

El real decreto 17088/2011 y el proyecto de ley para la transparencia en España /

***Julia María Rodríguez Barredo**

Resumen: El acceso de los ciudadanos a los documentos Administrativos se ha convertido en un derecho obligatorio que los Estados deben respetar en aras de la democracia y para favorecer la transparencia administrativa. Los ciudadanos tienen la obligación de informarse y el derecho a saber. Estamos viviendo un momento muy interesante en todos los países tanto por las reformas legales como con la implantación de las administraciones electrónicas. Pero ¿se está haciendo bien la preparación y se está dando la suficiente información?, ¿se está haciendo la reforma administrativa necesaria?. Porque si ciudadanos, administradores y Gobiernos no se preparan convenientemente, cualquier reforma legal se puede quedar en “papel mojado”.

Palabras clave: Acceso, Administración Central, Administración Local, archivo, buen gobierno, ciudadano, constitución, derecho, información, ley de archivos, ley de prensa, ley de transparencia, publicidad activa, real decreto, reglamento, sistema de archivos.

INTRODUCCION

A partir de la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789, se inicia un proceso de liberalización para el acceso a los Archivos y éstos, empiezan a adquirir una nueva función sin perder la tradicional e histórica; pasan a constituir el tesoro documental de la nación, su fe pública, el depósito de sus Leyes al servicio de los gobiernos y de los ciudadanos.

En los siglos XIX y XX todos los países han realizado serios esfuerzos para flexibilizar las normativas de acceso a la información, esfuerzos y flexibilización que también se dan en España; los archivos durante estos dos siglos fueron perdiendo, de forma progresiva, el carácter secreto que tenían (“locus ad secretis” como se les llamó en algunas ocasiones) para adquirir un carácter abierto. El siglo XIX se caracteriza por teorías y corrientes liberalizadoras:

- Constitución de 1812.
- Real Orden de Abril de 1844

En el siglo XX hay en España etapas bien diferenciadas:

- Decreto de 1901
- II República Española: Reglamento de Régimen y Gobierno de los Archivos del Estado y creación de los Archivos Históricos Provinciales.
- Dictadura 1939-1975: I Ley de Procedimiento Administrativo.
- Constitución de 1978
- Ley de Patrimonio Histórico Español.

Pero si hay algo que caracterice los años desde 1901 a 1978 es: Secretismo y Privacidad.

Con momentos de apertura como consta en las Actas del IV Congreso Internacional de Archivos, del C.I.A., celebrado en Madrid en 1968, donde se adoptaron varias resoluciones interesantes para el acceso a los archivos y llama la atención un párrafo contenido en sus conclusiones:

“El hacer accesibles los archivos que presentan un valor nacional e histórico, constituye para todo gobierno democrático una obligación moral. Esta es la razón por la que se ha podido decir que los archivos públicos son la conciencia suprema de los Estados”.

No eran precisamente tiempos democráticos en España, si bien es cierto, que desde la legislación de 1958, con la Ley de Procedimiento Administrativo o la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, o la Ley de Secretos Oficiales de 1968... se pretendió abrir puertas al acceso a la información y a los documentos. Pero la realidad democrática en cuanto a ello, llegó con el gran hito: la Constitución de 1978. Por primera vez en la historia de España, el acceso a la información es un derecho constitucional.

Por lo que respecta a los archivos municipales, (que son los que mejor conozco), cualquier legislación o normativa dictada para la Administración Central, afectaba también a la Administración Local, esto es, Ayuntamientos y diputaciones.

La transparencia administrativa y la liberalización del acceso a la información, ha sido un proceso lento. Hemos tenido que esperar a hechos y leyes recientes para que sean considerados como un derecho ciudadano.

La Constitución de 1978 es, como decíamos, el gran hito y el artículo de obligada referencia para los administradores, ciudadanos y archiveros es el ya “famoso” Art.105.b. De este artículo y de otros enunciados legales se recoge que, los archivos deben garantizar la seguridad y conservación de los documentos, sea cual sea su soporte, y que además, los archivos forman parte del patrimonio documental y cultural del Estado, pues así consta en **la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español**, otro texto legal muy importante para el acceso y para la conservación de los documentos.

1.- LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ESPAÑA: COMENTARIOS.

La transparencia y el acceso a los documentos y a la información durante los siglos XIX, XX y en estos primeros años del siglo XXI, ha sido en España una historia de luces y sombras. Mas sombras que luces... Para comenzar debo decir con sinceridad que España es uno de los países mas opacos de la Unión Europea y el único con más de un millón de habitantes sin ley de transparencia; aunque no nos guste hay que decirlo. No obstante, el pasado 23 de marzo el presidente del Gobierno de España, don Mariano Rajoy, presentó el proyecto de la futura Ley de Transparencia y Buen Gobierno, durante el Consejo de Ministros de ese día. La idea era presentarla oficialmente en Brasilia el día 17de Abril, en el Foro Internacional impulsado por Brasil y Estados Unidos para fomentar precisamente, el acceso a los documentos. Bien está, pero en las últimas décadas del siglo XX, en plena democracia, los sucesivos gobiernos españoles han ignorado la realidad o no han querido plantear una ley similar a la “Freedom of Information Act”, aprobadas por casi todos los países de nuestro entorno. Aunque realmente el concepto de transparencia es más moderno y las normas se empezaron a elaborar de manera generalizada desde los años ochenta.

En 2010 la llamada “Plataforma Coalición pro Acceso” que integra 54 organizaciones hizo un experimento que se llamó la “**Campaña de las 100 preguntas**” y la conclusión fue que las Administraciones Públicas Españolas, ¡ocultan datos!... en materia de:

Defensa, Medioambiente, Listas de Espera para Hospitales, Sanidad, Partidos Políticos, Sindicatos, Policía, Justicia, Presupuestos...

Según información gubernamental, la próxima ley, permitirá a los ciudadanos preguntar por todo aquello que no tenga el sello de confidencialidad. También que con esta ley nos pondremos “ a la vanguardia mundial”. Como archivera y como ciudadana espero y deseo que así sea.

Pero la citada Coalición y otras voces, aseguran que esta ley no servirá de mucho si no se cumplen algunos principios básicos, de ellos cabe citar a dos muy importantes:

1º. La creación de un órgano independiente que garantice en cumplimiento de la Ley.

2º. Que ésta sea considerada como un derecho fundamental.

Al hilo de la cuestión, hace ya unos cuantos días, leí en la prensa española una frase que decía más o menos así: **“No es casualidad que los países en los que la ley obliga a las administraciones a trabajar con transparencia, sean precisamente los países con menos índices de corrupción y con mayor satisfacción ciudadana”**. Interesantísimo comentario para reflexionar unos instantes sobre el momento que estamos viviendo.

Pero ¿está preparado el sistema en todas las Administraciones?. Sería tremendo para los ciudadanos y para la futura ley que ocurriera lo mismo que ocurrió con el Sistema Nacional de Sanidad. En el año 2004, se aprobó la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, (SNS), pero hemos tenido que esperar a 2011 para que **todos los españoles** estemos totalmente identificados en el citado Sistema. Otros organismos de la Administración Central, mantienen férreos hermetismos. Según opiniones de diferentes medios, son secretas... ¡hasta la estadísticas!. Se facilitan datos e informaciones globales pero no de manera individualizada.

2.- DOS HECHOS RECIENTES: EL REAL DECRETO 1708 DE 2011 Y EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA ACCESO A LOS DOCUMENTOS Y BUEN GOBIERNO.

1º REAL DECRETO 1708/2011.

El Real decreto 1708/2011 de 18 de Noviembre, por el se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del estado y de sus organismos públicos y su régimen de acceso.

Entró en vigor el 1 de enero de 2012 y lo primero que se nos ocurre comentar es una opinión generalizada: llegó con mucho retraso. El último Decreto en materia de Archivos databa de 1901. El vacío legal era enorme y se dejaba sentir en no pocas ocasiones.

El objeto del Real Decreto es:

- **Establecer el Sistema Español de Archivos, previsto en el artículo 66 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, formado por los archivos de la Administración General del estado y el resto de archivos públicos y `privados, vinculados al Sistema, mediante los correspondientes instrumentos de cooperación.**
- **Regular el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado como conjunto de todos los archivos de la citada Administración, así como de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ella.**
- **Establecer el procedimiento común para el acceso a los documentos obrantes en el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado.**

¿Qué pretende esta norma?

1º Facilitar el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a los Archivos y a los Documentos Administrativos.

2º Clarificar criterios contenidos en la diversa legislación aplicable.

3º Introducir un procedimiento común de solicitud de acceso más sencillo.

4º Pretende suprimir incertidumbres y ocasiones de arbitrariedad.

5º Establece la necesidad de proteger intereses públicos y privados en los términos reconocidos por la Constitución. (Art. 105.b)

6º Reconoce la existencia de especiales requisitos y condiciones para el acceso a documentos que no son de libre consulta y requieren autorización.

7º Aplica recomendaciones y normas nacionales e internacionales para dar a los documentos el tratamiento técnico archivístico adecuado.

8º Empleo de nuevas tecnologías en el desarrollo de su funciones y actividades; desarrollar programas de digitalización, reproducción, descripción y planes archivísticos.

9º Garantizar: la integridad, autenticidad, fiabilidad, disponibilidad, confidencialidad y conservación de los documentos electrónicos, recibidos o almacenados, (según lo establecido por la Ley 11/2007 de 22 de junio de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos en los Esquemas Nacionales de seguridad e Interoperabilidad) .

10º Es una norma respetuosa con el delicado equilibrio que debe mantenerse entre la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales, (Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter personal) y el derecho de acceso a documentos y archivos.

11º Distingue una variedad de supuestos en relación con el acceso a los documentos que contienen datos personales. Gradúa atendiendo al tipo de datos:

- Edad del documento
- Circunstancias del caso
- Finalidad del acceso
- Condiciones y requisitos que se han de reunir para levantar las restricciones del acceso.

12º No altera el régimen material de acceso a los documentos de los Archivos de la Administración General del estado, compatible con el reconocimiento de un procedimiento común para la solicitud de acceso a los documentos.

13º El régimen previsto (solicitud de acceso, tramitación y resolución, derecho a obtener copias...), complementa y facilita la aplicación de otras disposiciones legales:

- Ley 30/1992 ley de Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 16/1985 de Ley de Patrimonio Histórico Español.
- Ley 11/2007 Ley de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios públicos.
- Ley 52/2007
- Ley 16/85 Ley de Bases del Régimen Local.

Como he comentado, entró en vigor el 1 de enero y algunos juristas y archiveros lo encuentran además de tardío, escaso. Otras opiniones lo ven como:

- Una norma posibilista.
- Respetuosa.
- Moderniza el Sistema Español de Archivos.
- Establece el principio de voluntariedad entre la Administración Central del Estado y las Administraciones Autonómicas y Local.
- Todas las competencias son compartidas: Juntas de calificación, expolios, bienes de las comunidades...

Me permito añadir como comentarios personales lo siguiente:

- El Reglamento de su desarrollo es necesario que se haga cuanto antes. La mayor parte de las veces los Reglamentos llegan tarde. ¡Ojalá! Que en este caso no sea así.
- Cambiará el Ciclo Vital de los documentos tal y como lo entendemos hoy.
- Archiveros, Gestores de la administración, Informáticos Y Juristas tendremos que trabajar codo con codo... y ser generosos para crear Normas idóneas entre todos.

2º LEY DE TRANSPARENCIA

Ley de la Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Es todavía un Proyecto, en el momento de redactar estas líneas ha sido aprobada por el Consejo de Ministros (como digo en líneas anteriores), pero es probable que tarde algo más en ser aprobada por las Cortes. Su enunciado reúne tres conceptos que se han dado en momentos históricos bien diferentes:

Buen gobierno: es el concepto más antiguo de los tres. Conocido y practicado por instituciones y sociedades de rasgos democráticos desde la Grecia Clásica. Cobró fuerza y actualidad en la Unión Europea en los años noventa; el término usado en esos años fue “gobernanza”.

Acceso igualitario a la información y a los documentos se consolida en la década de los noventa, en nuestro país con la Ley de Prensa de 1966. Aunque del acceso a los documentos se habló con fuerza por toda Europa desde el fin de la II Guerra Mundial y en Estados Unidos desde la Freedom of Information Act , promulgada en 1966 por el Presidente L. B. Johnson.

Y por último el concepto más moderno: la transparencia, cuyas normas se comenzaron a elaborar y promulgar de forma generalizada desde los años ochenta.

Creo que la futura Ley de Transparencia obligará a las tres administraciones españolas: Central, Autonómica y Local, a facilitar el acceso a los documentos y al control de las buenas prácticas administrativas. Las tecnologías tendrán un papel muy importante, todos lo sabemos, ya que la Interoperabilidad, y los Decretos que la desarrollen), permitirán acceder a los ciudadanos, en tiempos o plazos razonables a la información que deseen conocer o necesiten en sus relaciones con la administración en general.

Desde el lunes día 26 de Marzo ha estado sometida a quince días de audiencia pública reforzando así la obligación de “Publicidad activa”(Art.3). Obligación que tendrán que cumplir todas las Administraciones del Estado Español, incluyendo en sus páginas web, toda la información relativa a:

- Contratos
- Tasas y precios públicos
- Adjudicaciones de obras y proyectos
- Subvenciones y ayudas recibidas y concedidas.
- Partidas presupuestarias
- Sueldos de directivos y altos niveles de la Administración
- Incompatibilidades de funcionarios y otros cargos.

El ámbito de aplicación, de la futura ley está contenido en el Art.2, donde se dice:

1. Las disposiciones de éste título se aplicarán a:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y la Entidades que integran la Administración Local.
- Los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que tengan atribuidas funciones de regulación o control sobre un determinado sector o actividad.
- Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, dependientes de la Administraciones, incluidas las Universidades Públicas.
- El Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones análogas de las Autonomías sujetas a Derecho Administrativo.
- Las Sociedades Mercantiles en cuyo capital social, la participación directa o indirecta del Estado, sea superior al 50%.
- Las fundaciones del sector público.
- Las Asociaciones constituidas por las Administraciones.

2. Las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas, toda información necesaria para que aquella cumpla con las obligaciones previstas en la esta Ley de Transparencia.

Los límites del Derecho al acceso están contenidos en el Art.10, donde se dice:

1. El derecho de acceso podrá ser restringido cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para:

2. ¿Cómo vemos algunos archiveros municipales esta Ley? Pues la vemos: profunda, moderna, homologable (con otros países de la U.E. y con las Autonomías Españolas), en fin bienvenida sea. Es de destacar la relevancia penal que van a tener determinadas conductas de las autoridades, en el mal empleo y manejo de los fondos públicos.

Se preguntarán, con un Reglamento de 1901 y sin Ley de Transparencia ¿cómo se resolvía el problema del derecho de acceso, de la conservación y todos los derivados?. Pues bien, no había falta de normativa o de tipificación penal para ciertos delitos; las normas estaban y están por toda la legislación española, pero no siempre se aplicaron y tampoco se crearon reglamentos para su desarrollo.

La legislación que nos ha para desarrollar legalmente nuestro trabajo y permitir el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros es la siguiente:

CONSTITUCIÓN

- **Constitución Española.**
Artículos 18, 20, 44, 46 y 103. Artículo 105.b.

LEGISLACIÓN GENERAL

- **Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Artículos 18, 55 c y 70.3.**
- **Real Decreto Ley 781/1986, de 18 de Abril. Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.**
- **Real Decreto 1372/1986, de 13 de Junio. Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.**
- **Real Decreto 2568/1986, de 28 de Noviembre. Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales. Artículo 14 y 230.2.**
- **Ley 12/1989, de 9 de Mayo, de la Función Estadística Pública. Artículos 13, 15 y 19.**
- **Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículos 35, 37 y 38.**
- **Ley 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado. Artículo 14.**
- **Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común.**
- **Ley 11/1999, de 21 de Abril, de modificación de la ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local.**
- **Ley 33/2003, de 3 de Noviembre de Patrimonio de la Administraciones Públicas.**
- **Ley 57/2003 de 16 de Diciembre de Modernización de las Administraciones Públicas.**
- **Ley 11/2007 de 22 Junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos**
- **Ley 30/2007 de 30 de Octubre de Contratos del Sector Público.**

LEGISLACION DE ARCHIVOS

- Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Nacional. Artículos 57.1.a y c y el 62.
- Real Decreto 111/1986, de 10 de Enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985. Artículos 25 y 39.
- Real Decreto 1708/2011, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

LEYES DE ARCHIVOS DE LAS AUTONOMÍAS (por ejemplo)

- Ley 4/1993, de 21 de Abril, de Archivos y Patrimonio documental de la Comunidad de Madrid.

LEYES DE TRANSPARENCIA DE LAS AUTONOMÍAS (por ejemplo)

- Anteproyecto de Ley Foral de la Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra.

* Archivera Municipal.

Presidenta de la Asociación Española de Archiveros de la Federación ANABAD.