

Actas das

I Xornadas

Olga Gallego

de Arquivos

Transparencia

“versus”

corrupción:

os arquivos

e a democracia

A Fundación Olga Gallego

promove a transparencia para

o acceso á información de poder

de Galicia e de España

através de Arquivos de Arquivos

de Galicia e de España

de Galicia e de España

de Galicia e de España

de Galicia e de España

**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

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

La transparencia y su desarrollo en la Ley 19/2013

desde la perspectiva
del trabajo archivístico

Daniel de Ocaña Lacal

La transparencia y su desarrollo en la Ley 19/2013 desde la perspectiva del trabajo archivístico¹

Daniel de Ocaña Lacal

Norberto BOBBIO define Democracia como *gobierno del poder visible*. Principio de publicidad que, en estos tiempos, deviene otra vez más como aspiración que como realidad de partida. Y es que el concepto de Democracia es inescindible de la noción del control del Poder. Así, para que dicho control sea posible, no puede hablarse de Democracia sin publicidad.

Lo cual no significa que el secreto, antónimo de la publicidad, de la Transparencia, lo sea también de la Democracia, pues no deja de ser, como dice DE LUCAS, elemento de la estructura social, imprescindible para el hombre en su relación con el resto de la sociedad². Advierte asimismo dicho autor contra la confusión entre secreto y engaño, este último siempre ilícito por cuanto atenta al principio, consustancial a la Democracia, de autonomía y participación, la idea de soberanía política del ciudadano. De ahí que el artículo 20.1.d) CE reconozca y proteja el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión como instrumento al servicio de un opinión pública libre, sin la cual es difícil hablar de Democracia.

La conclusión es que el secreto en Democracia es posible, incluso necesario, siempre y cuando esté regulado, con carácter excepcional, en la ley democrática, expresión de la voluntad popular. Y aún más: dicha regulación del secreto ha de estar fundamentada en la protección del interés público y contemplar la estricta necesidad del secreto y su limitación temporal.

La realidad, sin embargo, está ahí fuera. Cualquiera que posea conocimiento y limite o module su transmisión frente al resto, detenta poder frente a ese resto.

Toda burocracia intenta acrecentar la superioridad de los profesionalmente informados conservando en secreto sus conocimientos y propósitos. [...]

Max WEBER *¿Qué es la burocracia?*, cap. XII

Así, la tarea de custodia acaba por imponerse a la de mediación. Por eso, a menudo, la defensa de los intereses públicos *en abstracto* se usa como excusa frente a los ciudadanos cuando éstos solicitan acceso a la información.

En el Estado democrático que surge con la Constitución de 1978, la ciudadanía adquiere su plena dimensión respecto de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales.

1. El presente texto corresponde a la conferencia dictada en el marco de las I Jornadas de Archivos, organizadas por la Fundación Olga Gallego los días 2 y 3 de octubre de 2015 y es una actualización de la pronunciada anteriormente en la Jornada “Los archivos de la Transparencia”, organizada por la Associació d’Arxivers i Gestors de documents valencians el día 27 de febrero de 2015.

2. DE LUCAS MARTIN, F. JAVIER, “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII (1990), pp. 131-145.

Por ello establece, en su artículo 105.b) un *principio general de publicidad* en la actuación administrativa que habría de posibilitar el control de ésta última por la ciudadanía, además de constitucionalizar en el ya precitado artículo 20.1.d) CE, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

A partir de ahí, diversas normas pretendieron, con mayor o menor fortuna, configurar el derecho de acceso a la documentación en su ámbito de aplicación. Pero, a los efectos que aquí interesan, la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (LTAIBG), se ha erigido como la primera ley estatal que viene a regular la transparencia como materia transversal a toda la actuación de los poderes públicos. Una norma que venía siendo demandada desde hacía tiempo, no sólo porque la regulación anterior era parcial y obstinadamente limitante del derecho de acceso a la información, sino porque devenía en imprescindible para satisfacer los estándares que en la materia establecen tanto diversos instrumentos internacionales (significativamente el Convenio Europeo de 2008) como los ordenamientos jurídicos de otros países de nuestro entorno. Demanda que cobró mayor intensidad desde la configuración del derecho fundamental a los datos personales y a su protección, a través de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPDP) y de sus interpretaciones jurisprudenciales, que expandían desmesuradamente el concepto de dato personal y las limitaciones para su *tratamiento*, lo que supuso para el ejercicio del derecho de acceso las consecuencias que todos conocemos y algunas que empezamos a ver, como la aparición de eso que se da en llamar “derecho al olvido”.

■ La Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno

Y ahora la cosa está de moda. Ahora se celebran seminarios, debates, conferencias, cursos, muchas veces impartidos por quienes hasta hace dos días la única transparencia que conocían se vendía en tiendas de lencería... Y a menudo, se recitan lugares comunes, extraídos de las normas, de forma descriptiva, sin ir mucho más allá. Empezando por el propio concepto. Lo cierto es que es la hora de la Transparencia y bienvenida sea, pues, pese a las inercias y resistencias, resulta muy difícil negar los beneficios que supone para la gestión pública y para la ciudadanía. Como se afirma en el proyecto de Ordenanza de Transparencia del Ayuntamiento de Madrid³

Nadie puede ya obviar los importantes beneficios que la apuesta por la transparencia supone para la gestión pública: no solo mejora su eficacia y rendimiento al hacer públicos los resultados de su actividad, sino que legitima su actuación acercándola al ciudadano, que es a quien realmente debe servir. Además, lo incorpora como un agente activo en el desarrollo de sus políticas y normativa, mejorando su participación responsable y consciente en los asuntos que importan a todos, y permite conocer la trazabilidad de la adopción de las decisiones públicas.

3. <http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/GobiernoAbierto/OrdenanzaTransparencia/Ficheros/ORDENANZADETRANSPARENCIADELACIUDADEMADRID.pdf>

Por otra parte, resultaba casi inevitable relacionar la apuesta por la transparencia con el desarrollo de la *Administración electrónica*, si consideramos sus implicaciones. Baste recordar el concepto de la misma (en este caso la definición que aporta la Comisión Europea) para entender la interdependencia de ambos conceptos:

Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas.⁴

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

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

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

Hasta ahora, ha sido frecuente la identificación de transparencia sólo con publicidad activa, olvidando o ignorando el segundo instrumento, mucho más *incómodo* por cuanto la iniciativa corresponde al ciudadano.

Pues bien, la LTAIBG no deja de regular la **publicidad activa**, de forma estimable, aun cuando adolece de plazos concretos para publicar la información y no refiere las consecuencias de no llevar la misma a cabo.

Y tampoco deja de lado, como no podía ser de otra manera, la regulación del **acceso a la información pública**. Denominación ésta que entiendo afortunada, pues identificar información sólo con documento tiene sus inconvenientes, considerando que hoy día muchas organizaciones públicas ya se apoyen para su actividad más en (bases de) datos que en documentos. Sin perjuicio de que, en la tramitación, se está cayendo en el error de confundir el derecho de acceso a la información de la LTAIBG con la solicitud y obtención de información administrativa (que en el ámbito de la AGE, por ejemplo, se regulaba ya por R.D.208/1996, de 9 de febrero).

Dada la anterior situación, la LTAIBG es un paso positivo por el hecho de incorporar ciertos elementos que desde hace mucho venían reclamándose como imprescindibles: así, el acceso parcial (artículo 16), la regulación de un procedimiento (artículos 17 a 22) o la creación de una instancia previa a la vía contencioso administrativa, el denominado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 24), que conozca de las reclamaciones contra resoluciones denegatorias del ejercicio del derecho de acceso. También el intento de clarificar la relación con la legislación de protección de datos personales (artículo 15).

4. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0567:FIN:ES:PDF>

Pero ello no significa que no encontremos ciertas cuestiones problemáticas o complejas. Entre las que destacamos algunas a continuación.

El carácter supletorio frente a normas específicas⁵

la LTAIBG, en su Disposición Adicional Primera, apartado 2 dice que:

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.

No se dice normas “más amplias” en materia de publicidad; y se dice eso, “normas”, que no leyes. Esto obvia la exigencia de reserva de ley contemplada en el *Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos*, al que la Ley alude cuando dice en su Preámbulo que el impulso que la misma supone *se verá acompañada en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia*. Además es un hecho que el acceso a la información pública es objeto de una miríada de regulaciones legales y reglamentarias en muy diversos sectores y que dicha regulación suele ser restrictiva. Por eso de poco sirve el criterio establecido por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁶ (CTBG), al que aludiremos después, cuando dice que

Sólo cuando la norma en cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente trámites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la LTAIBG como supletoria en todo lo relacionado con dicho.

Pues aunque allí se afirma que sólo cuando una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública puede entenderse que la LTAIBG es de aplicación supletoria, lo cierto es que son muchas las normas (leyes y normas reglamentarias) que regulan *específicamente* el acceso a determinados documentos e informaciones y, por tanto, reducen a la LTAIBG a la supletoriedad: así la Ley General Tributaria, la de Secretos Oficiales, la normativa urbanística, de acceso a la información catastral, etc. Es cierto que poco puede hacer el CTBG, porque la ley dice lo que dice...

Es más, aunque el procedimiento establecido en la LTAIBG es un procedimiento general, lo cual significa que el mismo no obsta a que se apliquen otros más favorables al acceso o que se haga ante ausencia de otro procedimiento específico, puede resultar problemático remitir, como se hace en el documento del Consejo, a *“la consideración de otros sectores, entre [los cuales] estaría el contenido en los artículos 23 a 32 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, que establece el sistema de Archivos de la Administración General del Estado”*, como si el acceso a la información no fuese acceso a los documentos conservados en archivos y, por tanto, se estuviese hablando de materias distintas.

5. LTAIBG Artículos 5.2, 12, 24.6, DA 4ª entre otros.

6. file:///C:/Users/lacal/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/1JLY5VXU/Criterio%208%20Aplicación%20disposición%20adicional%20primera.pdf

Los límites

El catálogo de **límites** –que no *excepciones*- al derecho de acceso (artículo 14.1) ha sido criticado por su amplitud e indefinición; así como la relación de **causas de inadmisión** de las solicitudes, por contemplar supuestos no muy claramente justificados (artículo 18.1).

Así, por ejemplo, respecto de la causa del apartado e), “*Que [las solicitudes] sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley*”, se plantea el problema de cómo se determinará tal carácter abusivo⁷.

Tampoco en este sentido, los criterios del CTBG⁸ pueden aportar mucho, pues se limita recordar la aplicación del artículo 20.1, párrafo segundo de la LTAIBG, que prevé la posible extensión del plazo de resolución de un mes por otro más cuando el volumen o la complejidad de la información que se solicita lo haga necesario y previa notificación al solicitante. Esto puede ser lo único factible cuando las solicitudes son muy complejas (caso de tener que examinar muchos documentos), pero no aclara qué ha de entenderse por *abusivo* ni da directrices en relación, por ejemplo, a que se contemplen normas de consulta que modulen el acceso en caso de solicitudes muy voluminosas.

El ámbito subjetivo

Se ha criticado a la LTAIBG por reducir el **ámbito subjetivo** de su aplicación (art 2)⁹, pues sólo considera incluidos determinados órganos (las Cortes, el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial) en lo que se refiere únicamente a sus actividades *sujetas a Derecho Administrativo* –“materialmente administrativas” sería más correcto¹⁰. Incluye además a otros más dudosamente, como al Consejo de Estado o el CES o el TCu, cuya función de fiscalización no debería excluirse del ámbito de la LTAIBG. O al CGPJ, que es un órgano de gobierno, no jurisdiccional.

Ponderación de derechos en caso de conflicto (derecho de acceso y derecho a la protección de los datos personales)

Frente a las exclusiones absolutas contenidas en normas precedentes y, singularmente, en el artículo 37 de la Ley 30/1992, que queda reducido a una mera remisión a la LTAIBG,

7. La finalidad de un archivo y de la propia conservación de los documentos es, precisamente, servir la documentación. Sin perjuicio de que, cuando se solicite su reproducción, la misma esté sometida a tasas o exacciones legalmente establecidas –y no disuasorias-. Por lo tanto, no puede utilizarse como motivo para denegar el acceso el mayor o menor volumen de la documentación solicitada.

8. Véanse los referentes a solicitudes voluminosas o complejas y a la aplicación de los límites contemplados en el artículo 14 de la LTAIBG, disponibles en: http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/dms/ctransp/consejo/informes_consultas_criterios/criterios/1CRITERIO_Actuaciones-solicitudes-informaci-n-complejas-o-voluminosas/Criterio%201%20Actuaciones%20solicitudes%20informaci%C3%B3n-complejas%20o%20voluminosas.pdf

http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/dms/ctransp/consejo/informes_consultas_criterios/criterios/5CRITERIO_Limites_derecho_informacion/Criterio%205%20L%C3%ADmites%20derecho%20informacion.pdf

9. En un cumplimiento de mínimos respecto del Convenio europeo precitado, artículo 1.2.a.ii) del Convenio.

10. Al dictarse la LTAIBG en desarrollo del artículo 105.b de la Constitución, donde se regula el acceso a los *archivos y registros administrativos*, ello se hace en el ejercicio de la competencia de regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas -artículo 149.1.18 CE-.

la ponderación pretende establecer un escenario en el que el previsible conflicto entre el derecho de acceso y esos otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos pueda ser resuelto mediante la aplicación de un *juicio de proporcionalidad*.

Así, el artículo 14.2, tras enumerar una serie de límites al derecho de acceso por razones básicamente de interés público— algunos de los cuales notablemente indefinidos- dice

La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

En relación con el **conflicto entre acceso y protección de datos personales**, la posibilidad de ponderar aparecía como especialmente necesaria porque es un hecho que el de acceso se ha visto indudablemente orillado por una interpretación maximalista de la protección de datos personales. La LTAIBG (artículo 15.1) excluye la posibilidad de acceder a la información cuando allí figuren datos especialmente protegidos, a salvo del consentimiento expreso y por escrito del afectado o de que éste los hubiese hecho manifiestamente públicos con anterioridad.

Sólo “cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal” (artículo 15.4 LTAIBG), posibilidad para la que se proponen varios criterios:

- 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.*
- b) *La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.*
- c) *El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.*
- d) *La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.*

Aunque muchos critican este tipo de razonamiento *en el que no hay más que inseguridad y juicios de valor subjetivos*¹¹ y en el que se pretende “saber si una cuerda es más larga que lo que pesa una piedra”, el mejor denominado *juicio de proporcionalidad* permite decidir los conflictos sin establecer jerarquías de los derechos o intereses enfrentados y sin prejuzgar su mayor o menor legitimidad ni producir prohibiciones absolutas¹². Un juicio que sólo será posible si la ley lo contempla, como hace la LTAIBG, y que habrá de atender criterios de *contenido, finalidad y resultado*¹³.

Dejando a un lado los datos íntimos especialmente protegidos como límite infranqueable (artículo 15.1 LTAIBG), respecto de otros no cabe una exclusión total *a priori*. Habrá de considerar las circunstancias de cada caso, partir de la legitimidad de los fines perseguidos (por la norma o solicitud); su utilidad para alcanzar el fin buscado; su necesidad a falta de mejor alternativa; y su proporcionalidad¹⁴, en función de la injerencia y el correspondiente daño que el acceso produzca.

Para ello será fundamental contar con **criterios de aplicación** de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley que, en cumplimiento de la *Disposición adicional quinta*, habrán de adoptar conjuntamente el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos, en su ámbito de actuación (véase nota 7). Quisiera llamar ahora la atención sobre alguno de los criterios contemplados en la LTAIBG para acceder a datos **no** especialmente protegidos.

11. RIVAS PALÁ, Pedro, “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, en *Persona y Derecho*, 41 (1999-2), pp. 105-19: “[...] el problema de la llamada “ponderación de bienes” no sería tanto su mayor o menor dificultad para realizarla, o su cierta indefinición. Lo relevante es que los jueces realizan unas operaciones intelectuales que no tienen nada que ver con ponderar unos derechos con otros, con pesar o sopesar unos bienes entre sí. [...]. Parece que significaría más bien la necesidad de tomar en consideración todos los factores o de tener en cuenta ambos derechos en juego”.

12. ROCA TRÍAS, Encarnación y AHUMADA RUIZ, Ángeles, “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional española”, 2013, pp. 1-37, (original inédito). Sobre la ponderación, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, 1ª edición, Marcial Pons, España, 2000.

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

14. ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, A., *op. cit.*, p. 2.

■ 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 (art. 15.3.a)

La LTAIBG no contempla plazo alguno transcurrido el cual se levanten de forma automática los límites al acceso. Pero además, el criterio de ponderación que sienta en su artículo 15.4.a) supone la deslegalización de los únicos plazos con que contábamos, los 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 idóneos¹⁵ 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 que pueden facilitar la desaparición de los documentos¹⁶ y aporta seguridad jurídica al delimitar con precisión el momento a partir del cual pueden comunicarse estos últimos.

Sin embargo, los plazos ni se contemplan en leyes vigentes tales como la de Secretos Oficiales ni aparecen en la LTAIBG. Y si consideramos que en la LTAIBG la intimidad ocuparía un círculo más amplio que el de datos especialmente protegidos a los que se refiere la LOPDP¹⁷ pero más estrecho que el de los datos personales meramente identificativos (vid. el artículo 15.4.d), ello nos sitúa ante el problema de la indefinición acerca del concepto “intimidad” y de la dinámica de la ponderación. Un problema que quedaría relativamente aliviado con la existencia de plazos legales adecuados.

■ La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos (art. 15.3.b)

Este criterio no es nuevo. Aparecía ya en la LRJPAC (artículo 37.7), aunque no para resolver, como se ha creído a menudo, en el conflicto entre acceso y otros derechos, sino en cuanto a la modalidad de ejercicio del mismo y, en concreto, para evitar al solicitante que aduce razones de investigación –y que asume la AAPP- la necesidad de individualizar los documentos solicitados.

Su razón estriba en la consideración del derecho fundamental a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b CE), que puede precisar del acceso a las

15. La legislación autonómica, en esta materia, también ha establecido plazos para el acceso a la documentación de tal titularidad, en unos casos iguales a los de la LPHE, en otros superiores; algunas de ellas han introducido mejoras como, por ejemplo, la inclusión de períodos máximos tras los cuales puede accederse a toda documentación inicialmente excluida, a salvo de la existencia legal de otros plazos superiores aplicables según el tipo de información (Cataluña, Castilla-La Mancha, etc.). OCAÑA LACAL, Daniel de “La normativa autonómica en materia de archivos” en MARTÍNEZ GARCÍA, L. y RODRÍGUEZ BARREDO, J. (coords.), *Los archivos españoles en el siglo XX: políticas archivísticas en el Estado de las Autonomías*, ANABAD, Madrid, 2009, pp. 61-113.

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

17. LOPDP, artículo 7, apartado 2.

fuentes de información necesarias para la realización de dichas investigaciones, como en el caso de, por ejemplo, las investigaciones históricas. Y en este caso, habrá que ver cómo se aplica este criterio pues ¿quién y cómo determinará el interés científico? ¿Será menester ser profesor universitario? ¿Bastará con enunciarlo? Partiendo siempre de la no exigencia de motivación al solicitante...

La relación entre la LTAIBG y la legislación de archivos.

Es éste un aspecto que creía relativamente poco problemático, hasta que hemos conocido el informe de la Abogacía del Estado evacuado con motivo de la consulta acerca de la aplicación de la LTAIBG al acceso a documentos del Ministerio de Empleo y SS, disponible en la página web del CTBG¹⁸. Allí se dice, básicamente

1. que la regulación del Patrimonio Documental es *la materia* específica objeto de la Ley 16/1985 (LPHE)
2. que, puesto que en dicha ley se regula el acceso a los bienes de dicho patrimonio, el acceso a *los archivos* es ésta última la ley aplicable:

La cuestión aquí estriba en saber cuál es la materia, *el acceso* a la información o *los archivos*. Porque, dado que todos los documentos generados por las AAPP son Patrimonio Documental, ¿a qué aplicamos la LTAIBG? ¿Es una Ley que ha nacido ya supletoria? Evidentemente no.

Según el dictamen referido, una misma información puede tener un régimen y procedimiento de acceso diferente en función de que diversas fracciones o lotes de la misma estén en Archivos administrativos “centrales” o archivos administrativos de gestión. Esto es, volvemos a la regulación del artículo 37 de la Ley 30/1992... En mi opinión, no parece que la LTAIBG haya de considerarse supletoria y la LPHE específica, considerando que **todos los documentos públicos** desde que se crean son Patrimonio Documental, objeto de la LPHE. ¿Cuál es pues el criterio de delimitación entre la LTAIBG y la legislación de archivos? La situación anterior a la LTAIBG implicaba que la LRJPAC o la LPHE se aplicaban en función del centro de archivo en que se ubicase el documento. Pero dado el mal funcionamiento de las transferencias ello podía dar lugar a situaciones absurdas.

18.http://consejodetransparencia.es/ct_Home/dms/ctransp/consejo/informes_consultas/Informes/informes_abogaciaestado/1INFORME_acceso_archivocentral_MEYSS/1INFORME_AE_registro_central_meyss.pdf

Dice, entre otras cosas: La remisión general en materia de derecho de acceso a la información pública, archivos y registros a las previsiones contenidas en la Constitución, en la LT y demás leyes que resulten de aplicación tiene si no una excepción, sí una importante modulación en la disposición adicional primera de la propia LT, que lleva por rúbrica “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública” y que, en lo que aquí importa, en su apartado 2 dispone que “se regirán por su normativa específica y por esa Ley con carácter supletorio, aquellas **materias** que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información” [...]. 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 1708/2011. 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, aplicándose supletoriamente las previsiones de la LT”

Ahora, la nueva ley se aplica con independencia de cuál sea el archivo en que se localice el documento (y de hecho, contempla en su art. 14.4 los plazos del artículo 57 LPHE). **Por tanto la LPHE sería aplicable sólo cuando no lo sea la LTAIBG** (poder judicial, órganos constitucionales en lo no sujeto a Derecho Administrativo...).

Otra cuestión que preocupa sobremanera a los profesionales de los archivos es **el procedimiento** a seguir ante las solicitudes de acceso, considerando que:

- a) La LTAIBG regula un procedimiento resolutorio (arts. 17 a 22) que implica la solicitud, la instrucción del expediente y su resolución, amén del emplazamiento a terceras partes afectadas en el caso de existir datos personales de dichos terceros.
- b) hasta ahora no se contaba con un procedimiento específico para las solicitudes de acceso a los documentos cuya consulta estaba sometida a autorización administrativa.
- c) la solicitud de documentos de acceso libre, por ejemplo en los archivos históricos, no requería un procedimiento complejo sino que se realizaba a través de una simple papeleta (en el caso de los archivos estatales, según las normas de sala disponibles en su web, *las peticiones de documentos las realizará el propio usuario o el personal del Archivo a través de la aplicación informática de Gestión Interna*). En estos casos, ha de ser evidente que la consulta de los documentos solicitados mediante papeleta no va a afectar a ningún interés protegido por razones evidentes (que se trate de un documento medieval, por ejemplo).

Pues bien, lo que establece la LTAIBG, como ya se ha dicho, *es un procedimiento con carácter general, común*, sin perjuicio de la existencia de otras normas procedimentales que, sin entrar en colisión con los límites y preceptos en ella contenidos, puedan establecerse y que, en el caso de archivos históricos o de documentos de acceso libre, pueden ser tan simples como el suscribir esa simple papeleta. Esto ya se intuía con el RD 1708/2011, de 18 de noviembre, que desarrollaba la LPHE en lo atinente a, entre otras cuestiones, el acceso a los documentos en los archivos de titularidad estatal:

- Disposición adicional sexta. Régimen de acceso a los Archivos Históricos de titularidad y gestión estatal.
- Las disposiciones del presente Real Decreto se aplicarán sin perjuicio de las reglas específicas de acceso a los fondos de los Archivos Históricos de titularidad y gestión estatal, en razón de su carácter de archivos abiertos al público, siempre que resulten más favorables al derecho de acceso.

Esto es, que en presencia de procedimientos más ágiles y, en definitiva, más favorables al ejercicio del derecho de acceso, estos serán perfectamente aplicables siempre y cuando se trate de documentación que obre en los archivos históricos o haya sido declarada previamente (ya sea ex lege, ya mediante procesos reglamentariamente establecidos) de libre acceso.

Ya el art. 57.1 LPHE establecía un doble sistema de acceso a los documentos públicos integrantes del Patrimonio Documental Español, diferenciando entre:

- a) documentos de consulta pública o libre consulta y
- b) documentos excluidos de consulta pública, esto es, no sujetos a un régimen de secreto, sino únicamente que su acceso está sometido a autorización administrativa.

Pues bien, desde la perspectiva del procedimiento estos últimos serían, a mi parecer, objeto del procedimiento contemplado en la LTAIBG, por cuanto pueden presentar los límites por razones de interés público o privado que, desde el art. 105.b, se contemplan en la legislación como obstáculos al acceso. En los demás casos –esto es, de libre acceso– insisto, los procedimientos preexistentes y más sencillos –la famosa papeleta– devendrían en plenamente utilizables.

■ Las premisas de la Transparencia

Resulta oportuno llamar la atención, una vez más, sobre cuestiones que, externas al texto legal aprobado, pueden condicionar su mayor o menor efectividad. Fundamental es la necesidad de contemplar **la gestión documental** en las organizaciones públicas para la efectiva consecución de los objetivos de cualquier legislación sobre transparencia¹⁹; la formación al servicio de un verdadero cambio de la cultura administrativa. Y un esfuerzo conjunto en el seno de las AAPP para acometer, dentro de las posibilidades que la LTAIBG permita, una labor valorativa coherente y lo más normalizada posible. La Transparencia exige, entre otras, medidas organizativas, racionalizadoras, tecnológicas... Máxime cuando diversas normas convierten, aún más si cabe, en ineludible tales políticas, como supone, por ejemplo, la ampliación del objeto de la reutilización de la información pública al ámbito de los archivos merced a la modificación de la ley 37/2007 por la ley 18/2015, de 9 de julio²⁰. No deben despreciarse los problemas derivados de la falta de normalización de documentos y procesos; de la disociación de datos personales... En definitiva, no hay transparencia sin un sistema de gestión documental, archivística de calidad.

Pero esas medidas han de partir de, en mi opinión, dos premisas indispensables:

1. **El cambio de mentalidad.** Hemos desarrollado a lo largo de los últimos cuarenta años instituciones, normas y estructuras homologables a las democracias más avanzadas. Pero en ciertos aspectos, es preciso profundizar en la socialización de la Democracia. Y la transparencia es buena muestra de ello cuando, tantos años transcurridos desde la instauración del régimen democrático, hablamos de ella casi como de una absoluta novedad. No lo olvidemos: hay países con administraciones públicas muy transparentes que carecen de leyes específicas en la materia...

19. FERNÁNDEZ CUESTA, Francisco, *op. cit.*, pp. 159-161.

20. MEDRANO CORRALES, Isabel, “La contribución de documentos a la transparencia. El caso de los expedientes de contratación de obras y servicios de infraestructuras de transporte”, disponible en http://www.archiverosdeandalucia.org/revista-tria-aaa/index.html?file=pdfs_jornadas/Isabel_Medrano.pdf

2. **La organización de la información.** Y ésta, hoy por hoy, además de en estadísticas y bases de datos, se halla en los documentos. En los elementos definitorios de lo que son los archivos. En documentos que son “de archivo” porque cumplen con una de las condiciones inherentes al ámbito de las Administraciones Públicas: son *evidencias*. Evidencias que han de gestionarse adecuadamente, con criterios profesionales, técnicamente específicos. Transparencia no es ofrecer sólo datos. Los datos que nos abruman sólo tienen sentido si son interpretados, transformados en información; la cual, a su vez, también ha de ser filtrada. Por ello, la transparencia sólo es real si quien gobierna, además de poner a disposición los datos, proporciona informaciones. Información que, acompañada de experiencia, juicio, intuición y valores, devendrá en conocimiento, en saber. *El saber no se tiene. El saber es una actividad.*²¹ Y se traduce, entre otras tareas, en la selección de información por su relevancia o irrelevancia, para lo que contamos con el olvido y la ignorancia organizada; y con los esfuerzos para **clasificar y ordenar el saber y hacerlo disponible**: eso y no sólo almacenes es lo que han sido siempre los archivos –y las bibliotecas-. Si la información que albergan no está disponible por desorganización serán meros almacenes. Y si no lo está porque la regla es el secreto quizá sean archivos. Pero no de una democracia.

21. INNERARITY GRAU, Daniel, La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente, Barcelona, 2011, p. 18 y ss.