran meras herramientas —cada vez menos utilizadas— para sus investigaciones. Sin embargo, pocos aprecian su importancia como servicio público no ya sólo para una mejor gestión de los asuntos, sino para la información de los ciudadanos y para la realización del principio de transparencia que nuestra Constitución establece y que se verifica a través del derecho de acceso a los archivos públicos<sup>13</sup>.

### *La regulación del derecho de acceso a la información administrativa en España desde 1978*

Pese a que encontramos los primeros antecedentes ya desde mediados del siglo XIX<sup>14</sup>, el acceso a los documentos conservados en los archivos públicos se contempla únicamente como una muy limitada «posibilidad» sometida a la discrecionalidad administrativa y, consiguientemente, carente de las garantías más elementales. El derecho de acceso a los documentos en los archivos públicos como «derecho subjetivo» de los ciudadanos es propio del Estado democrático surgido en 1978. Hasta entonces, ni el acceso a los documentos y expedientes por parte de los interesados en un procedimiento administrativo ni el acceso por los investigadores a los archivos «históricos»<sup>15</sup> suponen tal consideración.

La relación entre principio de transparencia y democracia es, pues, íntima. Así, dependiendo de la tradición democrática más o menos extensa e intensa de cada país, la transparencia de sus Administraciones Públicas es mayor o menor. Quizá sea esta la razón por la cual en España dicho principio, consagrado en el «artículo 105.b)» de la Constitución de 1978<sup>16</sup> (en adelante CE), ha sufrido una cierta

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: «El sistema estatal de archivos públicos: pasado, presente y futuro», *Revista d'arxius*, Associació d'arxivers valencians, (2002), pp. 127-166. El autor explica que buena parte de las deficiencias del sistema archivístico tiene su origen en la contradicción que supone el que los archivos se consideren básicamente instituciones culturales y dependan de los organismos competentes en materia de cultura siendo, «antes que bienes culturales, instrumentos y recursos logísticos imprescindibles para la gestión e información administrativa».

<sup>14</sup> Un minucioso repaso a los antecedentes normativos en materia de acceso a los archivos en España en FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 282-294.

<sup>15</sup> Una calificación que no se corresponde actualmente con definición legal alguna, más allá del Decreto de 24 de julio de 1947, que los definía como «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».

<sup>16</sup> Sobre el artículo 105.b) CE véase MESTRE DELGADO, Juan Francisco: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos: análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1993;

degradación en su desarrollo legislativo y en su aplicación práctica hasta llegarse, en la actualidad, a un verdadero atolladero jurídico.

Cuando la Norma Fundamental «constitucionaliza» en su artículo 103.1 el concepto de Administración Pública, le atribuye la gestión de los servicios públicos (medios) necesarios para la satisfacción de los intereses generales (fines). Los archivos públicos son servicios públicos, medios, al servicio de unos fines, prestaciones de carácter social de interés general inherentes al modelo que la Constitución denomina *Estado Social y Democrático de Derecho* y que se recogen en el art. 9.2 CE<sup>17</sup>. El mismo artículo consagra además «la eficacia» como principio de la actuación de los poderes públicos para alcanzar dichos fines<sup>18</sup>, cuya satisfacción exige una gestión administrativa no sólo adecuada, sino también sometida a la publicidad y la transparencia mediante el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos<sup>19</sup>.

La CE venía a instituir, pues, «el principio de transparencia» en la actuación de los poderes públicos, en asociación íntima e inseparable con otros principios básicos del sistema democrático como son la eficacia, la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Por ello consideró de forma explícita «el derecho de acceso a los documentos administrativos» en su artículo 105.b).

Como derecho de configuración legal<sup>20</sup>, el acceso a los documentos administrativos fue objeto de desarrollo legislativo (catorce años después, un lapso tan prolongado

---

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio: «El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa», *Revista Española de Documentación Administrativa*, 8 (1995), pp. 537-563; POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto: «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *Revista de Administración Pública*, 142 (enero-abril 1997), pp. 439-479; y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de... op. cit.*, pp. 311-329.

<sup>17</sup> «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Respecto de los principios rectores de la política social y económica nos interesan los artículos 44.1.: «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho», 44.2.: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general» y el artículo 46: «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

<sup>18</sup> Véase PAREJO ALFONSO, Luciano: «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, 218-219 (abril-septiembre 1989), pp.15-65.

<sup>19</sup> LEGUINA VILLA, Jesús: «La Administración y la huida del Derecho Administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, 19 (1995).

<sup>20</sup> La expresión «derechos de configuración legal» suele reservarse a los que, además de precisar que el legislador establezca los términos de su ejercicio, se conforman por éste respecto de su contenido, respetando siempre el contenido esencial constitucionalmente establecido. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: «Derechos de configuración legal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2385-2387.

como revelador) mediante la *Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*<sup>21</sup> (en adelante LRJPAC), cuyos artículos 35.h) y 37 enuncian y regulan su ejercicio respectivamente.

Con anterioridad a su promulgación, no obstante, algunas normas legales ya habían contemplado el acceso<sup>22</sup>. De entre ellas, a los efectos de este trabajo, nos interesa especialmente la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* (en adelante LPHE), considerada en su momento —erróneamente— por algunos autores como el desarrollo legislativo del artículo 105.b) CE<sup>23</sup> y que intentaba evitar la eliminación de los documentos del Franquismo obrantes en instituciones públicas, garantizar unos mínimos de coordinación entre los archivos históricos del Estado, transferidos o no, y procurar el cumplimiento de las transferencias a los archivos históricos<sup>24</sup>.

La LPHE dispone en su artículo 57 el libre acceso, con carácter general, «a los documentos depositados en los archivos centrales», salvo en determinados casos en los que el mismo pudiese poner en peligro determinados valores o derechos constitucionalmente protegidos. En alguno de estos casos —en concreto, respecto de límites al derecho por razones de interés privado y, en concreto, de la intimidad— se establecen plazos de incomunicabilidad (veinticinco años desde el fallecimiento del titular de los datos, si la fecha de la muerte es conocida, o «en otro caso», cincuenta años desde la fecha de los documentos). La LPHE, pese a que no siempre se ha visto así, supone una clarificación respecto a la accesibilidad de los documentos con información de carácter íntimo al vencimiento de tales términos. Sin embargo, no fija plazo alguno para el resto de los casos en que pudieran aplicarse límites al acceso por razones de interés público —como la seguridad y defensa del Estado, por ejemplo—, entrando en juego la discrecionalidad administrativa de la mano de la Ley LRJPAC<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE 27 XI), modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

<sup>22</sup> Por ejemplo, Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985, en cuyos artículos 69.1 y 70.3 venía a establecer un marco aperturista en cuanto al derecho de los ciudadanos a acceder a la información contenida en los archivos de Ayuntamientos y Diputaciones.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ BLANCO, Ángel: «El sistema de archivos: de las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 67 (1990), p. 384.

<sup>24</sup> TORREBLANCA LÓPEZ, Agustín: «Externalización y privatización en los archivos de la Administración General del Estado», *Boletín de la ANABAD*, LI/1 (2001), p. 115.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: «El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico», en VVAA, *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 98-99, quien escribe: «En definitiva, y en contra de la opinión de algún autor, la aplicación 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—».

Es casi unánime la consideración negativa acerca de la regulación que del derecho de acceso se hace en esta última Ley<sup>26</sup>. Baste decir ahora que arbitrariedad e inseguridad jurídica son las consecuencias directas del régimen de excepcionalidad que, a partir del establecimiento de determinados expedientes inaccesibles *sine die*, allí se establece<sup>27</sup>, sin contemplar, a diferencia de lo que sucede en otros países, algo tan básico como específicos plazos temporales de reserva transcurridos los cuales

---

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 documento. 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 [...]. La LPHE no fija un plazo general de antigüedad, a partir del cual los documentos se entienden accesibles [...]. 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».

<sup>26</sup> Además de los trabajos ya citados de POMED SÁNCHEZ y de FERNÁNDEZ RAMOS, de éste último autor véanse «El derecho de...», *op. cit.*; *Los concejales y el derecho a la información. El derecho de los concejales de acceso a la documentación local*, Granada, Editorial Comares, 2001; «La experiencia europea en materia de transparencia administrativa y acceso a la información», en H. A. Cantú, S. López-Ayllón y L. Tacher Epelstein (coord.), *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, 193, México, 2004, pp. 261-298. Disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1407/11.pdf>> [Consulta: 15-IX-2010]. Otros trabajos de importancia, entre los muchos existentes, GUICHOT, Emilio: *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Pamplona, Thomson Civitas, 2009, pp. 194-224; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: *La protección de los datos personales en las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 2003, especialmente las pp. 165-191. Por parte de los profesionales de los archivos, pueden citarse LASO BALLESTEROS, Ángel: «El acceso a los documentos administrativos: derecho, laberinto y decepción», *Boletín ACAL*, 33 (3<sup>er</sup> trimestre 1999), pp. 22-27; ALBERCH I FUGUERAS, Ramón y CRUZ MUNDET, José Ramón: *¡Archives! Los documentos del poder. El poder de los documentos*, Madrid, Alianza Editorial, 1999; MATAS I BALAGUER, Josep: «El acceso a los documentos: un derecho democrático», ponencia mecanografiada presentada al Pre-Congreso celebrado en Sevilla con motivo del XIV Congreso Internacional de Archivos, Sevilla, 2000. También OCAÑA LACAL, Daniel de: «Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España», *Boletín de ANABAD. Actas del VII Congreso Nacional*, XLIX (1999), 3-4, pp. 173-210; «El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso», en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001; y «El archivero y el derecho de acceso en la sociedad democrática: algunas reflexiones», en VVAA, *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Murcia, Consejería de Turismo y Cultura de la Región de Murcia, 2001. Todos ellos recogen abundante bibliografía sobre el tema.

<sup>27</sup> El artículo 37 LRJPAC se refiere a expedientes y no a documentos, a diferencia del artículo 105.b) CE. Además de carecerse de una definición legal de «expediente», «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, Severiano: *El derecho de... op. cit.*, p. 431. Ni siquiera el concepto de documento administrativo está libre de polémica. Para algunos 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, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, 1993, p. 463.

pueda ejercerse el derecho sin obstáculo alguno<sup>28</sup>. Una de las características más criticables del art. 37 LRJPAC es el establecimiento de «una prohibición indiscriminada de acceso a toda suerte de documentos que contengan información sobre las materias relacionadas»<sup>29</sup>, sin hacer la menor referencia a la posibilidad de permitir el acceso de manera siquiera parcial.

Asimismo, en contradicción con su propósito de instituir un marco general del derecho, la Ley da pie a una regulación heterogénea al remitirse a otras normas específicas de determinados ámbitos. Entre ellas, a la LPHE por lo que se refiere a los «archivos históricos», pese a que no se sabe bien de qué documentos se predica la noción de historicidad (véase nota 25); a que es frecuente encontrar en ellos documentación —incluso de una misma serie— más moderna que la que se encuentra en los archivos administrativos; y que a los históricos, por hallarse repletos, no llegue desde hace años documentación que permanece en Ministerios, Subdelegaciones del Gobierno, Ayuntamientos... Cuando permanece, claro está.

Parece claro que la regulación del acceso en la LRJPAC es de interés para el historiador, más acostumbrado a enfocar la cuestión desde la perspectiva de la LPHE y los plazos allí contenidos. Por si acaso no fuese así, considérense otras circunstancias: la profusión de temas, estudios y publicaciones en Historia contemporánea trae consigo una creciente cercanía en el tiempo de muchos temas a investigar, no digamos si se trata de los denominados «historiadores del presente». Sin embargo, con indeseable frecuencia el marasmo normativo no permite saber qué norma es de aplicación ni a usuarios ni a responsables públicos. Por tanto, parece necesario profundizar en varios problemas, delimitables a partir de diversos apartados del art. 37 LRJPAC —así como contenidos en otras normas, como veremos—, pues en ellos se plantean problemas capitales en materia de derecho de acceso. En concreto,

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de... op. cit.*, p. 454. Un ejemplo especialmente bananero de restricción *ratione materiae* unida a plazos «imaginativos» lo encontramos en el proyecto *non nato* (afortunadamente) de orden reguladora del acceso al Archivo Central del Ministerio de Asuntos Exteriores. Allí, entre otras ocurrencias, se establecían plazos de 30, 35 o 50 años a cuyo término, si se consideraba oportuno, podían prorrogarse por otro tanto, aberración que suponía una inseguridad jurídica intolerable en cualquier sistema democrático. Pero es que los plazos tenían por objeto «todos» los documentos relacionados 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 consideraba *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.

la problemática introducida por el límite respecto del acceso a los denominados «datos nominativos» (art. 37.3) y por el derecho a la protección de datos personales; por razones de intimidad (art. 37.2); la universalidad respecto de la titularidad del derecho de acceso (art. 37.1); y la diferenciación respecto de las modalidades de su ejercicio (art. 37.7).

### ***El conflicto entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales***

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

La LOPDP, a diferencia de su predecesora, la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, no se limita en exclusiva a los datos informáticos o automatizados, sino que extiende su ámbito de aplicación a los datos de carácter personal registrados «en soporte físico» (art. 2.1). Esto determina, *a priori*, la aplicación de la LOPDP a cualquier organización de datos de carácter personal —referentes, eso sí, a personas vivas<sup>30</sup>—, ya sea un documento, un listado, un índice o un instrumento de descripción archivística, aspecto que incide directamente en el régimen y actividad de los archivos públicos y cuyas consecuencias parece que sólo recientemente empiezan a intuirse<sup>31</sup>.

En primer lugar, ha de considerarse la definición que la LOPDP hace de «dato personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Explicación que, sin perjuicio de lo específicamente establecido para los denominados «datos especialmente protegidos» (que constituyen el «núcleo duro» de la intimidad, a saber, orientación sexual, ideología, creencias y origen racial) y los «datos relativos a la salud», comprendería el nombre, los apellidos o la dirección<sup>32</sup>. En el art. 18.4 CE el constituyente, con gran clarividencia, pretendió establecer una cautela frente al potencial de la informática en el proceso de datos personales. La cuestión, pues, debería girar en torno al entrecruzamiento de datos y a la elaboración de perfiles. Sin embargo, la alusión en la Ley Orgánica no sólo a los datos especialmente protegidos sino a los «de cualquier otra índole»,

<sup>30</sup> Art. 2.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPDP.

<sup>31</sup> No se olvide, además, que las normas reguladoras del derecho de acceso se vienen refiriendo también a los documentos en soporte informático. Así, el artículo 37.1 LRJPAC o el 57 LPHE.

<sup>32</sup> Véase la STC 292/2000, FJ 6.

con independencia de su posible interrelación mutua, supone una expansión desmesurada del concepto, consolidada en la jurisprudencia constitucional (STC 292/2000) y avalada por la Agencia Española de Protección de Datos, máxime si consideramos que la gran mayoría de documentos obrantes en los archivos públicos contienen datos personales. Quizá todo ello se explique, al menos en parte, por el hecho de que, frente a la perspectiva comunitarista del derecho de acceso como instrumento de participación en la vida pública, entroncado con una fuerte noción de ciudadanía, las sociedades actuales están marcadas por un paso progresivo del interés por lo público al interés particular o privado, resultado de una revalorización de la privacidad —a menudo poco crítica— por parte del pensamiento liberal. «La privacidad aparece como un hecho dado, sin historia ni razón»<sup>33</sup>.

La LOPDP no contempla la «cesión de datos» sino en supuestos muy específicos, entre los cuales no se halla la cesión a particulares, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de su titular, que se produzca entre Administraciones Públicas con fines históricos, estadísticos o científicos o que «la cesión esté autorizada en una Ley»<sup>34</sup>.

Hasta hoy ése ha sido el derrotero seguido por diversas Administraciones Públicas, «orientadas» por la Agencia de Protección de Datos<sup>35</sup>. Así, son frecuentes las disposiciones reglamentarias reguladoras del procedimiento de acceso que aluden simultáneamente a las distintas Leyes (LRJPAC, LPHE y LOPDP), sin que se sepa muy bien cuál es la incidencia específica de cada cual<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> BÉJAR, Helena: «La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal», *Sistema. Revista de ciencias sociales*, 76 (enero 1987), pp. 59-72.

<sup>34</sup> Véase art. 11.2 LOPDP.

<sup>35</sup> Un ejemplo nos lo brinda esta última en uno de sus más recientes dictámenes. Al contestar a una consulta acerca de la posibilidad de que diversas Universidades comuniquen a un investigador, para la elaboración de su tesis doctoral, datos personales de ciertos profesores, la Agencia, considerando que en el art. 11.2 LOPDP se contempla la cesión con fines de investigación «únicamente entre Administraciones Públicas concluye que si el supuesto objeto de consulta, la tesis doctoral, se desarrolla por el profesor a título institucional y en el marco de un proyecto de investigación concreto sí podría verificarse tal cesión. [...] Por el contrario, en el supuesto de que el trabajo de investigación se desarrollase a título personal por el docente universitario, resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 11.1 de la LO 15/1999. En tal caso, sólo sería posible la cesión de los datos si, con carácter previo, se hubiera recabado el consentimiento de los interesados, tanto en el caso de que los datos se soliciten a instituciones universitarias privadas o públicas». Informe 0073/2010, en <[https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/common/pdfs/2010-0073\\_Acceso-a-datos-personales-para-elaborar-una-tesis-doctoral.-Consentimiento.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/common/pdfs/2010-0073_Acceso-a-datos-personales-para-elaborar-una-tesis-doctoral.-Consentimiento.pdf)> [Consulta:2-X-10]

<sup>36</sup> Por ejemplo, el art. 7.2 del *Real Decreto 937/2003, de 18 de julio, de modernización de archivos judiciales*: «Si el acceso a documentos que contuvieran datos de carácter personal fuese solicitado por quien *no* hubiera sido parte en el procedimiento, sólo será concedido [...] en los supuestos previstos por el artículo 11.2 de la LOPDP».

Claro que tampoco resulta tan sorprendente si nos fijamos en la redacción del art. 37.3 LRJPAC:

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

El concepto «documento nominativo», procedente del Derecho francés, se refiere a documentos que incorporan opiniones o juicios de valor sobre una persona. Sin embargo, el art. 37.3 LRJPAC parece aludir a documentos que permiten, bajo cualquier forma, directamente o no, la identificación de las personas físicas en ellos mencionadas, esto es, lo mismo que se deriva del concepto «dato personal» establecido por la LOPDP.

Al amparo de tal situación, y por la mera circunstancia de contener nombres y apellidos, el derecho de acceso a los documentos en archivos administrativos podría limitarse hasta su práctica desaparición<sup>37</sup>. Esto es insostenible. Por ello, comienzan a levantarse voces que abogan por considerar como directriz básica, en un esfuerzo por dar algún sentido a lo que parece irrazonable, la aplicación de la normativa reguladora del derecho de acceso a documentos o informaciones en poder de las Administraciones Públicas y continentes de datos personales cuando la comunicación tenga por destinatarios a ciudadanos, salvo cuando se trate del propio titular de los datos, en cuyo caso sería de aplicación directa la LOPDP. Cuando ambas normativas no fueran compatibles, sería menester la ponderación entre ambos derechos —a los datos personales y al acceso a la información contenida en archivos y registros— por parte de la Administración Pública, pues al ser distintos no pueden acogerse a una misma solución general que posibilite la simple anulación del uno por el otro<sup>38</sup>. Un consuelo hartamente relativo si consideramos los problemas que para realizar esa ponderación presenta el art. 37 LRJPAC.

### *Límites por razón de intimidad frente a libertad de investigación científica. La visión del problema por los historiadores*

La primera dificultad con que nos encontramos al centrar nuestra mirada en el límite que la intimidad supone para el derecho de acceso consiste en aclarar el

<sup>37</sup> Salvo que quien quiera ejercerlo ostente de algún modo la condición de *interesado* en el procedimiento, pues a esos documentos que no incluyen «otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas» sólo pueden acceder, «además de sus titulares, terceros que acrediten un interés legítimo y directo». Sobre este asunto véase FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de... op. cit.*, pp. 500 y ss.; y FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: *La protección de... op. cit.*, pp. 173-177.

<sup>38</sup> GUICHOT, Emilio: *Publicidad y privacidad... op. cit.*, p. 216; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: *La protección de... op. cit.*, p. 170.

propio concepto. ¿Qué es intimidad? «Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia», dice el diccionario de la Real Academia, en una definición un tanto circular.

El Tribunal Constitucional ha declarado (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3) que

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

Resulta indiscutible que los datos especialmente protegidos (*vide supra*) configuran su «núcleo duro». Otros pueden considerarse íntimos en la medida en que su conocimiento, al igual que el de los primeros, «pueda resultar más revelador de la esencia misma de una persona y, empleados en su contra, menoscabar su dignidad e impedir el libre desarrollo de su personalidad»<sup>39</sup>. A partir de ahí, un concepto en gran medida dependiente de la valoración social y con tantas acepciones como percepciones de cada individuo. Y dependiente, desde luego, de presunciones y visiones subjetivas que, en no pocos casos, desembocan en actitudes injustificadamente obstruccionistas, presididas por un principio general de prevención frente a un hipotético daño causado por el acceso a la información<sup>40</sup>. No es extraño, pues, que el mismo Tribunal sea escéptico sobre la posibilidad de llegar a un concepto de intimidad<sup>41</sup>.

En todo caso, los derechos, por su interrelación entre sí —que no por su jerarquía, que no es tal— son limitados, no son absolutos, por cuanto pueden darse situaciones en que, realizada la pertinente ponderación entre varios en conflicto, unos hayan de ceder ante otros. Tampoco lo es la intimidad frente a, por ejemplo, el derecho fundamental a «comunicar o recibir libremente información veraz por

<sup>39</sup> GUICHOT, Emilio: *Publicidad y privacidad... op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>40</sup> Una visión desde el punto de vista del historiador sobre la prevención en esta materia como norma de conducta en NIÑO, Antonio: «La acción preventiva y el acceso a los archivos históricos», *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 27 (2005), pp. 299-307.

<sup>41</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *El Derecho a la Intimidad. Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Ministerio de la Presidencia/Secretaría General Técnica: Centro de Estudios Políticos, 2004, vol. 1, pp. 651-657.

cualquier medio de difusión», recogido en el art. 20.1.d<sup>42</sup>, y que, por supuesto, tampoco es un derecho ilimitado.

Así, el Tribunal Constitucional tiene dicho (STC 197/1991, FJ 2):

Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que, en la confrontación de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor, «aquella goza, en general, de una posición preferente» y que «para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere, o por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa afirmación», de manera que el valor preferente de la libertad de información «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente pueda legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad... careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejercitan de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución concede su posición preferente» (STC 171/1990, FJ 5).

La jurisprudencia, sin embargo, ha establecido que, aunque estrechamente conectados en ocasiones, los derechos a recibir y transmitir libremente información veraz y el derecho de acceso son distintos, debiendo aplicarse, en cuanto al ejercicio de este último, la LRJPAC<sup>43</sup> o, en el caso de archivos históricos, la legislación en materia de archivos —estatal o autonómica, según la titularidad de los documentos—.

Por otra parte, su relación con el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» (artículo 20.e CE), resumido parcialmente en el

<sup>42</sup> Aunque se trata de una postura minoritaria, algunos autores consideran al respecto que los archivos son tales medios, por lo que el derecho a la información contenida en los mismos debería ser tenido como derecho fundamental. Véase FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de... op. cit.*, p. 350 y ss. Sin embargo, en la actualidad, no parece existir la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional por la presunta vulneración del mismo. De ahí que ciertas afirmaciones pequen, como mínimo, de cierta falta de fundamento jurídico, MOLINERO, Carme: «El acceso a los archivos y la investigación histórica», *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 81 (2011) (1), p. 297.

No es infrecuente encontrarnos interpretaciones que consideran que el artículo 20.1 CE se dirige exclusivamente a los profesionales de los medios de comunicación. Cf. lo sostenido por el Defensor del Pueblo Europeo en un informe de 19 de junio de 2001: «However, public access is not a special privilege of journalists, but a right enjoyed by all citizens». SÖDERMAN, Jacob: *Transparency as a Fundamental Principle of the European Union*. Disponible en <<http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/2001-06-19.htm#Target1>>.

<sup>43</sup> STS de 19-V-2003, Ar. 3834. Véase GUICHOT, Emilio: *Publicidad y privacidad... op. cit.*, p. 196 y nota 321; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *El Derecho a... op. cit.*, pp. 653 y ss. También Resulta interesante la STS de 6-IV-2001, que revoca la de instancia, TSJ de Cataluña, de 18-XI-1996 (Sección 2ª), en donde se estimaba parcialmente un recurso frente a la denegación del acceso por no haber distinguido entre documentos continentales de datos no comunicables de los que no contuviesen tal tipo de datos, lo cual se interpretó como sacrificio desproporcionado del derecho a la libertad de información del recurrente —se trataba de un periodista—.

derecho fundamental a la investigación científica —también la histórica—, fue objeto de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor a la Intimidad Persona y Familiar y a la Propia Imagen* (LOPHI), en cuyo art. 8.1 se dispone:

No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Sin embargo, lo que acerca de esta conexión se diga en adelante no es sino una elucubración huérfana de una interpretación jurídica por parte del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, la excepción contemplada en el art. 8.1 LOPHI («cuando predomine...») confirma, precisamente, que ningún derecho —tampoco la intimidad— es absoluto y que, realizada la pertinente ponderación, si de ésta resultara que otro interés —en este caso, el histórico, científico o cultural— predomina sobre aquél, podría verificarse el acceso<sup>44</sup>. Desde luego no será posible que lo haga cuando los datos pertenezcan a la categoría de especialmente protegidos, salvo por razones de interés público indudable, como urgencias epidemiológicas o similares, pues sólo razones de ese tenor, cuando lo que está en juego es la salud pública y, por tanto, la propia vida humana, permiten tal prevalencia sobre la protección de aquellos datos sensibles, fundada sobre el principio de dignidad humana<sup>45</sup>.

En este punto también se plantea el importante problema de quién determina el valor de la investigación y cómo lo hace, que implica ciertamente la posibilidad de que mediante dicha valoración pudieran incluso «orientarse» o impedirse las investigaciones a realizar<sup>46</sup>. Se ve aquí claramente la necesidad imperativa de organismos especializados que puedan dictaminar en los recursos administrativos interpuestos ante denegaciones a solicitudes de acceso, vía previa al ejercicio de la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, salvo alguna excepción aislada<sup>47</sup>, no existe

<sup>44</sup> 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. En nuestro país la vía de la ponderación en esta materia se abre paso no sólo desde la doctrina, sino también desde servicios técnicos en materia de archivos. Así, por ejemplo, en el documento *Consideracions a tenir en compte en les peticions d'accés a la documentació judicial per part del persones privades*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2007, p. 3. Disponible en: <[http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXTUS/Arxivers\\_2007\\_producte.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXTUS/Arxivers_2007_producte.pdf)>. [Consulta: 18-IX-2010].

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ DRINCOURT, Juan: «El derecho a la creación y producción científica», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 719.

<sup>46</sup> O qué documentación conservar atendiendo a sus valores históricos. Esta competencia, asombrosamente, se ha atribuido a la Agencia Española de Protección de Datos o a las agencias autonómicas ex Real Decreto 1720/2007, art. 9.2., saltándose con una disposición reglamentaria lo establecido en la LPHE.

<sup>47</sup> Por ejemplo, la Comisión de Acceso creada en el art. 19 de la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha. O la creada en la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos de Cataluña.

en España frente a la Agencia de Protección de Datos otra autoridad «que vele por el principio de transparencia y sirva de necesario contrapeso a aquélla», similar a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) francesa o la comisión portuguesa del mismo acrónimo<sup>48</sup>.

El «derecho a la investigación», como lo denominaremos en adelante, tiene varias dimensiones. Una como derecho individual, contemplado en el art. 20.2 CE, y otra como garantía institucional, establecida en el art. 44.2 CE. Ambos derechos son, por tanto, «derechos fundamentales», denominación con la que el texto constitucional designa a los derechos del hombre, manifestaciones inmediatas y concretas de la dignidad de la persona y que, consecuentemente, ostentan la máxima protección jurídica dispuesta en la Constitución<sup>49</sup>. La garantía institucional implica, además, una obligación de los poderes públicos de establecer las condiciones adecuadas para promover su ejercicio en tanto la actividad investigadora coadyuva al interés general<sup>50</sup>. Porque

la posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada. Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio —que sólo puede abrirse en libertad— para la formación de una conciencia histórica colectiva (STC 231/2004, FJ 3).

Por ello las dificultades en el acceso a las fuentes se consideran, especialmente en el caso de los investigadores en Historia Contemporánea, como un grave perjuicio a su propia función social<sup>51</sup>. Nada ha de objetarse a semejantes quejas si atendemos

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: «La experiencia europea...», *op. cit.* Una muy completa información acerca de estas comisiones puede verse en <<http://www.cada.fr/index.cfm>> y en <<http://www.cada.pt>>. Desde luego, poco tienen que ver con la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos en España (CSCDA), regulada primero por *Real Decreto 139/2000, de 4 de febrero* y después por *Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre*. Ni en cuanto a sus competencias, ni por su ámbito de actuación ni por su funcionamiento efectivo. Lo que no deja de ser casi un sarcasmo es que en el anteproyecto de Ley de transparencia (Disponible en: <[http://www.access-info.org/documents/Access\\_Docs/Advancing/Spain/Espana\\_Anteproyecto\\_Ley\\_Transparencia.pdf](http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf)>) que se ha conocido recientemente y cuya tramitación, a la fecha, se encuentra paralizada, ese papel se atribuye... a la Agencia de Protección de Datos. [Consulta: 31-X-2010]

<sup>49</sup> Así, entre otras características, se exige del legislador el respecto a su contenido esencial; la reforma de los mismos precisa de un procedimiento agravado; su desarrollo responde al principio de reserva de Ley Orgánica y gozan de una tutela jurisdiccional específica, CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Derechos fundamentales», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 2.398-2.400.

<sup>50</sup> RODRÍGUEZ DRINCOURT, Juan: «El derecho a...», *op. cit.*, pp. 715-718.

<sup>51</sup> CARRILLO LINARES, Alberto: «Reflexiones y propuestas para una correcta interpretación de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español sobre el artículo 57 y el acceso a los archivos», *Boletín ANABAD*, Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios Documentalistas y Museólogos, 3 (julio-septiembre 2005), pp. 11-48. Este autor afirma (p. 41) que, dado que en el ámbito universitario docentes e investigadores son las mismas personas, la disminución en el nivel de investigación implicará indefectiblemente una

al defectuoso entramado normativo que regula el derecho de acceso. Sin embargo, también es cierto que, de vez en cuando, el historiador —al igual que el periodista— parece querer arrogarse una suerte de franquicia total a la hora de acceder a la información. Esto se ve con especial claridad respecto de los investigadores de la Historia más reciente aunque, en estos tiempos, presididos por «la abrumadora exigencia de recuperar algo que se llama memoria histórica»<sup>52</sup>, el acceso a la documentación del Franquismo y de los años de la transición ha puesto de manifiesto con mayor crudeza las dificultades que plantea la normativa, así como el intento de quienes pretenden soslayar en lo posible los límites en ella establecidos.

Por lo que atañe a la intimidad como límite al acceso, se protesta que numerosas informaciones contenidas en los documentos se consideran íntimas por los responsables de su conservación sin un planteamiento previo mínimamente serio acerca de si realmente lo son. A veces, tal apreciación parece perseguir simplemente impedir su comunicación. «La normativa legal o las reglas internas son irrelevantes, lo que importa es quién las interprete»<sup>53</sup>. Esto es muy cierto, aunque también se reconoce que la situación ha mejorado. Siempre con esa normativa de fondo, otras circunstancias, a veces contradictorias entre sí, determinan cada situación. Por una parte, la actitud de responsables y personal de los archivos públicos no es la misma ahora que en los años setenta y ochenta, por razones sociológicas obvias. «Aquellos archivos olían a un pasado remoto», escribió quien fuera gobernador civil de Barcelona al destruir la documentación de la Jefatura Provincial del Movimiento en 1976<sup>54</sup>. Por otra parte, empero, la situación actual respecto de la protección de datos personales ha venido a reforzar los argumentos de quienes, con razón o sin ella, ven informaciones no comunicables en casi cualquier caso. La cuestión, en definitiva, gira en torno a la necesidad de precisar en lo posible el contenido del concepto *intimidad* —especialmente, de lo que no lo es—.

En primer lugar, la intimidad personal es, hasta cierto punto, inseparable de la familiar. Como el Tribunal Constitucional ha declarado (STC 231/1988)

---

disminución en la calidad de la docencia. Esto es cierto, aunque creo indiscutible que no sólo el profesor universitario puede ser investigador.

<sup>52</sup> JULIÁ, Santos: «Memorias en lugar de memoria», *El País* (2-VII-2006). Por cierto, es menester decir que la conocida como *Ley de la Memoria Histórica* (Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura) no ha supuesto el más mínimo cambio en el sistema normativo del derecho de acceso. Esto se aprecia claramente, por ejemplo, en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre acceso a la consulta de los libros de defunciones de los registros civiles, dictada en desarrollo de la disposición adicional octava de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

<sup>53</sup> ESPINOSA MAESTRE, FRANCISCO: «La investigación del pasado reciente: un combate por la Historia», en *La transición a...* *op. cit.*, (CD anexo a la publicación, p. 3 de la comunicación).

<sup>54</sup> Citado por JULIÁ, Santos: «Aquellos archivos», *Diario El País*, ed. nacional (11-III-2010).

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

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

Solo así se entiende que la LPHE establezca en su art. 57.1.c el plazo de 25 años tras la muerte del titular de las informaciones afectantes a la intimidad, no ya a la suya —que desaparece con él— sino a la de su familia. En no pocos casos, distinguir «intimidad familiar» de una suerte de derecho a la protección de la memoria del fallecido<sup>55</sup> sería, desde luego, una tarea ardua que exigiría el juicio de ponderación propuesto en la Sentencia citada. Aún así pueden plantearse situaciones complejas. Por ejemplo, si la intimidad que se protege no es ya la del fallecido, por cuanto carece de ella, sino de su familia, ¿qué sucedería si aquel careciese de pariente o persona próxima alguna? ¿Habría que dejar transcurrir, en ese caso, el plazo de veinticinco años?

En este sentido, respecto de los plazos establecidos en el art. 57.1.c LPHE, algunas veces se cae en ciertas críticas un tanto rotundas y, por ello, discutibles. Es cierto que detraen del conocimiento de los investigadores no pocos documentos y que puede discutirse acerca de si son —o no— más prolongados de lo que debieran<sup>56</sup>. Pero no parece que pueda dudarse de su necesidad. Presentes en otros

<sup>55</sup> Véase STC 51/2008, FJ 6: «El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no se extiende a la familia».

<sup>56</sup> La legislación autonómica, en esta materia, también han establecido plazos para el acceso a la documentación de tal titularidad, en unos casos iguales a los de la LPHE, en otros superiores; algunas de ellas han introducido mejoras, como por ejemplo la inclusión de períodos máximos tras los cuales puede accederse a toda documentación inicialmente excluida (Cataluña, Castilla-La Mancha, etc.). Véase OCAÑA LACAL, Daniel de: «La normativa autonómica en materia de archivos» en L. Martínez García y J. Rodríguez Barredo (coords.), *Los archivos españoles en el siglo XX: políticas archivísticas en el estado de las Autonomías*, Salamanca, ANABAD, 2009, pp. 61-113.

ordenamientos jurídicos, los plazos son clarificadores, pues aportan seguridad jurídica al delimitar con precisión el momento a partir del cual puede comunicarse el documento, sin importar ya lo muy sensible que pudiera ser su contenido y previniendo frente a posibles interpretaciones restrictivas acerca de la calidad de su contenido. Porque éste es realmente «el problema». ¿Pertenece a la intimidad la orientación sexual o las creencias religiosas de una persona? Es indudable que sí. Pero ¿también su condición de militar al mando de un pelotón de fusilamiento en la Guerra Civil? ¿O su actividad como comisario político en el frente durante la misma? En estos casos, creo que resultaría insostenible una respuesta afirmativa. Ocasionalmente se argumenta, y es cierto, que ciertas informaciones no pueden conocerse no ya por razones de intimidad, sino por motivos de seguridad. Pero en ambos casos estaríamos hablando de hechos actuales y no referidos a un pasado más o menos lejano, ya que «la distancia en el tiempo diluye la condición objetiva de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20» (STC 43/2004, FJ 5)<sup>57</sup>. Por eso los plazos son necesarios y no han de estigmatizarse como consecuencia de su incorrecta aplicación; es ésta la que ha de evitarse respecto de la información que han de proteger<sup>58</sup>. Pues, en definitiva, de lo que se trata es de determinar si al acceder a la información se produce un daño o no se produce y, en caso afirmativo, si ese daño es mayor o menor que el provocado por la denegación del acceso<sup>59</sup>.

A veces, no se trata sólo de proteger la información del conocimiento público, sino su propia existencia. La seguridad jurídica que proporcionan los plazos de restricción también beneficia la conservación de los documentos por aquellos más proclives, en ciertos casos, a su destrucción. Es éste otro riesgo. A veces, se proponen criterios que, por subjetivos, son origen de numerosos problemas. Uno de ellos es la pretensión de establecer «motivos éticos» que posibiliten el acceso

<sup>57</sup> La Instrucción de 12 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior, por la que se dictan normas sobre el acceso y la consulta de documentos en los archivos dependientes del Departamento considera (segundo, punto 3) como «datos pertenecientes a la intimidad de las personas los nombres y otros datos personales, reflejados en los expedientes como resultado de sus funciones, pertenecientes a funcionarios de instituciones penitenciarias, así como a funcionarios policiales y cualesquiera otros empleados públicos de la Seguridad del Estado...». Aunque el fin parece justificado, creo que deberían haberse aducido razones de seguridad de tales personas y no la protección de su intimidad.

<sup>58</sup> Cf. CARRILLO LINARES, Alberto: «Reflexiones y propuestas...», *op. cit.*, p. 17. El autor alude a los plazos del art. 57.1.c como «el más importante escollo con el que se tienen que enfrentar archiveros e investigadores» aunque luego matiza que el problema radica en una «lectura corta de la Ley» y concluye que el criterio de la antigüedad ha de ceder frente al del contenido, p. 45. Precisamente por ello, resulta difícilmente comprensible que califique a la LPHE de menos permisiva que la LRJPAC (p. 14). Una interpretación crítica con la interpretación de la LPHE en MOLINERO, Carme: «El acceso a...», *op. cit.*, pp. 285-297.

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de...* *op. cit.*, p. 453. También RODRÍGUEZ DRINCOURT, Juan: «El derecho a...», *op. cit.*, p. 719: Y si no hay consecuencias sobre los derechos fundamentales, debe primar como principio general la libertad de investigación.

a la información y que abren paso a decisiones personales, no amparadas por la legislación, como la de los archiveros franceses Brigitte Laine y Philippe Grand, quienes permitieron la difusión de documentos relativos al antiguo prefecto colaboracionista Maurice Papon y no accesibles según los plazos legales, por lo que fueron sancionados<sup>60</sup>. Interpretar las normas con respeto a la esencia de su contenido y realizar el juicio de ponderación imprescindible es bien distinto de saltarse la normativa. Al hacerlo, se pone en peligro el Patrimonio Documental, porque si los plazos se incumplen los temores o prevención de algunos facilitarán la eliminación encubierta de documentos<sup>61</sup>. O su traslado a domicilios particulares, ¡es tan difícil no llevarse los papeles a casa cuando se cesa en el cargo!<sup>62</sup> La única solución al problema pasaría por interponer algún tipo de garantía que desterrase el miedo del político a la pervivencia de sus 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 Historia. Y los plazos son una de esas garantías<sup>63</sup>.

Otra equivocación muy frecuente, en este caso por parte de quienes han de permitir o denegar el acceso a los documentos, se da cuando no se distingue, desde la perspectiva de un posible conflicto, entre la coincidencia del ejercicio del derecho

<sup>60</sup> Muchos adujeron, en defensa de esta 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 y de abstenerse de toda actividad que pueda perjudicar su integridad profesional, su objetividad e imparcialidad (*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*). No parece 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 a exigir su modificación y a plantear el problema lo más abiertamente posible pero no a, precisamente, ser parciales contraviéndola.

<sup>61</sup> «A los historiadores, sobre todo y ante todo, nos debe importar que se conserven los documentos, no tanto para que se acceda a ellos —no me importa si hay que esperar para acceder a ciertos documentos—, lo que me importa es que se conserven [...] para los historiadores futuros». Palabras de Feliciano MONTERO GARCÍA en la mesa redonda «La problemática de la utilización de los archivos para el estudio de la Transición», en *La transición a...*, p. 249.

<sup>62</sup> «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 GARCÍA, LUIS: «La imagen de los archiveros en la sociedad española», *Boletín ACAL*. Revista Trimestral de la ACAL, Año 99, 32 (2º trimestre 1999), p. 26.

<sup>63</sup> Sin perjuicio, claro está, de otras de tipo institucional que velase por su cumplimiento. 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 la subsección f).1. se dice: «Upon the conclusion of a President's 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 [...]». Posibilidad apuntada por algunos para el caso español es atribuir la competencia al Defensor del Pueblo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de...* op. cit., pp. 566 y ss.

de acceso y la intimidad, por un lado, con la de aquél y el derecho al honor por otro. Este último, simplemente, no podría vulnerarse por ejercer el acceso, sino por divulgar públicamente la información obtenida<sup>64</sup>; y aún esto último, según en qué casos, pues

la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica (STC 43/2004, FJ 5)<sup>65</sup>.

Por ello, tampoco parece muy acertado esgrimir cambios en la percepción social de comportamientos pasados para argumentar en favor de su conocimiento. Pues si algo se consideró negativo en su día y hoy ya no lo es, en el caso inverso ¿quedaría justificada la incomunicabilidad de la información?<sup>66</sup>

### *¿Quién puede ejercer el derecho de acceso para investigar?*

El hecho de que en el período predemocrático el derecho de acceso no existiera como tal sino como posibilidad, limitada y sometida a la discrecionalidad administrativa, trae a escena la figura del investigador «clásico», no desafecto al poder establecido, que accedía a los archivos merced a autorizaciones puntuales y previa acreditación de un título oficial o cursar una carrera universitaria, «ser presentado o recomendado» por alguna personalidad de relevancia<sup>67</sup> y dedicarse

<sup>64</sup> AHUMADA CANABES, Marcela Alejandra: *La libertad de investigación científica. Fundamentos filosóficos y configuración constitucional*. Tesis doctoral inédita. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2006, p. 381: «Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, podría pensarse en un conflicto entre la libertad de investigación científica y el derecho al honor, cuando se produce la difusión de los resultados. Es el caso, por ejemplo, de las investigaciones históricas con cuya difusión se podrían ver afectados los sobrevivientes de los sujetos involucrados, su descendencia. Dentro de las investigaciones históricas, las investigaciones revisionistas, específicamente las que niegan o cuestionan el Holocausto, constituyen un caso paradigmático y polémico, que genera conflictos y tensiones difíciles de resolver». Disponible en <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3022>> [Consulta: 23/10/2010].

<sup>65</sup> Esta Sentencia resolvió —desestimándolo— el recurso de amparo interpuesto en defensa del honor del fallecido Carlos Trías Bertrán por sus familiares con motivo de un documental sobre el proceso y ejecución de Manuel Carrasco i Formiguera en el que se citaba al primero como testigo de cargo en el proceso sumarísimo seguido en 1938 contra el segundo. No obstante, cabe preguntarse qué habría sucedido si el recurso de amparo se hubiese presentado en defensa del honor familiar... Inicialmente, el Tribunal Constitucional había afirmado rotundamente que los fallecidos carecen del derecho fundamental al honor (STC 231/1988, FJ 3, ya citada), aunque tal doctrina parece haberse matizado en la referida STC 43/2004, así como en la STC 51/2008, FJ 6. Un ejemplo de cómo, a veces, se identifican los derechos a la intimidad y al honor lo encontramos en MOLINERO, Carme: «El acceso a...», *op. cit.*, pp. 290-293.

<sup>66</sup> Es lo que parece decir CARRILLO LINARES, Alberto: «Reflexiones y propuestas...», *op. cit.*, pp. 26-30 cuando escribe que «no puede ser considerada deshonrosa la actividad política durante la Dictadura, especialmente aquella vinculada a la oposición [...]. Modificadas éstas [razones legales] desaparece la condición de deshonrosa y digna de oprobio que tuvo». Independientemente de si ese tipo de información es o no íntima —y yo creo que no lo es—, no deja de ser un argumento más emocional que objetivo.

<sup>67</sup> La recomendación no es, por descontado, exclusiva de nuestro país y ni siquiera inusual donde sí existe el derecho de acceso como tal. Así, por ejemplo, en relación con los fondos del período de Vichy

«conocidamente» a tareas de investigación histórica<sup>68</sup>. Se establece así una categoría de ciudadanos diferenciada del resto que, con el advenimiento de la Constitución democrática, deja de existir, por cuanto ésta reconoce la titularidad universal de los derechos allí contenidos y, por ello garantiza el derecho de acceso «de todos» los ciudadanos, frente al privilegio de unos pocos —los investigadores a la usanza tradicional—. Cualquier ciudadano puede por tanto, en cualquier momento, tener un interés cultural o científico —legítimo—al acercarse a los archivos<sup>69</sup>. En el bien entendido de que el concepto «ciudadano» ni siquiera se ve limitado a quienes ostentan la nacionalidad española<sup>70</sup>.

Sin embargo, hay que reconocer que la diferenciación entre usuarios se resiste a desaparecer; incluso, ocasionalmente, parece reverdecida<sup>71</sup>. La locución misma se percibe negativamente por algunos al lamentar la pérdida de protagonismo del investigador clásico: *Historiadores devenidos en «usuarios», en un lenguaje falsamente gerencial*<sup>72</sup>. Y no sólo los investigadores participan de esa sensación; también algunos archiveros —cada vez menos, afortunadamente—, quienes parecen entender que el servicio de los archivos a la causa de la Historia y de los historiadores es

---

—cuya historia se conoce mejor, por cierto, gracias a los archivos americanos y alemanes, accesibles hace ya tiempo—véase COMBE, Sonia: *Archives interdites. Les peurs françaises face à l'histoire contemporaine*, Albin Michel, Paris, 1994, p. 93 y ss.: «Les historiens seraient-ils complices de ce refus d'en savoir plus on trop respectueux de la réglementation archivistique en vigueur? Il est vrai que certains d'entre eux semblent bénéficier d'un régime de faveur. Telle est en tout cas l'hypothèse que suggère la lecture d'ouvrages qui omettent de citer leurs sources, se contentant de la sybilline formule de document inédit...».

<sup>68</sup> *Orden de 1 de febrero de 1960, del Ministerio de Educación Nacional, aprobando normas para aplicar la Ley de Tasas Parafiscales en Archivos, Bibliotecas y Registro de la Propiedad Intelectual*, respecto de la Tarjeta Nacional de Investigador.

<sup>69</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: «Discurso de clausura», en *Justicia en Guerra. Jornadas sobre la Administración de Justicia durante la Guerra Civil Española: Instituciones y fuentes documentales*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1990, pp. 625-631: «[...] 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 tener en cuenta e incluso penalizarlo si a ello hubiere lugar», p. 631.

<sup>70</sup> Véase sobre el tema ALÁEZ CORRAL, Benito: *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, CEP- Tribunal Constitucional, 2006.

<sup>71</sup> ESPINOSA MAESTRE, Francisco: «La investigación del...», *op. cit.*, p. 3: «La última experiencia con estos fondos [de la DG de Instituciones Penitenciarias] me ha dejado un extraño sabor: mientras a mí me daban todo tipo de facilidades, incluida la de solicitar fotocopias, a otra persona a quien conozco que deseaba acceder exclusivamente a los expedientes de varios familiares sólo le dejaron tomar notas mientras un funcionario repasaba los documentos en su presencia. [...] Ambos contábamos con el mismo permiso de Instituciones penitenciarias».

<sup>72</sup> FORTEA PÉREZ, José Ignacio: «El acceso a la documentación pública y privada desde la perspectiva del historiador», en L. Ribot García (coord.), *El libro, las bibliotecas y los archivos en España a comienzos del tercer milenio*, Madrid, España Nuevo Milenio, 2002, pp. 589-587.

su único propósito<sup>73</sup>. De vez en cuando la relación entre unos y otros da lugar a extrañas connivencias. No es insólita la figura del investigador *favorito* con privilegio de documentos en primicia y fotocopias instantáneas; tampoco lo es la correspondiente contraprestación o agradecimiento al solícito archivero que se las proporciona, manifestado de diversas formas<sup>74</sup>.

Lo cierto es que son frecuentes los reproches por parte de algunos investigadores por

la aplicación uniforme de las mismas normas a un público heterogéneo, [que] puede ocasionar rigideces que podrían evitarse estableciendo una mayor discriminación entre los usuarios<sup>75</sup>. Normas que penalizan a los investigadores, los más conscientes del valor de los fondos<sup>76</sup>.

Esto es, lo que no les privilegia frente al resto se explica como una «penalización». Entiendo que estas críticas se refieren a disposiciones menores (normas de sala de lectura en los centros, de solicitud de reproducciones, etc.) que regulan «el ejercicio» del derecho de acceso. Podría interpretarse que lo que se desea es que esas normas, de forma similar a la acreditación de los profesionales de los medios de comunicación<sup>77</sup>, establecieran un derecho «preferente» o, mejor aún, una «modalidad de ejercicio preferente» del derecho. Claro que no se ha de confundir la titularidad del derecho fundamental a difundir y recibir libremente información veraz con la preferencia para entrar a una sala de vistas con un aforo de cincuenta personas para cubrir un reportaje. Como tampoco ha de confundirse el derecho de acceso con que te den las fotocopias antes por el mero hecho de ser «investigador profesional». Incluso dudo de que esto último fuese factible simplemente por

<sup>73</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos: «¿Eruditos o gestores?», *Métodos de información*, 4/17-18 (marzo-mayo 1997), p. 35. Se lamentaba el autor de la asunción por los Archivos Históricos Provinciales de los documentos generados por la Administración periférica *ex* Decreto 914/1969, lo cual supuso, a su juicio, «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». 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», PESCADOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Un problema de la Administración sin resolver», *Documentación Administrativa*, 77 (1964), pp. 95-101. Cf. la réplica de MARTÍNEZ GARCÍA, Luis: «Eruditos y gestores: el debate innecesario», *Boletín ACAL*, Asociación de Archiveros de Castilla y León, Salamanca, Año 7, 25 (3º trimestre 1997), pp. 21-24.

<sup>74</sup> MONTANYA, Xavier: «Investigar en el laberinto», *La Vanguardia* (14-I-2009): Allí el antropólogo Gustau Nerin considera significativo que muchos historiadores incluyan en los agradecimientos de sus libros a los archiveros. «¿No se supone que los archiveros simplemente hacen su trabajo y que lo hacen igual para todo el mundo?». Desde luego, justo es decirlo, la cortesía no siempre implica favoritismo. Al fin y al cabo, no hay obra o evento en el que participen los profesores universitarios en que no se deshagan en agradecimientos y elogios los unos con los otros...

<sup>75</sup> FORTEA PÉREZ, José Ignacio: «El acceso a...», *op. cit.*, p. 592.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 595. En cuanto a la conciencia acerca del valor de los fondos, hay que reconocer que, en alguna ocasión ha sido muy cierta: tanto que han terminado en el domicilio particular.

<sup>77</sup> STC 159/2005, FJ 3.

ostentar, por ejemplo, la condición de profesor universitario. Pues su interés no me parece cualitativamente superior al del ciudadano que precisa —quizá con mucha más urgencia— una copia auténtica de un documento para, por ejemplo, justificar una solicitud de pensión indemnizatoria dirigida a la Administración Pública o para ejercer su derecho fundamental a la jurisdicción (art. 24.1 CE). Tampoco creo que la concurrencia de ambos tipos de usuario sea muy frecuente.

Con todo, da la impresión de se trata de justificar la necesidad de un «derecho de acceso diferente». Es esta una confusión muy extendida entre los investigadores y de la que no son enteramente culpables. La deficiente redacción de las normas aplicables, principalmente del art. 37 LRJPAC, y la oscuridad consecuente son, en buena medida, la causa.

En primer lugar, ya hemos dicho que *cuando predomine* el interés histórico, científico o cultural tras realizar un juicio de ponderación adecuado debería poder verificarse el acceso —otra cosa es que la normativa actual lo permita, pues en ninguna parte se alude a dicho juicio—. Pues bien, esto es muy distinto de la modalidad de *ejercicio directo* del acceso que se contiene en el art. 37.7 LRJPAC:

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

No se trata de un acceso materialmente privilegiado, sino «formalmente» privilegiado en cuanto a la petición «individualizada» de documentos<sup>78</sup>, pues al investigador puede que no le interese un expediente concreto sino una «serie» que comprenda, por ejemplo, un período cronológico amplio o relativo a una diversidad de lugares. Sin embargo, la condición excluyente que impone la garantía de la intimidad de las personas no es fácilmente interpretable. Entiendo que, «si se autoriza» dicho acceso directo, será porque la comunicación de los documentos no afecta a datos íntimos. Pues si así lo hiciese habría de acudir a la ponderación referida. También podría, quizá, concebirse como la posibilidad de acceder a la información previa disociación de datos personales e informaciones íntimas (en las reproducciones, se entiende), habida cuenta de que no se están solicitando documentos concretos sino solicitudes genéricas sobre una o varias materias.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *El derecho de... op. cit.*, p. 527.

Finalmente, algunos investigadores reivindican una tercera interpretación, recogida incluso en alguna disposición administrativa: que en el caso de documentos que contuvieran datos cuyo conocimiento, «efectivamente», afectase a la intimidad de las personas —por qué no, datos especialmente protegidos, caso en que la ponderación con el interés histórico no creo que fuera posible—, pudiera accederse a los mismos «atendiendo a la honestidad de la investigación y del investigador<sup>79</sup> o previo compromiso por escrito del investigador de no utilizar esa información con fines que puedan afectar... a la intimidad»<sup>80</sup>. Me pregunto si, valoraciones subjetivas aparte, esa afectación no se produce, en cualquier caso, con el acceso a la información por parte de cualquiera —también del investigador— distinto de la propia Administración Pública que la custodia<sup>81</sup>. Surge aquí la aspiración al acceso absoluto por parte del investigador quien, en el ejercicio del derecho a la libertad científica, deviene en una suerte de intermediario que accede incluso a la intimidad de los demás aunque con fines «honestos».

### *La cuestión de los medios. Los problemas prácticos*

Lo cierto es que, frecuentemente, las quejas y dificultades tienen más relación con la escasez de medios o las rigideces en el funcionamiento de los centros que en los problemas legales para acceder a la información. Como ya se ha comentado, la situación general de los archivos ha mejorado sustancialmente. Quedan lejos los tiempos en que Ramón Carande debía abrigarse con una manta para poder trabajar en la sala de investigadores del Archivo General de Simancas. Con todo, es cierto que persisten no pocas dificultades, unas coyunturales y otras estructurales.

Hace poco yo mismo tuve una experiencia en este sentido. Acudí a visitar un Museo Nacional capitalino y me encontré con la desagradable circunstancia de que dos de sus tres plantas se hallaban cerradas por falta de personal. No es difícil comprender la indignación que, ante una situación de este tenor, ha de sentir un investigador que acude a un centro alejado de su ciudad para trabajar allí durante una o dos semanas. O que ve como el tiempo de que dispone se desperdicia por causa de horarios exclusivamente matutinos.

Otra traba recurrente es la falta de tratamiento archivístico de los fondos, aunque esto no siempre ha de constituir necesariamente una coartada para las negativas eternas. Por ejemplo, en la LPHE (art. 62), al igual que en otras normas

<sup>79</sup> CARRILLO LINARES, Alberto: «Reflexiones y propuestas...», *op. cit.*, p. 29.

<sup>80</sup> Es el caso de la ya citada Instrucción de 12 de julio de 2006, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior, sexta, 9: «cuando así se estime oportuno, a la luz de las circunstancias del caso concreto, se podrá requerir al solicitante declaración escrita por la que se comprometa a no utilizar la información [...] con fines que puedan afectar al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen...».

<sup>81</sup> En este punto manifiesto tener dudas respecto de lo que expuse hace ya tiempo, OCAÑA LACAL, Daniel de: «Ignorancia, ilegalidad y...», *op. cit.*, p. 211.

autonómicas, se contempla la restricción al acceso o a la reproducción de los documentos por razones de conservación que, obviamente, determinan los técnicos responsables. El problema surge cuando tales procesos se prevén realizar «algún día de éstos» y no se concreta cuándo<sup>82</sup>. En tales situaciones entiendo que ha de reclamarse algún tipo de información sobre plazos o alternativas, dado que no puede denegarse el ejercicio de su derecho al investigador *sine die* por algo que, en resumidas cuentas, es obligación de la Administración Pública, esto es, restaurar el documento que, a menudo, ha resultado deteriorado por su propia negligencia en conservarlo adecuadamente.

No es menos cierto que algunos investigadores, en ocasiones, muestran cierto fetichismo al manifestar su disgusto por tener que trabajar sobre reproducciones y no sobre originales. «El manejo de copias no es lo mismo que el de originales»<sup>83</sup>. Esto puede justificarse en muy contados supuestos, cuando ciertas características del documento sólo puedan percibirse bien mediante el acceso directo al original —documentos medievales con ciertos elementos iconográficos, etc.—, aunque las modernas técnicas de digitalización suponen una mejora tal que, a menudo, es incluso más fácil trabajar sobre la imagen gracias a herramientas de mejora —limpieza de fondos de página, tintas traspasadas, mejoras de contraste, etc.—.

Existe unanimidad en la protesta por los largos plazos de entrega de las reproducciones solicitadas, problema íntimamente relacionado con la falta de personal o de medios técnicos adecuadamente dimensionados a la demanda. También, seamos justos, aparece con frecuencia la figura del solicitante de miles de fotocopias que pretende le sean realizadas casi en el día, como si los documentos pudiesen introducirse, como en las copisterías, de cien en cien en las fotocopiadoras. En este sentido, cada vez es más frecuente que los usuarios puedan recurrir a sus propios medios de reproducción, gracias al desarrollo de la fotografía digital y de los dispositivos portátiles de escaneo. Aunque, en este caso, será preciso que las salas de consulta cuenten con espacios al efecto y que los medios empleados sean respetuosos con el original.

A medio camino entre el ámbito técnico y la aplicación de la normativa se encuentra la valoración, en cuanto a la accesibilidad, de series documentales com-

<sup>82</sup> La Ley 19/2002, de Archivos públicos de Castilla-La Mancha prevé, en su art. 37 («Copias o certificaciones de los documentos») que la obtención de reproducciones de documentos podrá limitarse si estos requieren un tratamiento previo de restauración o si su manipulación pudiera deteriorarlos. También cuando el número de peticiones de reproducción o de documentos a reproducir impidiera el funcionamiento normal de los servicios del Archivo. Pues bien, en ambos casos la resolución deberá especificar un plazo o programa para la completa restauración o reproducción de los documentos solicitados en el menor tiempo posible.

<sup>83</sup> FORTEA PÉREZ, José Ignacio: «El acceso a...», *op. cit.*, p. 595.

pletas<sup>84</sup>. La identificación y valoración —para la conservación y el acceso— de documentos en archivística tiene en la serie documental su elemento clave. Sin embargo, en materia de acceso puede dar lugar a decisiones injustificadas. Quizá un ejemplo aclare la cuestión: supongamos la serie de recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional. De entre ellos, algunos versarán sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales de personas físicas en su condición de, por ejemplo, internos en establecimientos penitenciarios. Otros se habrán planteado por parte de empresas, personas jurídicas, que alegan la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en procesos por competencia desleal. ¿Presentan ambos casos los mismos condicionantes a efectos del acceso a la información que contienen? En mi opinión, no.

Otro descontento que suelen plantear los investigadores no se refiere tanto a los archivos como surge de su propia dinámica de investigación. Me refiero a la dispersión geográfica de las fuentes de archivo y la consiguiente necesidad de desplazarse de unos centros a otros. Evidentemente, tiene pleno sentido la reclamación de que las transferencias de documentos se lleven a cabo y que lo hagan de forma regular. Es absurdo que archivos centrales de Ministerios conserven fondos del siglo XVI, que deberían haberse remitido a los archivos históricos correspondientes y que, sin embargo, permanecen en aquellos porque se carece de espacio en estos últimos. O porque se tesaurizan en las instituciones productoras simplemente por ser «antiguos» y resultar «interesantes» —más que los modernos, que poco o nada parecen importar— para montar una exposición o hacer una publicación, como si una Dirección General de Cultivos de Secano, por poner un ejemplo, tuviera competencias en materia de acción cultural.

Cosa bien distinta es la exigencia de la concentración de fondos en archivos temáticos.

Los archiveros nos hemos pasado gran parte de nuestra existencia intentando configurar de forma científica nuestro quehacer. Hemos sentado principios teóricos que, en ocasiones, han terminado por no servir sino a nosotros mismos más que a los potenciales usuarios de la información. El «principio de procedencia», a revisar y adaptar en el contexto electrónico, se ha constituido en el principio axiológico de la ciencia archivística... hasta que hemos mostrado ante todo el orbe que es un principio tan flexible como ciertas circunstancias lo exijan. La cuestión de los antaño famosos «papeles de Salamanca» puso de relieve como, según se fuese archivero de una u otra administración o, simplemente, se fuese partidario de una u otra solución, el sagrado principio se interpretaba de una manera o de la opuesta;

<sup>84</sup> Véase NIÑO, Antonio: «La acción preventiva...», *op. cit.*, p. 306.

incluso surgieron «principios» novedosos, como el de «unidad de archivo»<sup>85</sup>. Sirvan estas líneas como autocrítica antes de ejercer la crítica.

Los historiadores tienen entre sus más viejas aspiraciones la concentración física de fondos de muy diversa procedencia pero con un denominador común: «que traten de». Esto no es nuevo en absoluto. Los *monuments historiques*, las colecciones facticias de documentos, agrupados *ratione materiae* vienen de muy atrás en el tiempo, ya desde el XIX. Hoy día, en que el desarrollo tecnológico abre infinidad de posibilidades en cuanto a la reproducción de la información, así como a su recuperación a partir de muy diversas fuentes, también las archivísticas, para su acceso a través de Internet, volvemos atrás en el tiempo. Se vuelve a hacer del documento o de agrupaciones de ellos piezas aisladas, descontextualizadas, en el marco de políticas culturales «de vitrina» o, simplemente, por razones políticas. Una muestra de ello la constituye la Ley 52/2007 o «de la memoria histórica», como se la conoce comúnmente, que dispone en su artículo 21.1 («Adquisición y protección de documentos sobre la Guerra Civil y la Dictadura»)

[...] la adquisición de documentos referidos a la Guerra Civil o a la represión política subsiguiente que obren en archivos públicos o privados, nacionales o extranjeros, ya sean en versión original o a través de cualquier instrumento que permita archivar, conocer o reproducir palabras, datos o cifras con fidelidad al original. Los mencionados fondos documentales se incorporarán al Archivo General de la Guerra Civil Española.

Antes de la Ley habían sido muy numerosas las invitaciones a unir en un único centro documentos «relacionados con la Guerra Civil», sin caer en la cuenta que su desgajamiento de otros fondos implican una pérdida irreparable de información<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Entre lo mucho escrito en torno a la vieja polémica salmantina resulta especialmente ilustrativo confrontar las declaraciones de —historiadores aparte— los profesionales de archivos contenidas en el suplemento especial del diario *ABC* «España 1936. La memoria de todos» (20-XII-2004).

<sup>86</sup> JARAMILLO GUERREIRA, Miguel Ángel: «Archivos y memoria...», *op. cit.*, p. 24. «Cualquier grupo de documentos no conforma un archivo [...]. Al separarse del conjunto cada documento, cada eslabón, mantiene parte de los datos pero pierde su pleno sentido independientemente de la riqueza informativa que todavía pueda conservar. Es por eso que la conservación de los conjuntos documentales se convierta en un objetivo básico de una buena gestión. Sin embargo, en cualquier archivo es una realidad constatable la existencia de documentos sueltos, de colecciones de documentos [...]. Pero eso no debe confundirnos, los valores de un documento de archivo y de un documento «a secas» no son los mismos. De ahí la gravedad de extraer de un fondo documentos pues eso podría equivaler a su destrucción, a mutilarlo de manera tan seria que haga peligrar su valor como memoria, incluso como bien patrimonial, si bien será sustancialmente diferente si la separación es un fruto relacionado con la vida del productor del archivo o si se debe a un criterio de otro tipo, totalmente artificial, máxime si es aplicado a un archivo cerrado; [...] pocos son los archivos que se encuentran completos, yo diría que ninguno, pero eso es debido a que la mayor parte de los vacíos que habitualmente encontramos en un archivo son parte del mismo, son también información sobre las peripecias de lo que históricamente ha acontecido a su productor y por lo tanto también tienen una lectura positiva, entendiendo que los archivos son entes que se forman de forma natural a lo largo de la vida de las personas que los han formado».

Es cierto que se alude a la realización de copias. Y aquí surgen varios interrogantes ¿Se va a copiar y trasladar todo? ¿Puede el erario público asumir un coste que, no nos engañemos, obedece en muchos casos a razones políticas y de imagen? Sobre todo por estas últimas, es fácil mostrar sólo la cara amable de las cosas. Una cosa es llegar a acuerdos para el depósito de archivos privados en centros públicos; otra, adquirirlos a peso de oro para conseguir titulares. Una cosa es que no se hubiese dado noticia de la documentación sobre campos de concentración que se hallaba en el Tribunal de Cuentas ni que se permitiese su acceso, algo verdaderamente intolerable. Y otra muy distinta es que se envíe a Salamanca o a Chinchón, junto con documentos militares de Burgos o Galicia, los de los Gobiernos Civiles que se hayan conservado y los de infinidad de ayuntamientos<sup>87</sup>.

### *A modo de conclusión*

El derecho de acceso es un derecho de titularidad universal: todos los ciudadanos, con independencia del tipo de interés, son titulares del mismo. Un interés que puede variar, pues cualquiera —recordemos las palabras de Francisco Tomás y Valiente— puede tener, en cualquier momento, un interés cultural o científico —legítimo— que le haga preciso acceder a los documentos conservados en los archivos.

Y como tales ciudadanos, también son titulares de otros derechos fundamentales que suponen un límite a aquel. Ya sean fundamentales, como la intimidad o el honor, o no fundamentales, como el de acceso, no son derechos absolutos. El historiador ha de ser consciente de su derecho, pero también de los límites, tanto para asumirlos como para evitar las obstrucciones injustificadas. Las complicaciones son muchas y de índole muy diversa pero por encima de todas ellas destaca, hoy por hoy, un sistema normativo que ni de lejos alcanza la coherencia imprescindible para satisfacer el principio constitucional de seguridad jurídica. Emilio Guichot, administrativista y uno de los responsables del Anteproyecto de Ley de transparencia al que hemos aludido en el texto, ha propuesto una serie de directrices<sup>88</sup> que, en su opinión, habrían de seguirse para, desde el respeto a los

<sup>87</sup> Santos Juliá, al criticar como absurda y contradictoria la idea misma de una Ley de memoria histórica, abogaba por olvidarse de centros de memoria y dotar con mayores medios archivos y bibliotecas. JULIÁ, Santos: «Memorias en lugar...», *op. cit.* Aunque el mismo autor, algún tiempo después, se alegra de que la Ley haya querido «remediar esta situación disponiendo que todos los documentos referidos a la Guerra Civil y a la represión subsiguiente [...] sean depositados en el Archivo General de la Guerra Civil». JULIÁ, Santos: «Aquellos archivos...», *op. cit.* Archivo que ya no existe, pues ahora se llama «Centro de la Memoria Histórica».

<sup>88</sup> GUICHOT, Emilio: *Publicidad y privacidad... op. cit.*, pp. 214-220. También del mismo autor, «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales, *Revista de Administración Pública*, 173 (mayo-agosto 2007), pp. 407-445.

bienes y derechos constitucionales, intentar atisbar un mínimo de luz entre tanta oscuridad.

En primer lugar, las relaciones entre publicidad y reserva o, mejor, el conflicto entre ambas, ha de resolverse mediante un juicio de ponderación, nada sencillo, bien es cierto. La ponderación<sup>89</sup> es un ejercicio cotidiano, tanto en la vida de cualquier individuo como en la del mismo Estado en todas sus esferas, ya sean políticas, administrativas o jurisdiccionales. Es el modo habitual —llámese razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad— de resolver los conflictos entre bienes o derechos. Cuenta con su método y es el medio más eficaz para resolver controversias o tomar decisiones. Pero también comporta riesgos, como la inseguridad jurídica derivada de falta de certeza a que aboca la subjetividad del ser humano en el momento de tomar una decisión en donde se dará mayor valía a cierto principio, bien o interés. De ahí que, como ya se ha comentado, resulte muy necesaria la atribución de competencias para la instrucción de los recursos en materia de acceso a órganos especializados «colegiados», en los que puedan aportarse visiones distintas de un mismo problema. La cuestión estriba en que la ponderación no equivale a un simple cálculo aritmético. Conlleva una facultad de discrecionalidad que ha de ser atribuida y, al mismo tiempo, tasada o limitada por la Ley. Sin embargo, la falta de un marco legal claro muda a menudo la discrecionalidad en arbitrariedad.

El juicio de ponderación en materia de derecho de acceso, en todo caso, habrá de atender a una serie de criterios, en concreto los de «contenido, finalidad y resultado»<sup>90</sup>. Siempre partiendo de una de las pocas seguridades con que contamos: la caracterización de los datos especialmente protegidos como límite infranqueable, salvo en supuestos muy excepcionales. Respecto de otros datos, no cabe una exclusión total *a priori*: su carácter no absoluto ha de ponerse en relación con la finalidad perseguida con el acceso, que puede ser instrumental al servicio de otros derechos constitucionales. De ahí que se plantee si, ante la existencia de datos de carácter personal, no sería más operativo motivar las solicitudes<sup>91</sup>. En cuanto al resultado, el perjuicio o se produce o no se produce. La restricción al acceso debería apoyarse tan sólo en la causa de un mal mayor «que en absoluto se puede presuponer»<sup>92</sup>. Las convicciones personales de quien es competente para resolver

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

<sup>90</sup> GUICHOT, Emilio: «Acceso a la...», *op. cit.*, p. 439.

<sup>91</sup> GUICHOT, Emilio: *Publicidad y privacidad...* *op. cit.*, p. 219.

<sup>92</sup> «Es posible que el honor, es posible [...] que la intimidad (aunque esto me parece muy difícil) se puedan poner en riesgo [al acceder a los documentos]; pero el riesgo de utilización de un derecho no es en sí mismo razón suficiente para no permitir el ejercicio del derecho», TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: «Discurso de clausura...», *op. cit.*, p. 630. Esta presunción es, sin embargo, casi constante en la regulación

no pueden conferir validez a soluciones arbitrarias 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»<sup>93</sup>.

Otra directriz es la consideración de la normativa reguladora del derecho de acceso a documentos o informaciones en poder de las Administraciones Públicas y continentes de datos personales como la que ha de aplicarse cuando el acceso se pretenda por ciudadanos distintos del titular de los datos. En este último caso sería de aplicación directa la LOPDP. Se hace preciso, en este sentido, reconducir el concepto «documento nominativo» al sentido más preciso ya referido anteriormente, frente a la situación actual<sup>94</sup>.

Finalmente, ha de potenciarse en la medida de lo posible la anonimización o disociación de datos como vía para posibilitar al máximo el ejercicio del derecho de acceso y han de motivarse adecuadamente las decisiones denegatorias.

Sin embargo, aún hay más. Desde 1980 muchos conflictos entre normas constitucionales han sido interpretados y resueltos por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la vinculación de cada una de ellas con los valores y principios esenciales del orden democrático. En materia de acceso y, en concreto, sobre la relación de conflicto entre libertad científica y otros bienes constitucionales como la intimidad, por ejemplo, sólo encontramos silencio. El derecho del acceso es un instrumento de los investigadores que precisan conocer la información en un plazo breve. Las denegaciones poco o nada fundamentadas suelen dar lugar a frustración y contrariedad pero no suele pasarse de ahí. Y es necesario hacerlo. Es preciso no conformarse con las negativas. Los casos en que, siendo necesaria, se omite la ponderación suponen una transgresión del derecho. Por el contrario, si se pondera, sólo quedará corregir el resultado y esa corrección ha de hacerse en los tribunales.

---

del acceso. El Consejo de Estado, en su Dictamen de 31 de octubre de 1991 sobre el Proyecto de la LRJPAC prevenía contra lo que consideraba un exceso [la legitimación de los ciudadanos] 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. ¿Qué entendía por «demandas indiscriminadas»?

<sup>93</sup> Lo primero es, por desgracia, bien conocido y extensible a muchos funcionarios y autoridades públicas (Véase STS de 20 de febrero de 1992, Sala de lo Penal). También NIÑO, Antonio: «La acción preventiva...», *op. cit.*, p. 306.

<sup>94</sup> La Ley 19/2002, de archivos públicos de Castilla-La Mancha (art. 40.4) precisa el sentido de los documentos nominativos —aunque sin nombrarlos—: «A los efectos del apartado anterior, se considera que afecta al derecho a la intimidad personal y familiar la comunicación de los documentos que revelen informaciones, no incluidas en el apartado anterior, que contengan apreciaciones subjetivas o juicios de valor sobre las personas físicas que afecten a su honor y a su imagen. Igualmente, se considera que afecta al derecho a la intimidad personal y familiar la comunicación de datos contenidos en los documentos que identifiquen a las personas y que permitan relacionarlas con los supuestos recogidos en el apartado anterior».

Cierto día, un profesor de Historia Contemporánea vino a mi despacho con un mazo de papeles bajo el brazo y me los entregó para que los utilizara en algún artículo que pudiera escribir sobre los problemas del derecho de acceso en nuestro país. Contenía un curioso ejemplo de varias de las cuestiones expuestas en este trabajo. Nuestro profesor había acudido un día a uno de los grandes archivos estatales. En una pausa, mientras tomaba un café fuera del centro con uno de los archiveros, se le ocurrió comentarle su intención de solicitar el acceso a cierta documentación allí custodiada. Para su sorpresa, días después recibió una carta de la Dirección del centro en el que se le comunicaba, «en relación con su petición verbal» que, de acuerdo con el informe del servicio jurídico del Departamento, «sentía indicarle» que la consulta de los documentos no sería posible hasta que no hubieran transcurrido los plazos de la LPHE. Nuestro atónito profesor presentó un recurso que fue rechazado porque como el interesado «no había formulado ninguna solicitud escrita» no había acto que impugnar sino sólo un «escrito informativo». Sin embargo, seguramente hastiado por tanto cinismo, nuestro protagonista no llegó a plantear recurso de alzada frente a esta última resolución denegatoria. Hizo mal, no basta lamentarse. Hay que utilizar la vía de los recursos, que no son sino garantías del derecho de acceso —las únicas con que contamos—. Sólo así, poco a poco, se irá despejando el camino.