

Actas das

I Xornadas

Olga Gallego

de Arquivos

Transparencia

“versus”

corrupción:

os arquivos

e a democracia

**Actas das
I Xornadas
Olga Gallego
de Arquivos**

**Transparencia
“versus”
corrupción:
os arquivos
e a democracia**

A Coruña 2 e 3 de outubro de 2015

FUNDACIÓN OLGA GALLEGO
2016

Edición:

© 2016, **Fundación Olga Gallego**

©2016, **Os autores**

Deseño e maquetación:

Salgado & Santana

ISBN:

978-84-608-6572-8

Comité organizador

Pedro López Gómez

Isabel Buján Bernárdez

M^a del Mar García Miraz

Olimpia López Rodríguez

M^a Dolores Pereira Oliveira

Gabriel Quiroga Barro

Comité científico

Carlos Amoedo Souto

Javier Barbadillo Alonso

Luis Martínez García

Fernanda Ribeiro

Leyes de transparencia y leyes de archivos: dos sistemas interdependientes

Severiano Fernández Ramos

Leyes de transparencia y leyes de archivos: dos sistemas interdependientes

Severiano Fernández Ramos

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz

A Coruña, octubre 2015

■ 1. Resumen

Tras las nuevas leyes estatales y autonómicas sobre transparencia de la actividad pública, los dispositivos de transparencia se han independizado definitivamente tanto de la legislación sobre procedimiento administrativo como de la legislación sobre archivos, para constituir un sistema dotado de identidad propia, y conformado al menos por dos pilares: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública, sin perjuicio de la adición de otros posibles elementos (como el llamado Gobierno Abierto). Así, en relación con los sistemas de archivos, se aprecian diferencias tanto en su ámbito subjetivo como, sobre todo, en su objeto (la información pública en un caso, y los documentos de titularidad pública en otro).

No obstante, los novedosos sistemas de transparencia y los venerables sistemas de archivos presentan dos líneas de confluencia que conviene diferenciar adecuadamente. De un lado, se encuentra la consideración, extendida desde antiguo en otros países -no así en el nuestro-, según la cual la documentación depositada en determinados tipos de archivos -los llamados convencionalmente históricos- y/o que tenga una cierta antigüedad, -cuál sea deba ser esa antigüedad es, evidentemente, un elemento convencional- al ser considerada como documentación histórica, fundamenta un derecho de acceso específico a dicha documentación, históricamente anterior al derecho de acceso de carácter general y que, una vez reconocido éste, da lugar a un régimen de acceso más flexible, fundamentalmente porque determinados límites vigentes en el régimen general son levantados en este otro régimen específico, así como porque se admite una consulta libre, esto es no procedimentalizada. Se trataría, por tanto, de un régimen específico de acceso a la información pública, reforzado por el derecho constitucional de todos a la cultura.

De otro lado, e independientemente de la anterior consideración, el sistema archivístico, entendido como dispositivo de gestión integral de los documentos públicos, constituye el presupuesto imprescindible para la efectividad y operatividad no ya de aquel derecho específico a la documentación histórica, sino del propio derecho de acceso a la información pública reconocido en las leyes de transparencia.

En efecto, la primera premisa para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública no es otra que el documento al que se pretenda acceder exista, y la dialéctica conservación-eliminación de los documentos públicos únicamente puede ordenarse adecuadamente desde la legislación archivística. Asimismo, para que el derecho de acceso sea operativo no es suficiente la existencia misma del documento sino que es preciso, además, que

éste sea localizable por la propia Administración e identificable por los ciudadanos, lo cual conduce necesariamente a la ordenación de la gestión de los documentos por el sistema archivístico.

Conviene, por ello, subrayar que la efectividad del derecho de acceso a la información pública dependerá, en última instancia, del adecuado funcionamiento del correspondiente sistema archivístico. Dicho en otras palabras: sencillamente se trata de no cometer el error de poner el carro delante de los bueyes.

■ 2. Evolución legal

■ 2.1. El reconocimiento constitucional del acceso a los archivos administrativos

Cuando la Constitución de 1978 ordena al legislador regular lo que denomina el «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos» (art. 105.b), sólo una pequeña parte de las democracias más avanzadas del mundo habían implantado un derecho de acceso de la ciudadanía a la documentación pública¹.

En efecto, el derecho de acceso a la información pública, entendido como un derecho público subjetivo de la ciudadanía, que no precisa para su ejercicio de una cualificación específica, es un derecho rigurosamente reciente en términos históricos (es calificado comúnmente de «derecho de tercera generación»), pues constituye un elemento moderno de calidad democrática, es decir, se trata de una evolución de las democracias avanzadas. Así, sin perjuicio de antecedentes remotos en determinadas disposiciones del siglo XVIII de algún país nórdico (como Suecia en 1766), su origen moderno se encuentra en la Ley de Libertad de Acceso a la Información de Estados Unidos de 1966, y esta semilla germinó en las décadas de los 70 y 80 tan sólo en un club selecto de democracias avanzadas². El artículo 105.b) de la CE se trataba, por ello, de un precepto muy avanzado en el panorama internacional³.

Lo cierto es que en el Derecho español se ha producido en relación con el acceso de la ciudadanía a la información en poder del Estado una doble omisión, que se ha solapado y, en mi opinión, ha oscurecido las relaciones entre la legislación de transparencia de la actividad pública y legislación sobre archivos públicos. Por ello, creo que conviene que esta circunstancia sea subrayada.

1. Obsérvese que la Constitución no reconoce expresamente el “derecho”, si bien se ha inferido sin dificultad de la mención de los ciudadanos.

2. Dinamarca (1970), Noruega (1970), Francia (1978), Países Bajos (1978), Australia (1982), Canadá (1982) y Nueva Zelanda (1982).

3. La revisión de la Constitución de la República Portuguesa efectuada en 1989 se inspiró en este precepto, al reconocer que los “ciudadanos tienen el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley en materias relativas a la seguridad interna y externa, a la investigación criminal y a la intimidad de las personas” –art. 268.2-.

De un lado, ciertamente, en el ordenamiento anterior a la Constitución vigente de 1978 no se reconoció derecho ciudadano alguno al acceso a los documentos depositados en los archivos y documentos administrativos. Pero esta circunstancia no debe producir extrañeza alguna, pues esta ausencia responde –como se ha dicho- a la tónica general de los países de nuestro entorno, incluso a países con amplia tradición democrática⁴.

Por ello, lo realmente llamativo en el ordenamiento español ha sido la ausencia de un derecho ciudadano, no ya de acceso a la documentación administrativa, sino sencillamente a la documentación histórica, es decir, a los documentos administrativos que a partir de determinados de plazos de antigüedad objetivos -treinta, cincuenta, cien años...- adquieren dicha condición, de un modo similar a lo previsto en Francia ya desde la época revolucionaria o en Italia desde primeros de siglo XX⁵.

Así, probablemente debido a la ausencia de una Ley de archivos, con la consiguiente relegación de este sector a meras reglamentaciones de servicio, en ningún momento se llegó a reconocer un derecho subjetivo alguno a los ciudadanos, limitándose la legislación a distribuir habilitaciones y prohibiciones entre los órganos y agentes de la propia Administración -p. ej., para la expedición de una copia o certificación se precisará la autorización de tal o cual autoridad-, relegándose la posición del ciudadano a la de un usuario sujeto a una situación reglamentaria⁶. Y es, precisamente, esta falta de reconocimiento de un derecho público subjetivo ni siquiera referido a los documentos de carácter histórico, la característica más señalada de nuestro de Derecho.

De hecho, la Constitución de 1978 bien pudo limitarse a reconocer un derecho ciudadano de acceso a los archivos históricos, lo cual habría supuesto en aquellas fechas ya un avance importante. Con todo, cabe pensar que si el constituyente quiso abrir a la ciudadanía los archivos administrativos, con mayor razón deberían entenderse accesibles los históricos⁷. En todo caso, no es de extrañar el inicial desconcierto frente al mandato constitucional, tratado en ocasiones como mera extravagancia del constituyente, o simplemente ignorado.

4. Mientras el Constitucionalismo liberal impuso desde sus inicios la publicidad del Poder Legislativo y del Judicial, no hizo lo propio con el Poder Ejecutivo. Este, y con él la Administración Pública, como heredero directo del poder absoluto del Monarca en el Antiguo Régimen, responderá a parámetros bien diversos. Ello era así porque se entendía suficiente garantizar el principio de publicidad en los momentos de definición de la Ley por el Parlamento y de su aplicación jurisdiccional. En cambio, en la medida en que se decía que la Administración se limitaba, como organización servicial, a la simple ejecución objetivo-jurídica de la Ley, era suficiente garantizar el control de legalidad de la actividad administrativa a cargo de los jueces, reto en la que el Derecho Administrativo europeo continental centrará su atención, mediante el desarrollo y perfeccionamiento de técnicas garantistas de corte individual. Así, la democracia se detiene en el umbral de la Administración y ésta ocupa el puesto relativamente independiente, relativamente autolegitimado que en su día ocupara el Monarca.

5. Así, en pleno período revolucionario, por la Ley de 7 de *messidor* del año II -art. 37- se permitió a todo ciudadano acceder a los documentos depositados en los archivos: “*tout citoyen pourra demander dans tous les dépôts, aux jours et aux heures qui seront fixés, communication des pièces qu’ils renferment*”. Ciertamente, a través de una serie de Decretos referentes a la organización de los archivos -el primero de 14 de mayo de 1887- se fijaron unos plazos amplísimos de antigüedad de los documentos para permitir su comunicación -el plazo general se fijó en cincuenta años-, multiplicándose los regímenes según las materias y categorías de documentos.

6. Sobre esta cuestión me ocupé ampliamente en S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 293-294.

7. Lo cierto es que es discutible que la Constitución utilizara la expresión archivos «administrativos» en el sentido técnico de la legislación de archivos, esto es en oposición a archivos «históricos», cabe más bien pensar que se refiere, como a los registros, a archivos de titularidad de la Administración Pública.

■ 2.2. La Ley de Patrimonio Histórico Español y las leyes de archivos y patrimonio documental

En estas circunstancias, parece lógico que el legislador se ocupara, en primer lugar, de resolver el vacío más “histórico”, es decir, al acceso a los archivos históricos. Y si bien algunas Comunidades Autónomas (como Andalucía y Cataluña) se anticiparon al legislador básico estatal, el modelo quedó definido en Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁸, dada su naturaleza de norma básica, que en una regulación ciertamente escueta dispuso lo siguiente –art. 57-:

«La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 (documentos de titularidad pública) se atenderá a las siguientes reglas:

- a) Con carácter general, tales documentos concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.
- b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabra solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia.
- c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.
- d) Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos».

8. En este sentido, la LPHE no hace referencia expresa al desarrollo del art. 105.b), pues en los debates parlamentarios de la LPHE se eliminó la referencia que contenía el Proyecto al citado art. 105.b) de la Constitución, probablemente para expresar que el acceso previsto en la LPHE no era el acceso a los archivos «administrativos» contemplado en el art. 105.b) CE, sin embargo, en la praxis no será exacto, pues la LPHE se refiere a archivos centrales, que son archivos administrativos.

De este modo, la LPHE establece un doble sistema de acceso a los documentos de titularidad pública integrantes del Patrimonio Documental Español (en realidad, todos), diferenciando entre documentos de consulta pública o libre consulta y documentos excluidos de consulta pública, sujetos a autorización bien de la autoridad pública (apartado b) o del titular privado (apartado c), si bien son notorias las deficiencias de esta ordenación básica, que se pueden sintetizar como sigue:

- En relación con los documentos susceptibles de consulta pública, además de la lógica exigencia a la conclusión de su tramitación, la LPHE exige que sean «depositados y registrados en los archivos *centrales* de las correspondientes entidades de derecho público», pero esta referencia a archivos centrales es equívoca, pues técnicamente los archivos denominados «centrales» en la legislación (estatal y autonómica) de archivos han cumplido y cumplen funciones eminentemente internas, de gestión e información a la propia Administración, pues permanecen bajo la custodia de los Departamentos Ministeriales⁹, y así quedó patente en la normas que regularon con posterioridad a la LPHE estos archivos, cuyo acceso es sujeto a autorización¹⁰. De este modo, ha sido necesario obviar una interpretación literal de la LPHE, para entender que la libre consulta, en realidad, está referida a los archivos históricos, que constituyen la estación término del circuito archivístico, si bien se podrá solicitar autorización para el acceso a los documentos depositados en los archivos centrales.
- En relación con los documentos excluidos de consulta pública por razones de interés público, debe destacarse la ausencia de un límite temporal, todo lo prudente que se quiera pero cierto, laguna que por cierto aún no se ha subsanado¹¹. Asimismo, en estos casos no sujetos a límite temporal, la LPHE se limita a admitir que el órgano correspondiente «pueda» autorizar el acceso, de modo que parece conceder a la Administración una potestad discrecional para admitir o denegar el acceso, discrecionalidad incompatible con el ejercicio de un derecho subjetivo.
- Pero, sobre todo, es el apartado c) y el sistema plazo allí establecido el que ha marcado en gran medida la práctica en materia de acceso a los documentos contenidos en los archivos, mediante la llamada «regla de los

9. Así, SANCHO CUESTA, F. Javier: “El derecho de acceso a los archivos y registros conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, INAP, Madrid, 1993, p. 89. Como es conocido, la expresión de archivos “centrales” ha tenido en la legislación histórica un significado preciso, referente a los archivos de los distintos Departamentos Ministeriales, en oposición a los archivos generales o históricos, inicialmente a efectos de determinar los archivos reservados al cuerpo facultativo.

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

11. Cabe recordar que en Francia unos años antes la Ley de 3 de enero de 1979 de Archivos estableció un plazo de 60 años, a contar desde la fecha del acto, para los documentos que contuviesen informaciones que interesan a la seguridad del Estado.

tres pasos»: 1º necesidad de consentimiento del afectado en caso de que viva; 2º transcurso del plazo de 25 años desde su muerte; 3º transcurso del plazo de 50 años desde la fecha del documento si se desconoce la fecha del fallecimiento¹². No es el momento de realizar un análisis de este precepto, pero baste señalar que aun cuando el doble plazo de la LPHE ha suministrado una cierta seguridad jurídica, lo cierto es que este precepto siempre ha suscitado un gran número de dudas, pues su interpretación entraña más dificultades de las que pudieran parecer a primera vista¹³.

- Finalmente, como es bien conocido, el desarrollo reglamentario en materia de acceso previsto en el apartado 2 no tuvo lugar, al menos con carácter general, hasta fines del 2011, 26 años después¹⁴.

En todo caso, el presupuesto para la aplicación del régimen de acceso previsto en la LPHE es que los documentos se encuentren «depositados y registrados en los archivos *centrales* de las correspondientes entidades de derecho público», dejando fuera del mismo el resto de documentación administrativa, laguna que no fue cubierta hasta la aprobación de la LRJPAC¹⁵.

12. J. MATAS, «Accés amb reserves: llums i ombres de la normativa d'accés a la informació pública», *Lligall*, 29 (2009), 23. Asimismo, el sistema de plazos es general en las legislaciones de archivos. Así, en Derecho italiano, la Ley n. 340 de 13 de abril de 1953 estableció que los documentos depositados en los archivos que por su origen o naturaleza sean de carácter particular, devienen públicos tras cincuenta años desde su fecha. O, en Derecho francés, la Ley de 3 de enero de 1979 de Archivos, fijó para los documentos que contienen informaciones que afectan a la vida privada un plazo de 60 años a contar desde la fecha del acto.

13. Cuando la LPHE dice «en otro caso» caben dos interpretaciones. Una estricta, que parte de la premisa según la cual la LPHE exige el consentimiento del afectado siempre que esté vivo. De tal modo que la Ley se refiere «en otro caso» a aquellos supuestos en los que conste el fallecimiento del afectado pero no la fecha del óbito, porque de constar esta fecha se aplicaría el plazo de 25 años. Así, lo interpreta, entre otros, J. MATAS, 2009, 13, quien considera del todo incorrecta la aplicación del plazo de 50 años de la fecha del documento a personas vivas. No obstante, si esta es la interpretación, debe reconocerse que se trata éste de un supuesto de difícil aplicación, pues si se acredita la realidad del fallecimiento generalmente se conocerá la fecha. Por el contrario, una interpretación laxa, consistiría en que «en otro caso» se refiere tanto a la constancia de la fecha de fallecimiento como al propio hecho del fallecimiento. De este modo, el plazo de 50 años podría aplicarse a documentos referidos a personas no fallecidas (hipótesis ésta cada vez más plausible, dada la longevidad actual de la población). En estos casos, como señala E. Gómez-Llera, no se exige diligencia alguna al solicitante en acreditar que la persona afectada ha fallecido, con el resultado paradójico de que la aplicación de la LPHE protege mejor al personaje público (cuyo fallecimiento es más fácil conocer, y por ello se aplica el plazo 25 años) que a los privados, que pueden verse afectados en su intimidad por el plazo de los 50 años, en lo que E. GÓMEZ-LLERA, ha denominado felizmente la «excepción por desgana» («El problema del acceso a la documentación en los Archivos Históricos», *I Jornadas sobre Acceso a los documentos públicos y oficiales*. 2009).

14. Mediante la aprobación *in extremis*, dos días antes de la celebración de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2011, y mediante procedimiento de urgencia, del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

15. En todo caso, esta circunstancia determina la importancia que presenta que el sistema archivístico funcione correctamente, de modo que se cumplan las transferencias de documentos entre las distintas fases del sistema y, finalmente, ingresen en los archivos históricos los documentos merecedores de conservación para que puedan ser objeto de consulta pública. Lo cierto es que la doctrina archivística ha denunciado el carácter irregular de las transferencias de fondos. Vid. D. DE OCAÑA LACAL, «Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España», *op. cit.*, pág. 179.

Por su parte, la legislación autonómica sobre archivos y patrimonio documental aprobada en los 80 y 90 se ajustó, en líneas generales, a las pautas de la LPHE¹⁶. La principal variación respecto al modelo de la LPHE se produjo en las dos leyes anteriores a la propia LPHE, las cuales contemplaron un plazo general de 30 años, si bien con importantes diferencias. Así, la Ley 6/1985, de 26 de abril, de Archivos de Cataluña dispuso -art. 23.2- que “como regla general los documentos públicos e históricos se considerarán *reservados* mientras no hayan transcurrido treinta años desde la fecha de creación”, precepto frontalmente opuesto a la LPHE, la cual a pesar de todas sus deficiencias no declaró reservada la documentación administrativa hasta tanto no alcanzase una antigüedad mínima¹⁷. Por su parte, la Ley 3/1984 de Archivos de Andalucía –art. 27- dispuso que la consulta pública de los documentos de titularidad pública o recibidos o producidos en el ejercicio de una función pública, “será posible a partir de los treinta años de haber finalizado su trámite o vigencia administrativa”, si bien se podrá reducir este término temporal «siempre que la información no implique riesgo para la seguridad pública o privada»¹⁸. En mi opinión, este criterio de la Ley andaluza de reconocer una amplísima discrecionalidad a la Administración para excepcionar dicho plazo, no era contrario a la LPHE, si bien sí pudo presentar problemas sobrevenidos de conformidad con la posterior LRJPAC¹⁹.

En todo caso, y a grandes rasgos, puede decirse que las leyes autonómicas sobre archivos y patrimonio documental de primera generación, acusaron también en el tratamiento del derecho de acceso a los archivos la concepción tradicional de los archivos como instituciones exclusivamente culturales, de modo que contemplaron el acceso a los mismos

16. Así, la legislación autonómica en general reproduce los plazos de la LPHE, salvo en algunas normas. En concreto, la Ley de Canarias 3/1990, de 22 de febrero, de Patrimonio Documental y Archivos fijó los plazos de treinta años desde el fallecimiento de la persona física o cien años contados a partir de la fecha inicial del documento -art. 27.b)-; y, más aún, la Ley de Castilla-León 6/1991, de 19 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental, duplicó los dos plazos de la LPHE: que hayan transcurrido 50 años desde el fallecimiento del afectado, si la fecha es conocida, o, en caso contrario, 100 años a partir de la fecha de los documentos -art. 20-. A nuestro modo de ver, estas disposiciones autonómicas contradicen una norma básica estatal, por lo que son anticonstitucionales. De otro lado, en algunas leyes se aprecia una variación que ha pasado desapercibida: en lugar de referir los plazos a documentos «documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen», se habla sin más de «documentos que contengan datos personales». Así, Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana –art. 59.2-.

17. La Ley 6/1985, de 26 de abril, de Archivos de Cataluña dispuso -art. 23.2- que “como regla general los documentos públicos e históricos se considerarán *reservados* mientras no hayan transcurrido treinta años desde la fecha de creación”, exceptuándose el derecho de los interesados a consultar los documentos pertenecientes a organismos públicos depositados en los archivos históricos en las mismas condiciones que tenían establecidas en los archivos de donde procedían. Sobre la inconstitucional este precepto, D. DE OCAÑA LACAL, “Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España”, en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLIX, 1999, 3-4, pág. 178.

18. Criterio que sería seguido por la Ley 3/1990 de Patrimonio Documental y Archivos de Canarias.

19. Ciertamente la LRJPAC contemplaba múltiples excepciones, pero no se puede decir, en rigor, que la Administración pudiese negar discrecionalmente el ejercicio del derecho, pues ello sería incompatible con el reconocimiento del derecho. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “La Ley de Archivos de Andalucía. Una experiencia”, Boletín *A.N.A.B.A.B.*, Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas, núm. 4/2001, pp. 9-40 (publicado 2003).

exclusivamente desde la perspectiva de los investigadores y eruditos, perpetuando la consideración de los archivos como centros de uso minoritario, casi elitista²⁰.

■ 2.3. La Ley 30/1992 y sus relaciones con las leyes de archivos

Cuando al inicio de la década de los 90 países muy cercanos al nuestro (como Italia o Portugal) aprobaron sus primeras leyes de acceso a los documentos administrativos, el legislador español optó por incluir el derecho de acceso en el denostado artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), decisión desafortunada, pues ha supuesto, en mi opinión, un retraso de veinte años en materia de transparencia.

Son bien conocidas las deficiencias de la regulación del derecho contenida en artículo 37 de la LRJPAC, norma marcadamente restrictiva y, en ocasiones, ininteligible, aparentemente más preocupada en ofrecer obstáculos y trabas al acceso que en garantizarlo, a lo cual debe añadirse su parquedad en materia de procedimiento y a la completa ausencia de garantías²¹. Veinte años después, en la propia memoria del Proyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno se reconocería palmariamente que el artículo 37 de la Ley 30/1992 «ofrece una regulación imperfecta que ha determinado que, en la práctica, la efectividad del derecho se haga depender en muchos casos de una decisión *discrecional* de la Administración». Ahí está dicho todo: abierta discrecionalidad, incompatible con la efectividad de derecho subjetivo alguno.

Pero también se puede afirmar que la ordenación de la LRJPAC ha sido, además de aplicada tácticamente, incomprensida, pues sólo así se entiende el empeño de los tribunales en exigir la existencia de interés legítimo por parte del solicitante para acceder a la información, interés no exigido en la propia LRPAC²². Al fin y al cabo, ¿qué es esto de un derecho

20. Ciertamente, no fue el acceso del público a la documentación de los archivos la principal finalidad de estas leyes autonómicas. Su preocupación fundamental no era otra que ordenar el patrimonio documental como parte integrante del patrimonio histórico o cultural (debido a la vinculación de los archivos a la recuperación y conservación “de la cultura y de la historia” de la región o comunidad, con la finalidad explícita de afianzar la conciencia de la identidad propia) y, en menor medida, articular un Sistema coherente de Archivos, integrado por todos los archivos de competencia autonómica, tanto públicos como privados. Vid. D. DE OCAÑA LACAL, “El archivero y el derecho de acceso en la sociedad democrática: algunas reflexiones”, en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo* Murcia: Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 2001, p. 46.

21. Uno de los elementos que evidencia el carácter restrictivo del art. 37, era el la cláusula genérica de denegación del derecho de acceso “cuando prevalezcan razones de interés público” –art. 37.4-, que supone prácticamente atribuir a la Administración una potestad discrecional, que es frontalmente contradictoria al carácter tasado que han de tener para la Administración las excepciones al ejercicio del derecho de acceso como derecho fundamental. Prueba de ello es que frente a una cláusula idéntica contenida en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de los Datos Personales, para excepcionar el derecho de acceso a los ficheros que contengan datos personales por parte de los interesados, el Tribunal Constitucional –STC 292/2000- la reputó anticonstitucional, por suponer una defraudación a la reserva de Ley, al constituir una cesión en blanco del poner normativo, carente de certeza y previsibilidad.

22. A título de ejemplo, cabe citar la STSJ Comunidad Valenciana de 21 de enero de 2000 (TOL 251807), que frente a una solicitud de determinados datos relativos a un vertedero municipal, el Tribunal, aun cuando declara que en el art. 37 de la LRJPAC “no se exige ya requisito alguno general de orden legitimador para poder obtener información más que ostentar la cualidad de ciudadano”, incomprensiblemente considera que, a efectos de solicitar la información, debe entenderse por “interesado” a “aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella”. Para colmo de los despropósitos, cabe señalar la STSJ Asturias 16-12-2002 (recurso núm. 3972/1997) que llega a afirmar que de la LRJPAC «tan sólo se desprende una publicidad restringida a los interesados».

que no precisa justificación o explicaciones para su ejercicio?, ¿acaso cualquiera puede a pedir acceder a una información que no le afecta personalmente y sin acreditar con qué finalidad? En cierto modo, esta figura ha sido vista como una especie de organismo extraterrestre que ha aterrizado en un universo jurídico francamente hostil a su desarrollo. De este modo, el derecho del artículo 37 de la LRJPAC lejos de integrarse en el sistema administrativo, ha sido percibido por los agentes públicos como un elemento anómalo en el sistema, como una enojosa perturbación en el funcionamiento del servicio, siendo por ello absolutamente incapaz de invertir una cultura administrativa secular de gestión privativa de la información pública²³.

En todo caso, con independencia del mayor o menor acierto de la regulación de la LRJPAC, desde un primer momento se suscitó la delimitación del régimen general contenido en esta Ley, con el ordenado en la legislación de archivos y patrimonio documental. De entrada, se observa un cruce de reenvíos no coincidente. Así, la LRJPAC -art. 37.6.g)- establece que se regirá por sus normas específicas la “*consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos*”. Sin embargo, como se vio, la LPHE -art. 57.1.a)- refiere la consulta pública de los documentos se refiere a “los Archivos *centrales* de las correspondientes entidades de Derecho Público”²⁴. Con todo, como se señaló, en las normas reglamentarias y en la praxis se acabó por entender que la consulta pública o libre a que se refiere la LPHE es viable exclusivamente en los archivos históricos, criterio que vendría a ratificar la LRJPAC.

Además, para cerrar el círculo de reenvíos, el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y el régimen de las oficinas de registro, dispone en su artículo 9.2 que el régimen de acceso para la obtención de copias en los Archivos, Generales, Históricos u organismos similares se remite al general del artículo 37.

El resultado no podía ser otro que un marco legal abstruso e inextricable, que afecta a los ciudadanos, sumidos en un laberinto normativo, pero también a los propios agentes públicos, atrapados, como ha señalado Daniel DE OCAÑA, «en una telaraña de regulaciones

23. Junto a esta deficiente ordenación legal, como señala D. DE OCAÑA, “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, p. 37, también cabe apuntar como causa de la degradación del derecho de acceso a la información pública la limitada tradición democrática de nuestro país.

24. Para DA SILVA, Juan Carlos: “Derechos de los ciudadanos con especial referencia a las lenguas y acceso a registros”, en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, B. Pendás García (coord.), E. Praxis, Barcelona, 1993, pág. 324- dado que entre la LPHE y la LPAC existen diferencias, ante la ausencia de una derogación expresa de la primera por la segunda, son defendibles, al menos, las siguientes interpretaciones alternativas: o bien la LPHE regula el acceso a todos los archivos salvo a los archivos de las dependencias -ya que su artículo 57.1.a se refiere a los documentos “depositados y registrados en los archivos centrales”-, mientras que la LPAC se limita a llenar el vacío dejado por la LPHE en relación de aquéllos; o bien se admite que el objeto de ambas leyes es el mismo, y en consecuencia que la LPAC ha derogado a la LPHE en lo que ambas discrepan.

de ordinario contradictorias o casi ininteligibles, los responsables públicos, también los archiveros, a menudo tomamos o nos vemos obligados a tomar decisiones, ya sean en un sentido o en otro, henchidas de subjetividad y prejuicios»²⁵.

■ 2.4. Los tímidos avances en la legislación de archivos de segunda generación

Por influencia de la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de julio de 2000, sobre una política europea en materia de comunicación de archivos, ya en este siglo algunas Comunidades Autónomas iniciaron una renovación más o menos profunda de su Ley inicial en materia de archivos. Aun cuando la finalidad principal de estas leyes de segunda generación es la integración de la gestión documental en los sistemas archivísticos, también presentaron algunos avances, ciertamente tímidos, en relación con el acceso.

En esta nueva tendencia destaca la pionera Ley de Cataluña 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos. Esta Ley retoma el plazo general de 30 años, pero con un sentido opuesto a la Ley de 1985: «De forma general, las exclusiones establecidas legalmente en cuanto a la consulta de documentos públicos quedan sin efecto a los treinta años de la producción del documento, salvo que la legislación específica disponga otra cosa» -art. 36.1-, criterio que sería seguido por otras leyes autonómicas²⁶. Pero, además, incorpora otras reglas de interés: así refiere el derecho a «todas las personas» -art. 34.1-²⁷, superando definitivamente la concepción tradicional de un servicio para investigadores y eruditos; explicita la regla del acceso parcial, de enorme importancia práctica –art. 35.2-²⁸, y enuncia una regla que rompe definitivamente con el esquema de la LPHE: «El hecho de que un

25. D. DE OCAÑA, «Ser o no ser: el archivero entre el derecho de acceso y la protección de la información», *Tabula*, 15 (2012), 131.

26. En este sentido, Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos, de Castilla- La Mancha –art. 40.1-; Ley Foral 12/2007, de 4 abril, de Archivos y Documentos –art. 20.3-; así como la Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia –art. 23.5-. Ciertamente había otras leyes autonómicas en materia de archivos que fijaban también un plazo de treinta años, como era el caso de la Ley de Andalucía 3/1984, de 10 de enero, de Archivos, en su artículo 27.a). Ahora bien, este plazo estaba referido a *toda la documentación* y no sólo para la afectada por restricciones legalmente establecidas, por lo que más que un sentido liberador, presentaba un carácter restrictivo, como así señaló D. DE OCAÑA, «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, p. 41. En cambio, la Ley 15/2006, de 17 de octubre, e Archivos y patrimonio documental de las Illes Balears –art. 50.2- optó por remitir al reglamento la fijación de plazos de vigencia de las exclusiones con respecto a clases determinadas de documentos, posibilidad que no fue desarrollada por el Decreto 99/2010, de 27 de agosto. Véase también D. DE OCAÑA LACAL, “La normativa autonómica en materia de archivos” en MARTÍNEZ GARCÍA, L. y RODRÍGUEZ BARREDO, J. (coords.), *Los archivos españoles en el siglo XX: políticas archivísticas en el Estado de las Autonomías*, ANABAD, 2009, pp. 61-113.

27. Así, Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos, de Castilla- La Mancha –art. 34.1-; Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana –art. 56.1-; Ley 15/2006, de 17 de octubre, e Archivos y patrimonio documental de las Illes Balears –art. 48.1-; Ley Foral 12/2007, de 4 abril, de Archivos y Documentos –art. 20.1-.

28. «La Administración ha de permitir el acceso parcial a los documentos que contengan datos que, de acuerdo con la ley, deban mantenerse reservados, siempre que sea posible someter los documentos a procesos técnicos que garanticen plenamente la imposibilidad de acceso a los datos reservados y de reconstrucción de estos datos a partir de la información facilitada». De modo similar, Ley 15/2006, de 17 de octubre, e Archivos y patrimonio documental de las Illes Balears –art. 48.3-. Y de forma más imperfecta, referido sólo a los documentos que contengan datos personales, Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos de la Comunidad Valenciana –art. 60.3-.

documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública» -art. 34.2-, criterio acertado que permite la aplicación de los plazos con independencia de dónde se encuentre el documento²⁹.

De otro lado, algunas de estas leyes contemplaron un mecanismo procedimental que despertó en su día un gran interés. Me refiero a la atribución a las comisiones autonómicas calificadoras o evaluadoras de una competencia para informar con carácter preceptivo las reclamaciones en materia de acceso³⁰. La primera ley en prever este mecanismo fue la citada Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos de Cataluña, que contempló la *Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental* –art. 19.2-³¹, a la que siguió la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos, de Castilla-La Mancha –art. 36.2-, que creó la *Comisión de Acceso a los Documentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*³², y, por último, la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, con la *Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos*³³.

Se trataba, como puede verse, de una medida francamente modesta (en la línea del llamado Derecho «suave»), pues estas comisiones no estaban llamadas a resolver las reclamaciones, sino tan sólo a emitir un informe preceptivo y no vinculante, sin embargo, en un panorama

29. Así, Ley 2/2007, de 12 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura –art. 22.6-; Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia –art. 23.4-.

30. Esta competencia en materia de acceso no es más que la lógica evolución de las comisiones calificadoras de documentos administrativos. Así, el Real Decreto 1164/2002, de 8 de noviembre, por el que se regula la conservación del patrimonio documental con valor histórico, el control de la eliminación de otros documentos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y la conservación de documentos administrativos en soporte distinto al original, establece que el proceso de valoración, consistente en el estudio y análisis de las características históricas, administrativas, jurídicas, fiscales e informativas de la documentación, establecerá los plazos de transferencia, la posible eliminación o expurgo y el *régimen de accesibilidad de la documentación* –art. 2.2-. De hecho, a alguna comisión calificadora departamental le fue atribuida expresamente la competencia para informar las solicitudes de acceso a documentos excluidos de consulta pública. Véase, I. GONZÁLEZ CORRAL, I.: «El papel de las Comisiones calificadoras en relación con el derecho de acceso a documentos y archivos», VI Congreso de Archivos de Castilla y León. *Tabula*. Nº 15 (2012), p. 188.

31. La Ley 10/2001, de 13 de julio, atribuyó a la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental, diversas funciones en materia de acceso: Primera. Promover el ejercicio del derecho de acceso a los documentos de las personas y las entidades públicas y privadas. Segunda. Emitir informe sobre las reclamaciones de las personas y de las entidades públicas y privadas que consideren vulnerado su derecho de acceso a los documentos. Tercera. Emitir informe sobre las derogaciones singulares de la normativa sobre acceso a los documentos, tanto para permitir el acceso a documentos excluidos de consulta pública, en casos de peticiones de acceso por intereses legítimos o científicos, preservando las situaciones protegidas por la ley y garantizando la intimidad de las personas, como para denegar el acceso a documentos no excluidos de consulta pública que no hayan sido calificados expresamente como accesibles por la normativa, siempre que se considere que, de acuerdo con la ley, perjudican intereses generales o de las personas. Cuarta. **Establecer los** criterios sobre la aplicación de la normativa que rige el acceso a los documentos públicos.

32. «Cuando se trate de recursos administrativos interpuestos contra resoluciones de órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el órgano competente deberá requerir el informe preceptivo de la Comisión de Acceso a los Documentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la cual deberá emitirlo en el plazo de quince días. (...) En el resto de los subsistemas que integran el sistema de archivos de Castilla-La Mancha, podrá articularse la intervención, con idéntico alcance, de un órgano similar a la Comisión de Acceso a los Documentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha».

33. La Ley 7/2011, de 3 de noviembre, atribuyó a la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos, entre otras competencias, la evacuar «informe preceptivo en los recursos o reclamaciones presentados contra las denegaciones del derecho de acceso a los documentos custodiados en los archivos del Sistema», así como la de unificar los criterios de aplicación de la legislación vigente en materia de acceso a los documentos de titularidad pública y a su información –art. 31.3-.

tan sombrío como el del acceso, incluso una medida tan modesta despertó cierto interés. Pero, una vez más, las previsiones legales fueron frustradas. Así, las previsiones de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos de Cataluña, no fueron desarrolladas hasta el 2008, y el funcionamiento posterior de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental, no fue lo satisfactorio que cabía pensar³⁴. Pero mucho peor fue la situación en las otras dos Comunidades Autónomas: la Comisión de Acceso a los Documentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha no ha llegado nunca a desarrollarse (como, por otra parte, casi toda la Ley, que bien podría calificarse de Ley zombi); y las funciones en materia de reclamaciones sobre acceso de la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos, han quedado inéditas, pues antes de que la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, fuese desarrollada, fue despojada de su función de dictamen en materia de reclamaciones por la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía³⁵. Lo cual, dicho sea de paso, plantea también la vidriosa cuestión del grado de cumplimiento de las leyes autonómicas sobre archivos.

Por su parte, en el ámbito de la Administración del Estado, a pesar de que la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, dispuso que reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos –art. 57.2-, hubo que esperar veintiséis años la aprobación *in extremis*, dos días antes de la celebración de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2011, y mediante procedimiento de urgencia, del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso³⁶. Disposición tardía que, si bien condicionada por las normas con rango legal vigentes (LPHE, LRJPAC y LOPD), llevó a cabo en materia de acceso una interpretación restrictiva de las mismas³⁷.

34. Se trata del Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos. Así, en relación con la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de la Comunidad Autónoma de Cataluña, L. CERMERO MARTORELL, «La acción en materia de acceso de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de Cataluña», *VI Congreso de Archivos de Castilla y León. Tabula*. Nº 15(2012), p. 206, expresó la insatisfacción derivada de la falta de competencias resolutorias, postulando el carácter arbitral de la misma.

35. Las funciones de la Comisión en materia de acceso han quedado relegadas a establecer los criterios sobre el acceso *material* a los documentos de titularidad pública y a los documentos del Patrimonio Documental de Andalucía custodiados en los archivos del Sistema –art. 31.3-.

36. De la urgencia del procedimiento de elaboración de este Real Decreto, de la que se quejó el Consejo de Estado, es expresivo que el dictamen del alto órgano consultivo es de fecha de 17 de noviembre de 2011, mientras que el propio Real Decreto es de fecha de 18 de noviembre, tan solo un día después: «La celeridad con la que ha tramitado el nuevo expediente (con plazo de siete días para informar los distintos Ministerios a los que se ha consultado), y la prontitud con que ha debido emitirse el presente dictamen, fruto del corto plazo establecido al efecto en la consulta, impide que se haya podido profundizar en un texto tan importante y recibir buena parte de los informes solicitados». Sin embargo, sorprendentemente, el texto no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2012. En todo caso, este RD 1708/2011 vino, al fin, a derogar al vetusto Reglamento de Archivos de ¡1901! Sobre el proceso de gestión del RD 1708/2011, véase, B. DESANTES FERNÁNDEZ, B.: «El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011, de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo», *El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos*. VI Congreso de Archivos de Castilla y León. *Tabula*. Nº 15 (2012), pp. 111 y ss.

37. Así, B. DESANTES FERNÁNDEZ, B.: «El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011, de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo», *op. cit.*, pp. 133-135, señala que la valoración del Capítulo IV no es positiva, pues supone un retroceso proteccionista en la interpretación de las normas legales y en relación con las prácticas que se venían siguiendo en muchos archivos de titularidad estatal.

Lo cierto es que los planteamientos de estas leyes sobre archivos eran, como se ha dicho, muy tímidos, y la posición de una Ley en materia de archivos tal vez no es idónea para lograr un revulsivo de la magnitud que era preciso. Y los vientos del cambio ya venían soplando desde otros ámbitos de la sociedad y del ordenamiento: había llegado, por fin, la hora de las Leyes de Transparencia.

■ 3. Las leyes de transparencia pública

■ 3.1. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Con algún precedente autonómico inmediato³⁸, el revulsivo que era preciso vino finalmente con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG), que cabalmente supone plasmar un nuevo paradigma para el sistema administrativo español: el principio de transparencia de la actividad pública, elevado al mismo plano que el tradicional principio de legalidad y el más reciente de eficacia³⁹.

Ahora bien, para lograr este cambio de paradigma habría sido preferible que legislador estatal hubiese adoptado la forma de Ley Orgánica, reconociendo la naturaleza de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública, como parte inescindible del derecho a la libertad de información –art. 21.1.d) CE-. En cambio, el legislador estatal optó por fundamentar su ordenación en el artículo 105.b) CE, como veinte años atrás hiciera de la LRPAC, sin percatarse que el panorama internacional ha cambiado notablemente en estas dos décadas⁴⁰.

Asimismo, la elección de una Ley Orgánica era oportuna, además, debido a la incidencia en materia de acceso a la información pública de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD). No hay que olvidar la protección de datos personales es, en la práctica y con gran diferencia, la principal causa de denegación o imitación del derecho de acceso a la información pública, de modo que en función de cómo se articule ello va a determinar en gran medida la efectividad

38. Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto. Por su parte, la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, aun cuando se aprobó antes de la LTBG, en realidad, se gestó una vez iniciado el largo trámite parlamentario del proyectó de LTBG, e inspirada en el mismo, así como en la Ley Foral 11/2012.

39. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “Algunas proposiciones para una Ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (ISSN-0041-8633), núm. 105, septiembre-diciembre 2002, págs. 881-916.

40. Así, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha modificado sensiblemente su posición sobre el contenido de la libertad de información en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual es parámetro principal de interpretación de la Constitución conforme al artículo 10.2 CE: Caso *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary* (App no 37374/05), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de abril de 2009, párrafo 36; Caso *Kenedi v. Hungary* de 26 de mayo de 2009 (Appl. no. 31475/05); Caso *Österreichische Vereinigung Zur Erhaltung, Stärkung Und Schaffung Eines Wirtschaftlich Gesunden Land-Und ForstWirtschaftlichen Grundbesitzes contra Austria*, 28 de Noviembre de 2013.

del derecho de acceso⁴¹. Es de temer que esta opción del legislador estatal comporte, indirectamente, situar al derecho de acceso a la información pública en una posición claudicante frente al derecho a la protección de datos personales, este sí reconocido como un derecho fundamental⁴².

Más aún, en mi opinión, aun cuando el legislador estatal hubiese optado por no reconocer la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información pública, al menos, debió elevar a rango de ley orgánica la ordenación del acceso a la información pública que contenga datos de carácter personal, incurriendo al no hacerlo en posible inconstitucionalidad por invasión de una materia reservada a ley orgánica⁴³.

En todo caso, la LTBG es una ley básica desde el punto de vista competencial⁴⁴, si bien respecto a su alcance en materia de transparencia (otra cosa es el Título relativo al Buen Gobierno), deben diferenciarse los dos elementos de la transparencia pública:

- Publicidad activa: en este ámbito la LTBG dispone que «Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden *sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente* o de otras disposiciones específicas que *prevean un régimen más amplio en materia de publicidad*» –art. 5.2 -. Y, como regla de cierre, la LTBR añade que

41. «El supuesto más frecuente se plantea cuando la Administración deniega el acceso a la información porque los documentos solicitados contienen datos personales» (SINDIC DE CATALUÑA, *El derecho de acceso a la información pública*, Informe extraordinario, marzo 2012, p. 17). Así, en opinión de D. DE OCAÑA, es un hecho que el de acceso se ha visto indudablemente orillado por una interpretación maximalista de la protección de datos personales («Transparencia, democracia y archivos públicos. Algunas reflexiones sobre la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», facilitado por cortesía del autor, 2015).

42. Se ha dicho que esta diferencia de naturaleza constitucional de ambos derechos no tiene por qué incidir sobre la solución de los eventuales conflictos. Sin embargo, para la jurisprudencia comunitaria es un dato fundamental. Así, por ejemplo, en las Conclusiones del Abogado General Sharpston presentadas el 15 de octubre de 2009 en el caso Comisión Europea contra The Bavarian Lager Co. Ltd., dirá: «dado que los dos derechos fundamentales (acceso a los documentos y protección de los datos personales) de que se trata *tienen el mismo rango, no puede darse una solución al conflicto que ignore uno de ellos y dé prioridad absoluta al otro*. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha señalado que, en circunstancias en las que colisionen derechos fundamentales, han de ponderarse los intereses enfrentados buscando un justo equilibrio entre esos intereses y los derechos fundamentales en juego» (considerando 95).

43. El Proyecto de Ley disponía que cuando «la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley...». Sin embargo, el Consejo de Estado en su dictamen indicó que una «ley ordinaria no puede condicionar ni alterar el régimen de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos ni mucho menos alterar su ámbito de aplicación o desplazarla». Lo que sí puede hacer la LTBG es establecer las condiciones o las reglas específicas que legitimen la cesión de datos personales sin contar con el consentimiento de los titulares en *determinados supuestos o en ciertos ámbitos sectoriales -en este caso en el ámbito del acceso a la información pública-*, en aplicación del artículo 11 de la LOPD, según la cual “el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso cuando la cesión está autorizada en una ley” –art. 11.2.a)-. Por su parte, el Gobierno se limitó a suprimir este apartado del Proyecto de Ley. Lo curioso es que tanto el dictamen del Consejo de Estado como el Gobierno se limitaron al aspecto formal de la cuestión, es decir, que una ley ordinaria *declare* delimitar el ámbito de aplicación de una ley orgánica, cuando lo verdaderamente relevante es el aspecto sustantivo, es decir, que una ley ordinaria entre de lleno a ordenar la materia reserva al legislador orgánico, pues no otra cosa hace el artículo 15 de la LTBG. No estamos ante un uso de la artículo 11 de la LOPD, pensado para determinaciones particulares (como por ejemplo, las leyes de altos cargos que ordenan la publicidad de las declaraciones de intereses de los altos cargos, o las leyes que ordenan la publicidad de las subvenciones o de los contratos públicos, etc), sino ante la ordenación del acceso a todos los datos personales en poder del sector público, esto es la mitad del ámbito de aplicación de la LOPD. Por ello, es cuestionable que se trate de un ámbito sectorial, como parece afirmar el Consejo de Estado.

44. La propia Ley (disposición final séptima) declara que se trata de una norma básica, dictada al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución, con la excepción de algunos preceptos referidos a la Administración General del Estado.

las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla (y las entidades que integran la Administración Local) podrán adoptar otras *medidas complementarias* y de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia recogidas en este capítulo –art. 10.3-⁴⁵. De este modo, en materia de publicidad activa la LTBG se conforma con establecer unas estándares mínimos y generales, eso sí, dejando abiertamente a las Comunidades Autónomas la opción de articular políticas propias en materia de transparencia, siempre y cuando mejoren (aspectos cualitativos) o amplíen (aspectos cuantitativos) el régimen básico de la ley estatal⁴⁶.

- **Derecho de acceso a la información pública:** aun cuando la LTBG admite de forma imprecisa un cierto desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas⁴⁷, en mi opinión con buen criterio, opta por establecer una ordenación más acabada, de modo que el ejercicio del derecho no precisa en puridad de un desarrollo normativo para su efectividad, sino que es directamente ejercitable⁴⁸.

Por su parte, la legislación autonómica está perfectamente habilitada no sólo para complementar o desarrollar la legislación básica estatal, sino también para mejorar dichas garantías en su ámbito propio de aplicación. Lo que no podrá hacer es, evidentemente, menoscabar las garantías mínimas contenidas en la ley estatal, idea que se plasma de modo ejemplar en alguna ley autonómica⁴⁹.

45. Además, este carácter de mínimos de la Ley estatal se explicitó en el artículo 8.1, al establecer que los sujetos obligados deberán hacer pública, *como mínimo*, las informaciones que se determinan seguidamente. Asimismo, se introdujeron nuevas remisiones expresas a la normativa autonómica –arts. 6.2 y 7.1.i)-.

46. Los aspectos cuantitativos (contenidos informativos, el qué debe publicarse) son ciertamente elementales. Pero el problema principal, en mi opinión, se encuentra en los aspectos cualitativos (quién, dónde, cuándo y cómo deben publicarse las informaciones). Los deberes legales establecidos en la Ley básica adolecen de un alto grado de indeterminación, que afecta sobre todo a la fecha en la que han de publicarse las informaciones –que sólo se expresa en algún caso, como sucede con determinadas informaciones de relevancia jurídica-, el tiempo de vigencia de la publicación, así como a las consecuencias del incumplimiento de los deberes legales, que sólo se prevén para el caso de la Administración General del Estado –art. 9-.

47. «Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica» (art. 12 LTBG).

48. El Tribunal Constitucional tiene declarado que cuando se trata del reconocimiento de un derecho subjetivo definitivo de las relaciones entre Administraciones públicas y ciudadanos, es una materia en la que es admisible un mayor grado de margen al legislador básico (STC 50/1999, FJ 3).

49. En efecto, esta idea está perfectamente plasmada en la exposición de motivos de la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto, cuando declara lo siguiente: «Navarra respeta los límites de la legislación básica del Estado en materia de procedimiento administrativo común, dado que los derechos de acceso y el procedimiento y régimen de su ejercicio, amén de circunscribirse a su ámbito organizativo no suponen quiebra alguna de tales límites, sino antes bien, van más allá del mínimo impuesto por dicha legislación. En materia de transparencia, configurar un derecho de acceso a la información de la que dispone la Administración con carácter menos restrictivo y, por tanto, más amplio, supone una *mejora* para todas las personas que se relacionan con ella».

■ 3.2. La eclosión de las Leyes autonómicas de transparencia pública

En todo caso, aunque no es estrictamente necesario que cada Comunidad Autónoma apruebe una Ley propia de transparencia para cumplir las exigencias de la LTBG⁵⁰, lo cierto es que la misma dinámica del Estado de las Autonomías que había conducido a una cómoda inhibición por parte de las Comunidades Autónomas hasta tanto el Estado no se decidiera a dar el paso, ha hecho que la mayoría de las Comunidades Autónomas se ha apresurado, en una carrera por subirse al carro de moda de la transparencia, para aprobar sus propias leyes de transparencia⁵¹. De este modo, en el lapso de una legislatura hemos pasado de ser el único país de cierto tamaño de la OCDE desprovisto de una Ley de Transparencia, a ser uno de los países del mundo con mayor número de leyes, otra cosa está por ver, naturalmente, su efectividad.

Por otro lado, aun cuando el objeto de las leyes autonómicas de transparencia es muy variado, puede señalarse que, al menos, deben abordar los dos pilares que integran la transparencia pública, esto es la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública⁵². A partir de aquí es una cuestión de política legislativa incluir o no otros contenidos, como el llamado Buen Gobierno, a semejanza de la LTBG, el Gobierno Abierto, la reutilización de la información pública, o la evaluación de políticas públicas, entre otros. No obstante, no puede desconocerse la afinidad temática de las políticas autonómicas de transparencia y participación ciudadana, pues como es sobradamente conocido, la transparencia constituye el presupuesto lógico de la segunda. Asimismo, una elemental cuestión de eficiencia promueve esta ordenación conjunta⁵³.

50. Inicialmente, las Comunidades Autónomas tienen ante sí dos grandes opciones: pueden limitarse a adoptar las determinaciones normativas imprescindibles para la efectividad de la ley estatal, o bien pueden aprobar una Ley propia sobre Transparencia desarrollando y mejorando las garantías previstas en la Ley estatal. No obstante, si bien algunas de las determinaciones, debido a su carácter organizativo, pueden adoptarse mediante una simple norma reglamentaria (como el Portal de Transparencia y la creación de las unidades de información), otras en cambio requieren de una norma con rango de ley (imposición de tasas, creación de un órgano independiente con competencias resolutorias, extensión de los deberes de publicidad activa a informaciones que contengan datos personales, o adopción de medidas sancionadoras, entre otras). De este modo, aun cuando una Comunidad Autónoma opte por el criterio de limitarse a garantizar la ejecución de la Ley estatal, no podrá evitar acudir a la aprobación de una norma con rango de ley. Y si esto es necesario, cabe preguntarse ¿por qué limitarse a la adopción de medidas parciales y fragmentarias?

51. Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 3/2014, de 11 septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana. Por su parte, Asturias (Proyecto Ley de Transparencia) y el País Vasco (Proyecto de Ley de la Administración pública vasca) aprobaron también sus propios proyectos de ley, pero la situación minoritaria en el Parlamento de sus respectivos ejecutivos impidió la aprobación final de sus proyectos.

52. Por ello, las pioneras Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega; y la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, no pueden considerarse, en rigor, leyes de transparencia pública, pues les falta el elemento esencial de la ordenación del derecho de acceso.

53. No parece que sea razonable mantener un portal de transparencia y otro de participación. Así, si la ley de transparencia obliga a la publicación de los proyectos normativos, ¿por qué no aprovechar esta medida para articular una posible vía participativa?

Objeto de las Leyes autonómicas

CA	Publicidad Activa	Derecho acceso IP	Buen Gobierno	Participación ciudadana	Gobierno abierto	Reutiliza-ción IP	Evaluación Políticas
GAL	X	-	-	-	-	-	-
IBAL	X	-	X	-	-	-	X
NAV	X	X	-	X	X	-	-
EXT	X	X	X	X	-	-	-
AND	X	X	-	-	-	-	-
RIOJ	X	X	X	X	-	X	-
MUR	X	X	-	X	-	-	-
ICAN	X	X	-	-	-	-	-
CAT	X	X	X	-	X	X	-
CYL	X	X	-	X	X	X	-
ARA	X	X	-	X	-	-	-
VAL	X	X	X	X	-	X	-

En cuanto a su ámbito subjetivo, señalando lo más obvio, a diferencia de otras leyes autonómicas de aplicación territorial (como las leyes de cooficialidad lingüística o de patrimonio cultural), las leyes autonómicas de transparencia no pueden alcanzar a los sujetos y órganos del sector público estatal, pues su título competencial es el régimen jurídico de la Administraciones de la correspondiente Comunidad Autónoma, noción que –como es sabido– no se circunscribe a la Administración autonómica, sino que se extiende a las Administraciones Locales del territorio. De hecho, en las leyes aprobadas se aprecian dos grandes opciones. De un lado, las leyes que han limitado su ámbito subjetivo al sector público autonómico (sobre todos las anteriores a la LTBG), y las que extienden su ámbito subjetivo a las Administraciones Locales de su territorio, tendencia que parece imponerse.

Ámbito subjetivo de las Leyes autonómicas

CA	Sector público		Universidades públicas	Corporaciones Dcho Público	Personas privadas -funciones públicas
	Autonómico	Local			
GAL	X	-	-	-	-
IBAL	X	-	-	-	X
NAV	X	-	-	-	X
EXT	X	X	X	-	X
AND	X	X	X	X	X
RIOJ	X	-	X	-	-
MUR	X	-	X	X	X
ICAN	X	X	X	X	X
CAT	X	X	X	X	X
CYL	X	X	X	X	X
ARA	X	X	X	X	X
VAL	X	X	X	X	-

Respecto a su contenido, como es lógico, los planteamientos en materia de transparencia de las distintas leyes autonómicas son muy variados: hay leyes que parecen limitarse a ordenar aspectos orgánicos, sin desarrollar o mejorar las previsiones del legislador básico, para lo cual casi no era necesaria una ley (por ejemplo, Ley 3/2014 de La Rioja, que incluso renuncia a crear un órgano propio en materia de reclamaciones); otras leyes sí contienen un desarrollo completo de la LTBG, con mejoras sustantivas (por ejemplo, Ley 1/2014 de Andalucía; Ley 8/2015 de Aragón); y con una técnica legislativa dudosa, alguna Ley ha incorporado a su texto las propias determinaciones de la ley básica (Ley 19/2014 de Cataluña)⁵⁴.

Igualmente, como sucede en casi todos los sectores o materias, los hallazgos o innovaciones que introduce cada ley autonómica influyen claramente sobre las posteriores: así la Ley Foral 11/2012 influyó decisivamente sobre la Ley 4/2013 de Extremadura (hasta en su denominación), y ambas sobre la Ley 1/2014 de Andalucía, y ésta a su vez sobre la Ley 12/2014 de Canarias y Ley 8/2015 de Aragón... Finalmente, salvo en algún aspecto polémico (como es el relativo al sentido del silencio en el procedimiento de acceso), en general, las leyes autonómicas son respetuosas con las determinaciones básicas de la LTBG. La excepción vendría representada por la Ley 4/2013 de Extremadura, que al anticiparse al legislador básico (se redactó a la vista del proyecto de ley estatal, que sería sustancialmente modificado en las Cortes), ha podido incurrir en algunas inconstitucionalidades sobrevenidas⁵⁵.

En todo caso, la primera prueba de efectividad de estas leyes va a venir determinada por la celeridad con que se aprueban las imprescindibles normas reglamentarias de desarrollo, aspecto éste en el que se aprecia cierta lentitud⁵⁶.

■ 3.3. Las relaciones entre LTBG y legislación archivos

La disposición adicional primera del Proyecto de Ley estatal contenía una norma según la cual se regía por su normativa específica el acceso, entre otras, a la información «obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión». Mediante esta disposición el Proyecto de Ley venía a asumir el criterio establecido en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, sobre el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, el cual establece el procedimiento común para el acceso a los documentos obrantes en los archivos de la Administración General del Estado, así como de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ella, «que no

54. Como tiene señalado el Tribunal Constitucional, la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades (STC 150/1998).

55. Así, por ejemplo, declara: “También tendrán la consideración de información pública de libre acceso para cualquier ciudadano, sin que precise ostentar la condición de interesado, los *expedientes administrativos que estén concluidos*” –art. 15.3-, exigencia que supone perpetuar el esquema de la LRJPAC –arts. 35.a) y 37.1-, y que no reproduce la LTBG. También es discutible la compatibilidad con la LTBG de la Ley 19/2014 de Cataluña, en lo relativo a la previsión de un recurso de reposición –arts. 38 y 42.1-.

56. En este aspecto, destaca por ahora la Comunidad andaluza, con la aprobación del Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, así como del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

tengan la consideración de archivos de oficina o gestión» -art. 23.2-. Es decir, la LTBG se aplicaría a la documentación obrante en los archivos de oficina o gestión, mientras que la legislación de archivos (en el caso de la Administración del Estado, el Real Decreto 1708/2011) se aplicaría a la documentación depositada en el resto de los archivos de los sistemas (centrales, intermedios e históricos), lo cual suponía invertir los ámbitos previstos en la LRJPAC.

	LRJPC	Proyecto Ley
Archivos de oficina	LRJPC	LTAIP
Archivos centrales	LRJPC	Legislación Archivos
Archivos intermedios	LRJPC	Legislación Archivos
Archivos históricos	Legislación Archivos	Legislación Archivos

Sin embargo, el precepto presentaba importantes deficiencias técnicas, pues la noción de «archivos de gestión o de oficina», que daba por supuesta el Proyecto de Ley, no se encuentra en una norma básica, sino en una disposición aplicable exclusivamente a la Administración General del Estado (de acuerdo con el Real Decreto 1708/2011)⁵⁷. Y, sobre todo, el Proyecto partía de un planteamiento erróneo, pues constituye un error grave condicionar la aplicación bien de la LTBG o bien la legislación sobre archivos del hecho absolutamente circunstancial de que el documento se encuentre en un archivo de oficina o, por el contrario, haya sido transferido a un archivo central, intermedio o histórico. Y ello sin tener en cuenta que es perfectamente posible que la información no se encuentre en archivo alguno, por muy amplia e impropia que sea su noción⁵⁸. Por todo ello, fue un acierto la supresión de este inciso durante la tramitación parlamentaria, pues como señalaba la enmienda origen de la supresión del inciso: «Se unifica el acceso a la información sin diferenciar entre el tipo de archivo en el que se encuentre, garantizando así la igualdad en el acceso independientemente de la ubicación de la información»⁵⁹.

57. Esta circunstancia fue señalada por E. Guichot, Comparecencia en la Comisión Constitucional. *DS*. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 254, de 12-02-2013, p. 18. De hecho, la propia noción de archivo de oficina es francamente abierta. Así, la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, entiende por archivo de oficina el conjunto orgánico de documentos producidos o recibidos en el ejercicio de sus funciones por una unidad administrativa –arts. 2.g) y 38.1-. La propia Ley parece ser consciente de esta indeterminación, pues al definir a los archivos centrales, indica que reciben las transferencias de los archivos de oficina «o de las unidades productoras» –art. 2.h)-.

58. En esta línea se expresó en su comparecencia la presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función pública (Sra. De Andrés Díaz): «La falta de una política de gestión documental adecuada nos ha conducido a que información de las mismas fechas y contenidos se encuentre repartida tanto en archivos de oficina como centrales, generales, intermedios e históricos. Como esa política no ha existido, ha funcionado el azar y las circunstancias. ¿Cuáles son? La abundancia o falta de espacio, los traslados de edificios, la negligencia —o diligencia— de los gestores públicos, etcétera. Hacer depender el alcance del derecho de los ciudadanos según en qué tipo de archivo obre la información a la que van a intentar acceder parece un sinsentido. ¿Por qué algunas solicitudes de información, en función del archivo en el que obren, se van a regir por una normativa de transparencia o por una normativa específica de archivos estatal o autonómica? En segundo lugar, las denominaciones de los distintos tipos de archivos en la Administración General del Estado en las comunidades autónomas pueden variar según las legislaciones y las prácticas, y pueden surgir problemas de concepto y problemas de aplicación». *DSCD*, X Legislatura, 2013, núm. 290, p. 5.

59. Enmienda núm. 534 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Por su parte, la enmienda núm. 497 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, presentaba la siguiente justificación: «La ley no debe remitir a la regulación específica de los archivos históricos ya que la Ley de Patrimonio Histórico Español considera que el patrimonio documental lo integran todos los documentos públicos desde el mismo momento en que se generan. Por tanto, a estos efectos no se deben distinguir los archivos históricos de los de oficinas y gestión». *BOCG*, Serie A Núm. 19-3 2 de julio de 2013, pp. 260 y 279.

Con todo, sigue vigente el criterio general del apartado 2 de la disposición adicional primera (Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública), según el cual se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas *materias* que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. ¿Es este apartado aplicable a las relaciones entre LTBG y la legislación de archivos? Y en tal caso, ¿con cuáles consecuencias?

Pues bien, a este respecto existe ya un pronunciamiento de la Abogacía General del Estado, a propósito de solicitudes de acceso a un archivo central de un Ministerio. Este órgano considera que el carácter de régimen jurídico específico que tiene la regulación del Patrimonio Documental se sustenta en el artículo 48.2 LPHE, conforme al cual “el Patrimonio Documental y Bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título...”. Y se añade que «la consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental que se refiere el artículo 49.2 se rige por el artículo 57 de la LPHE que viene por tanto, a configurarse como el régimen jurídico específico de acceso a la información contenido en los mismos». Pues bien, los «amplios términos en que se concibe el llamado Patrimonio Documental (“documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público”) permiten incluir dentro del mismo los archivos existentes en los Ministerios y organismos públicos para la custodia de documentos, una vez finalizada su tramitación y transcurridos los plazos establecidos por la normativa vigente, denominados Archivos generales o centrales de los Ministerios por el artículo 10 del Real Decreto 1706/2011»⁶⁰.

Así, según esta interpretación, la LTBG únicamente se aplicaría a la documentación que se encuentre en archivos de oficina o de gestión. De este modo, por vía interpretativa, se viene a resucitar el apartado de la adicional primera que fue suprimido en la tramitación parlamentaria, precisamente con la finalidad de «unificar el acceso a la información sin diferenciar entre el tipo de archivo en el que se encuentre, garantizando así la igualdad en el acceso independientemente de la ubicación de la información»⁶¹. Por ello, de entrada, puede afirmarse que esta interpretación de la Abogacía General del Estado no se ajusta a la voluntad del legislador, que es un criterio interpretativo relevante. Asimismo, el argumento sobre el alcance de la noción de Patrimonio Documental, llevado a sus últimas consecuencias llevaría a la aplicación del régimen “específico” de la LPHE a toda la documentación, incluida la custodiada en los archivos de oficina⁶².

Pero, sobre todo, entendemos que es esta interpretación es errónea y perturbadora. En efecto, hacer depender la aplicación de uno u otro cuerpo normativo del hecho meramente circunstancial de que el documento se encuentre en un archivo de oficina o, por el contrario,

60. En conclusión, «El acceso a la información de los documentos que hayan sido depositados y registrados en el Archivo Central del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se rige por la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y por el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, y, supletoriamente, por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno». Informe sobre el acceso al Archivo central del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 30 de marzo de 2015, accesible en la web del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

61. Enmienda núm. 534 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

62. Además, es obvio que cuando el artículo 48.2 LPHE declara que “el Patrimonio Documental y Bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título...”, se está refiriendo a un régimen específico respecto al régimen general del Patrimonio Histórico.

haya sido transferido a un archivo central es gravemente perturbador. Primero, porque no existen (ni pueden existir en el actual marco competencial) reglas comunes o básicas que determinen la estructura de los sistemas archivísticos (incluida la noción de «archivos de gestión o de oficina») y, menos aún, que determinen cuándo un documento debe ser transferido desde un archivo de oficina a un archivo central⁶³. De hecho, desde hace años la tendencia de la legislación sobre archivos se orienta a sustituir el criterio de fijar plazos de permanencia y transferencia por los calendarios de conservación fruto de la valoración de las series documentales por las correspondientes comisiones calificadoras⁶⁴.

Pero, además, una cosa son las previsiones legales en materia de transferencias y otra muy diferente la praxis administrativa. En efecto, de un lado, a menudo las unidades productoras no transfieren la documentación para no perder el control sobre la misma⁶⁵, y, de otro lado, debido fundamentalmente a la falta de medios, los archivos con frecuencia se encuentran saturados e incapaces de recibir nuevas remesas de documentación⁶⁶.

Asimismo, esta interpretación conduce a situaciones absurdas. Así, si se entiende que la LTBG únicamente se aplica a los archivos de oficina, habría que concluir que el artículo 15.4.a) de la Ley admite implícitamente que en los archivos de oficina pueden existir documentos de más de cincuenta años. Asimismo, debe recordarse que la LTBG prevé el acceso por parte de investigadores con fines «históricos» -art. 15.4.b)-, ¿a archivos de oficina?

De entrada, cabe recordar que la disposición adicional primera se refiere a «aquellas *materias* que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». ¿Es este el caso de los archivos y la legislación que le es propia? Entendemos que no. La LTBG está pensando en materias específicas, como la que enuncia en el párrafo siguiente, esto es el acceso a la información medioambiental, o como podría ser la información urbanística, el registro del patrimonio de los altos cargos o la información catastral, entre otras muchas. Pero es incorrecto considerar, a estos efectos, los archivos como una *materia*.

63. Todo ello dejando de lado que la teoría del ciclo de vida de los documentos y las fases de archivo, en la que se sustenta el criterio del Real Decreto 1708/2011, está viéndose superada gracias a los avances de la doctrina y la normativa técnica archivística internacional, más aún en el contexto actual de la documentación electrónica

64. Así, mientras el Decreto 914/1969 de creación del Archivo General de la Administración Civil fijaba una serie de plazos de permanencia, eso sí plagados de elementos indeterminados, el propio Real Decreto 1708/2011 remite a los calendarios de conservación la determinación para cada serie o agrupación documental de las fases de actividad, semiactividad o inactividad administrativa y de los períodos de permanencia de los documentos en cada uno de los tipos de archivo definidos según el ciclo vital –art. 15.3-. Ni que decir tiene que los criterios son también diversos en cada Comunidad Autónoma. Así, por ejemplo, la Ley 4/1993, de 21 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid, establece que en los Archivos de Oficina se custodiarán los documentos de Archivo generados por las diferentes unidades administrativas en tanto dure su trámite o su uso sea muy frecuente. «En todo caso la permanencia en ellos no será superior a cinco años desde el fin de su tramitación, salvo excepciones razonadas. Se excluye la documentación de apoyo informativo» –art. 13.1-. En cambio, otras Leyes hacen depender el plazo del calendario de conservación que se fije para cada serie documental, una vez efectuado el proceso de evaluación documental. Así, Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos –art. 19- y Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía.

65. Como ha señalado D. DE OCAÑA, «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, p. 52, a veces no se realizan las transferencias, acumulando documentos con el fin de hacer difusión y acción cultural (j)

66. Así, D. DE OCAÑA, «Ser o no ser: el archivero entre el derecho de acceso y la protección de la información», *Tabula*, 15 (2012).

Como es sabido, la legislación de archivos se ocupa de toda la documentación de titularidad pública desde que se genera, con un ámbito subjetivo amplísimo que coincide, en gran medida, con el establecido en la LTBG a efectos de transparencia pública. Y desde los años 90 se dio entrada a la noción de archivos de oficina con la finalidad de cubrir el flujo o circuito archivístico a través de las llamadas redes de archivos (naciones desconocidas en la LPHE)⁶⁷. Pero, más aún, a partir de la Ley 10/2001 de Archivos y Documentos, la legislación de archivos ha dado el paso fundamental de ocuparse de la entera gestión documental, noción que abarca la propia creación o recepción de los documentos⁶⁸. Se trata, por ello, de una ordenación con una clara e inequívoca vocación de *transversalidad*, en la misma medida en que lo es la Ley de Protección de Datos Personales o la Ley de Reutilización de la Información del Sector Público, entre otras. A todo lo cual debe añadirse, como pone de manifiesto el propio informe, que la documentación de titularidad pública forma parte, desde el mismo momento en que se genera, del Patrimonio Documental⁶⁹.

Por ello, entendemos que la relación entre LTBG y legislación de archivos no se debe plantear desde los postulados de ley general *versus* ley especial, sino en términos de *complementariedad*.

De entrada, el dato circunstancial del lugar donde se encuentre el documento no debe ser en modo alguno determinante, ni para la aplicación de la LTBG ni de la legislación de archivos. Por lo que respecta a la primera, recuérdese que mientras la LRJPAC se refería a documentos que «obren en los archivos administrativos», la LTBG no condiciona su aplicación a una circunstancia similar⁷⁰. Y, a la inversa, como se señaló más arriba, varias de las leyes autonómicas de archivos han explicitado el criterio según el cual «El hecho de que un documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública», criterio que permite la aplicación de los plazos con independencia de dónde se encuentre el documento, si bien debe reconocerse que la LPHE sigue hablando de documentos «registros y depositados» en los archivos correspondientes⁷¹.

En nuestra opinión, inicialmente debe aplicarse el régimen general la LTBG con independencia de cuál sea el archivo en el que circunstancialmente se encuentre el documento. En efecto, carece de sentido aplicar al acceso a documento que obre en un archivo de oficina un régimen más favorable, y cuando el documento se transfiera por su antigüedad a un archivo central, aplicar un régimen menos garantista.

67. Ley 4/1993 de la Comunidad de Madrid -art. 13.1-; Ley 4/1994 de La Rioja -art. 18.1-; Decreto 97/2000 de la Junta de Andalucía -art. 23.1-, entre otras. Aun cuando se intenta involucrar a las unidades de gestión administrativa en algunas funciones archivistas –como la identificación y valoración documental-, lo cierto es que el sistema archivístico no alcanza, apenas, a penetrar en la gestión administrativa, deteniéndose en la gestión archivística en sentido estricto.

68. Así, la Ley 7/2011 de Andalucía explicita que la gestión documental implicará el diseño mismo de los documentos, para garantizar su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y contextualización, requisitos que la ley impone a los documentos de titularidad pública –art. 11.1.-.

69. Recuérdese la enmienda núm. 497 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso.

70. En este sentido, se expresó en su comparecencia la presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función pública (Sra. De Andrés Díaz): «esta ley regule el acceso a cualquier tipo de información obrante en cualquier tipo de archivos, incluidos los históricos». DSCD, X Legislatura, 2013, núm. 290, p. 5.

71. Ley 10/2001 de Archivos y gestión de Documentos de Cataluña -art. 34.2- ; Ley 2/2007, de 12 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura –art. 22.6-; Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia –art. 23.4-.

La excepción a esta regla general sería cuando el régimen resultante de la aplicación de la legislación de archivos fuese más favorable que el previsto en la LTBG, y ello sucede en dos supuestos:

- Cuando el documento por estar depositado en un archivo histórico, sea de «libre consulta», es decir, que se encuentren a disposición de los ciudadanos, sin que sea preciso iniciar y tramitar un procedimiento autorizatorio.
- Cuando sean de aplicación los plazos fijados en la LPHE -art. 57.1.c)-, o en la legislación autonómica de archivos, y ello se aplicarán, debe insistirse, aun cuando el documento en cuestión se localice en un archivo de oficina o, como sucede en no pocas ocasiones, aun cuando no se localice en ningún archivo propiamente dicho⁷², pues no tendría sentido que la entidad que incumple las reglas de transferencia documental se beneficie de dicho incumplimiento. Otra cosa es la degradación que este precepto de la LPHE ha experimentado tras la LTBG, a la que me refiero más adelante.

Y este es el criterio que se sigue en otros ordenamientos próximos al nuestro⁷³. Pero, además, es el criterio implícito en diversas leyes autonómicas. Así, la Ley de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, tras la modificación efectuada por la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, establece: «*El acceso a los documentos de titularidad pública y a su información se ajustará a lo dispuesto en la Constitución, en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en la Ley de Transparencia Pública de Andalucía, en la presente ley y demás normas que resulten de aplicación*». De este modo, cuando la Ley 1/2014 de Andalucía –art. 28.3- establece «Cuando la persona interesada conozca la ubicación concreta de un documento o información en un archivo determinado, podrá dirigirse al órgano responsable del mismo en los términos previstos en la legislación en materia de archivos», esto no significa que esta normativa desplace por completo a las leyes de transparencia, pues su objeto es más modesto: permitir formular la solicitud de acuerdo con los criterios propios de la legislación sobre archivos, que posibilita en determinados supuestos una solicitud verbal, sin requerir un procedimiento formalizado.

Por su parte, la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, establece expresamente que la tramitación de las solicitudes de acceso a la información de los documentos que obren en el Archivo General de Castilla y León

⁷². En este sentido, A. NIÑO Y C. SANZ, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», *Cuadernos de Historia Contemporánea* 2012, vol. 34, pp. 318 y 340, demandan que los criterios para declarar una documentación como “histórica” no se basen en el tipo de archivo que la custodia, sino en la pérdida de vigencia administrativa y en la antigüedad.

⁷³. Así, Portugal, la ya derogada Ley 65/1993 tuvo la precaución de establecer –art. 7.3- que el depósito de los documentos administrativos en archivos no perjudica el ejercicio, durante todo el tiempo, del derecho de acceso a los referidos documentos. Por su parte, en Francia, la Ley 78/753 en la actualidad dispone lo siguiente: «*Le dépôt aux archives publiques des documents administratifs communicables aux termes du présent chapitre ne fait pas obstacle au droit à communication à tout moment desdits documents*» -art. 2-. Y añade la Ley más adelante: «*Les documents administratifs non communicables au sens du présent chapitre deviennent consultables au terme des délais et dans les conditions fixés par les articles L. 213-1 et L. 213-2 du code du patrimoine*» -art. 6- (código que incluye la Ley de Archivos). De modo similar, en Bélgica, la Ley de 14 de abril de 1994, relativa a la publicidad de la Administración, declara lo siguiente: «*Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux documents administratifs qui sont déposés dans des archives par une autorité administrative fédérale*» -art. 11-.

y en los Archivos Históricos Provinciales corresponde a las unidades que determine la normativa sobre archivos –art. 6.2-⁷⁴; y, en consecuencia, la «competencia para resolver las solicitudes de acceso a los documentos que obren en el Archivo General de Castilla y León y en los Archivos Históricos Provinciales corresponderá al órgano que la tenga atribuida en la normativa sobre archivos» –art. 7.2-. Por tanto, se da por sentada la aplicación de la Ley de Transparencia a información en poder incluso de los archivos históricos.

O, entre otras, la Ley 20/2015, de 29 de julio, de modificación de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos, establece: «Las personas tienen derecho a acceder a los *documentos públicos* en los términos y con las condiciones que establecen la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y el resto de normativa de aplicación» -art. 34.1-⁷⁵.

Por todo lo anterior, debe entenderse que la competencia del órgano independiente en materia de reclamaciones previsto en la LTBG se extiende a las solicitudes de acceso a la documentación depositada en cualquier archivo del sistema, de lo contrario la circunstancia de lugar donde obre el documento supondría una merma de las garantías de los ciudadanos⁷⁶.

Así, debe recordarse que tanto en Andalucía como en Cataluña las respectivas leyes de transparencia suprimieron las competencias de la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de Cataluña y de la Comisión Andaluza de Valoración y Acceso a los Documentos, relacionadas con las reclamaciones frente a las denegaciones del derecho de acceso a los documentos custodiados en los archivos del Sistema⁷⁷. Esta supresión sólo tiene un sentido cabal: entender que estas reclamaciones son ahora competencia del respectivo órgano independiente en materia de transparencia.

⁷⁴. En la disposición transitoria se añade que las funciones atribuidas a las unidades de acceso a la Información las atenderán los Servicios de Estudios y Documentación de las correspondientes consejerías y, en ausencia de estos, los Servicios de Evaluación, Normativa y Procedimiento. Esta atribución deja a salvo la que corresponde a la consejería competente en materia de archivos, en relación con las solicitudes de acceso a los documentos que obren en el Archivo General de Castilla y León y en los Archivos Históricos Provinciales.

⁷⁵. Es el criterio también de la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto (disposición adicional séptima. *Regulaciones especiales del derecho de acceso*): «No obstante, lo dispuesto en esta Ley Foral será de aplicación, en lo no previsto en las respectivas normativas específicas, a la información ambiental, a la relativa a la ordenación del territorio y urbanismo, y a la *obrante en archivos históricos de titularidad pública*, así como a cualquier otro supuesto en que por normativa foral se reconozca a los ciudadanos y ciudadanas, sin necesidad de motivación, un derecho de acceso a cualquier información de carácter público que obre en poder de las Administraciones Públicas».

⁷⁶. En Francia, la Ley 2000-321 –art. 7- extendió las competencias de la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos creada por la Ley 78-753 a la aplicación de la Ley 79-18 de Archivos, armonizando ambos textos legales.

⁷⁷. Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (disposición final tercera); Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña (disposición derogatoria).

■ 3.4. Una cuestión singular: la degradación del artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español

Uno de los aspectos más confusos de la regulación del derecho de acceso a la información pública contenida en la LTBG es, sin duda, el referido a la aplicación del límite derivado de la protección de los datos personales, ordenación que fue inspirada, casi al pie de la letra, por la Agencia Española de Protección de Datos. Pues bien, en síntesis, la LTBG diferencia tres categorías informaciones:

- Informaciones que contengan datos personales especialmente protegidos: en estos casos la Ley establece una regla es taxativa, en el sentido de que su comunicación exige en todo caso el consentimiento del titular (art. 15.1)⁷⁸.
- Informaciones que únicamente contengan datos personales meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano: la Ley establece una regla general favorable a su comunicación, si bien cabe a título excepcional la denegación (art. 15.2)⁷⁹.
- Resto de las informaciones que contengan datos personales: en esta amplísima categoría que se obtiene por exclusión, la Ley no establece ni una regla taxativa ni general, de modo que el órgano competente deberá resolver caso por caso, eso sí teniendo presente, entre otros, los criterios que la propia Ley explicita (art. 15.3)⁸⁰.

El primero de los criterios enunciados por la LTBG –art. 15.3.a)- se refiere a: «El *menor perjuicio* a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». Se trata, pues, de un criterio favorable a la comunicación de la información.

Ciertamente, ya el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración

78. La exclusión de toda ponderación en el caso de datos especialmente protegidos obedece a que, según la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 24 de noviembre de 2011 (asunto *ASNEF y FECEMD*), el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, no es aplicable a estos datos especialmente protegidos.

79. La referencia a los datos meramente identificativos relacionados con la *organización y funcionamiento* de la autoridad permite defender que los datos identificativos del personal al servicio de las autoridades públicas en sentido amplio (cargos y empleados públicos, y otras personas vinculadas a la autoridad) que constan en los documentos públicos en razón del ejercicio de sus cargos y funciones (naturalmente, no en calidad de sujetos particulares), aun siendo datos personales, son accesibles, salvo en aquellos casos en los que deban prevalecer otros derechos y bienes constitucionales (como la seguridad pública en relación con informaciones policiales). Con todo, la referencia a la «*actividad pública* del órgano» es harto ambigua, como destacó la propia AEPD en su informe.

80. La base de este precepto es el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, el cual permite el tratamiento de datos personales cuando «es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado». Asimismo, la relación de criterios tiene origen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 24 de noviembre de 2011 (asunto *ASNEF y FECEMD*), la cual admite que los Estados miembros, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, establezcan «los principios que deben regir dicha ponderación» para todos los supuestos que no se encuentren cubiertos por las restantes causas legitimadoras del tratamiento de los datos y siempre que no se refieran a datos especialmente protegidos (a los que no resulta de aplicación el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE).

General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, siguiendo el criterio del informe de la AEPD, había relativizado el plazo de los 50 años de la LPHE⁸¹, pero la LTBG extiende esta relativización al plazo de 25 años («del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español»). Y si bien la relativización del plazo de 50 años podría tener fundamento en la eventualidad de permaneciera con vida el afectado (debiendo en tal caso prevalecer la regla del consentimiento), en el caso del plazo de 25 años el criterio de la LTBG no puede ser más desconcertante, pues el presupuesto para la aplicación de este plazo es que conste la fecha de fallecimiento del afectado (y además hayan transcurrido 25 años), en cuyo caso no se aplica la LOPD⁸².

Pero a todo ello hay que subrayar que el presupuesto para la aplicación de este precepto es que se trate de documentos que no contengan datos especialmente protegidos. De este modo, la LTBG modifica el criterio de la LPHE, la cual –recuérdese– ha venido admitiendo, una vez transcurridos los indicados plazos, el acceso a los «documentos que contengan *datos personales* de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole *que puedan afectar* a la seguridad de las personas, a su honor, a la *intimidad* de su vida privada y familiar y a su propia imagen». Por el contrario, la LTBG parece admitir únicamente que vencidos los plazos señalados pueda accederse a documentos que conteniendo datos personales (pues en otro caso no sería de aplicación el precepto) no se trate datos especialmente protegidos. Y aún en tales casos, el acceso podrá ser denegado si se considera que deben prevalecer otros bienes.

Como ha denunciado D. DE OCAÑA, este precepto de la LTBG supone la deslegalización de los plazos de la LPHE. Es decir, que aun transcurridos éstos, ello no garantiza el acceso a los documentos. «Los plazos suelen ser objeto de críticas y puede discutirse acerca de si son o no idóneos pero no creo que puede dudarse de su necesidad. Además de proteger bienes y derechos que pudieran verse afectados negativamente por el conocimiento público de determinada información en un momento dado, coadyuvan a la conservación de los documentos. La certeza de los plazos –si se cumplen– sirve de antídoto frente los temores

81. «Cuando no fuera posible conocer la fecha o el hecho del fallecimiento y el documento o documentos solicitados posean una antigüedad superior a cincuenta años, el acceso se concederá si, atendidas las circunstancias del caso, se entiende razonablemente excluida la posibilidad de lesión del derecho a la intimidad personal y familiar o el riesgo para la seguridad del afectado y siempre de conformidad con la normativa de protección de datos». Obsérvese que este precepto está plagado de elementos indeterminados («se entiende *razonablemente* excluida la *posibilidad* de lesión del derecho a la intimidad», pero ¿hay alguien que pueda «razonablemente» excluir la mera posibilidad de lesión de un derecho?). Véase la crítica a este precepto de A. NIÑO Y C. SANZ, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», Cuadernos de Historia Contemporánea, 2012, 317; F. FERNÁNDEZ CUESTA, «Protección de datos en archivos públicos», 2012, 219; B. DESANTES FERNÁNDEZ, «El procedimiento de acceso desarrollado en el RD 1708/2011, de 18 de noviembre. Entre la realidad y el deseo», 2012, habla de un espacio a la arbitrariedad. Por su parte, E. GUICHOT, «La transparencia en España: estado de la cuestión». p. 271, opina que esta regulación material del RD 1708/2011 es más restringida que la contenida en la LPHE, y que probablemente excede de los límites reglamentarios. Más abiertamente, D. DE OCAÑA, califica el precepto como ilegal. *El derecho a saber y el deber de la privacidad: el acceso a los documentos*. VI Congreso de Archivos de Castilla y León. *Tabula*. Nº 15 (2012),

82. Como señala el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, este Reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas –art. 2.4–, disposición que vino a ratificar la posición de la AEPD en múltiples informes.

que pueden facilitar la desaparición de los documentos y aporta seguridad jurídica al delimitar con precisión el momento a partir del cual pueden comunicarse estos últimos»⁸³.

En nuestra opinión, se trata de un claro retroceso en el acceso a la información pública que va a afectar seriamente a la actividad de los investigadores. Piénsese en una serie documental de expedientes sancionadores: ¿ni siquiera el transcurso de los prolongados plazos de la LPHE permitirá el acceso a las mismas! Además, existe una flagrante contradicción con la propia lógica de la legislación de protección de datos personales, la cual no se aplica a personas fallecidas. Parece correcto sostener que, en aplicación de la LOPD, mientras no se acredite suficientemente el fallecimiento de una persona, un tercero no puede acceder a sus datos especialmente protegidos sin su consentimiento, pero una vez fallecida ésta y acreditado el óbito, deberá aplicarse el plazo de los 25 años de la LPHE, y admitir el acceso a todos los datos personales, y no solamente a los no especialmente protegidos. Asimismo, si el documento contiene datos personales, pero tales datos no afectan a la intimidad en sentido estricto del titular, una vez fallecido éste, ni es de aplicación la LOPD ni el plazo de 25 años tras el fallecimiento de la LPHE⁸⁴.

■ 4. Las conexiones entre los sistemas de transparencia y los sistemas de archivos y gestión documental

■ 4.1. La interdependencia de ambos sistemas

Con independencia de la ordenación en la legislación de archivos de un régimen más o menos específico de acceso a la documentación de titularidad pública, lo cierto es que hoy en día las relaciones del sistema archivístico y de gestión documental con el sistema de transparencia son mucho más intensas, pues como se ha puesto de manifiesto en otros países, pretender implantar un sistema de transparencia pública sin garantizar un funcionamiento aceptable del sistema de archivos y gestión documental es como poner el carro antes que los bueyes.

Lo cierto es que de nada sirve aprobar la mejor de las Leyes de acceso a la información pública si la documentación objeto principal (aunque no exclusivo) del derecho, aun existente en un momento dado, ha sido destruida indebidamente o, sencillamente, se ha perdido, sustraído o alterado, circunstancias que incluso están previstas expresamente en alguna norma como límite del derecho de acceso⁸⁵. En estos casos estaríamos ante

⁸³. D. DE OCAÑA, «Ser o no ser: el archivero entre el derecho de acceso y la protección de la información», *Tabula*, 15 (2012), p. 161. Del mismo autor, «Descifrando la piedra Rossetta: la valoración de la accesibilidad a los documentos públicos», *Jornadas Archivando: la valoración documental*. León, 7 y 8 de noviembre 2013, y «Transparencia, democracia y archivos públicos. Algunas reflexiones sobre la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», facilitado por cortesía del autor, 2015

⁸⁴. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 195 y ss., especialmente p. 200.

⁸⁵. Así, el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, establece que la solicitud podrá ser denegada por resolución motivada en caso de «Inexistencia o pérdida del documento original o de los datos en él contenidos» -art. 9.4.a)-.

supuestos de imposibilidad material para el ejercicio del derecho de acceso. En efecto, tal como establece expresamente alguna norma comparada, el derecho de acceso es ejercitable hasta que el documento haya sido eliminado mediante los procedimientos legalmente previstos⁸⁶.

Asimismo, ¿cómo cumplir los cada vez más perentorios plazos para la resolución de las solicitudes si no es infrecuente que la propia Administración titular del documento tenga verdaderas dificultades para localizar el documento en cuestión por falta de organización y tratamiento de los fondos documentales?⁸⁷. Además, la propia precaria situación del documento puede suponer una restricción al acceso al mismo, tal como reconocen las leyes en materia de patrimonio documental y archivos⁸⁸.

Pues bien, de todas estas cuestiones se ocupan los sistemas de gestión documental y de archivos ordenados en la legislación de archivos, documentos y patrimonio documental. Así, la dialéctica conservación-eliminación de los documentos públicos únicamente puede ordenarse adecuadamente desde el sistema archivístico, a través de la aplicación de las técnicas archivísticas de valoración, selección y expurgo de la documentación⁸⁹.

Ciertamente, la situación real de los archivos públicos españoles es muy dispar, pues existe una gran variedad de situaciones, en términos de conservación, identificación y control de la documentación, según los archivos. No obstante, cabe recordar el «Informe sobre Archivos» elaborado desde el propio Ministerio de Presidencia en 2006 (por tanto, un informe oficial), a propósito de los archivos de la Guerra Civil y la ulterior represión política, en el cual se reconoce palmariamente lo siguiente:

«los investigadores o personas interesadas en consultar esta documentación se encuentran con frecuentes obstáculos, bien sea por problemas derivados de su catalogación, o bien de su almacenamiento y de la escasez de personal. Las posibilidades reales de una investigación dependen, muchas veces, de factores como el desconocimiento de la existencia de los fondos,

86. La Ley italiana 241/1990 tras la reforma de 2005 dispone: «*Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere*»-art. 22.6-. De modo más radical, la Ley 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú, establece que en ningún caso la entidad de la Administración Pública podrá destruir la información que posea. La entidad de la Administración Pública deberá remitir al Archivo Nacional la información que obre en su poder, en los plazos estipulados por la Ley de la materia. El Archivo Nacional podrá destruir la información que no tenga utilidad pública, cuando haya transcurrido un plazo razonable durante el cual no se haya requerido dicha información y de acuerdo a la normatividad por la que se rige el Archivo Nacional –art. 18-.

87. Como indicara D. DE OCAÑA LACAL («El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso», *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2001, p. 168), “cualquier intento de establecer un régimen de auténtica transparencia es una pura quimera ante una realidad harto frecuente de masas informes de papel en almacenes y sótanos, en los que olvidados por todos, se disputan el escaso espacio disponible con toda clase de trastos”.

88. Así, por ejemplo, la Ley 7/2011 de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía establece que el acceso a los documentos «podrá ser denegado cuando el estado de conservación de los mismos así lo requiera» –art. 62.4-. Igualmente se añade que la obtención de reproducciones de los documentos estará condicionada por su estado de conservación –art. 63.3-

89. Véase F. FERNÁNDEZ CUESTA, “Al servicio de la transparencia. El papel de los archiveros y la gestión documental en el acceso a la información pública”, en *Métodos de Información (MEI)*, II Época, vol. 3, núm. 5, 2012, pp. 135-166, especialmente pp. 159-161.

su embrionario estado de catalogación, la ausencia de digitalización o, en ocasiones, las peculiaridades de las culturas administrativas de los organismos públicos o entidades privadas que los custodian. Debido a todos estos factores, y a la carencia de unas normas de acceso homogéneas, las condiciones de consulta de nuestros archivos vienen siendo objeto de numerosas quejas y reclamaciones, tanto por parte de los investigadores como de los ciudadanos en general»⁹⁰.

■ 4.2. La práctica ausencia de referencias al sistema de archivístico y de gestión documental en la LTBG

Por todo lo anterior, habría sido conveniente que la LTBG dedicara algunos preceptos a estas cuestiones. Ciertamente, las competencias del Estado en materia de archivos están limitadas a los archivos de titularidad estatal, pero tanto desde la competencia estatal sobre patrimonio cultural (en la medida en que la documentación pública constituye en su integridad patrimonio documental), como desde la competencia sobre el régimen jurídico básico de las Administraciones públicas (dada la conexión de la gestión documental con la actuación de las Administraciones, sobre todo la procedimentalizada), cabe postular la introducción en la Ley de una norma que explicita la obligación por parte de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación de adoptar políticas, procedimientos, prácticas y sistemas de gestión de documentos y archivos para garantizar, entre otras cosas, la efectividad del derecho de acceso⁹¹.

De hecho, cabe recordar que la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, dispuso que los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para la protección, la integridad y catalogación de los fondos documentales depositados en los archivos públicos, en particular en los casos de mayor deterioro o riesgo de degradación –art. 22.3-⁹².

90. También resulta de interés la lectura del documento de la Asociación de Historia Contemporánea, «Situación actual de los Archivos Históricos en España», de 2004. A pesar de que el documento se refiere exclusivamente a los Archivos Históricos, que son en principio los mejor dotados, se dirá, entre otras cosas: «En algunos importantes archivos públicos la situación de los fondos es de tal lamentable desorden que su consulta se hace extremadamente difícil, por no decir imposible: ausencia de guías e inventarios actualizados, catalogación de fondos deficiente o anacrónica, escasez de fondos digitalizados, excepcionalidad del acceso “on line” a los catálogos, etc. Pese al trabajo meritorio de muchos archiveros, consideramos que el número de éstos y la dotación económica de los archivos es hoy muy insuficiente para la gran tarea que se debería realizar a fin de “normalizar” su situación».

<http://www.ahistcon.org/16.htm>

91. Así lo expresaron en relación con el Anteproyecto de Ley la Asociación de Archiveros de Castilla y León (ACAL) y la Asociación de Archiveros y Gestores de Documentos Valencianos.

92. En esta línea se expresó en su comparecencia la presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función pública (Sra. De Andrés Díaz), en el sentido de incluir una disposición final o adicional que expresara la necesidad de elaborar una ley de archivos de ámbito general que garantice la igualdad de todos los ciudadanos en la capacidad de uso de los documentos que son necesarios para el ejercicio de sus derechos, que establezca la obligación de conservar los documentos mientras tengan valor probatorio, de crear sistemas archivísticos y de gestión de documentos que contemplen de forma integral el ciclo vital de los documentos públicos. *DSCD*, X Legislatura, 2013, núm. 290, p. 3.

Pues bien, la única disposición contenida en la LTBG que conecta incidentalmente con el sistema de gestión documental es la regla básica según la cual las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del Título I «establecerán sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna» –art. 21.1-.

Una disposición muy pobre, que no cumple con las exigencias mínimas del Convenio núm. 205 del Consejo de Europa de acceso a los documentos públicos –art. 9-, el cual obliga expresamente a las Partes a «gestionar sus documentos eficientemente de modo que sean fácilmente accesibles»; y «seguir los procedimientos claros y preestablecidos para la preservación y destrucción de sus documentos». Y, en este sentido, se había pronunciado alguna Proposición de Ley contemporánea a la LTBG⁹³.

Por otra parte, es interesante articular técnicas de coordinación, tanto en los órganos de gestión del sistema de transparencia como en los órganos de garantía y supervisión. En relación con los primeros, con carácter de norma no básica, la LTBG –art. 21.2- dispone que en el ámbito de la Administración General del Estado, existirán *unidades especializadas* que tendrán, entre otras funciones, realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información; llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información, o mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obre en poder del órgano. Funciones éstas que se sugirieron atribuir a los archivos⁹⁴.

Por último, respecto a la composición del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, dejando de lado su configuración eminentemente presidencialista, a semejanza de la Agencia Española de Protección de Datos, cabe señalar que la LTBG –art. 36.2- dispone que la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, con funciones ciertamente secundarias, estará compuesta por los miembros siguientes: el Presidente; un Diputado; un Senador; un representante del Tribunal de Cuentas; un representante del Defensor del Pueblo; un representante de la Agencia Española de Protección de Datos; un representante de la Secretaría de Estado y Administraciones Públicas; un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal⁹⁵. En todo caso, destaca la ausencia de un

93. Así, la Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública que presentó el Grupo Socialista en diciembre de 2011 disponía que los sujetos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley adoptarán medidas de gestión de la información que hagan fácilmente accesible su localización y divulgación. «A los efectos de garantizar el cumplimiento de las finalidades de esta Ley, las Administraciones públicas tendrán el deber de conservar la información que afecte a derechos o intereses de los particulares, así como, en general, la elaborada en el ejercicio de las competencias legalmente encomendadas que resulte necesaria para la continuidad de la actividad administrativa. La conservación y destrucción de documentos se producirá de conformidad con procedimientos claros y preestablecidos» –art. 5-. *BOCG*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B, 27 de diciembre de 2011, núm. 10-1.

94. Desde la Asociación de Archiveros de Castilla y León (ACAL) y de la Asociación de Archiveros y Gestores de Documentos Valencianos se sugirió atribuir estas funciones a los archivos. Y en esta línea se expresó en su comparecencia la presidenta de la Asociación de Archiveros en la Función pública (Sra. De Andrés Díaz *DSCD*, X Legislatura, 2013, núm. 290, p. 6.

95. Se trata de una composición que presenta algún paralelismo con el Consejo Consultivo de la AEPD –art. 38 LOPD-, que también contempla un diputado y un senador. Véase la crítica a la configuración del Consejo de M. A. SENDÍN GARCÍA, «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, Monográfico, *Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno*, mayo 2014.

profesional del campo de los archivos, a propuesta del Ministerio competente en la materia, cuyo papel es esencial en la aplicación de la Ley⁹⁶.

■ 4.3. Leyes autonómicas de transparencia y sistema de archivos y gestión documental

En relación con la coordinación con el sistema archivístico, la norma más avanzada es la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto, que en un precepto dedicado justamente al «sistema integral de información o de gestión del conocimiento» (art. 9) establece que la Administración Pública promoverá la transparencia de la información pública *mediante la implantación de un sistema integral de información o de gestión del conocimiento*. Y añade:

«3. Este sistema garantizará tanto el acceso de los ciudadanos y ciudadanas a la información pública, al objeto de promover su posicionamiento informado y su participación y colaboración responsable en los asuntos públicos, como el acceso a la gestión del conocimiento *en el ámbito interno*, al objeto de promover la eficiencia en la acción pública.

4. Este sistema habrá de contar con un *depósito o repositorio centralizado de los datos y documentos* que se consideren necesarios para asegurar las obligaciones de información pública recogidas en esta Ley Foral, *repositorio que se integrará y se articulará en el sistema archivístico* existente de conformidad con la Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos».

Por su parte, la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia, tras establecer que las entidades e instituciones a las que se refiere el artículo 5 están obligadas a publicar las condiciones del derecho de acceso a la información pública, el procedimiento para su ejercicio y el órgano competente para resolver, añade: «En la Administración regional las condiciones de acceso, que se realizarán mediante cuadros de clasificación y valoración de series documentales, serán publicadas en el Boletín Oficial de la Región de Murcia por la consejería competente en materia de transparencia, previo informe de la consejería competente en materia de archivos» -art. 24.1.a)-.

96. Así, la enmienda núm. 478 del Grupo Parlamentario Socialista propuso, entre otros, los miembros siguientes: un miembro designado por las Asociaciones más representativas en el ámbito de la transparencia; d) un miembro designado por las organizaciones sindicales más representativas; e) un miembro designado por las organizaciones empresariales más representativas; e) un experto del sector de archivos designado por las organizaciones profesionales del sector; f) dos expertos designados por el Consejo de Universidades. BOCG, Congreso, Serie A Núm. 19-3 2 de julio de 2013, p. 251.

De un modo más parcial e indirecto, la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, en un precepto relativo a la Conservación de la información (art. 36), establece que las entidades a las que se refiere el artículo 3.1 conservarán la información pública que obre en su poder o en el de otras personas o entidades en su nombre, en los términos establecidos en la normativa vigente⁹⁷.

Desde la perspectiva inversa, puede anotarse que, tras la modificación de la Ley de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía, efectuada por la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, la Comisión Andaluza de Valoración de Documentos podrá establecer criterios homogéneos sobre la aplicación de la normativa sobre la materialización del acceso a los archivos, en los términos previstos en la legislación sobre transparencia, considerando el estado de conservación de los documentos –art. 62.4-⁹⁸. Y, en esta línea, la Ley 20/2015, de 29 de julio, de modificación de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos, establece que corresponden a la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental tanto funciones de evaluación documental como de acceso a los documentos públicos, sin perjuicio de las funciones asignadas por la Ley 19/2014 a la Autoridad Catalana de Protección de Datos y a la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública. Se opta por mantener la función que ha desempeñado la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental de hacer constar el régimen general aplicable al acceso a los documentos en el momento de resolver las solicitudes de evaluación de documentos públicos y en las tablas de acceso y evaluación documental.

Pero, sobre todo, destaca la regla según la cual: «Todas las administraciones y entidades titulares de documentos públicos deben disponer de un *único sistema de gestión documental* que garantice el correcto tratamiento de los documentos en las fases activa, semiactiva e inactiva y que permita cumplir con las obligaciones de transparencia»⁹⁹.

⁹⁷. La Ley añade que, sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, dicha información se conservará en estándares abiertos que garanticen su longevidad y manteniendo la capacidad de transformarlos automáticamente a formatos de fácil reproducción y acceso siempre que sea técnicamente posible.

⁹⁸. Establecer los criterios sobre el acceso material a los documentos de titularidad pública y a los documentos del Patrimonio Documental de Andalucía custodiados en los archivos del Sistema –art. 31.3-.

⁹⁹. Esta idea se explicita en la exposición de motivos de la Ley 20/2015, de 29 de julio, de modificación de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos: «En primer lugar, *dada la importancia que alcanzan los sistemas de gestión de los documentos públicos para garantizar la transparencia* de acuerdo con la Ley 19/2014, se considera adecuado actualizar la definición de sistema de gestión documental y hacer referencia expresa a la gestión documental en varios artículos, así como establecer que, a partir de la entrada en vigor de la presente ley, la denominación de la Ley de archivos y documentos debe incluir la referencia a la gestión de documentos».

■ 4.4. Otras conexiones a los archivos en la legislación autonómica sobre transparencia

Con un valor menor y carácter tangencial pueden encontrarse otras determinaciones. Así, algunas leyes de transparencia, al parecer ignorando los mandatos sobre custodia y transmisión de la documentación contenidos en la legislación de archivos y patrimonio documental¹⁰⁰, contienen específicas previsiones relativas al Gobierno en funciones: el Gobierno en funciones deberá facilitar el traspaso de poderes al nuevo Gobierno, garantizando la documentación necesaria para ello, elaborando inventarios de los documentos, en el formato más seguro y práctico, con el fin de informar de manera transparente sobre el estado concreto de los archivos y temas pendientes de cada departamento y centros directivos¹⁰¹.

Por su parte, en relación con el ejercicio del derecho de acceso, la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, parece diferenciar entre «formalización» del acceso (término usado por la LTBG) y materialización del acceso a la información pública, recogiendo las cautelas tradicionales de la legislación de archivos: «La información solicitada se entregará a la persona solicitante en la forma y formato por ella elegidos, salvo que pueda ocasionar la pérdida o deterioro del soporte original, no exista equipo técnico disponible para realizar la copia en ese formato, pueda afectar al derecho de propiedad intelectual o exista una forma o formato más sencilla o económica para el erario público» –art. 34.1-. Asimismo, cabe mencionar la regla según la cual en el caso de los archivos, bibliotecas y museos, se atenderá, en lo que a gratuidad o pago se refiere, a lo que disponga su legislación específica¹⁰².

En cuanto a los aspectos organizativos del sistema de transparencia, las referencias al sistema archivístico son, en general, escasas y tangenciales. La mayoría de las leyes autonómicas, aun cuando no estaban obligadas a ello por no tratarse de una norma básica, recogen la figura de las unidades de información de la LTBG¹⁰³.

¹⁰⁰. La LPHE -art. 54.1- establece que quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos de titularidad pública -art. 49.2- están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda. No obstante, D. DE OCAÑA LACAL, “Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España”, *op. cit.*, pág. 189, manifestara que pocas disposiciones son tan olímpicamente ignoradas como el art. 54 LPHE, e, incluso, su incumplimiento ha generado pingües beneficios económicos con cargo al erario público.

¹⁰¹. Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto –art. 34-; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura –art. 65-.

¹⁰². Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto –art. 33.2-; Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura –art. 26.5-.

¹⁰³. Así, por ejemplo, la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León, en un artículo referido a las Unidades de acceso a la información, establece que para la tramitación de las solicitudes de acceso a los documentos con una antigüedad de hasta cinco años que obren en poder de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y de sus organismos autónomos podrán existir unidades de acceso a la información, con la estructura que reglamentariamente se determine, para el ejercicio de las funciones que se relacionan a continuación. Las referidas unidades tramitarán, igualmente, las solicitudes de acceso a los documentos que tengan una antigüedad superior a cinco años en el caso de que no hayan sido transferidos a los archivos a los que se refiere el apartado siguiente –art. 6.1-.

No obstante, destaca también en este punto la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto, la cual establece que la Administración Pública, con objeto de hacer efectivo el derecho a la información pública de los ciudadanos y ciudadanas, designará unidades responsables de la información pública, que serán las encargadas, *en coordinación con el sistema archivístico existente* y, en particular, con el archivo digital, de la tramitación, en tiempo y forma, de las obligaciones establecidas por esta Ley Foral. De modo similar, la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información de Canarias, dispone que las unidades administrativas responsables de la información pública actuarán *en coordinación en su caso con las unidades de archivo* –art. 10.3-.

Por su parte, la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, tras ordenar la creación de las unidades de transparencia –art. 41.1-, añade que se constituirá en cada consejería una *comisión de transparencia* con la participación de los distintos centros directivos, *archivos*, entidades instrumentales y demás entidades dependientes para asegurar la implementación de la transparencia de forma homogénea en todos los ámbitos de la actuación administrativa de la Junta de Andalucía –art. 41.2-. Y, en tal sentido, el Decreto 289/2015, de 21 de julio, por el que se regula la organización administrativa en materia de transparencia pública en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, establece que formarán parte de la comisiones de transparencia, entre otras, las personas responsables de los Archivos Centrales –art. 12-.

De modo similar, la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia, contiene una ligera referencia a los archivos a propósito de la composición de la Comisión Interdepartamental: entre otros, Los titulares de las secretarías generales de todas las consejerías, así como los titulares de las direcciones generales competentes en materia de informática, en materia de atención al ciudadano y *en materia de archivos* –art. 35.2-¹⁰⁴.

Peor parada sale la presencia del sistema de archivos en los órganos autonómicos de garantía del sistema de transparencia, ámbito en el cual las leyes autonómicas ha mostrado un mayor grado de inventiva, si bien parece imponerse el modelo de la LTBG de atribuir la competencia a un órgano unipersonal.

¹⁰⁴. Además, la disposición adicional tercera (*Articulación de medidas organizativas y presupuestarias*) dispone que las consejerías competentes en materia de transparencia, atención al ciudadano, *archivos*, informática y hacienda, adoptarán las medidas necesarias para garantizar la aplicación efectiva del derecho de acceso a la entrada en vigor de esta ley.

Órgano competente en materia de reclamaciones

CA	Órgano	Naturaleza	Competencia
NAV	-	-	-
EXT	-	-	-
AND	Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía	Entidad pública (Director y Comisión Consultiva)	Director
RIOJ	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno AGE	-	-
MUR	Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia	Órgano colegiado	Consejo
ICAN	Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública	Órgano unipersonal, vinculado al Parlamento	Comisionado
CAT	Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública	Órgano colegiado, vinculación Parlamento y Gobierno	Comisión
CYL	Comisión de Transparencia	Órgano colegiado adscrito al Procurador del Común	Comisionado (Procurador)
ARA	Consejo de Transparencia	Órgano adscrito a la Administración autonómica	Consejo
VAL	Consejo de Transparencia, Acceso a la Infor. Pública y Buen Gobierno	Órgano adscrito a la Administración autonómica (Comisión ejecutiva y Comisión consultiva)	Comisión ejecutiva

La excepción la constituye la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, que además de atribuir la competencia para conocer las reclamaciones a un órgano colegiado (Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública), añade que los miembros de la Comisión deben ser juristas especialistas en derecho público y *técnicos en materia de archivos o gestión documental*, elegidos entre expertos de reconocida competencia y prestigio y con más de diez años de experiencia profesional –art. 40.3-¹⁰⁵.

Por su parte, si bien la Ley 1/2014 de Transparencia Pública de Andalucía, se limitó en mencionar la presencia de «personas expertas en la materia» en relación con la Comisión Consultiva del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, el Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, prevé expresamente que tales expertos podrán provenir, entre otros, de *entidades que representen los colectivos de profesionales de archivos* –art. 12.3-.

En ambos casos, se trata de un pequeño paso, pero manifiestamente insuficiente por desenfocado: en mi opinión, la participación debería ser no en concepto de experto, sino institucional, en el sentido de vincularse a la Comisión Calificadora o de Evaluación de Documentos de correspondiente sistema archivístico¹⁰⁶.

¹⁰⁵. Otra cosa parece ser la aplicación real de esta previsión legal, según informa la prensa.

¹⁰⁶. La Ley 20/2015, de 29 de julio, de modificación de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos de Cataluña, sí se preocupa de la integración de las otras instituciones en la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental: entre sus miembros, una persona representante de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, y otra de la Autoridad Catalana de Protección de Datos –art. 19.1-.

Leyes autonómicas sobre archivos de segunda generación

- Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y gestión de documentos de Cataluña¹⁰⁷.
- Ley 3/2002, de 28 de junio, de Archivos de Cantabria.
- Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos, de Castilla- La Mancha.
- Ley 3/2005, de 15 de junio, de Archivos, de la Comunidad Valenciana.
- Ley 15/2006, de 17 de octubre, de Archivos y Patrimonio Documental de Baleares.
- Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos de Navarra.
- Ley 2/2007, de 12 de abril, de Archivos y Patrimonio Documental de Extremadura.
- Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía.
- Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia.

Leyes autonómicas sobre transparencia pública

- Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.
- La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.
- Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.
- Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.
- Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.
- Ley 3/2014, de 11 septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.
- Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia.
- Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información de Canarias.
- Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.
- Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León.
- Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón.
- Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana.

107. Denominación modificada por disposición adicional única de la Ley 20/2015, de 29 de julio.