

EL PROBLEMA DEL ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN EN LOS ARCHIVOS HISTÓRICOS

Eduardo Gómez – Llera García – Nava

En una apreciación inicial podría suponerse que en los archivos históricos los problemas de acceso son cosa prácticamente desconocida, dados el alejamiento temporal y la vejez de sus fondos: su historicidad. Pero, aunque la regulación estatal no fija parámetros de años –sí lo hacen algunas autonómicas, al igual que la de la Comunidad Europea, la inglesa, la italiana o la francesa– para la apertura a consulta de la documentación, aún con excepciones, es cierto que se maneja un punto de arranque sobreentendido de la consulta generalizada de los documentos, que no es otro que el de su entrada en los archivos centrales de los departamentos y grandes entes administrativos. Como los fondos judiciales van por otros derroteros, entre la cortedad de un plazo, el de los papeles de las administraciones, y la especificidad de otro, el de los documentos de los tribunales, los problemas de autorización o denegación de acceso a fondos relativamente recientes por parte de un concreto consultante se presentan a menudo.

Es criterio conveniente, al igual que suele plantear la legislación, separar las causas y efectos de las restricciones a la consulta marcadas por unas normas concretas, bien de índole administrativa o procesal, de las que responden a una genérica cobertura de los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen.

Hubiera sido deseable que el desarrollo reglamentario de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985 se hubiera dignado aclarar las prescripciones del artº 57 de la misma, modulando sus posibilidades. Pero desde el 25 de junio de dicho año –fecha de la ley– hasta el momento actual no ha existido Ministerio de Cultura con las suficientes agallas para encarar tal tarea: los complejos del Estado hacia las Comunidades, que bajo tirios y troyanos se sienten, por una cosa así como un nuevo iusnaturalismo autonomista, como únicas ungidas y llamadas a desarrollar reglamentos en el mundo de la Cultura, han paralizado cualquier desarrollo detallado de la ley, delimitado claramente a favor del Estado por la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero de 1991.

En consecuencia, la presencia de principios muy genéricos en el artº 57 de la LPHE –no se puede hacer referencia a las leyes autonómicas, porque entraríamos en los umbrales de los “saecula cuncta”– nunca concretados en función de diversos condicionamientos formulados por un reglamento, nos obligan a valorar su significado a la luz de la jurisprudencia y de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, que como ley específica puede prevalecer sobre la de Patrimonio Histórico, en lo que a datos personales de las personas físicas vivas se refiere.

1.- Posición del artº 105 b) de la Constitución en el entramados de derechos fundamentales.

El artº 105 b) pone en relación tres aspectos de la transparencia administrativa:

- el apartado a) garantiza la audiencia de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales de desarrollo de una ley (reglamentos);

- el párrafo b) establece la regulación por ley del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas;

- el apartado c) determina la audiencia de los ciudadanos en los procedimientos administrativos para la adopción de actos administrativos.

En función del contexto del párrafo segundo, el b), la doctrina se alinea en diversas estimaciones sobre la naturaleza del derecho de acceso. El profesor Severiano Fernández Ramos, en su clásico estudio del derecho de acceso¹, plantea las direcciones doctrinales que sitúan el derecho de acceso como derecho de configuración legal (Alvarez Rico, Pomed Sánchez, Martín Mateo, Chinchilla Marín, Embid Irujo), como derecho instrumental (Mestre Delgado) o como derecho fundamental autónomo (Desantes Guanter y el mismo Fernández Ramos).

La primera corriente conceptúa el derecho de acceso como derecho de aplicación no inmediata, como lo son los derechos fundamentales, sino de una aplicación que solo puede llevarse a término una vez que el derecho ha sido delimitado por una norma ordinaria, la cual en todo caso tendría que respetar por un extremo los límites al acceso en función del respeto a la seguridad y defensa nacional, a la averiguación de los delitos y al derecho a la intimidad, exactamente los contornos que marca al derecho de acceso la CE; y que por el extremo contrario habría de ser una norma que no podría restringirlo tanto que en la práctica lo hiciera desaparecer; todo ello, sin perjuicio de admitir algunos autores que el derecho de acceso puede condicionar el funcionamiento de derechos fundamentales o que se halla en conexión y en cercanía de ciertos derechos de tal naturaleza, aunque la conexión profunda no llegue conferirle carácter de derecho fundamental.

Conviene advertir que esta corriente de apreciación del derecho de acceso como derecho de configuración legal aparece como mayoritaria en la doctrina, y es, por añadidura, la que sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El segundo sector doctrinal aludido estima que el acceso encarna un derecho instrumental que, sin revestir naturaleza de derecho fundamental, en determinados supuestos en que sirve de cauce o instrumento para el ejercicio de un derecho fundamental adquiere su carácter: en una palabra, se fundamentaliza. En términos concretos, ello ocurre cuando se presenta como vehículo para ejercer los derechos –todos ellos fundamentales- a participar en los asuntos públicos, a comunicar y recibir libremente información, a ser respaldado por una tutela judicial efectiva y a defender el derecho al honor y la intimidad.

Finalmente, la tercera opción considera el derecho de acceso a los documentos como una manifestación concreta del derecho fundamental a recibir información.

Sin entrar en adscripciones particulares a tal o cual estimación del derecho de acceso, dado que los criterios de la Administración se tendrán que atener a la jurisprudencia de los tribunales, que parten del papel de derecho de configuración legal que reviste el derecho de

¹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid, 1997.

Pags. 329 a 358.

acceso, conviene determinar las relaciones que desde este punto de vista la consulta de archivos y registros administrativos establecida por el artº 105. b) de la CE mantiene con otros derechos reconocidos en el texto legal fundamental, que determinarán gran parte de su contenido.

2.- Las relaciones del derecho de acceso a los registros y archivos administrativos con otros derechos constitucionales².

Los epígrafes a) y c) de artº 105 de la CE se refieren a la audiencia de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, ya sean tales procedimientos de elaboración de disposiciones generales (letra a), ya de adopción de actos administrativos singulares (letra c), aunque en este segundo supuesto a lo que alude el artº 105 es a la audiencia del interesado en la tramitación del expediente.

“Prima facie”, dicho artº 105 aparenta estar centrado en la transparencia de la acción administrativa, y efectivamente queda entre los artículos 103, que consagra la exigencia de eficacia de la Administración (además de otras cosas: jerarquía, descentralización, coordinación, sujeción reglamentaria de órganos y funcionarios...); y 106, que estipula la sumisión de la actividad administrativa al principio de legalidad. De tal modo, el artº 105 aparece como un punto de equilibrio entre la eficacia administrativa y el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico. Desde esta punto de vista, el objetivo del artº 105 sería facilitar la publicidad de las entrañas administrativas, pero requiere el reconocimiento previo de un derecho subjetivo a los ciudadanos, el del acceso a los archivos y registros. Por lo mismo, aboga por la regulación por ley del derecho que establece la propia CE y que delimita de modo negativo: por el derecho al acceso no pueden quedar afectados ni la seguridad y defensa del Estado, ni la averiguación de los delitos, ni la intimidad, honor y propia imagen de las personas.

Esto sentado, si se parte de la base de que el derecho de acceso no es un fin en sí mismo, sino sólo una herramienta para abrir y atar a las administraciones, hay que admitir que por similar fundamento es útil para garantizar la efectividad de otros derechos, (lo que nos reconduce a su función instrumental) y entre ellos los que tienen carácter de derechos fundamentales. Así, establecemos la conexión con:

a).- La libertad de información (artº 20 de la CE):

En esta línea figura el reconocimiento por el Tribunal Constitucional a los medios de comunicación de amplias facultades para acceder a actuaciones y documentos judiciales (STC 13/1985); aunque con determinadas pautas (STC: 76/1995):

² HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín. “El acceso de los ciudadanos a los Registros Administrativos. El derecho de los concejales y diputados provinciales a acceder a la información y documentos de interés local” En: *Revista Galega de Administración Pública*, nº 24, Enero-abril de 2000. Se sigue en este epígrafe la ponencia de este autor, Magistrado de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, pronunciada en la Escuela de Administración Pública Galega. Las referencias de sentencias del Tribunal Constitucional –sus fechas y número- también han sido provistas por dicha ponencia.

- Ha de tratarse de actos noticiosos y noticiables, que encierren trascendencia pública y resulten necesarios para que la participación de los ciudadanos en la vida colectiva sea real.

- Han de ser informaciones veraces las que se presten: por veraces se entienden las informaciones contrastadas, aunque luego resulten inciertas.

- No han de afectar al honor y propia imagen de terceros (SSTC 76/1995 y 176/1995).

Todo esto debe ser aplicable a los datos en archivos y registros administrativos.

b).- Con el derecho a participar en los asuntos públicos (artº 23 de la CE), que se desdobra en):

- El derecho a participar directamente o a través de representantes elegidos libre y periódicamente por sufragio universal.

- El derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (SSTC. 161/1988 y 30/1997).

El TC ha reconocido el contenido de estos derechos, que comprende el acceso a toda la información que sea menester para el correcto y eficaz cumplimiento de las funciones y cargos. Este acceso es vehicular, porque en la medida en que sea necesario para el desarrollo de las funciones públicas, se adentra en el contenido del derecho fundamental de participación.

c).- Con el derecho a la tutela judicial efectiva (artº 24 de la CE), (SS TC 11/81 y 181/1990):

- Para la efectividad de la tutela judicial en el ejercicio de acciones de los administrados frente a las administraciones, resulta imprescindible obtener información de los datos que constan en archivos y registros, bien por el juez en el seno del proceso, bien por las partes antes de promoverlo, para dilucidar si interesa o no iniciar un litigio.

- Este acceso, aún así, no es absoluto ni incondicionado, porque cuenta con el límite de los documentos inaccesibles o de acceso muy restringido, como los de la Ley 9/68, de 5 de abril de 1968, de Secretos Oficiales (modificada por la Ley 48/1978). El acceso a las materias clasificadas está cerrado a los tribunales, aunque estos quedan capacitados para controlar jurisdiccionalmente la decisión del Gobierno sobre clasificación o desclasificación (STS de 4 de abril de 1997). En cambio al Tribunal Constitucional y al Defensor del Pueblo les está permitido el examen de documentación secreta (leyes orgánicas respectivas, 3/1979 y de 6 de abril de 1981).

d).- Con el principio de transparencia administrativa:

Nacido de las regulaciones de la Unión Europea, se ha ido imponiendo en su propio aparato administrativo en el sector de la función pública –derecho de los funcionarios a conocer su expediente-, en el financiero, en el de tratamiento de datos personales, en el de documentos históricos y, sobre todo, en el ámbito del medio ambiente –la Directiva 90/313, que reconoce el

derecho general de información de cualquier persona física o jurídica que lo solicite, sin más que acreditar un interés determinado.

e).- Con el derecho a la autodeterminación de datos personales propios en poder de tales archivos y registros: el conocimiento por los interesados de los datos que les pertenecen y que maneja la Administración posibilita el efectivo ejercicio de los derechos de cancelación, corrección de los datos..., impensables de otro modo.

3.- Los límites legales al acceso.

Si la conexión con derechos y principios fundamentales nos indica el contenido insoslayable del derecho de acceso, los límites que la ley le impone, como resultado de la configuración legal que prescribe el artº 105.b) de la CE, se pergeñan en las leyes de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC, Ley 30/92, de 26 de noviembre), de Patrimonio Histórico Español (LPHE, Ley 16/1985, de 25 de junio), y de Protección de Datos de Carácter Personal (LPD, Ley de 13 de diciembre de 1999). La exposición de estas leyes bien desarrolla los límites que la Constitución establecía (seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos y respeto a la intimidad de las personas), bien introduce algunos nuevos supuestos como corolario de principios constitucionales.

a).- En la LPAC, en su artº 37, se señalan como cerrados al acceso los documentos y expedientes:

- que contengan información sobre las actuaciones del gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas;
- que contengan información que afecte a la defensa y seguridad de Estado;
- que afecten a la investigación y averiguación de los delitos;
- relativos a actuaciones de política monetaria;
- relativos a materias protegidas por el secreto comercial e industrial;
- que contengan datos nominativos, es decir, datos referentes a las personas, a través de los cuales pueden ser identificadas, y que supongan juicios de valor sobre las mismas o un conocimiento del que puedan resultarles perjuicios;
- que recojan datos atañentes a la intimidad de las personas.

Junto a estos motivos de inaccesibilidad a los documentos, la LPAC, señala regímenes especiales de consulta para los documentos y expedientes:

- cuyo contenido se incluya entre las materias clasificadas;
- sanitarios personales;
- sometidos a la legislación electoral;
- que sirvan a fines estadísticos públicos;
- de los Registros Civil y Central de Penados y Rebeldes, u otros registros públicos regulados por ley propia;

- obrantes en las Administraciones públicas, cuando se trate de su acceso por parte de diputados y senadores, parlamentarios de asambleas autonómicas o cargos electos de las corporaciones locales;
- existentes en los archivos históricos.

Una rápida mención de los regímenes de consulta especiales antes de afrontar la incidencia de los límites a la consulta en un archivo histórico.

b).- La Ley de Secretos Oficiales, Ley 9/1968, de 5 de abril, reformada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, trata estructuralmente tres aspectos de la reserva de documentos: como y quién dicta la declaración de reserva (por ley, por el Consejo de Ministros y por la Junta de Jefes de Estado Mayor; lógicamente, la desclasificación de materias debería efectuarse por los mismos medios) y cómo se gradúa (secreto y reservado); el régimen de la documentación clasificada (notaciones que lo adviertan, sistemas de protección, sigilo en torno a los contenidos documentales, archivo en zonas cerradas a personas no autorizadas); y deberes de las personas que tengan o puedan tener contacto con los documentos (personas facultadas, cumplimiento por ellas de las medidas de protección, conocimiento de materias aun no clasificadas pero que deban recibir tal caracterización, reconducción de documentos sobre materias clasificadas que salen de su cauce reglamentario, advertencias a medios de difusión si cabe que lleguen a su conocimiento, movimiento de expedientes fuera de su archivo, y acceso autorizado a las Cámaras legislativas del Estado, aunque no a los Tribunales de Justicia).

La Ley General de Sanidad, 14/86, de 25 de abril, sienta el principio de unidad de las historias clínicas y el acceso único por personal sanitario especializado (sometido al secreto profesional), los propios enfermos, los facultativos y quienes lleven a cabo inspecciones médicas o los recaben con fines científicos.

La Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio de 1985, del Régimen Electoral General, prescribe en su artº 41 el secreto de las anotaciones del Censo Electoral, inexistente, únicamente, para las corporaciones locales a que corresponda, las Comunidades Autónomas y los grupos y candidaturas y representantes generales de partidos que tomen parte en la consulta electoral. El artº 17 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establece un respeto similar a los derechos fundamentales, en los que se comprende el de la intimidad, hacia los datos personales comprendidos en el padrón de habitantes de las corporaciones locales.

La ley de la Función Estadística Pública, Ley 12/89, de 9 de mayo, sienta el principio de que los datos recogidos de los informantes o fuentes estadísticas públicas no podrán ser consultados por los ciudadanos, salvo que medie consentimiento del afectado o hayan transcurrido veinticinco años desde su fallecimiento o cincuenta desde la fecha de obtención, si la fecha de su muerte no es conocida.

El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes, así como otros registros públicos regulados por ley propia, lógicamente siguen su régimen privativo, al margen de que por tratarse de registros encomendados al poder judicial escapan a las regulaciones administrativas. Así, la Ley del Registro Civil (8 de junio de 1957) configura tal Registro como público, aunque el

Reglamento y las instrucciones de la Dirección General de los Registros contemplan supuestos de no accesibilidad y consideran válida la restricción de la consulta por respeto a la intimidad personal y familiar de los afectados: filiación adoptiva o desconocida, cambio de sexo, privación o suspensión de la patria potestad, algunos cambios de apellidos, y otros supuestos. Es oportuno aludir en este lugar a la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, que en base a la Ley 52/2007 y para facilitar la consulta académica o científica de datos de los libros de actas de defunciones, considera dichas investigaciones como causa de legitimación suficiente para acceder al Registro en los años comprendidos en la Guerra Civil, el Franquismo, el Exilio y la Transición.

Los demás registros creados por ley, como se dice, se ceñirán respecto al acceso a sus inscripciones a las peculiaridades de su creación y funcionamiento. Con frecuencia serán ilimitadamente públicos, como el Registro de la Propiedad, el de Intereses de Altos Cargos, el administrativo de Personal.

Presentan especialidades los que ostenten la cualidad de diputados, senadores y miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o corporaciones locales, que podrán acceder a toda la documentación administrativa o parlamentaria del organismo a que se adscriben e incluso de toda la Administración (caso de los diputados y senadores o, en su demarcación territorial, de los representantes de las CCAA) a través de la presidencia de su corporación o asamblea. Recuérdese la apertura a las cámaras de la documentación clasificada.

c).- Finalmente, conviene detenerse en el artº 57 de la LPHE y las disposiciones equivalentes de las CCAA, régimen de consulta especializado al que dedicamos un epígrafe separado por los muchos problemas que plantea.

Realmente, todas estas disposiciones no hacen sino adelantarse a algunos de los límites de silencio que previenen los arts. 37 de la LPAC y 57.1 de la LPHE. Así el artº 57.1 de la Ley de Patrimonio Histórico del Estado prevé el silencio o inconsultabilidad por los investigadores y usuarios de los archivos históricos de aquellos documentos que recojan materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o puedan poner en peligro la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos, o tengan cerrada su consulta por disposición de una ley. Y, junto a la reserva de éstos, la prohibición de acceso a los documentos de naturaleza policial, personal, clínica o de cualquier otro carácter personal cuyo conocimiento pueda afectar a la intimidad personal y familiar, el honor y la propia imagen de la reflejada en el documento. Y a este respecto conviene distinguir: para los primeros –los que cubre la Ley de Secretos Oficiales, los que atañen a la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos, o los que ven su acceso vedado por ley- no se señala plazo alguno de silencio al cabo del cual hayan de llegar a consultarse abiertamente. Con respecto a los mismos, la LPHE prevé que los documentos cubiertos por la Ley de Secretos Oficiales o por otra ley que impida el acceso, así como aquellos otros que afecten a la seguridad y defensa nacional o a la averiguación de los delitos, puedan abrirse a consulta cuando se llegue a la desclasificación de los documentos o materias por la misma autoridad que la dictó- caso de materias secretas o reservadas-, o cuando autorice la consulta el jefe del departamento que los custodia –en el resto de los casos.

Los del segundo grupo –documentos con informaciones policiales, procesales, clínicas o de otro orden que afecten al derecho a la intimidad personal y familiar, el honor y la propia imagen de un afectado sí quedan sujetos a un término máximo de silencio: serán consultables cuando el accedente cuente con el consentimiento del afectado –afectado- o, en caso de que tal consentimiento no se otorgue, siempre que hayan transcurrido veinticinco años desde su muerte, “*si su fecha*” – la de la muerte- “*es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos*”. Se reseña específicamente este final de párrafo porque ha de ser objeto de interpretación más detenida.

4.-El acceso a los documentos en los archivos históricos a la luz de la legislación citada.

Si se plantea el acceso a los documentos desde la perspectiva de los archivos históricos cabe casi asegurar las precisiones siguientes:

a).- No es de suponer que a este tipo de archivos, ni siquiera a los intermedios, se transfieran fondos del Consejo de Ministros o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas mientras tengan la más mínima trascendencia. Es indudable que permanecerán años y años, tal vez más de un siglo, en los archivos de la propia presidencia del gabinete de que se trate. Con la misma certeza puede afirmarse que –salvo ésta del propio artº 37 de la LPAC- no se encuentra en nuestro Derecho una declaración legal expresa de secreto sobre las deliberaciones, acuerdos y actas del Consejo de Ministros, que sólo ampara el juramento constitucional consuetudinario de los componentes del Gobierno de guardar silencio sobre sus deliberaciones. El artículo 37 de la LPAC se refiere, para más especialización, a la inaccesibilidad de los ciudadanos a las decisiones del Consejo de Ministros y los órganos de gobierno de las CCAA cuando estas entran en el campo de las competencias constitucionales no sujetas al Derecho Administrativo. En pura lógica, podría deducirse a renglón seguido que los actos y deliberaciones de los más altos órganos de decisión del Estado y las CCAA reglados por el Derecho Administrativo deberían ser consultables, y no consultables o reservados los actos puramente políticos. Pero como Fernández Ramos expone, ésta sería una delimitación hasta cierto punto borrosa, dada la dificultad que en muchos casos conlleva separar lo político de lo administrativo, así como la frecuente plasmación administrativa de decisiones políticas previas³. En cualquier caso, se insiste, no es cosa que llegue a inquietar a los archiveros, porque las decisiones de cierto calado tardan en llegar a los archivos intermedios e históricos mucho más de lo que quepa imaginar, como consecuencia de las cautelas de salvaguarda del secreto de lo decidido y como garantía de que la acción administrativa derivada de una decisión de un gobierno no quede invalidada por un general y prematuro conocimiento. Por tanto, ningún problema de acceso se planteará en los archivos sobre este punto.

b).- Otros documentos, los clasificados de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales –que como explica Fernández Ramos no establece una prohibición categórica de acceso sino un régimen especializado del mismo-, serían tan extraños en los archivos histórico como los del

³ FERNANDEZ RAMOS, Severiano, op. cit., pags. 456-465.

párrafo anterior. Como mucho, se conservarían en las sedes de los ministerios –Interior, Defensa, Asuntos Exteriores...- y en la misma Presidencia del Consejo de Ministros. Tampoco ofrecerán problemas a los rectores de archivos históricos.

Y en una valoración similar entrarían los documentos sobre materias no clasificadas, cuya revelación pudiera en peligro la seguridad y defensa nacionales. Se trata de documentos que, sin estar clasificados, merecerían ser incluidos en tal protección⁴. Retorciendo el azar cabría pensar en algún documento procedente de órganos de gobierno policiales o militares que, conservando aún cierto vigor, se hubiera deslizado inadvertidamente hacia un archivo (imaginemos comunicaciones de comisarías o ayuntamientos que descubran la sospecha de existencia de tramas o bases terroristas en pequeñas poblaciones cercanas a Madrid u otras grandes capitales, y el sistema de vigilancia sobre las mismas) –en cuyo caso, el encargado del mismo debería ponerlo inmediatamente en conocimiento de sus superiores para que ellos lo comunicaran al consejo de Ministros o la JUJEM- pero es poco menos que inimaginable, por lo que se dejan en la misma desconsideración que los otros documentos citados en este apartado.

Cercanos a las mismas tipologías, los documentos cuya filtración ponga en riesgo la averiguación de los delitos, documentos sobre todo policiales, caerían muy excepcionalmente en los enrevesados supuestos de su revelación a través de un archivo intermedio o histórico.

Los papeles que toquen o regulen la política monetaria, cerrados al acceso por imperativo del principio de eficacia de la actuación administrativa⁵, solamente en casos de máximo descuido serían susceptibles de ser transferidos al archivo central de un organismo relacionado con las actuaciones de tipo económico, cuando aún los planteamientos de dicha política estuvieran pendientes de últimos efectos. No obstante, se presenta también como una contingencia que roza la ciencia ficción.

La limitación al acceso a los documentos cuya revelación suponga la violación del secreto comercial e industrial es un límite formulado para proteger intereses privados más que públicos⁶. Puede referirse: primero, a documentos en poder de las administraciones que revelen intenciones o planteamientos comerciales, económicos, de producción (planes de extensión comercial, desarrollo de comarcas por iniciativa privada, innovación en técnicas o planes de producción), etc., de empresas privadas, que figurarán como anexos a solicitudes de autorización para iniciar o ampliar una actividad, o de tratamientos privilegiados por la Administración (bonificaciones, exenciones, ayudas, subvenciones); segundo, a registros públicos de patentes u otros documentos de propiedad industrial. Parece contarse con un criterio administrativo al respecto de las solicitudes de ayudas, que es el de que todo lo que el particular o la empresa pongan en manos de los gestores públicos voluntariamente debe ser objeto de reserva, si así lo solicita la firma interesada. No así los datos que son requeridos obligatoriamente por la

⁴ FERNANDEZ RAMOS, Severiano, op. cit., pag. 475-476.

⁵ FERNANDEZ RAMOS, Severiano, op. cit., pag. 482.

⁶ Id., Id., pag. 518.

Administración. A pesar de todo ello, en este campo influyen condicionamientos como el de preservación de lo que realmente perjudique a las empresas, (pero no de los datos que sean indiferentes), del público conocimiento que se ha de dar a la utilización de materias nocivas, de acrecentamiento de la confianza de las empresas o industrias con respecto a la Administración, que se vería perjudicado si el poder público se dedicara a desvelar toda la información de particulares que llega a sus manos...

Con todo lo advertido se llega a una conclusión: es difícil que documentos o materias secretas en defensa de intereses públicos alcancen los archivos públicos en una fecha en que todavía, por su vigor informativo y administrativo, menoscabaran intereses fundamentales del Estado. Aún así, el artº 57 de la LPHE, se insiste, marca el camino para lograr la consulta: la desclasificación que realice la misma autoridad que impuso la reserva sobre los documentos que se desea consultar; y la autorización del departamento responsable de la custodia de los documentos, cuando el silencio de los expedientes se haya dispuesto por prescripción legal formal. Se advierte de todos modos que la prohibición por una ley específica de acceder a determinados documentos no equivale a la clasificación de tales documentos conforme a la Ley de Secretos Oficiales; ésta sólo se operará cuando la norma imponga no sólo la restricción o negación de acceso, sino cuando declare expresa y explícitamente que tal o cual materia o documentos han de entrar en adelante en una de las dos categorías de reservado o secreto que implica la clasificación.

c).- Visto lo anterior, el núcleo realmente problemático dentro de los archivos intermedios e históricos, desde el punto de vista de su acceso, es el de los documentos con datos personales o que afecten a la intimidad. Ello es tan cierto que gran parte de los fondos y series no consultables por disposición expresa contenida en una ley han merecido realmente tal prohibición al acceso porque el legislador detecta sus connotaciones personales. No se trata de reabrir las menciones de los casos la legislación concreta que prohíbe el acceso, sino de comprobar el extremo hasta el que la confidencialidad de los datos referentes a las personas determina su régimen de consulta.

Por ejemplo, el R.D. Legislativo que publica el texto refundido de la Ley del Catastro, nº 1/2004, de 5 de marzo, impide con carácter general y cuando no media el consentimiento del titular, la consulta de los datos de las fichas catastrales y las informaciones personales de tipo económico que el catastro contiene, desde luego con las pertinentes excepciones (autorización a las distintas administraciones, los tribunales de justicia, el Defensor del Pueblo o sus similares autonómicos, los representantes parlamentarios, los herederos y sucesores del titular, los que gocen de algún derecho compartido sobre la finca, además de el del propietario –usufructuarios, enfiteutas...-los propietarios colindantes...). Los planos catastrales, al constituirse como documentos gráficos sin información personal, son asequibles a todos los ciudadanos, sin reserva. Algunos archivos se han visto tan desbordados por los problemas que plantea la consulta del

Catastro, junto a otros factores, que han intentado deshacerse de la documentación que lo integra⁷ y devolver la “patata caliente” a los organismos de origen.

Similares razones de respeto a datos personales amparan la consulta restringida de los censos electorales. El artº 41 de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio de 1985, del Régimen Electoral General, dispone la no consultabilidad del censo electoral, salvo el acceso inherente a su función por los órganos que participan en la elaboración del censo (ayuntamientos) y los distintos grados de las juntas electorales (y colateralmente la Administración de Justicia, dado que jueces y magistrados presiden las juntas); junto a ellos, pueden obtener copias del censo las CCAA, así como las candidaturas de un determinado distrito, o los representantes generales de partidos y coaliciones con respecto a todos los distritos en que presenten candidatos.

En esta vía, aparecería una serie de normas que dictan silencio sobre unos u otros datos persiguiendo la confidencialidad de informaciones personales: ya se han expuesto, junto a los inmediatamente antes vistos sobre el catastro o el censo electoral, los límites de consulta de la ley General de Sanidad, o de la Ley de la Función Pública Estadística... que se completarían con disposiciones como la Ley General Tributaria (artº 111) o con normas reguladoras de procedimientos sancionadores y disciplinarios o de instituciones de beneficencia... y, con carácter de enorme relevancia, con el gran conjunto de la normativa procesal, cuya aplicación está reservada a los jueces y tribunales.

d).- En las leyes procesales radica un designio claro de protección de datos referentes a las personas, al cerrarlos al acceso de la generalidad de los ciudadanos. Tanto los grandes códigos procesales –leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal- como la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, dictan ámbitos de reserva de las actuaciones judiciales.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, el artº 138.1 proclama el principio de publicidad de las actuaciones procesales civiles (la prueba, vistas y comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes de los pleitos y negocios procesales han de practicarse en audiencia pública). Pero, a continuación, el 138.2 autoriza a jueces y tribunales a disponer a puerta cerrada el despacho y vista de los negocios cuando así lo exijan el orden público o la seguridad nacional, los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes u otros derechos y libertades, y concurren circunstancias especiales en que la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia. Por su parte, el artº 139 sigue fiel al secreto de las deliberaciones de los tribunales colegiados que ya consagraba el artº 343 de la ley derogada, la de 3 de febrero de 1881, secreto que se extiende al resultado de las votaciones, sin perjuicio de la publicidad de los votos particulares. En la misma línea, a caballo entre la publicidad y la reserva, marca la vía de acceso el artº 140, que pone en manos de los secretarios judiciales el facilitar a

⁷ Así el Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares, que ha sufrido un informe contundente de la Abogacía del Estado en el que se niega de plano su estrambótica pretensión de devolver la documentación catastral a los servicios de origen, la Gerencia Territorial del Catastro, y hurtar a su función uno de los primeros deberes de archivos y archiveros: resolver los problemas que presenta la documentación a disposición de los ciudadanos. Todo ello, consecuencia de una administración central de Archivos “amateur”, iniciada en el año 2005, y aún no del todo desarraigada.

cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer; aunque los tribunales “*por medio de auto*” (en su sentido de resolución judicial) “*podrán atribuir carácter reservado a la totalidad o parte de los autos*” (en su sentido de expediente judicial formado por la suma de múltiples actuaciones en torno a un mismo asunto) “*cuando tal medida resulte justificada en atención a las circunstancias expresadas por el apartado 2 del artº 138. Las actuaciones de carácter reservado sólo podrán ser conocidas por las partes y por sus representantes y defensores, sin perjuicio de hechos y datos con relevancia penal, tributaria o de otra índole*”

El enjuiciamiento criminal aparece aún más rodeado de transparencia y de publicidad que el civil, pues es la seguridad de la sociedad y la libertad de los reos lo que está en juego. El principio de oralidad y la exigencia de vista pública dejan mayor impronta que en el procedimiento civil. No obstante lo cual, es aspecto de todos conocido el del secreto sumarial, que respaldan el artº 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, (“*las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley*”), 318 (que permite al juez municipal y al de instrucción no comunicar al querellante particular las actuaciones que practicare en el sumario, en principio), 321 (si faltan secretarios ante los que formar el sumario, podrá procederse con notario o dos hombres buenos, en casos urgentes y extraordinarios, que jurarán fidelidad y secreto) y 322 (las diligencias que hayan de practicarse fuera de la circunscripción del instructor serán reservadas para todos los que no deban intervenir en ellas –parece referirse al personal de los tribunales y oficinas de la circunscripción extraña-); no así el artº 680, previsto ya para la fase de plenario y no para la sumarial, que se redacta a semejanza de los que contenía la LEC de 1881, derogada por la 1/2000: el presidente del tribunal puede ordenar la celebración de las sesiones del plenario a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de moralidad, orden público o de respeto a la persona ofendida por el delito o su familia.

Con planteamientos cercanos, la Ley Orgánica 6/85, del Poder Judicial, hace someter las actuaciones judiciales, especialmente en materia penal, al principio de oralidad, sin perjuicio de ser documentadas. Así lo recoge en el artº 229.1, que determina a continuación, en el párrafo 2, que las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención en su caso de las partes y en audiencia pública, salvo las excepciones de la ley. El artº 232 reafirma el principio de publicidad, salvo las consabidas excepciones, de las actuaciones judiciales. Por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades los jueces, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el secreto de todas o parte de las actuaciones. Y en el artº 233 insiste en el secreto de las deliberaciones y votaciones de los tribunales, sin perjuicio de la publicación de los votos particulares.

Si las leyes procesales amparan la opacidad de todas estas actuaciones procesales civiles o criminales por protección de la intimidad de las partes del proceso, aún con más razón, aunque las normas procedimentales no lo corroboren de modo expreso se excluirá el acceso de terceros a la constancia de su contenido en autos.

Mayor concreción ofrece el artº 234 de la misma Ley Orgánica, que impone a los secretarios y personal competente la obligación de facilitar a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer salvo que hubieran sido declaradas secretas conforme a la ley. En los mismos casos se expedirán los testimonios que se soliciten, con expresión de su destinatario. Los interesados tendrán, por lo demás acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley.

El aspecto global del acceso a documentación judicial, de todo punto interesante por cuanto en los archivos se está acostumbrado a encararse con el problema del silencio documental impuesto por normas administrativas más que procesales, ha recibido una excelente explicación en la sentencia de la Sala IIIª, de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1995, recaída en el recurso 1218/1991, sobre acceso a los libros de sentencias, archivos y registros judiciales. Sin detenerse en detalle en los entresijos del recurso, el alto tribunal distingue entre tres esferas de publicidad, conocimiento y acceso a las actuaciones judiciales:

- Una de máxima amplitud o afectación generalizada, que comprende los ciudadanos en general, y que se encarna en la publicidad de las actuaciones de todo tipo de procesos por la celebración “en audiencia pública”, salvo las actuaciones a puerta cerrada antes revisadas. Pero no se admite, en virtud de la misma publicidad, invocar el acceso libre a las sentencias una vez dictadas y depositadas en las secretarías de los tribunales aduciendo la razón de que su vista fue pública, porque se trata ya de procesos cerrados cuya accesibilidad no se correspondería con el principio de la publicidad de actuaciones, sino con el derecho a la información de textos judiciales ya producidos.

- El extremo opuesto, de máxima restricción del ámbito de conocimiento de las decisiones judiciales, queda reservado a quienes revisten la condición de parte procesal, y en lo que se refiere a la comunicación de las sentencias se manifiesta en el deber de los jueces y tribunales de notificarlas a quienes las sentencias se refieran o puedan parar perjuicio.

- En una situación intermedia, de ámbito más impreciso, se hallan las actuaciones procesales ya finalizadas (incluidas las sentencias) integradas en libros, archivos y registros judiciales, accesibles de forma matizada a los interesados por medio de exhibición, testimonio o certificación (como se ve en el artº 285 de la LOPJ de 1985, poco más arriba aludido). También el artº 266.1, tratando de las sentencias, dispone que *“una vez extendidas y dictadas por el juez o magistrados se depositarán en la secretaría del juzgado o tribunal y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas”*. Y es la delimitación del concepto de interesado la que resuelve lo planteado en el recurso: interesado –y el hecho de que la ley se refiera a *“cualquier interesado”* no cambia ni amplía su delimitación- es el portador de un interés legítimo, es la persona física o jurídica que manifiesta una conexión concreta y singular con el objeto del proceso o con cualquiera de los actos procesales por los que se ha desarrollado y están documentados en autos; e incluso así, rodeando el acceso por tan delimitados interesados de un condicionamiento crucial desde el punto de vista de estas reflexiones: que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en

el proceso, para salvar el derecho a la intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a dichas personas.

Sucedía, entre otras razones y aparte de razonamientos jurídicos muy desarrollados, que quienes pretendían el acceso objeto del recurso en este caso concreto no garantizaban el respeto a la intimidad personal y familiar de quienes figuraban en las sentencias y procedimientos. El recurso, pues, se desestimó.

Como comprobamos, el problema de los datos personales asoma por todos los ángulos del acceso documental, y estamos obligados a referirnos a ellos, a delimitar su naturaleza. La pregunta que se plantea, pues, a continuación, sería doble: ¿qué son datos personales?, ¿cuáles, de entre ellos, serán tenidos como datos que afectan a la intimidad personal y familiar?

5.- La acotación de los datos personales y su protección. Contenido del derecho a la intimidad.

Hasta la aparición de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, el 13 de diciembre de 1999 (Ley 15/1999; se trata de la transposición al Derecho Español de la Directiva 95/46, de la Comunidad Europea), habían hecho referencia a los datos personales la LPAC, la LPHE y la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos, 5/1992, de 29 de octubre (a la que ha venido a sustituir precisamente la Ley 15/1999). Pero su definitivo concepto queda fijado por la primera citada, la Ley 15/1999, concretamente en su artº 3: datos de carácter personal son cualesquiera informaciones concernientes a personas físicas identificadas o identificables. No es preciso que tales informaciones lleguen a impactar, ni siquiera rozar, el derecho a la intimidad y al honor. Con sólo pertenecer a una persona física determinada se sitúan como defendibles por esta norma. Si el reconocimiento del derecho a la intimidad se plasma en el artº 18.1 de la CE, el derecho a la protección de los datos personales dimana del mismo artº, pero de su apartado 4, y su *“contenido ... consiste en un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de los datos se proporcionan a un tercero ... o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión y uso”* (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Todo dato personal, en consecuencia, con toda la amplitud que deseemos darle a la denominación, como plasmación del derecho fundamental y constitucional de autorregulación de las informaciones concernientes a la propia persona, queda protegido por la ley.

Es momento de establecer cuatro coordenadas útiles para la comprensión del grado en que afectan sus disposiciones a la consulta en archivos históricos:

- que el Reglamento de desarrollo de la misma Ley 15/1999, aprobado por R. D. 1720/2007, de 21 de diciembre, en su artº 2.4, acota su aplicación a los datos de personas físicas vivas;
- que la ley considera tratamiento de datos a toda aquella operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, *bloqueo* y cancelación de datos, así como su *cesión* (realmente, en los archivos históricos se atenderá a las que se señalan en cursiva: *la*

conservación no requiere explicación, la obtención de instrumentos de descripción e índices tal vez pudiera tomarse como *elaboración*, el mantenimiento de documentación personal fuera de toda intervención o consulta equivaldría a un *bloqueo*, y la *cesión -o comunicación-* de datos no sería ni mas ni menos que la consulta o acceso a los documentos personales por los usuarios, bien los propios afectados o terceros que se presentan como investigadores y consultantes;

- que desde el 24 de octubre de 2007 la regulación implantada por la Ley de Protección de Datos de 1999 se aplica tanto a los ficheros personales automatizados como a los manuales, que son los usuales en los archivos históricos.

- que todo el entramado de la Ley 15/1999 gira en torno al principio del consentimiento del afectado para cualquier tratamiento de sus datos personales: el artº 6.1 exige que *“el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”*; el artº 7.2 impone *“el consentimiento expreso y por escrito del afectado”* para los tratamientos de datos ultrasensibles; y el 7.3 requiere que *“el afectado consienta expresamente”* el de datos sensibles (para que un consentimiento se manifieste como inequívoco o expreso parece que tendrá que constar en forma escrita o por otro medio del que quede registro); finalmente (artº 6.4) *“en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado ... y siempre que una ley no disponga lo contrario, este podrá oponerse al tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”*. Aunque la ley enuncie excepciones posteriores, no permite dudar de que el consentimiento del afectado se sitúa quizá como centro del engranaje de su texto para el tratamiento de datos de carácter personal.

a).- Una vez referida la categoría genérica de datos personales, la Ley de Protección de Datos concreta en el artº 7 los tres grupos de los que llama *“especialmente protegidos”*:

- los que revelen ideología, afiliación política o sindical, religión y creencias, que se alinean como datos de la máxima protección (normalmente denominados ultrasensibles) y sólo admite la ley que sean tratados con el consentimiento expreso y por escrito del afectado (a excepción de su tratamiento –excepto su cesión- por los grupos de creencias, confesiones, sindicatos, partidos y demás asociaciones y comunidades sin ánimo de lucro a que pertenezca el afectado); fuera de los supuestos entre paréntesis, cabe exclusivamente su tratamiento sin consentimiento, cuando resulte necesario para la prevención o el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o el tratamiento médico, o la gestión de servicios sanitarios, siempre y cuando se realice por profesionales sujetos al secreto; o se trate con el tratamiento de salvaguardar el interés vital del afectado o un tercero, si el propio afectado está incapacitado para formular su consentimiento;

- los datos concernientes al origen racial, salud y vida sexual (sobrentendidos como datos sensibles), tratables cuando el afectado consienta expresamente o cuando lo permita una ley por razones de interés general (además cuentan con idéntica excepción a la exigencia de consentimiento cuando medien las razones medico-sanitarias y el secreto profesional visto en el párrafo previo);

- los datos referentes a la comisión de infracciones penales o administrativas, que podrán figurar tan sólo en ficheros de las Administraciones públicas competentes, en los supuestos previstos por sus normas reguladoras. En nutrido número, al fin de su vigencia activa, en los archivos históricos (papeles de juzgados y tribunales y de múltiples organismos de la Administración), su régimen, por lo demás, no difiere del de la generalidad de datos personales en que a continuación nos detenemos.

b).- La protección genérica del resto de datos o informaciones personales sin ulterior calificación (artº 3) radica en que precisan para su tratamiento el consentimiento inequívoco del titular, salvo que la ley disponga otra cosa, según el artº 6. Y ya la propia Ley prevé su utilización libre, sin sometimiento a consentimiento previo del afectado -entre otros casos que omitimos por no ser pertinentes al cometido de los archivos históricos- en los supuestos en que se requieran para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias (en términos claros, los ficheros y expedientes con información personal de todo tipo que utiliza y guarda la Administración, que son los que acaban en los archivos históricos habitualmente).

c).- Ahora bien, dentro de los datos personales es obligado destacar los que conforman el contenido del derecho a la intimidad, las informaciones arropadas en el ámbito de lo íntimo.

Fernández Ramos⁸ –si bien su estudio es anterior a la promulgación de la Ley 15/1999, y quizá se hayan introducido revisiones en este tema- destaca cuatro grupos de datos abarcados en el campo de la intimidad:

- Según el Tribunal Constitucional, dada la relación entre el derecho a la intimidad y la dignidad de las personas, se cobijarían dentro de aquel las facetas más singularmente reservadas de la vida de las personas: su domicilio, las comunicaciones en que se expresa... Suponemos, también quizá las circunstancias de la propia vida, las relaciones humanas familiares y más cercanas... Se adelanta que las personas jurídicas carecen de derecho a la intimidad.

- Indudablemente, todos los datos considerados de especial protección en los apartados de este mismo epígrafe.

- Otros datos que sin llegar a tal protección convergerían al ámbito de la intimidad: filiación de una persona, lugar y fecha de nacimiento, titulación, estado civil, DNI...

- Finalmente, una zona desdibujada, que el TC limita en ocasiones al ámbito de lo íntimo y sin proyección exterior y en ocasiones al alcance de la vida privada –la privacidad, como señala Fernández Ramos, introduciría un nuevo término discutible- sobre todo en lo económico, terreno en que el TC ha seguido una orientación vacilante; primero, porque no todos los datos económicos serían íntimos, y segundo, porque aunque lo fueran podrían chocar con otros intereses relevantes, como el de la justa distribución de las cargas fiscales entre los ciudadanos, que haría barrer para los servicios de inspección de tributos ciertas cancelas de intimidad. También es cierto que una suma de determinados datos económicos

⁸ FERNANDEZ RAMOS, Severiano, op. cit., pags.487 a 500.

permitiría reconstruir la vida de una persona. Por ello, no todos los datos económicos deben ser accesibles, ni siquiera al cónyuge (de esta consideración dimanó la impertinencia de la obligatoriedad de las declaraciones conjuntas).

Como consideración final, parece oportuno aducir dos correctores útiles al afrontar los problemas de intimidad: existe la comunicación o acceso parcial, que permite facilitar el acceso a los documentos borrando los extremos o aspectos del mismo que desvelen aspectos de la intimidad de un individuo; y la precisión de que el derecho a la intimidad no es unívoco en contenido, y así los personajes públicos atesoran un nivel de protección o garantía menor de su derecho a la intimidad, frente a titulares de existencia menos percibida y notoria para la generalidad de los ciudadanos.

6.- Documentos de los archivos históricos que reflejan datos personales y que afectan al derecho a la intimidad.

Incuestionablemente, son abundantes los documentos del tipo aludido:

- Los archivos recogen, incluso como archivos intermedios, gran número de expedientes y registros procesales penales o civiles con datos personales (entre los libros de llevanza de los tribunales, por ejemplo, figuran los registros de causas, de penados y rebeldes del partido o territorio de la audiencia, de adopciones, los sumarios y los rollos o autos penales, los de reconocimiento de filiación...).

- Es factible que hayan quedado transferidos a los archivos fondos de prisiones y fondos policiales.

- Igualmente, conservan padrones de población y censos electorales.

- Se han conducido a ellos en ocasiones fondos médicos o de asistencia sanitaria (historias clínicas de fallecidos en hospitales, que tienen una total trascendencia para los descendientes vivos en casos de enfermedades hereditarias...).

- También recogen documentos del ramo de beneficencia con informaciones sumamente delicadas, como los libros y expedientes de los patronatos de protección de menores y de la mujer.

- Son abundantes los expedientes sancionadores de la Administración civil (a explotaciones y empresas, a industriales, comerciantes, ganaderos, agricultores... y, muy especialmente, en la administración laboral-social y tributaria).

- Están igualmente presentes los expedientes disciplinarios de funcionarios y trabajadores civiles en los diferentes servicios administrativos.

- En numerosas ocasiones se cuenta en los archivos con expedientes personales de funcionarios o contratados.

- Pueden haberse cedido archivos privados, con correspondencia particular muy reveladora de relaciones privadas, y archivos de medios de comunicación a los que han llegado multitud de informaciones sobre personas privadas.

- Se han transferido en masa a los archivos los planos, características, croquis, fichas, relaciones de propietarios y cédulas catastrales de rústica y urbana, que incluyen domicilios, identidades, datos económicos de propiedad, etc., etc.

Esta documentación podría incrementarse con cuantos fondos con información personal llegáramos a imaginar, y presenta abundantes problemas de accesibilidad, muchos de ellos de difícil solución al reflejar el juego de los criterios jurídicos inciertos o discutibles que los orientan, muchas veces no resueltos por la jurisprudencia. A todo ello se atenderá en los epígrafes sucesivos.

7.- La comunicación de datos personales en la Ley específica de Protección de Datos y el acceso a datos personales en la Ley de Patrimonio Histórico Español.

Recuérdese en primer lugar que la Ley de Protección de Datos 15/1999 es la aplicable a informaciones personales de personas físicas vivas, y que la Ley de Patrimonio Histórico 16/1985 es la que rige con preferencia a otras normas el acceso al patrimonio documental. Por tanto nos movemos en un punto de concurrencia de dos planteamientos, el de lo que la primera llama “comunicación” o “cesión” de datos personales de titulares vivos, y lo que la segunda considera “acceso” a documentos patrimoniales que incluyan datos personales que afecten al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de personas que han fallecido o de las que se presume que han fallecido.

a).- Dado que el gran problema de las informaciones personales en los archivos históricos -el que motiva precisamente estas páginas- es el del acceso o comunicación-cesión de los datos personales (como antes se vio, uno de los tratamientos posibles), conviene pasar a ver en primer lugar lo que la Ley de Protección dice al respecto en su artº 11:

- los datos personales sólo son comunicables a un tercero con el previo consentimiento del interesado (como, en general, todos los tratamientos) y siempre que dicho tratamiento responda a las funciones legítimas del cedente y el cesionario (es decir, no cabe recabar un consentimiento para una concreta utilización de datos, y acabar manejándolos con un fin distinto);

- aunque (extractamos supuestos que verosíblemente se produzcan en los archivos históricos) el consentimiento no será exigido:

. cuando la cesión aparezca autorizada por una ley (p. ej., las leyes de patrimonio histórico);

. cuando el destinatario de la cesión sean el Defensor del Pueblo o sus figuras autonómicas afines, los jueces y tribunales, y el Tribunal de Cuentas o sus equiparables autonómicos;

. cuando la cesión ocurra entre administraciones públicas para el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos (es, ni más ni

menos, que la operación de transferencia de archivos personales de un organismo activo a un archivo histórico)⁹;

. lógicamente, cuando la comunicación se realice previa disociación de los datos (es decir, cuando se hayan borrado los nexos entre las informaciones y las personas que son titulares de las mismas).

b).- La LPHE aborda su concepto del acceso a los documentos con datos personales, como se vio páginas atrás, en su artº 57.1.c, que como se recuerda prescribe que *“los documentos que contengan datos de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.”*

El acceso, pues, se somete a un consentimiento inicial y, si se carece de consentimiento, al transcurso de dos términos alternativos:

- para acceder al tipo de documentos previsto (de tipo policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que porte datos personales) es precisa la aquiescencia del titular del mismo, mientras esté vivo;

- si se conoce la fecha de la muerte –lo que conlleva saber que efectivamente ha fallecido (de nadie que aún viva se conoce la fecha de fallecimiento)- es necesario, para lograr el acceso ya sin su consentimiento, que transcurran veinticinco años desde el día en que tuvo lugar dicha muerte;

- en otro caso, es decir, en caso de que no se conozca la fecha del fallecimiento (lo cual da lugar a dos posibilidades: que el afectado haya muerto, aunque se ignore en qué fecha; o que no haya muerto y, por lo tanto, sea imposible dar con el día en que murió, sencillamente porque no es posible señalar fecha a sucesos no ocurridos) la falta de consentimiento se subsanará con el transcurso de cincuenta años desde la fecha del documento referente al nebuloso sujeto a que se pretende acceder.

La redacción del artº 57 no es en absoluto clara, y la incertidumbre, aunque se nos haya presentado como cosa sin importancia y los tribunales de justicia, incluido el Tribunal Supremo, hayan pasado por ella sin excesivos remilgos, tiene su calado, visible cuando se está al pie del cañón de los archivos y frente a los contenidos y problemas variopintos y reales de los documentos.

⁹ Previamente, el artº 4 de la Ley de Protección de Datos, en su párrafo 5, faculta, a pesar de la obligación de cancelar los datos cuando hayan dejado de ser pertinentes para la finalidad que fueron recogidos, a mantenerlos íntegramente para fines históricos, estadísticos o científicos por un procedimiento reglamentario que habrá de establecerse.

8.- Incertidumbre en la interpretación del artº 57.1.c) de la Ley de Patrimonio Histórico Español. Otras cuestiones en litigio. Jurisprudencia sobre el acceso.

a).- El mayor problema de interpretación del artº 57.1.c) de la LPHE, repetimos, se presenta en la aplicación del término de cincuenta años desde el nacimiento del documento que la ley prescribe cuando falta el consentimiento y se ignora la fecha del óbito del titular: para consultar el documento habrá que esperar *“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”*.

Estructuremos las tres posibilidades del artº 57.1.c):

a₁).- Acceso con consentimiento del afectado: no presenta problemas.

b₁).- Acceso sin consentimiento del afectado: presenta dos posibilidades:

- primer caso: si es conocida la fecha de fallecimiento del afectado: acceso libre después de transcurridos veinticinco años desde dicha fecha;

- *“en otro caso”* (en caso contrario o distinto de que sea conocida la fecha de la muerte): cuando la fecha de la muerte del afectado no es conocida, acceso libre al transcurrir cincuenta años a partir de la fecha de los documentos.

Esta resulta la interpretación habitual de la disyuntiva *“o, en otro caso”*.

Lo que ocurre es que el supuesto b₁), en su segunda posibilidad (*“en otro caso”*...), se interpreta habitualmente de un modo muy amplio que toma la ignorancia de la fecha de la muerte como equiparable a la ignorancia sobre el suceso del fallecimiento, a la ignorancia de si el afectado ha muerto o no. Y no es lo mismo que una persona con seguridad o toda probabilidad haya muerto en una fecha que se desconoce, que el que ni siquiera se sepa si ha fallecido o no. Porque el titular o afectado no fallecido, con independencia de que otras personas interpreten o no su muerte, continúa siendo titular de los datos que afectan a su intimidad y, en pura lógica, dispone de su consentimiento para que terceros, investigadores, interesados o simples curiosos los consulten. Dicho de otro modo: la ignorancia por los demás individuos de si un afectado por informaciones personales existe o no, no le priva de su derecho a la intimidad. Así visto, el desconocimiento de la fecha de la muerte determina dos posibilidades: que el titular del documento cuya intimidad se trata de preservar haya fallecido en una fecha que el investigador ignore; o que no haya muerto y, por la razón que sea –vivir en otra población, ser persona mayor y sin relaciones, estar acogido, fuera de su domicilio, en un centro de beneficencia o en la vivienda de algunos parientes... - el investigador no conozca si vive o murió, no conozca sus circunstancias, y no conozca en consecuencia la fecha del fallecimiento, entre otras cosas, por decirlo con humor, por el intrascendente detalle de que no se ha producido.

Si se aplica sin más, para que el archivo autorice a un investigador el acceso a un documento lesivo de la intimidad, el término de cincuenta años desde la producción del documento cuando se prescinde no solo de la fecha del fallecimiento de su protagonista, sino también de la certidumbre de que haya muerto o no, la consecuencia será que el archivo o la

Administración de que dependa pueden estar privando del derecho a la intimidad a un individuo vivo. Y el derecho a la intimidad no es un adorno del que las personas físicas se sirven una tarde para aparecer adecentadas en público, sino que constituye un derecho fundamental que acompaña toda la vida del individuo, y que no queda sujeto a prescripción cuando han transcurrido cincuenta años desde la creación de un documento en que se refleja un hecho o un acto o juicio jurídico atañente a su intimidad. El derecho a la intimidad no prescribe respecto a ninguno de los actos de una persona mientras viva, haya pasado el tiempo que haya pasado desde dichos actos.

No deja de mostrarse chocante el resultado que se produce con la aplicación poco cuidadosa e indiscriminada del paso de los cincuenta años desde el origen de un documento a falta del consentimiento del afectado por el mismo, sin tratar de averiguar si pervive o falleció. Porque, cuando la fecha de la muerte del afectado es notoria, habrá que esperar para ver el expediente o documento *“hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte”*. Es decir, una garantía de veinticinco años tras la vida de la persona. Y sin embargo, cuando no resulta conocida sencillamente porque el óbito no se ha producido –es difícil señalarle fecha a lo no acontecido- y el peticionario no se ha tomado ni el interés en averiguar que vive, no queda garantizada ni siquiera la totalidad de la propia existencia.

Desarrollando el razonamiento, si la Jurisprudencia –y la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen – entienden que los valores de intimidad y honor de personas muy conocidas no es tan fuerte como el de los sujetos jurídicos sin existencia sobresaliente (en palabras vulgares, si *“cuenta menos”* el derecho a la intimidad de las personas notorias, por su misma exposición pública, que el de las sin relieve), en lo que desemboca la aplicación descuidada del artº 57.1.c) es precisamente en lo contrario. Veamos cómo: normalmente, cuando todo el mundo está al tanto de que *“alguien”* murió y en qué fecha, ese *“alguien”* difunto suele ser un personaje conocido; sin embargo, cuando pasa desapercibido incluso el hecho del fallecimiento o pervivencia de otro individuo, es seguro, generalmente, que éste segundo recibe una consideración, por así decirlo, de persona *“menos pública”* que el primero. A pesar de que el espíritu de la legislación se dirija con más intensidad a la protección de la intimidad del último, la aplicación despreocupada del artº 57 de la LPHE, tolerando ignorar su muerte o pervivencia para acceder anticipadamente a sus documentos, le sitúa en una situación jurídica más débil, con merma incluso de sus derechos fundamentales.

Esta duda sobre el sentido que ha de darse al artº 57.1.c) no es la única. Viene ahora a colación otra consideración sobre quién es el sujeto a que el artículo alude por *“afectado”*. Siguiendo las definiciones de la Ley de Protección de Datos (artº 3.e) *“afectado es la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento”*, en este caso, del tratamiento que supone la comunicación o acceso de datos por terceros. Lo que ocurre es que al abordar el derecho a la intimidad familiar el protagonismo de una sola persona concreta se esfuma, porque salen a primer plano todos los pertenecientes a la unidad familiar, como una pluralidad de afectados. Con un ejemplo puede comprobarse lo que se pretende afirmar. Imaginemos que un expediente del Patronato de Protección a la Mujer, de los años cuarenta, incoado a una madre con varios hijos menores, revela el ejercicio de la prostitución o del proxenetismo por aquella dentro de su propia

vivienda ¿quién aparece, en tal expediente como afectado: la madre, su compañero, los hijos...? Aunque el expediente se inicia por causa de la conducta de la madre, al tratarse de la intimidad familiar todos resultan resguardados por ella (mujer, marido, hijos), pero con más razón que nadie los hijos, que ni siquiera promueven la situación. De tal modo, creemos que no es acertado reservar en exclusiva el carácter de afectada en su intimidad familiar sólo a la madre, en torno a la cual se ha incoado el expediente, sino también en torno a los hijos y el marido, que también forman parte de la familia y se ven tocados por la intimidad familiar.

Ahora bien, esto tendría sus consecuencias, porque a pesar de que el expediente se hubiera suscitado por la situación jurídicamente irregular de la mujer al frente de la familia, y aparecer ella en consecuencia como titular de los documentos y llamada a otorgar el consentimiento para que un tercero pueda acceder a los mismos, también es visible que los hijos, mientras vivan, y como partícipes de la unidad familiar y, por tanto, titulares todos ellos del derecho a la intimidad familiar, deberían dar su aquiescencia a la consulta del expediente por terceros. Y esto, sin ninguna duda, retrasaría la consulta del documento respecto a los casos en que sólo está llamado a darlo una única persona titular del expediente. Porque sobre el consentimiento que debiera otorgar la madre se sumaría el que tendrían que conceder los hijos, y la falta de aquiescencia de una u otros detendría el acceso no ya en los veinticinco años siguientes a la muerte de la madre, en este caso titular del expediente, sino en otros veinticinco más tras la muerte de los hijos, también protagonistas del derecho a la intimidad familiar.

Si se prefiere, con el fin de sortear excesivas dilaciones al acceso, dar un rodeo para no tomar en cuenta el derecho a la intimidad familiar de los hijos, ¿sería útil considerar el tema como un supuesto de acceso limitado al consentimiento exclusivo del primer afectado por el expediente –la madre- y solventar la consulta con su única aquiescencia, si bien facilitando al consultante por parte del archivo que lo conserve un acceso parcial, mediante el borrado o eliminación de los nombres de los demás interesados o afectados, los hijos, o incluso la simulación de su inexistencia? Posiblemente no, puesto que para que se hiciera del todo opaca la identidad de los hijos –y evitar por esta vía tener que contar con su consentimiento- habrían de eliminarse tanto sus nombres como el de la madre, a través de cuya identidad acabarían resultando aquellos también identificables, especialmente en entornos pequeños. Así, con tanta censura y cirugía de nombres y datos, le llegaría al peticionario una documentación mermaidísima.

Tal vez responda a este problema el mecanismo que el texto de la Ley de Protección de Datos esgrime en su artº 6.4, más atrás citado: *“en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado ... y siempre que una ley no disponga lo contrario, este podrá oponerse al tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”*. Pero, para empezar y siguiendo el ejemplo manejado, en la circunstancia de solicitud para acceso del expediente del Patronato de Protección a la Mujer, sí habría que contar con el consentimiento de la mujer cabeza de familia; y, para seguir, si se prescindiera del mismo por la razón legal que fuere, para que el resto de familiares llamados a consentir –es lógico pensar que los herederos forzosos- estuviera en disposición de oponerse al tratamiento para ser excluidos, deberían recibir una notificación de que el tratamiento se está llevando a cabo. La función de esta argucia legal tendría prácticamente el alcance de un otorgamiento de

consentimiento, si bien situando al interesado en una situación legal de acentuada pasividad: no se cuenta con su aquiescencia previa, sino con el ejercicio de una posterior disconformidad. La notificación, con todo, estimamos que ha de ser preceptiva.

b).- Es incuestionable, a mayor abundamiento, que si un determinado sujeto vive, el manejo o tratamiento de sus datos personales, y desde octubre de 2007 incluso los contenidos en ficheros manuales, tiene que ajustarse a la Ley 15/1999, de Protección de Datos. Y ésta es absolutamente estricta en la exigencia del consentimiento previo del afectado, cuando de la comunicación -el acceso que llama la LPHE- de sus datos se trata. Todo su articulado revela la máxima preeminencia que presta al principio del consentimiento en cualquier tratamiento que se conciba sobre datos personales.

Por una parte y por lo que a los archivos afecta, si el objeto del tratamiento –y no cabe duda de que la comunicación de informaciones personales en un archivo constituye un verdadero tratamiento- son los datos ultrasensibles o del primer grupo de protección (los del artº 7, apartados 2 y 6 de la ley 15/1999), la autorización del titular por escrito para su comunicación aparece como prácticamente insoslayable, puesto que ninguno de los supuestos médico-sanitarios y epidemiológicos, ni de salvaguarda de un interés vital (exclusivas y taxativas excepciones a la exigencia de consentimiento) que el párrafo prevé son fines perseguidos por los consultantes de los archivos históricos. Con respecto a los del segundo grupo, los datos sensibles clínicos o étnicos o los referentes a la vida sexual, los apartados 3 y 6 de la Ley 15/1999 abren un pequeño resquicio a la consulta sin consentimiento expreso de su protagonista, al permitir que el acceso sin aquiescencia se lleve adelante cuando lo autorice una ley en interés general. Ahora bien ¿es el acceso regulado en la LPHE una autorización legal suficiente y en interés general?, ¿es la investigación histórica que avala la LPHE sobre documentos personales que afectan a la intimidad de sus titulares, por contener datos médicos, de raza o de inclinaciones sexuales, un motivo de interés general capaz de vencer la carencia de consentimiento aún estando vivos sus protagonistas?

La contestación más acertada, apoyando el razonamiento en la misma ley, parece ser la negativa. Según el citado artº 7.5 *“los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras”*. Este almacenamiento de datos de carácter penal o sancionador en manos oficiales incluirá, o no incluirá, informaciones de los grupos sensibles o ultrasensibles anteriores; es decir, no se trata necesariamente de datos, aunque resguardados por una excluyente custodia en ficheros administrativos, necesitados de la máxima protección. Unos la merecerán y otros no. Sin embargo, la disposición adicional tercera de la misma Ley 15/1999 brinda el camino a seguir en el acceso a este género de ficheros: *“Los expedientes específicamente instruidos al amparo de las derogadas leyes de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad y Rehabilitación Social”, -típico ejemplo de expedientes y ficheros penales o gubernativos bajo control irrenunciable de la Administración- “que contengan datos de cualquier índole susceptibles de afectar a la seguridad, al honor, a la intimidad o a la imagen de las personas, no podrán ser consultadas sin que medie consentimiento expreso de los afectados, o hayan transcurrido cincuenta años desde la fecha de aquellos”*. Hasta aquí, únicamente destacar dos cuestiones: primera, los expedientes de la Ley de Vagos y

Maleantes contienen abundantísimos datos sobre conducta sexual o sobre salud mental de sus encausados; segunda, no obstante dicha circunstancia, podrán ser vistos a los cincuenta años de su elaboración, es decir el mismo plazo que proporciona la LPHE para permitir la consulta sin consentimiento. ¿Quiere ello decir que la investigación histórica sería legitimación suficiente para abrir al acceso el grupo de datos sensibles delimitados por los apartados 3 y 6 del artº 7 de la Ley de Protección de Datos, al transcurrir los cincuenta años desde la elaboración de los expedientes? Y del mismo modo, el hecho de que se trate de idéntico plazo de cincuenta años que el que impone la LPHE, ¿avala la interpretación más abierta al acceso del artº 57 de tal LPHE –aquella que concede el acceso a los cincuenta años de emanar el documento, sin pararse a comprobar la realidad de un hipotético y muchas veces irreal fallecimiento? Una contestación afirmativa para ambas cuestiones sería absolutamente equivocada, porque la disposición adicional tercera continúa: *“En este último supuesto, la Administración General del Estado, salvo que haya constancia expresa del fallecimiento de los afectados, pondrá a disposición del solicitante la documentación, suprimiendo de la misma los datos aludidos en el párrafo anterior, mediante la utilización de los procedimientos técnicos pertinentes en cada caso”*. En una palabra, si se ignora si los afectados viven o han muerto, si se duda de que hayan fallecido por faltar constancia expresa de su muerte, la comunicación o el acceso se permitirá siempre que previamente se supriman (por eliminación en copias informáticas, por borrado o tachado en reproducciones, por omisión en extractos...) de los expedientes los datos lesivos de la seguridad, el honor, la intimidad y la imagen del afectado. Se trata en realidad de una comunicación de datos disociados, de documentos personales sin datos personales, sin informaciones íntimas o atañentes al honor, etc., de tal o cual titular, que prudentemente se han hecho desaparecer. No parece, en conclusión, que la investigación histórica actúe, desde el punto de vista de la Ley 15/1999, como título de legitimación del acceso a datos sensibles mientras vive el afectado y sin su consentimiento.

Por añadidura, esta disposición adicional tercera refuerza el planteamiento de que cuando se acepte el transcurso de cincuenta años desde la emanación del documento o expediente portador de datos personales como plazo suficiente para permitir el acceso libre al mismo, no ya sin que el peticionario haya podido averiguar, sino sin que ni tan siquiera lo haya intentado, si el titular de los datos vive o no vive, se estará admitiendo una interpretación excesivamente amplia del artº 57 de la Ley 16/1985. Como vemos, la ley 15/1999 admite la consulta de ciertos expedientes muy delicados desde el punto de vista del respeto a la intimidad a los cincuenta años de la creación del documento que los soporta, pero ordena borrar todo vestigio de datos lesivos a este derecho si no se cuenta con la certidumbre de que el titular ha fallecido. Por tanto, la interpretación laxa del artº 57 de la ley de Patrimonio Histórico no se nos antoja correcta.

Como demostración del resquemor que el acceso a los expedientes de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad y Rehabilitación Social despertaron en la Justicia tras la promulgación de la Ley 15/1999, es sumamente expresiva la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 26 de enero de 2000, que acordó la destrucción completa del expediente de Peligrosidad Social de un ciudadano, previa entrega al mismo de una copia testimoniada,

razonando que el interés histórico de un expediente no puede prevalecer sobre el derecho a la intimidad de aquél.¹⁰

c).- Sin embargo, la doctrina jurisprudencial formulada sobre este punto de reflexión –el acceso a documentos referentes a la intimidad de personas que pueden estar vivas, por el solo hecho de que hayan pasado cincuenta años sobre el documento que precisamente resulta lesivo para la intimidad- curiosamente, ha apoyado ese, a juicio de algunos, arriesgado acceso a documentos de personas que tal vez no hayan muerto. No obstante, se añadirán ciertas matizaciones.

La Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, en sentencia de 10 de febrero de 1999 permitió la investigación sobre expedientes de repatriación de alemanes y españoles a sus respectivos países, siempre que se tratara de expedientes anteriores a 1947, cincuenta años antes de la solicitud de acceso, presentada en 1997; solicitud que en ningún momento se detuvo en intentar deducir ni atestiguar que sus titulares hubieran muerto, por lo que la sentencia se basaba en la interpretación amplia o por decirlo de algún modo “relajada” del artº 57.1.c) de la LPHE. Los expedientes solicitados obraban en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

En el mismo sentido se pronunció el TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, en su sentencia nº 709/1998, del día 27 de julio de este año. Es además una sentencia interesante, porque considera suficientemente legitimado al solicitante como “interesado” por la circunstancia de llevar a cabo una investigación histórica (sobre el proceso de Lluís Companys). El acceso le había sido denegado al peticionario por carecer del carácter de interesado que exige el artº 235 de la LOPJ. Otra sentencia del mismo Tribunal, nº 963/1999, del 25 de octubre, resuelve en el mismo sentido y se decanta por el plazo de cincuenta años sin averiguar la muerte efectiva de los afectados.

Por su parte, la Sala Tercera del Tribunal Supremo resuelve el recurso 755/1996, en 22 de mayo de dicho año. Dicha sentencia, ante la petición de acceso a una causa, en que, por adhesión a la rebelión, había sido condenado a muerte en 1944 un ascendiente del solicitante, otorga también a éste la cualidad de interesado, y acepta el transcurso de cincuenta años desde la formulación del documento objeto del acceso como plazo suficiente para abrirlo a consulta. Y nuevamente la Sala Tercera en 6 de abril de 2001, resolviendo el recurso nº 9448, hace mención de la privacidad y no consulta de documentos que afectan a la intimidad, originados en 1973; por tanto, aunque cita el artº 57 de la LPHE, no se detiene en la corrección o incorrección del acceso al no haber transcurrido los cincuenta años del nacimiento documental.

A la vista de estas resoluciones, que por otra parte no trazan una panorámica exhaustiva¹¹, hay que recalar en las siguientes consideraciones:

¹⁰ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín. “El acceso de los ciudadanos a los Registros Administrativos. El derecho de los concejales y diputados provinciales a acceder a la información y documentos de interés local” En: *Revista Galega de Administración Pública*, nº 24, Enero-abril de 2000. El magistrado comenta esta curiosa decisión que se aparta de todo lo visto o esperado.

- Las sentencias citadas, dos del Tribunal Supremo, dos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y una de la Audiencia Nacional, son con la excepción de una de las dos primeras, anteriores a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999, y por tanto previas a un régimen que, en cuanto toca a documentación íntima, se antoja mucho más rígido que el existente antes de la promulgación de la citada ley. Como comprobación no hay más que meditar el contenido de la disposición adicional tercera de la Ley 15/1999, antes comentada, sobre los expedientes de Vagos y Maleantes y Peligrosidad Social.

- La única que aparece como posterior a su vigencia –la otra sentencia del Tribunal Supremo, del año 2001- no entra en razonamientos de plazos ni términos a partir de los cuales se tornen consultables los documentos que afecten a la intimidad de las personas.

- Nada ni nadie exige al solicitante del acceso en las sentencias comentadas que, al menos, trate de comprobar o acreditar que el afectado por un documento atentatorio al ámbito de su intimidad viva o haya fallecido. Parece que la falta de diligencia en tal averiguación por parte de quien pretende obtener comunicación de unas informaciones delicadas, desde el punto de vista de los tribunales se acepta como una circunstancia trivial, y que incluso se premia la inactividad del solicitante con una autorización susceptible de dañar un derecho fundamental, con una rebaja de los derechos fundamentales del titular afectado en el expediente a consultar.

d).- Sin que quepa hablar de creación de una jurisprudencia, porque la decisión está todavía en manos del Tribunal Constitucional, es conveniente situar en este lugar del presente artículo el dilema judicial sobre los ficheros personales.

Ha dado origen a la cuestión la solicitud de un ciudadano del Arzobispado de Valencia que, deseando apostatar de la fe católica, solicitó de dicho Arzobispado la supresión de su inscripción de bautismo del libro parroquial correspondiente, apoyándose en que por tratarse a su juicio de una información personal, la nueva Ley 15/1999, de Protección de Datos, le ampara con el derecho de rectificación: todo sujeto de derechos que conoce la inclusión de datos personales suyos en un fichero en manos de terceras personas, físicas o jurídicas, aunque hayan sido lícitamente recogidos, tiene el derecho de pedir y obtener la rectificación de los mismos cuando no se adecúan a la realidad (artº 16).

La rectificación fue denegada por el Arzobispado, por diversas consideraciones jurídicas enraizadas en la relación Iglesia-Estado y por considerar que los libros de bautismo no son un fichero revelador de las personas que profesan actualmente la religión católica ni sus inscripciones constituyen otra cosa sino actas de notoriedad de su bautismo en un momento pasado, de tal modo que no atestiguan sus creencias actuales ni identifican a tales personas como miembros de la Iglesia Católica.

¹¹ No se cuenta con la seguridad de haber accedido a través de Internet a todo lo potencialmente consultable de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, así como de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional.

Ante la negativa, el solicitante recurrió a la Agencia Española de Protección de Datos, quien consideró ajustada a derecho la solicitud de rectificación y ordenó al Arzobispado que, ya que los libros parroquiales no constituyen ficheros, en sentido estricto, que admitan un borrado o eliminación total de los datos, anotaran marginalmente en las inscripciones de bautismo las cancelaciones de los mismos. De lo que se siguió un nuevo recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, interpuesto por el Arzobispado de Valencia contra la decisión de la Agencia Española de Protección de Datos, en cuya resolución la Audiencia confirmó la resolución de dicha Agencia, favorable a los solicitantes, que decidía la cancelación de datos, amparándose en que los libros de bautizados incorporan auténticos ficheros personales, y en que si bien las inscripciones no atestiguan la pertenencia actual a la fe católica de los antes bautizados, sí constituyen al menos una presunción en tal sentido.

El Arzobispado de Valencia recurrió, a renglón seguido, la sentencia de la Audiencia Nacional ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el cual casó la decisión de aquella, dictaminando que no podía tenerse a los libros de bautizados como auténticos ficheros personales, puesto que ni la AEPD los había tenido como tales, ni de su carácter (como mera acumulación de datos no ordenados alfabéticamente ni por fecha de nacimiento -tan sólo por la fecha del bautismo- y, por tanto, de difícil búsqueda, acceso e identificación) cabe deducir otra cosa, como lo exigiría el artº 3.b) de la Ley de Protección de Datos Personales para llegar a definirlos como ficheros. Además, estima la Sala Tercera del Tribunal Supremo que no es válido basarse para la cancelación en la aplicación del artº 4.3 de la citada ley, que define *“que los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”*, pues no es posible hallar en los datos de bautismo ninguna inexactitud, dado que en ellos se recoge un hecho cierto, aunque histórico, como es el del bautismo de una persona. Lo que el peticionario de la cancelación pretende –a juicio de la misma sala- no es en buena lógica la corrección de un dato inexacto, sino una nueva forma de inscripción y registro de otras, sobrevenidas y también nuevas, informaciones personales (el hecho de la apostasía). Por todo lo cual, el TS casa la sentencia de la Audiencia Nacional, deja sin efecto la resolución de la AEPD y, respaldando el razonamiento del Arzobispado de Valencia, rechaza la cancelación de datos solicitada por el particular.

La situación jurídica que tras esta decisión jurisdiccional parecía encaminarse a la estabilidad, no ha acabado de presentarse como definitiva, pues la AEPD ha perseguido su punto de vista interponiendo nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional.

De la solución final que establezca el Tribunal Constitucional depende en gran parte cómo haya de encararse la consulta de abundantes fondos de los archivos históricos referentes a personas vivas o potencialmente vivas, como los documentos judiciales, ordenados por secuencia cronológica de incoación de procedimientos y causas. Si se considera que los libros eclesiásticos de bautizados no constituyen ficheros personales por no responder a un orden establecido de acuerdo con criterios personales, tampoco lo serán los numerosísimos expedientes judiciales de todo orden (penal, civil, administrativo, mercantil, social, militar...) ordenados por número de incoación del procedimiento. Con lo que se hurtarán a las prescripciones de la Ley 15/1999, y dependerán sólo, en cuanto a su consulta, de sus regulaciones específicas y del confuso artº 57 de la LPHE.

9.- Conclusiones.

Con independencia de lo que desde estos momentos actuales de poca claridad resuelvan en adelante los tribunales para dirimir los problemas que plantea el acceso, consideraríamos criterios útiles, siempre fieles a la legislación, para resguardar la intimidad de datos personales que se interesan en las solicitudes presentadas ante los archivos, los siguientes:

a).- No aplicar automáticamente el criterio del transcurso de los cincuenta años tras la emanación del documento que incorpora informaciones personales como clave para su apertura libre a la consulta de terceros. Para empezar, no es éste el argumento defendido por la disposición adicional tercera de la Ley 15/1999, que exige la constancia cierta del fallecimiento del afectado para permitir sin restricciones la consulta de los Expedientes de Vagos y Maleantes y de Peligrosidad Social, exponente de lo que son documentos portadores de datos personales de mayor o menor protección.

b).- Exigir que quien solicita el acceso a documentos personales de otros individuos, muestre al menos haber intentado, si no de forma exhaustiva al menos suficientemente, averiguar que el afectado ha fallecido, aunque no haya logrado dar con la fecha de tal acontecimiento. Sería grotesco que la Ley 15/1999, que tan celosa es con el consentimiento del afectado para obtener la comunicación de datos personales, dejara de aplicarse a las informaciones sobre una persona viva sencillamente porque el que pretende el acceso no se hubiera molestado en indagar si el titular de las informaciones aún vive. Esta salvedad de aplicación de la ley podría considerarse una nueva figura jurídica, la "excepción por desgana".

Siguiendo con la comprobación de la supervivencia de un titular de datos, saber si alguien vive o ha muerto es relativamente factible en núcleos pequeños o en restringidos campos de investigación. Habrá casos en que sean incluso asequibles las certificaciones pertinentes del Registro Civil, en cuyo supuesto deberán exigirse como pruebas prevalentes a los demás indicios. En el caso de que la comprobación o demostración de la efectividad del fallecimiento de un afectado se manifieste inviable, conviene aceptar el paso del término de los cincuenta años, aunque procurando dilatar cuanto se pueda el plazo de silencio de los documentos hasta etapas en que el hecho de la muerte del afectado se suponga presumible (que el afectado, de vivir, contara ya con noventa y tantos años, por ejemplo); O no esperar a plazos superiores a los cincuenta años, cuando fuera hecho conocido que el titular de los documentos desapareció sin rastro, o en circunstancias de riesgo o catastróficas.

c).- Amoldar la autorización para acceder a los documentos cuando falta el consentimiento del titular al medio en que éste habitó o quizá todavía habite. No es lo mismo revelar datos de un individuo potencialmente vivo en una población de tamaño medio o bajo, en que todos los ciudadanos se conocen y en que además cabe obtener prontas referencias de la vida de un sujeto, que en un núcleo inmenso en que los nombres pueden repetirse con gran frecuencia y en que seguir vidas ajenas se presenta más difícil. Y modular la autorización,

igualmente, al grado de actividad y conocimiento público del titular de los datos o de la trascendencia histórica de las circunstancias que vivió.

d).- No dar paso, sin una serie de medidas de prudencia, a investigaciones masivas e indiscriminadas sobre una pluralidad de sujetos, de los cuales unos puedan haber fallecido y otros continuar incluso una vida activa. Y si se hace, nunca antes de haber permitido cumplir el derecho de disconformidad de los interesados que recoge el artº 6.4 de la Ley 15/1999.

e).- Por supuesto y aunque hayan transcurrido cincuenta años, no conceder el acceso cuando los funcionarios o trabajadores que gestionan el centro (archivo, servicios y órganos directivos de que dependa) o los tribunales que valoren el acceso sepan o tengan indicios razonables de que el afectado no ha fallecido.

f).- Existen varios medios de orientar las habituales vacilaciones que se presentan a los archiveros en la decisión sobre casos concretos de acceso.

- En primer lugar, hubiera sido deseable un texto reglamentario que completara la LPHE, desentrañando, entre otras muchas cuestiones, los términos del acceso que brinda el artº 57.1.c). Son precisas aclaraciones sobre el concepto jurídico de “afectado”, “legítimo interesado”, sobre el acceso parcial, sobre la intimidad personal y familiar, sobre la diferenciación entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, los problemas planteados por las solicitudes masivas de documentos que afectan a sujetos de distinta caracterización ante el derecho de acceso, el procedimiento a seguir en las solicitudes de expedientes de la Administración de Justicia en combinación con las secretarías de los tribunales, la forma de otorgamiento del consentimiento por parte de los afectados, etc., etc. Bien es verdad que estas peculiaridades se irán subsanando, al menos en parte, por la Jurisprudencia y las resoluciones de unos y otros tribunales, que, sin llegar a crear en muchos casos por su grado doctrina jurisprudencial, delimitarán mecanismos y conceptos jurídicos precisos para la correcta aplicación de la LPHE en consonancia con las demás disposiciones circunscritas al ámbito de la documentación y su manejo y consulta. El único inconveniente dimana de la lentitud del proceso de formación de la jurisprudencia: cuando hipotéticamente se hubiera podido llegar al suficiente volumen de acumulación de sentencias, con toda seguridad habrá sufrido no se sabe qué cambios la ley que rija los archivos, especialmente en este mundo enloquecido de las transferencias autonómicas nunca perfeccionadas. Parece ser que en la actualidad se prepara una nueva norma sobre el patrimonio documental y que esperan nuevas entregas de competencias, quizá de titularidad, sobre los archivos a las CCAA.

- Una ocasión desperdiciada ha sido la de conformación de la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, en cuyo seno debiera haberse albergado una subcomisión para el dictamen del acceso de los documentos de los archivos centrales e históricos –tal vez con la excepción de los fondos judiciales en fase intermedia en tantos depósitos históricos- en una variedad de la CADA francesa, aunque con menor alcance. Podía haberse constituido como alternativa a la espera de una lenta jurisprudencia o de un reglamento aún más diferido. O si se hubiera preferido, implantar algo semejante en las comisiones calificadoras de los distintos ministerios y administraciones, aunque contando de antemano con el inconveniente de las contradicciones en que los dictámenes de unas y otras incurrirían. En cualquier caso, la

comisión de que se tratara tendría que actuar en un procedimiento rápido de no más de dos meses.

Aunque a la Agencia Española de Protección de Datos se le señala en el artº 36.4.d) de la Ley 15/1999 la potestad de *“atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas”*, la misma falta de concreción del precepto lo convierte en inoperante cuando se pretende un asesoramiento sobre casos puntuales de acceso. El Reglamento de desarrollo de la Ley, siguiendo en la desatención de este problema, no formula ningún procedimiento para tramitar en la Agencia una solicitud de asesoramiento referida a la conveniencia o inoportunidad de un acceso a ficheros o documentos concretos. Lo más conexo, aunque sea lejanamente, con el acceso a ficheros sin autorización del titular es el procedimiento previsto por los arts. 153 a 156 de exención del deber de información al interesado, pero no parece pensado para nada similar al problema que nos ocupa.

Vistas por otro lado las competencias de agencias autonómicas de protección de datos, como las de Madrid y Cataluña –se han creado también, al menos, las del País Vasco, Valencia y Galicia- nada indica que el asesoramiento o dictamen sobre acceso a ficheros y documentos personales entre en sus funciones.